

**HABEAS DATA EN MENORES DE EDAD ¿UN DERECHO PROTECTOR
O RESTRICTIVO?**

MÓNICA HOYOS BOTERO
SANTIAGO YARCE GÓMEZ

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015

**HABEAS DATA EN MENORES DE EDAD ¿UN DERECHO PROTECTOR
O RESTRICTIVO?**

MÓNICA HOYOS BOTERO
SANTIAGO YARCE GÓMEZ

Proyecto de grado como requisito para optar al título de
Abogado

Asesor:
RAÚL EDUARDO MORALES VALLEJO
Abogado

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. ANÁLISIS CONCEPTUAL Y NORMATIVO: HABEAS DATA EN MENORES DE EDAD	10
1.1 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: SENTENCIA C-748 DE 2011 POR MEDIO DE LA CUAL SE HACE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA No. 184 DE 2010 SENADO Y 046 DE 2010 CÁMARA	10
1.2 ANÁLISIS LEY ESTATUTARIA 1581 DE 2012 Y SU REGULACIÓN SOBRE EL HABEAS DATA EN MENORES DE EDAD	15
1.3 ANÁLISIS DECRETO 1377 DE 2013 Y SU REGULACIÓN SOBRE EL HABEAS DATA EN MENORES DE EDAD	19
1.4 INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD, COMO REQUISITO ESENCIAL EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	21
1.5 COMPARATIVO ENTRE LA SENTENCIA C-748 DE 2011, LA LEY 1581 DE 2012 Y EL DECRETO 1377 DE 2013, EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	25
2. ACTUALIDAD SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN MENORES DE EDAD Y SUS IMPLICACIONES EN EL HABEAS DATA	29
2.1 CAPACIDAD JURÍDICA	29

2.2 ESTUDIO ANTROPOLÓGICO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA	31
2.2.1 Jean William Fritz Piaget	32
2.2.2 Lawrence Kohlberg	34
2.3 LEY 1306 DE 2009: NUEVO CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA	38
2.4 IMPLICACIONES DE LA LEY 1306 DE 2009 Y SU ACTUAL CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA, EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN MENORES DE EDAD	41
3. ESTUDIO DE LA REGULACIÓN DEL HABEAS DATA EN MENORES DE EDAD EN OTROS PAÍSES Y SU COMPARACIÓN CON COLOMBIA	51
3.1 NORMATIVIDAD INTERNA DE OTROS PAÍSES Y SU COMPARACIÓN CON LA COLOMBIANA	51
3.2 REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE EL TRATAMIENTO DE DATOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	53
3.3 REGULACIÓN PERUANA SOBRE EL TRATAMIENTO DE DATOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	58
3.4 REGULACIÓN URUGUAYA SOBRE EL TRATAMIENTO DE DATOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	63
4. CONCLUSIONES	68
BIBLIOGRAFÍA	73

INTRODUCCIÓN

Hasta hace pocos años no existía en Colombia una regulación específica relacionada con el tratamiento de datos personales, que permitiera a los titulares de los datos conocer los derechos y deberes que tenían frente a los mismos y las acciones que podían tomar para que estos fueran tratados de manera correcta.

No obstante lo anterior, la Constitución Política Colombiana de 1991 consagró en su artículo 15 uno de los mayores antecedentes de lo que sería la Ley 1581 de 2012, que regula expresamente el tratamiento de datos personales. Dentro de este artículo se establecen como derechos fundamentales el de la intimidad personal y el del buen nombre, y los derechos que tienen los titulares de los datos personales a conocerlos, actualizarlos y rectificarlos frente a aquellas entidades que llegasen a tratarlos.

“Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

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

Adicionalmente, existieron antecedentes históricos en el resto del mundo que hicieron considerar la necesidad de desarrollar esta materia.

En 1948, cuando se firmó la Declaración de los Derechos del Hombre, se estableció en su artículo 12 que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”¹.

La misma línea la siguieron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que se firmó en Bogotá, Colombia, en 1948 y el pacto de San José de Costa Rica firmado este mismo año.

La primera ley que reguló la protección de datos fue creada en 1970 en Alemania, en esta se creó un Comisario Parlamento encargado de velar por la confidencialidad y el correcto uso del manejo de datos².

Luego de esto, se empezaron a reglamentar en otros países importantes el tratamiento de datos personales. En Estados Unidos el Privacy Act buscaba proteger a las personas frente a los datos o actos que se compartían con terceros sin el consentimiento del titular de los mismos; igualmente, en 1978 la Constitución Española estableció que: “la ley limitaría el uso de la información para garantizar el honor, la intimidad personal de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”³.

¹ELEJALDE LÓPEZ, Hernán Dario y MARTÍNEZ NARANJO, Oscar. El “HABEAS DATA” en las empresas privadas crediticias de Colombia y su aplicación frente al manejo de la información de las personas naturales. Trabajo de grado, Especialización en Gerencia de la Información. Medellín: Universidad de Medellín, Tesis, Cdigital, 2009 (en línea) <http://cdigital.udem.edu.co/TESIS/CD-ROM48522009/05.Capitulo1.pdf>

² Ibíd.

³ Ibíd.

Teniendo en cuenta el antecedente de la Carta Política y todo el desarrollo que se presentó a lo largo de la historia sobre este tema, en el año 2012, el Congreso de la República aprobó la Ley 1581 de 2012 “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, en la que se establecen parámetros claros del tratamiento de datos personales, los principios rectores de la materia, los derechos que tienen los titulares de los mismos, las obligaciones y deberes que les corresponden a aquellas entidades que los traten, entre otra gran cantidad de aspectos.

Los avances que se presentaron a principios del siglo veintiuno en materia de tecnología y medios de comunicación, hicieron más notable y evidente la necesidad de regular un tema que podría llegar a vulnerar los derechos de las personas, dentro de los cuales se encontraban el buen nombre y la intimidad. En virtud de lo anterior, y como una concientización de los efectos y consecuencias que se podían presentar por el hecho de no tener plenamente establecidos los derechos y deberes de titulares y responsables de los datos, el legislador colombiano reguló el tema permitiendo que hoy en día las personas conozcan sus derechos y deberes, y puedan solicitar y exigir que sus datos personales solo sean tratados para las cosas que estos expresamente autorizaron, logrando así evitar que se les violen sus derechos fundamentales⁴.

Como consecuencia de los avances tecnológicos antes mencionados, los niños, niñas y adolescentes comenzaron a tener mayor acceso a los diversos sistemas de comunicación, con lo cual se evidenció la necesidad de que esta población tuviera mayores garantías y se les otorgara una protección mucho más estricta para evitar que fueran objeto de vulneraciones durante su desarrollo y corrieran algún tipo de riesgos; sin embargo, los esfuerzos que en la actualidad se están realizando en todo el mundo, especialmente en Colombia, deben procurar por

⁴ ARMAGNAGUE Juan F. Derecho a la información, habeas data e internet. Buenos Aires, Argentina: Edición La Rocca. 2002, p. 63 – 77.

encontrar un equilibrio entre los derechos fundamentales de los menores de edad y la protección que se les debe dar a los mismos.

De acuerdo con lo indicado por el *Memorandum* de Montevideo: “los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos, y por tanto pueden ejercerlos en función de su edad y madurez, además que sus opiniones deben ser consideradas en función de su edad y madurez”⁵

No obstante, en algunos casos como el colombiano, los derechos fundamentales de los menores se ven restringidos por una excesiva protección impuesta por el legislador, que a pesar de que su fin no es más que proteger a esta población considerada vulnerable, termina eventualmente restringiendo los derechos fundamentales de los mismos, impidiendo así su desarrollo integral. Lo anterior, se aplica a la regulación actual del tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes en Colombia, quienes no puede usar sus datos por su propia autonomía⁶, a pesar de que los mismos sean esenciales para la realización de actividades sociales y académicas que permitan el desarrollo personal del menor.

Es en este punto, que es pertinente mencionar que el tratamiento de la información es un elemento esencial en la vida práctica, y que debe partir de la autonomía de la voluntad de cada ser humano⁷. No obstante, es igual de relevante imponer unos límites en su manejo, y primordialmente en población vulnerable como la de los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, dichos límites deben tener en cuenta que a esta población se le ha ido otorgando mayor capacidad y

⁵ ARGENTINA. Seminario Derechos, Adolescentes y Redes Sociales en Internet (28 de julio de 2009. “*Memorandum* de Montevideo, sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes”; (en línea): http://www.conafe.gob.mx/Documents/Memorandum_de_Montevideo.pdf

⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto reglamentario por medio del cual se reglamenta la Ley 1581 de 2012, Número 1377 (27 de junio de 2013), artículo 12.

⁷ RIANDE JUÁREZ, Noé Adolfo. El Derecho a la Autodeterminación Informática. Derecho Administrativo, 2012.(en línea): <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/elderechoalaautodeterminacion.pdf>

habilitación en las diversas actuaciones jurídicas y cotidianas, principalmente a los púberes o menores adultos quienes son reconocidos como sujetos con un mayor grado de madurez. Dicha circunstancia se puede verificar al introducirnos en otras especialidades, como el derecho penal, que ha ido reconociendo al menor, y en especial a los adolescentes⁸, como sujetos de aplicación del derecho.

En este orden de ideas, se buscará verificar si la regulación actual del Habeas Data en niños, niñas y adolescentes en Colombia, consagrada a partir de la Ley 1581 de 2012, reglamentada posteriormente por el Decreto 1377 de 2013, sigue la línea actual de reconocer en los menores de edad un mayor grado de autonomía y habilitación o continúa con la concepción tradicional del Código Civil, y es en esta simbiosis que se estudiará el concepto de capacidad jurídica y su noción cotidiana de acuerdo a la Ley 1306 de 2009. En igual sentido se indagará la regulación de otros países que traten el tema, con el fin de compararlas con la normatividad Colombiana, de tal manera que se puedan sustraer algunas diferencias y similitudes que sirvan de apoyo en la solución del problema de la investigación.

El presente trabajo comprenderá tres capítulos que permitirán responder a la incógnita que nos alude al presente estudio, ¿Habeas Data en menores de edad, un derecho protector o restrictivo?: i) Análisis de la regulación Colombiana relacionada con el Habeas Data en menores de edad: Sentencia C 748 de 2011, Ley 1581 de 2012 y el Decreto 1377 de 2013; ii) Análisis de la capacidad jurídica enfocada en los menores de edad, su actual concepción y las implicaciones de esta en el tratamientos de datos personales de niños, niñas y adolescentes; iii) Derecho comparado del Habeas Data en niños, niñas y adolescentes en otros países como: España, Perú y Uruguay; iv) Finalizará con una exposición de conclusiones obtenida luego de la investigación.

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por la cual se expide el Código de la Infancia y Adolescencia. Ley Número 1098 (8 de noviembre de 2006). Artículo 3°, "Sujetos titulares de derechos".

1. ANÁLISIS CONCEPTUAL Y NORMATIVO: HABEAS DATA EN MENORES DE EDAD

1.1 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: SENTENCIA C-748 DE 2011 POR MEDIO DE LA CUAL SE HACE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA No. 184 DE 2010 SENADO Y 046 DE 2010 CÁMARA

En el año 2010, el Congreso de la República venía tramitando una ley que buscaba regular expresamente el tratamiento de datos personales, ya que anteriormente solo existía una ley que regulaba el tratamiento de datos en el sector financiero⁹, dejando un vacío o incógnita acerca de este tema en otros ámbitos.

En el año 2011, el Proyecto de Ley Estatutaria No. 184 de 2010 Senado; 046 de 2010 Cámara: “por el cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, pasó a control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional de Colombia, dejando como consecuencia la emisión de la sentencia C-748.

En dicho control, la Corte Constitucional revisó, entre otros aspectos del Proyecto de Ley, el artículo 7º, el cual regula el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes:

⁹COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Por la cual se dictan las disposiciones generales del Habeas Data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.* Ley Estatutaria Número 1266 (31 de diciembre de 2008).

“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”.

El control constitucional antes mencionado se abordó desde cuatro puntos: i) La definición de niño, niña y adolescente consagrada en el Código de la Infancia y Adolescencia; ii) El fundamento jurídico del principio del interés superior de los menores de 18 años; iii) El derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados; iv) Finalmente, realiza el examen de constitucionalidad y la interpretación que se debe hacer de la norma.

En primer lugar, la Corte se remite al artículo 3° de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, que establece que son menores de edad aquellos que no han cumplido los 18 años, y que aquellos que están entre las edades de 0 y 12 años son considerados niños o niñas, y los que están entre 12 y 18 años de edad son tratados como adolescentes. Este concepto de niño, niña y adolescente modificó el consagrado por el Código Civil en el artículo 34, donde se identificaba a los impúberes como aquellos que no habían cumplido la edad de 14 años, y a

los menores adultos como aquellos que oscilaban entre la edad de 14 y 18 años, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia C-534 de 2005 declaró inexecutable la expresión “mujer que no ha cumplido 12 años” del artículo 34 en mención. Lo anterior, significa que actualmente el criterio de impúber se equipara al de niño o niña, y el de menor adulto al de adolescente, consagrados en el artículo 3° del Código de la Infancia y Adolescencia¹⁰, tal y como lo ratifica el párrafo del artículo 53 de la Ley 1306 de 2009¹¹, la cual es una distinción muy relevante para las posteriores consideraciones del presente trabajo.

“Ley 1306 de 2009, artículo 43, Parágrafo. Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 3° del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto”.

En segundo lugar, esta entidad presenta un breve análisis de lo que significa el principio del interés superior en los menores de edad, el cual se indagará y expondrá a mayor extensión en un tópico posterior del presente trabajo. Este principio tiene como razón de ser la calidad de sujetos de especial protección constitucional, que tienen los niños, niñas y adolescentes, y ha sido desarrollado y tiene como fuente principal normas internacionales¹² y algunas internas como el

¹⁰COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Por la cual se expide el Código de la Infancia Y adolescencia*. Número 1098 (8 de noviembre de 2006). Artículo 3°: *Sujetos titulares de derechos. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.*

¹¹COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados*. Número 1306 (5 de junio de 2009). Artículo 53, párrafo: *Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 30 del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto.*

¹²Principales normas internacionales: i) ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1959).ii) ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966).iii) CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Código de Infancia y Adolescencia¹³. De esta manera, la Corte Constitucional ha determinado que el interés superior es un principio que busca que prevalezcan y se protejan los derechos fundamentales de los menores de edad sobre los de las demás personas, buscando así su desarrollo integral¹⁴.

Dentro de este análisis, la Corte Constitucional hace referencia a las características del interés superior, las cuales son: a) Su revisión debe hacerse en cada caso en particular; b) Buscar que se respeten y protejan los derechos fundamentales de los menores; c) Propender por encontrar una armonía entre los derechos de los padres o representantes legales y los de los niños, niñas o adolescentes.

En tercer lugar, se presenta el derecho de todo menor de edad a ser escuchado, ya que está estrechamente ligado al principio del interés superior. Este derecho, es considerado como un elemento esencial, previo a la autorización por parte de los padres o representantes legales, sobre el tratamiento de datos personales de esta población, sin embargo este derecho está estrechamente relacionado con el grado de madurez de los menores y la capacidad que estos tienen para razonar entorno a la decisión que se va a tomar¹⁵.

En último lugar, la Corte Constitucional concluye el análisis de la constitucionalidad del artículo 7° del Proyecto de Ley, expresando que este debe ser interpretado en el sentido de que está permitido el tratamiento de todos los

Convención Americana sobre los Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969).iv) ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos del niño (20 de noviembre de 1989).

¹³COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y adolescencia*. Número 1098 (8 de noviembre de 2006). Artículo 8 y 25.

¹⁴COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución Política de Colombia* (4 de julio de 1991). Artículo 44.

¹⁵COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley Estatutaria Número 1266 (31 de diciembre de 2008). Artículo 26, inciso 2°: *“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”*.

datos personales, tanto públicos como privados y sensibles, de los niños, niñas y adolescentes, siempre y cuando no se ponga en riesgo sus derechos fundamentales y se tenga como objetivo la búsqueda del interés superior, el cual debe ser analizado en cada caso en particular.

Adicionalmente, expone que restringir el tratamiento a solo datos públicos estaría vulnerando derechos fundamentales de los menores como la Seguridad Social en temas de salud, donde se requieren datos privados o sensibles relativos al estado físico y mental del menor.

Por otro lado, esta entidad manifiesta que en el tratamiento de información personal de los menores de edad, se generan unas cargas de mayor responsabilidad y defensa que se le imponen al Estado, a los padres o personas que se encuentren a cargo de los menores, al legislador, al sistema judicial y todo aquel que trate datos de esta población.

Una vez consumada la exposición que hace la Corte Constitucional sobre el artículo 7° del Proyecto de Ley mencionado, es pertinente hacer una relación de los principales criterios que esta entidad acogió en la sentencia C-748 de 2011 para el Habeas Data en menores de edad: i) Se puede tratar todo tipo de datos personales de los menores de edad, ya que restringirlos implicaría impedir el acceso de menores a ciertos servicios como la salud. ii) El interés superior es esencial en el Habeas Data de los menores de edad, debido a que este principio funciona como derrotero para determinar si en un caso en particular está permitido el tratamiento de datos en niños, niñas y adolescentes. iii) El derecho a escuchar a los menores es necesario previo al tratamiento de sus datos; iv) Se imponen mayores responsabilidades en el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes al Estado, a los padres, al sistema judicial, al legislador y a todo aquel que maneje datos de esta población.

Para finalizar, es pertinente exponer una incógnita que deja la sentencia, y es el hecho de que en la misma no se manifiesta que para el tratamiento de datos personales de los impúberes o niños, y de los menores adultos o adolescentes se requiera de previa autorización de los padres, sino que se les impone una carga de mayor protección a estos o a los guardadores de esta población, elemento que al parecer no reconoció y aplicó la rama legislativa y la ejecutiva a la hora de regular el Habeas Data en menores de edad.

1.2 ANÁLISIS LEY ESTATUTARIA 1581 DE 2012 Y SU REGULACIÓN SOBRE EL HABEAS DATA EN MENORES DE EDAD

Tal y como se mencionó en la introducción de la presente investigación, los avances en la tecnología de las comunicaciones e información hicieron imperativo que se creara una regulación frente al tema de tratamiento de datos personales.

Dentro de la exposición de motivos que se presentó al Congreso de la República para demostrar la necesidad de contar con una regulación sobre la materia¹⁶, los Ministros de: el Interior y de Justicia, el de Comercio, el de Industria y Turismo y el de Tecnología de la Información y las Comunicaciones, expresaron que debido a la actualidad que se presentaba en el mundo en relación con la automatización de procesos de recolección y tratamiento de datos personales, se generaban muchas incertidumbres por parte de los titulares de los datos al no saber, en muchas ocasiones, la finalidad con la cual los mismos eran tratados, a quién le eran compartidos, si su utilización era la correcta, entre otras inquietudes.

¹⁶COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos del proyecto de Ley Estatutaria “*Por medio de la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*”. Número 046C de 2010 de la Cámara de Representantes y Número 184 de 2010 del Senado de la República (15 de diciembre de 2010), p. 13 – 25.

Dentro de las realidades planteadas que se presentaron al Congreso, se indicó que el tratamiento de datos personales era una situación muy común por la cual pasaban los colombianos todos los días: suministro de datos en su trabajo, en las entidades bancarias, en el sistema de salud, entre otros, y era necesario establecer parámetros para que la información fuera utilizada correctamente y no se fueran a vulnerar derechos fundamentales de las personas, dentro de los cuales se encuentra el de la intimidad y buen nombre, que podían verse afectados por el uso indiscriminado que se le daba a los datos en muchas ocasiones.

A pesar de que, como ya se mencionó, en Colombia ya había antecedentes que permitían identificar la existencia en cierta medida de una protección en materia de datos personales, el Gobierno consideró que debía existir una regulación que delimitara los accionares de los responsables y encargados del tratamiento de datos personales, hasta tal punto que el Proyecto de Ley que se presentó al Congreso y que posteriormente se convirtió en la Ley 1581 de 2012, estableció, entre muchas otras condiciones, que aquel que administre o trate datos personales deberá contar con autorización previa y expresa del titular, pues de no hacerlo y estarlos utilizando sin permiso, podrían incurrir en diversas sanciones. Por otra parte se indicó, que desde el momento en que se recolectaban los datos se debía informar a los titulares de los mismos la finalidad con la que serían utilizados, delimitando el tratamiento de información personal exclusivamente para aquellas situaciones expresamente autorizadas por el titular.

Otro de los aspectos más importantes que consagró esta Ley, fue el establecimiento de un procedimiento administrativo dentro del cual los titulares de los datos personales podían presentar reclamaciones y consultas a los responsables del tratamiento de datos¹⁷, y en caso de no quedar satisfechos con

¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*. Número 1581 (17 de octubre de 2012). Título V: Procedimientos. Artículo 14. *Consultas*. Artículo 15. *Reclamos*. Artículo 16. *Requisito de procedibilidad*.

su utilización o encontrar que estos no estaban siendo tratados conforme a lo autorizado, podían acudir donde autoridades administrativas, como la Superintendencia de Industria y Comercio, para resarcir el daño que consideraban se les había causado¹⁸, logrando así que la acción de tutela, que hasta la fecha era prácticamente el único mecanismo con el que contaban los ciudadanos para proteger su derecho al Habeas Data, pasara a tener un papel secundario o subsidiario, en vez de principal.

Ahora bien, introduciéndonos en el caso concreto del tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, las motivaciones que se presentaron al Congreso de la República parecen ser muy diferentes a lo que en realidad quedó consagrado en el artículo 7° de la Ley 1581 de 2012, el cual estableció expresamente que el tratamiento de datos personales de menores de edad estaba prohibido por completo, salvo lo relacionado con los datos públicos; incluso, no se establecieron causales, finalidades o motivos de la prohibición, lo cual, como se mencionará más adelante, puede llegar a ser violatorio de los derechos fundamentales de esta población. Por el contrario, el Proyecto de Ley, demuestra que la finalidad o el espíritu de este artículo era prohibir el tratamiento, uso, divulgación o publicación de los datos personales de los menores de edad cuando el fin para el cual se utilizaran fuera el de comercialización, tráfico, venta o cesión a terceros, y no impedir su uso en situaciones esenciales como la salud o la educación.

No obstante, la Ley no estableció expresamente que la mencionada prohibición solamente sería para los datos que fueran a ser utilizados para dichos fines, sino que los proscribió por completo, encontrándose aquí una contradicción o

¹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*. Número 1581 (17 de octubre de 2012). Título VII: De los mecanismos de vigilancia y sanción. Capítulo I: De la protección de datos. Artículo 19. *Autoridad de Protección de Datos*. Artículo 20. *Recursos para el ejercicio de sus funciones*. Artículo 21. *Funciones*.

discordancia entre lo que se quería regular y lo que quedó consagrado en la realidad.

Por otra parte, la Ley de Habeas Data amplió su campo de aplicación e impuso obligaciones a sujetos diferentes al Estado, como lo son las entidades educativas, y les exigió que debían cumplir una labor pedagógica frente a padres, tutores o representantes legales de los menores de edad, capacitándolos e informándoles sobre los eventuales riesgos a los que está expuesta esta población, y los obligó a enseñar mecanismos a través de los cuales se pudiera garantizar el correcto uso de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes¹⁹.

Como se puede observar, es claro que frente al tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, lo que se buscó con esta Ley era protegerlos de los riesgos a los cuales se veían expuestos por los avances en la tecnología, estableciendo cargas para todos aquellos intervinientes en la vida de los mismos, para que velaran por el correcto y adecuado uso de los datos personales. Adicionalmente, se puede evidenciar que lo que esta Ley pretendía era que su tratamiento fuera excluido en ciertos casos, no obstante, esto no quedó establecido en debida forma y la Ley terminó imponiendo obligaciones al Estado, a las entidades educativas y a los encargados de tratar datos personales de menores de edad cuando obtuvieran información de los mismos, y contradictoriamente no permitió que se presentase un tratamiento, por lo cual, en teoría, estableció obligaciones para una actividad que en la ley quedó prohibida expresamente.

Finalmente, en el análisis de la Ley 1581 de 2012, y en especial del artículo 7° donde se hace referencia expresamente al tratamiento de datos personales en niños, niñas y adolescentes, es fundamental mencionar que la misma fue aclarada

¹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*. Número 1581 (17 de octubre de 2012), parágrafo 3° del artículo 7° “Derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

por la sentencia C-748 de 2011 donde la Corte Constitucional dio alcance, en el sentido de que el tratamiento de datos públicos y privados de los menores sí están permitidos, porque de lo contrario se vulnerarían sus derechos fundamentales y su acceso a servicios básicos como el Sistema de Seguridad Social, tal y como se expresó en el título primero del presente trabajo.

1.3 ANÁLISIS DECRETO 1377 DE 2013 Y SU REGULACIÓN SOBRE EL HABEAS DATA EN MENORES DE EDAD

Continuando con la línea cronológica del análisis normativo, en el año 2013, el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, reglamentó parcialmente la Ley 1581 de 2012, y expidió el Decreto 1377 de 2013.

Esta norma en el artículo 12 se refirió expresamente a los “requisitos especiales para el tratamiento de datos de niños, niñas y adolescentes”, reiterando en un primer momento la prohibición de tratar los datos de los menores de edad, omitiendo así lo ya aclarado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-748 de 2011. Este primer elemento permite comprobar la existencia de una falta de armonía en los criterios sobre el tratamiento de datos personales entre las diversas ramas del poder público.

A renglón seguido, el Decreto establece que sí se pueden tratar los datos públicos de los menores de edad, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Respetar el interés superior; b) Asegurar y respetar los derechos fundamentales; c) Cumplidos los anteriores dos requisitos, el representante legal del menor otorgará la autorización para el manejo de los datos de este; d) Se

permitirá al menor ejercer su derecho a ser oído²⁰. Uno de los elementos que adiciona este Decreto al tratamiento de datos personales de los menores de edad, es limitar su manejo a la autorización de sus representantes legales o padres; dicho elemento se venía presupuestando desde la Ley 1581 de 2012 y su estricta regulación sobre el tema. Este requisito, es una gran prueba de que se desplazó por completo la autonomía en el manejo de datos personales por parte de los niños, niñas y adolescentes, y se limitó a la autorización de los padres o representantes legales, implicando esto que se llegue a vulnerar derechos fundamentales de esta población como el libre desarrollo de la personalidad, en especial de aquellos que tienen la madurez suficiente para tomar sus propias decisiones.

Otro elemento, que sí retoma de manera adecuada el Decreto 1377 de 2013, es el respeto y aseguramiento del principio del interés superior de los menores de edad, el cual es el elemento base y guía del tratamiento de datos personales de esta población. Este principio será desarrollado en el siguiente capítulo, identificando su importancia en el manejo de datos personales de niños, niñas y adolescentes, y si es adecuada su aplicación en el Estado colombiano.

²⁰COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Decreto reglamentario por medio del cual se reglamenta la Ley 1581 de 2012*. Número 1377 (27 de junio de 2013). Artículo 12: “*Requisitos especiales para el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes: El Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes está prohibido, excepto cuando se trate de datos de naturaleza pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 1581 de 2012 y cuando dicho Tratamiento cumpla con los siguientes parámetros y requisitos:*

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

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

Todo responsable y encargado involucrado en el tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes, deberá velar por el uso adecuado de los mismos. Para este fin deberán aplicarse los principios y obligaciones establecidos en la Ley 1581 de 2012 y el presente decreto.

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 decreto”.

1.4 INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD, COMO REQUISITO ESENCIAL EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El principio del Interés superior, surge cuando los Estados empiezan a intervenir y penetrar el círculo de la familia, y a determinar ciertos parámetros que deben existir en la relación entre padres e hijos. Posteriormente, empieza a surgir una preocupación entorno a la protección de los niños como sujetos individuales separados de sus padres, y los intereses que cada uno de ellos tienen, por lo que los Estados empezaron a asumir un rol sobreprotector de esta población y la situación de los menores pasó a ser un asunto público. En el anterior presupuesto fáctico, es donde el interés superior comenzó a ser desarrollado como un principio enfocado a los niños, niñas y adolescente, y a tratarse como un elemento de especial protección²¹.

Los menores de dieciocho años son sujetos especialmente amparados por la Constitución como se advierte en el artículo 44 de la Carta Política de Colombia. Esta calidad especial se les otorga en razón de ser sujetos en estado de indefensión y vulnerabilidad, a los cuales se les debe proteger y dar prevalencia sobre los intereses de los demás²². Adicionalmente, este principio busca permitir el desarrollo físico, intelectual y social de los niños, niñas y adolescentes en armonía con la protección de todos sus derechos fundamentales.

El interés superior tiene como marco normativo a la Constitución Política de Colombia, principalmente en los artículos 44 y 45, al Código de Infancia y

²¹ CILLERO BRUÑOS, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en línea) disponible en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-260 (29 de marzo de 2012). *Por medio de la cual se analiza la protección de datos personales de menores de edad en el internet y redes sociales.*

Adolescencia en los artículos 8 y 9, y a la normatividad internacional que integra el bloque de constitucionalidad. Esta última fuente del derecho, es aquella que ha desarrollado a mayor profundidad el principio del interés superior, por lo que se expondrán los principales instrumentos internacionales que tratan este tema²³:

➤ **Convención sobre los Derechos del Niño:** Artículo 3-1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Artículo 3-2: “Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”²⁴.

➤ **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,** artículo 24-1: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”²⁵.

²³COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-748 (6 de octubre de 2011). *Por medio de la cual se hizo control de constitucionalidad a la Ley 1581 de 2012.*

²⁴ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos del niño (20 de noviembre de 1989).

²⁵ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966). (en línea): <http://www.derechos.org/nizkor/ley/pdcp.html>

➤ **Convención Americana de Derechos Humanos** artículo 19: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”²⁶.

➤ **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, artículo 10-3: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”²⁷.

Ahora bien, el interés superior es un principio que debe ser verificado en cada caso en concreto, ya que su aplicación dependerá de las circunstancias que rodean al menor de edad. No obstante, este principio no puede ser entendido como un elemento abstracto y puramente subjetivo, debido a que existen unos criterios o lineamientos jurídicos que deben ser revisados al momento de dar aplicación a dicho principio. Lo anterior, significa que al acudir al principio del interés superior se debe indagar en dos campos diferentes: a) Uno fáctico, donde se verifican las circunstancias en concreto de cada niño, niña o adolescente; b) Uno jurídico, donde se verifica el cumplimiento de los lineamientos jurídicos.

Tal y como se mencionó anteriormente, existen unos criterios jurídicos que sirven de marco de referencia del principio del interés superior, los cuales han sido desarrollados principalmente por la jurisprudencia, y se expondrán a continuación con el fin de presentar los lineamientos que se deben utilizar a la hora de aplicar el mencionado principio²⁸:

²⁶ CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Convención Americana sobre los Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969). Ciudad de San José en Costa Rica (en línea) disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

²⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966). (en línea), disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0014>

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Por medio de la cual se analizó el interés superior en los casos de adopción de menores de edad* (19 de junio de 2003).

- **Garantía del desarrollo integral del menor:** Hace referencia a que se propicien las condiciones necesarias para que el menor de edad tenga un desarrollo físico, psicológico y social adecuado.
- **Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor:** Implica que los padres o encargados de los niños, niñas y adolescentes tienen que suministrarles las condiciones básicas y suficientes para que puedan ejercer sus derechos, al igual que el Estado debe tener los mecanismos necesarios para la salvaguarda de esta población.
- **Protección del menor frente a riesgos prohibidos:** Como sujetos de especial protección, se debe amparar a los menores de edad de todo tipo de abuso que amenace su desarrollo integral, lo cual debe ir de la mano de mecanismos estatales y de los que posean los titulares de la información.

Lo hasta aquí expuesto, demuestra que el principio del interés superior busca el desarrollo integral del menor de edad y la prevalencia de sus derechos en situaciones en que se encuentre en pugna con los de otras personas, de tal manera, que este principio sirva como garantía de los derechos fundamentales de aquellos que no han cumplido la mayoría de edad.

En este punto de la investigación, es relevante reiterar que uno de los requisitos impuestos por el artículo 12 del Decreto 1377 de 2013 para el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes es el respeto del interés superior de esta población, sin embargo otro de ellos es que los padres o representantes legales de los menores de edad autoricen el manejo de sus datos, suprimiendo así la autonomía de la voluntad de los menores en una situación tan esencial como la administración de su información personal. Este requisito que impone una condición al tratamiento de datos de los niños, niñas y adolescentes, y que por ende limita la autonomía del menor, puede llegar a impedir el adecuado desarrollo

personal de esta población, vulnerando así sus derechos fundamentales e imposibilitando el alcance del interés superior.

Ahora bien, enfocándonos en el caso de los menores adultos, que más adelante se presentarán como sujetos con un mayor grado de madurez y de habilitación por parte del derecho, es pertinente mencionar que en el artículo 45 de la Constitución Política de Colombia que hace parte del marco normativo del interés superior, consagra la necesidad de velar por la protección de los adolescentes en su desarrollo integral y por su participación activa en la sociedad, lo cual podría verse vulnerado por la restricción impuesta por la Ley al limitar el tratamiento de sus datos a la autorización de sus padres o representantes legales.

En igual sentido, es relevante entender que en la actualidad se busca reconocer a los menores de edad y en especial a los púberes o menores adultos como sujetos activos en el campo jurídico, dejando atrás el concepto tradicionalista de que esta población se encontraba a la sombra de un sujeto denominado padre o representante legal, razón por la cual surgen principios como el del interés superior que busca garantizar un adecuado desarrollo del menor sin tener que inhabilitarlo al momento de actuar²⁹.

1.5 COMPARATIVO ENTRE LA SENTENCIA C-748 DE 2011, LA LEY 1581 DE 2012 Y EL DECRETO 1377 DE 2013, EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En un primer momento, durante la regulación que se pretendía dar a este tema, el Proyecto de Ley Estatutaria No. 184 de 2010 Senado; 046 de 2010 Cámara, que

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Por medio de la cual se hace control de constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 (1 de abril de 2003).

se materializó posteriormente en la Ley 1581 de 2012, restringió el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes a aquellos que fueran de naturaleza pública, definidos en el Decreto 1377 de 2013 como: “Dato que no sea semiprivado, privado o sensible. Son considerados datos públicos, entre otros, los datos relativos al estado civil de las personas, a su profesión u oficio y a su calidad de comerciante o de servidor público. Por su naturaleza, los datos públicos pueden estar contenidos, entre otros, en registros públicos, documentos públicos, gacetas y boletines oficiales y sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidas a reserva”³⁰. No obstante, la Corte Constitucional declaró una exequibilidad condicionada a este artículo indicando que el mismo debía ser interpretado en el sentido de que todos los datos de los menores de edad pueden ser tratados, independientemente de su naturaleza, cuando cumplan con los siguientes requisitos: a) No se pongan en riesgo sus derechos fundamentales; b) Se busque la prevalencia del interés superior; c) Se garantice que el menor sea escuchado de acuerdo a su grado de madurez.

Como consecuencia de lo anterior, se amplió el campo de tratamiento de datos de los menores de edad, permitiendo también que fueran objeto de recolección y uso aquellos considerados de naturaleza privada y sensible. Esta interpretación benefició a esta población puesto que la forma en que se encontraba regulada la materia impedía que los mismos pudieran acceder a sectores esenciales como la seguridad social y la educación, donde se requiere el manejo de datos como el sexo, la religión, la orientación sexual, el estado físico y mental, entre otros.

Partiendo de las recomendaciones de la Corte Constitucional y según lo establecido en el inciso 3° del artículo 7° de la Ley 1581 de 2012, que indicaban que el ejecutivo debía reglamentar este artículo dentro de los 6 meses siguientes a la expedición de la Ley, en el año 2013 se expidió el Decreto 1377, el cual,

³⁰COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Decreto reglamentario por medio del cual se reglamenta la Ley 1581 de 2012*, Número 1377 (27 de junio de 2013). Artículo 3 “Definiciones”, numeral 2 “Dato público”.

contrario a lo que en su momento había emitido la Corte Constitucional en la Sentencia C-748 de 2011, reiteró la prohibición del tratamiento de datos personales de los niños, niñas y adolescentes, salvo aquellos que fuesen de naturaleza pública. En este punto, se evidencia la inconsistencia entre lo establecido por la Corte Constitucional como órgano de cierre judicial, y las otras dos ramas del poder público, la ejecutiva y la legislativa.

Adicionalmente, este Decreto consagró los parámetros y requisitos que se deben cumplir para el tratamiento de datos personales de menores de edad, los cuales son:

1. Se respete el interés superior.
2. Se respeten sus derechos fundamentales.
3. Se garantice el derecho de los menores a ser escuchados teniendo en cuenta su grado de madurez.
4. Se obtenga previa autorización de sus padres o representantes legales.

Estos requisitos concuerdan con lo establecido por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad realizado al artículo 7º de la Ley 1581 de 2012, salvo en la obligación que se impone a los menores de edad de obtener la previa autorización de sus padres o representantes legales para poder tratar sus datos personales. Tal y como se mencionó en el análisis jurisprudencial (Título II), dicho organismo no estableció como requisito para el tratamiento de datos la necesidad de obtener autorización previa de los padres o representantes legales de los niños, niñas y adolescentes, sino que manifestó la responsabilidad que estas personas tienen sobre el control y manejo que se le dé a la información de esta población.

Como consecuencia de lo anterior, se puede concluir que no existe una armonía de criterios acerca de la forma y los requisitos que se deben cumplir para el tratamiento de datos personales de menores de edad, a raíz de la existencia de dos posturas diferentes entre la rama ejecutiva y la judicial. La primera de ellas concluiría que lo indicado por el Decreto 1377 de 2013 en relación con la prohibición del tratamiento de datos personales de los menores, salvo aquellos que sean de naturaleza pública, no tiene aplicación puesto que la Corte Constitucional ya había declarado una exequibilidad condicionada frente a esto, permitiendo que todos los datos de los menores fueran tratados siempre y cuando se cumplieran los requisitos ya expuestos; adicionalmente, esta postura también llevaría a concluir, que lo que se requiere es un mayor grado de responsabilidad y vigilancia de los padres o representantes legales de los menores de edad frente al tratamiento de datos de estos. Por otra parte, la segunda postura seguiría la línea de lo indicado por el Decreto 1377 de 2013, que al tratarse de una norma posterior dejaría sin efecto lo señalado por la Corte en la sentencia C-748 de 2011, y por ende se proscibiría el tratamiento de datos personales de los menores de edad, diferentes a los de naturaleza pública, y exigiría que para poder tratarlos se requiriera autorización de los padres o representantes legales.

2. ACTUALIDAD SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN MENORES DE EDAD Y SUS IMPLICACIONES EN EL HABEAS DATA

2.1 CAPACIDAD JURÍDICA

La capacidad jurídica ha sido entendida, en términos generales, como “aquella facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones”³¹, la cual se divide en capacidad de goce, que se refiere a la aptitud para ser titular de derechos, y en capacidad de ejercicio, que implica la posibilidad de contraer obligaciones.

De la misma forma, la Jurisprudencia y la Doctrina han expuesto que la capacidad de goce es reconocida en todas las personas naturales o jurídicas por ser un atributo de la personalidad, que surge desde el nacimiento en personas naturales, y desde la constitución tratándose de personas jurídicas, mientras que la capacidad de ejercicio es de índole legal, para lo cual se permite a un sujeto realizar actos o negocios jurídicos por su propia voluntad, sin requerir de la intervención de un tercero.

Ahora bien, al introducir el concepto general de capacidad jurídica en el campo de los menores de edad, encontramos que por el solo hecho de ser personas naturales tienen capacidad de goce y por ende pueden ser sujetos de derechos, y por otro lado, están limitados en la capacidad de ejercicio, ya que la Ley les impone ciertas prohibiciones para contraer obligaciones y realizar actos o

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-983 (13 de Noviembre de 2002). Por medio de la cual se hace control de Constitucionalidad de los artículos 62, 432 y 1504 del Código Civil”.

negocios jurídicos³². Es en este sentido, que el artículo 1504 del Código Civil Colombiano, trata a los impúberes como incapaces absolutos y a los menores adultos o púberes como incapaces relativos, partiendo de un tratamiento restrictivo por regla general, no obstante, actualmente se han venido presentando cambios en la noción de capacidad jurídica, de la consagrada en el Código Civil a lo establecido en la Ley 1306 de 2009, donde se permite una mayor habilitación jurídica a diferentes sujetos, entre ellos a los menores de edad, y en especial a los menores adultos.

Teniendo en cuenta el grado de importancia de la capacidad jurídica como habilitadora de derechos y obligaciones, se presentará un estudio básico de la antropología de este concepto, además de una comparación de la noción de capacidad jurídica entre el Código Civil Colombiano y la Ley 1306 de 2009, enfocada en niños, niñas y adolescentes. Lo anterior, con el objetivo de aplicar la concepción de capacidad jurídica al tratamiento de datos personales en menores de edad, y así poder identificar, si las disposiciones que consagran este tema, artículo 7 de la Ley 1581 de 2012 y el artículo 12 del Decreto 1377 de 2013, acogieron el criterio actual presentado en la Ley 1306 de 2009 de la noción de capacidad jurídica o siguieron la línea tradicional que traía el Código Civil Colombiano.

³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-534 (24 de Mayo de 2005). Por medio de la cual se hace control de Constitucionalidad sobre la solicitud de inexequibilidad para unos y exequibilidad condicionada para otros, de los artículos 34, 143, 428, 431, 432, 445, 526, 630, 784, 1018, 1027, 1061, 1062, 1196, 1502 al 1504, 1527, 1602, 1625, 1740, 1741, 1851, 1957, 2243, 2285, 2368, 2412, 2439, 2470 y 2515 (parciales) del Código Civil; de los artículos 12, 103, 104, 899, 900, 1000 y 1137 (parciales) del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971); del artículo 89 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) y de los artículos 44, 45 y 195 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970). Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

2.2 ESTUDIO ANTROPOLÓGICO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

El presente estudio, se basó en la investigación realizada por Ángel Sánchez de la Torre, como coordinador del libro “La Capacidad Jurídica”, quien efectuó un análisis antropológico y psicológico de este concepto, indagando por la evolución, desarrollo cognitivo y moral de las personas para ser sujetos de relaciones jurídicas³³, entendiendo el concepto objeto de estudio como la aptitud para actuar racional y responsablemente, o como suele denominarse “la aptitud o idoneidad de la persona para ser sujeto de derechos”³⁴.

En esta investigación, el autor se desliga de las normas positivas que limitan la capacidad de las personas, y busca adentrarse en el origen de la capacidad jurídica estudiando la personalidad de los seres humanos. Adicionalmente, es relevante mencionar que hace referencia a la moral, y a la necesidad de analizarla junto a la capacidad jurídica, ya que paralelo al desarrollo cognoscitivo se encuentra la moral, que permite al individuo discernir entre lo bueno y lo malo³⁵.

En este sentido, se inicia un análisis sobre la personalidad y las etapas del desarrollo en que el ser humano adquiere un grado de madurez suficiente para ser sujeto jurídico, es decir, la edad en que los seres humanos comprenden la intervención del ordenamiento jurídico y son responsables de su forma de actuar.

Es importante mencionar que las investigaciones que se relacionarán, son una de varias corrientes que existen en la psicología sobre el desarrollo de la

³³ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. “Capacidad, Personalidad Jurídica, Derecho Subjetivo y Responsabilidad”. En: *LA CAPACIDAD JURÍDICA*. Madrid: Editorial DYKINSON. 2005, p. 17 - 23.

³⁴ GORDILLO CAÑAS, A. “Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos”. Madrid: (s.e), 1986, p. 20.

³⁵ MATEOS GARCÍA, Ángeles. “Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica”. En: *La Capacidad Jurídica*. Ángel Sánchez de la Torre (editor) Madrid: Editorial Dykinson, 2005, p. 73 - 77.

personalidad y capacidad de los sujetos, y serán expuestas con el fin de establecer el momento en que los menores de edad adquieren capacidad de decisión y discernimiento, y por ende estarían habilitados para actuar por su propia autonomía y voluntad.

2.2.1 Jean William Fritz Piaget. Fue un psicólogo y biólogo Suizo, reconocido principalmente por sus aportes en estudios de la infancia y del desarrollo del conocimiento³⁶. Entre sus investigaciones más relevantes se encuentra el estudio del desarrollo de la inteligencia, la cual presentaremos concisamente, ya que nos permite entender el desarrollo cognoscitivo de los seres humanos en sus primeras etapas, primordialmente en el caso de los menores adultos.

Etapas de evolución de la inteligencia³⁷:

- i) Inteligencia senso-motriz (de 0 a 2 años): Es la etapa de crecimiento donde el ser humano empieza a sentir y a organizar dichas sensaciones, al igual que empieza a coordinar y mejorar los movimientos motrices³⁸.
- ii) Inteligencia pre-conceptual (de 2 a 6 años): Es una etapa que tiene como base el lenguaje no afinado, ya que los niños empiezan a explorar los conceptos y los símbolos. Adicionalmente, Piaget hace referencia al animismo en este período, en el sentido de que los menores creen que todos los seres están dotados de vida³⁹.
- iii) Inteligencia lógico-concreta (de 6 a 12 años): En esta etapa se empieza a desarrollar la inteligencia lógica en problemas concretos. En esta época, el

³⁶ Biografías y Vidas. Enciclopedia biográfica en línea. (en línea): <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/p/piaget.htm>

³⁷ MATEOS GARCÍA. Op. Cit., p. 79 – 83.

³⁸ *Ibíd.*, p. 79.

³⁹ FRITZ PIAGET, Jean William. “El paso de la inteligencia sensomotriz al pensamiento conceptual”. En: *La construcción real del niño*. Buenos Aires: Proteo, 1970, p. 231.

niño utiliza el pensamiento lógico en temas de espacio, tiempo, velocidad, clasificación de elementos, entre otros aspectos⁴⁰.

- iv) Inteligencia lógico-abstracta (de 12 a 16 años): La evolución de la inteligencia culmina en esta etapa, con el desarrollo del pensamiento y conocimiento en abstracto. En este período, el adolescente empieza a implementar el razonamiento inductivo y deductivo, y crear sus propias ideas sobre el mundo⁴¹.

En igual sentido, Piaget, complementó su investigación sobre la evolución de la inteligencia con el desarrollo del juicio moral en los seres humanos. En este análisis, llega a la conclusión de que existen dos fases del juicio moral:

- a) Fase Heterónoma (entre 4 y 8 años): El concepto de justicia en esta edad parte de las prohibiciones y de cumplir a cabalidad lo que impone la autoridad, es decir, la conducta está sometida a un control externo.
- b) Fase Autónoma (entre 9 y 12 años): Es un período donde los niños conciben la justicia como un tema equitativo, gracias a la maduración intelectual que van adquiriendo. Es una etapa donde los niños buscan mayor acogimiento social y por ende se ven iguales a los demás.
- c) Fase Intermedia: Es la fase posterior a la autónoma, donde el adolescente utiliza esa justicia equitativa y la empieza a aplicar en casos particulares, es decir, es una fase propia de ejecución de los conceptos creados en la fase autónoma.

⁴⁰ FRITZ PIAGET, Jean William. "Lenguaje y pensamiento en el niño", p. 133.

⁴¹ MATEOS GARCÍA. Op. Cit., p. 81 - 82.

En este punto del trabajo, es menester reiterar que la investigación presentada sobre el desarrollo y la evolución cognoscitiva de Piaget, es una de varias teorías existentes sobre el tema, y que posee detractores y críticas como las siguientes⁴²:

- En la investigación realizada por el psicólogo y biólogo Piaget, no se tuvo en cuenta elementos como lo social y afectivo de los individuos en las diversas etapas, sino que se sometió a la verificación de elementos cognoscitivos.
- La indagación resulta ser etnocentrista, ya que al no tenerse en cuenta los rasgos relacionados con el entorno, esta muestra se modificaría dependiendo del lugar donde se realizara.

Por las anteriores críticas, surgen otras investigaciones como la de Lawrence Kohlberg que buscan complementar la presentada por Piaget.

2.2.2 Lawrence Kohlberg. Es un psicólogo estadounidense y Doctor en Filosofía, quien ha hecho grandes investigaciones en el desarrollo del juicio moral y la autonomía⁴³. Kohlberg acoge los trabajos de Piaget para intentar complementarlos, ya que considera tuvieron falencias en dos elementos: i) La división del juicio moral en dos fases, heterónoma y autónoma, es insuficiente y, por ende, trata de hacer un estudio más amplio sobre este tema; ii) El desarrollo intelectual y moral, debe ir conjeturado con la interacción social, en lo cual no indagó Piaget en su estudio⁴⁴.

La investigación realizada por Kohlberg se basó en entrevistas y cuestionarios presentados a niños entre 10 y 17 años, la cual arrojó una diversidad de etapas morales que clasificó en tres órdenes básicos:

⁴² *Ibíd.*, p. 83.

⁴³ BIOPSIKOSALUD. Biografía Lawrence Kohlberg. (En línea): <http://biopsicosalud4.webnode.com.ve/psicologia/enfoque-cognoscitivista/lawrence-kohlberg/>

⁴⁴ MATEOS GARCÍA. Op. Cit., p. 84.

Orden A: Preconvencional⁴⁵.

Es una etapa heterónoma, durante la cual se actúa por medio de órdenes y en base a la obediencia, pero no existe comprensión de las normas. Se presenta entre los 6 y 9 años, y se subdivide en dos etapas:

- Etapa 1. La etapa del castigo y de la obediencia: Donde los niños actúan por evitar el castigo y no por voluntad propia, es decir, consideran justo aquello que les indica un sujeto que conciben como autoridad.
- Etapa 2. La etapa del propósito y los intercambios instrumentales individuales: Durante la cual actúan porque consideran que es justo aquello que satisface sus propios intereses, a pesar de que también reconocen que cada persona tiene sus propios intereses y se debe ser equitativo.

Orden B: Orden Convencional⁴⁶.

Es una etapa autónoma, donde se empieza a entender a los otros como sujetos iguales, es decir, se crea y asimila el concepto de sociedad, de convención y de normas. Se presenta entre los 6 y los 12 o los 16 años de edad, dependiendo del grado de madurez de cada niño, la cual a su vez se subdivide en:

- Etapa 3. Etapa de las expectativas, relaciones y conformidad interpersonales mutuas: Los menores de edad, empiezan a adquirir autonomía e identificar lo que es justo en razón de lo que no los afecte a ellos y a los demás, principalmente a su familia. Empiezan a expandir su pensamiento y a ver a los demás como sujetos que se deben respetar.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 84.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 84 – 85.

- Etapa 4. La etapa del sistema social y del mantenimiento de la conciencia: Se actúa de acuerdo con aquello que se aceptó como adecuado, es decir, existe una conciencia latente de la sociedad y de la importancia de protegerla. En esta etapa se entiende a la sociedad como una institución que se debe respetar.

Orden C: Orden Posconvencional y de Principios⁴⁷.

Es una fase donde el ser humano actúa, no por la existencia de una convención o norma, sino por el entendimiento de los principios que buscan el bienestar social, en otras palabras, las personas están convencidas de la existencia de unos parámetros de vida en armonía, sin tener que acudir a una norma impositiva que les diga que está bien o mal. Es una etapa en la cual la edad de formación no está clara, ya que puede presentarse a los 18 años como puede que sea en edades anteriores o posteriores, o que nunca se alcance.

- Etapa 5. La etapa de los derechos previos y del contrato social o de utilidad: Se comprende que todas las personas son diferentes y poseen sus propias opiniones, por lo que hay que respetar los acuerdos sociales que se confirmen. En esta fase, los seres humanos cumplen las normas por su propia voluntad y por mantener la paz entre toda la comunidad.
- Etapa 6. La etapa de los principios éticos universales: Lo justo es aquello que está contenido en los principios éticos, que parten del derecho a la igualdad y el respeto mutuo de las personas. En esta fase, los seres humanos actúan porque tienen interiorizados principios morales, donde lo primordial es mantener un bienestar social, y a pesar de las normas que contraríen estos principios, se actúa en razón de lo que se considera éticamente correcto.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 85 – 86.

Según los estudios realizados por Kohlberg, la capacidad de entender y de respetar las normas y los acuerdos sociales surge en el orden convencional (B), en el que las edades oscilan entre los 6 y los 12 o los 16 años, de tal manera, que al culminar estas edades ya se tendría afianzado como mínimo el entendimiento del derecho positivo y las consecuencias por no cumplirlo. Es en este sentido, que uno de los autores del libro de “La Capacidad Jurídica”, el doctor Ángeles Mateos García, luego de analizar el estudio antropológico del mencionado concepto, concluye que: “la capacidad jurídica arranca o se fundamenta en el segundo orden descrito (el convencional) pues en él hay ya una comprensión de lo social con base institucional o jurídica”⁴⁸.

Finalmente, lo que se pretende con esta investigación, es demostrar que los estudios actuales sobre la madurez de los menores de edad tienden a indicar la capacidad que estos tienen para autogobernarse, decidir sobre diversas situaciones e incluso entender las normas sociales y jurídicas, cuando se encuentran en edades que oscilan entre los 12 y 18 años, edad en que son considerados en el ordenamiento jurídico colombiano como adolescentes o púberes. Lo anterior, pese al estricto control que ejerce el ordenamiento jurídico, en especial el de nuestro país, al delimitarlos dentro del marco de los incapaces. Es decir, que a pesar de que el Derecho Positivo Colombiano no les otorgue, por regla general, capacidad de actuar a los menores adultos o adolescentes, bajo los estudios presentados, estos sí poseen la responsabilidad y la madurez suficiente para comprender las normas, discernir y actuar libremente.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 87 – 89.

2.3 LEY 1306 DE 2009: NUEVO CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA

A partir de la expedición del Código Civil de 1887 y hasta el año 2009, se mantuvo en Colombia el mismo concepto de capacidad jurídica adaptado al contexto de la época, por el que los menores de edad eran considerados sujetos completamente dependientes de sus padres, incapaces de comprender sus actos y, por lo tanto, no se les permitía actuar por su propia autonomía. No obstante, en la actualidad se han presentado diversos estudios psicológicos y científicos que demuestran que los menores, a cierta edad, son capaces de comprender el alcance de sus actuaciones y cuentan con la madurez intelectual suficiente para discernir y tomar sus propias decisiones, por lo cual, en el año 2009 el Congreso de la República de Colombia aprobó la Ley 1306, a través de la cual se modificó el concepto de capacidad jurídica⁴⁹.

Dentro de los cambios que introdujo la Ley 1306 de 2009, que sustituyó los títulos XXII a XXXV del Código Civil, artículos 428 a 632, son los siguientes:

- 1) Incapaces absolutos
 - a. Código Civil (Ley 57 de 1887): El concepto de incapacidad absoluta que se tenía en esta ley, partía de la base que conforman este grupo los impúberes, dementes y sordomudos que no pueden darse a entender. Estos individuos por regla general no tenían capacidad para realizar actos de índole jurídica, ya que se encontraban restringidos al mando de los tutores o curadores que la Ley establecía.

⁴⁹ COLOMBIA. Congreso de la República. Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados. Número 1306 (5 de junio de 2009).

- b. Ley 1306 de 2009: Para esta Ley, son incapaces absolutos⁵⁰ aquellas personas que tienen graves afecciones mentales, y que la ciencia médica así lo ha determinado, así como los impúberes⁵¹, es decir, menores entre los 0 y 12 años de edad.
- 2) Incapacidad relativa:
- a. Código Civil Colombiano (Ley 57 de 1887): según este Código, eran incapaces relativos los menores adultos y los disipadores o pródigos declarados interdictos de administrar sus bienes, los cuales tenían muy limitado su campo de acción jurídica, y sus actos se encontraban viciados de nulidad relativa, que podían ser ratificados por sus representantes legales o por ellos mismos una vez adquirieran capacidad de ejercicio.
 - b. Ley 1306 de 2009: para esta Ley, son incapaces relativos los discapacitados mentales relativos⁵², quienes padecen de deficiencia del comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio, y los menores adultos, es decir, quienes tengan entre 12 y 18 años de edad.

Ahora bien, es importante conocer la exposición de motivos que trae la Ley 1306 de 2009 en lo concerniente a los menores de edad, para entender el cambio de concepción de capacidad jurídica en esta población, con la cual la Ley trata de ponerse a la vanguardia en el tratamiento de los individuos conocidos como incapaces según el Código Civil, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales y colectivos de esta población⁵³.

⁵⁰ *Ibíd.*, Artículo 17.

⁵¹ *Ibíd.*, Artículo 53.

⁵² COLOMBIA. Congreso de la República. Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados. Número 1306 (5 de junio de 2009), artículo 32.

⁵³ MEDINA PABÓN, Juan Enrique. RUEDA SERRANO, Manuel. TORRES VILLARREAL María Lucía. DIEZ VARGAS, Cecilia (Ed.). *Nuevo régimen de protección legal a las personas con*

Entre los principales argumentos de la exposición de motivos, se hizo referencia a que el sistema de protección que consagra la Ley 1306 de 2009 no solo se aplica a los discapacitados mentales, sino que también se extiende a los menores de edad, y en general a todos aquellos que por cualquier razón necesitan que alguien actúe en su nombre. A pesar, de que en un principio el proyecto fue concebido para crear mecanismos idóneos para el adecuado tratamiento de los problemas que sufren los discapacitados mentales, este se amplió con el objetivo de cubrir una población igualmente vulnerable como son los menores de edad, considerados por el Código Civil Colombiano como personas inmaduras.

En este orden de ideas, con la expedición de la Ley 1306 de 2009 y su cambio respecto al Código Civil Colombiano, se busca demostrar la nueva corriente sobre lo relacionado con la capacidad jurídica de las personas, en especial de los adolescentes o menores adultos consistente en que, por regla general, estos individuos están habilitados para actuar en el campo jurídico, salvo en aquellas situaciones en las que una autoridad competente expresamente indique que no pueden hacerlo. Lo anterior, con la finalidad de ponerse a la vanguardia de lo que sucede en el mundo, partiendo del fundamento que son capaces aquellas personas que tienen la suficiencia cognoscitiva para la toma de decisiones, como son los púberes o adolescentes, tal y como se presentó en el título segundo del presente capítulo, sobre el análisis antropológico de la capacidad jurídica.⁵⁴

Esta nueva concepción de la capacidad da mayor fuerza al argumento de que los menores de edad, y en concreto los púberes, tienen la madurez cognitiva suficiente para tratar sus datos personales. Y es esta nueva concepción de la capacidad, la que impulsa a desarrollar esta investigación, pues es más que importante, necesario y vital, analizar si nuestra legislación evoluciona al ritmo en

discapacidad mental: antecedentes, análisis y trámite legislativo –Ley 1306 de 2009–. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, p. 96 – 111.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 11 – 45.

que se desarrolla y progresa el ser humano, y en particular la población que ocupa este trabajo, que por ser tan vulnerables, niños, niñas y adolescentes, es fundamental una total claridad de las normas colombianas, todo esto con el objeto de propiciar la protección de sus derechos.

Por lo anterior, es que las normas que regulan situaciones de los menores de edad, deben buscar su desarrollo integral y no solo su coerción para actuar, en especial cuando se trata de situaciones esenciales como es el manejo de datos personales de esta población, en escenarios relacionados con la salud o la educación; supóngase el caso de un adolescente de 14 años que entra a Urgencias sin estar acompañado de sus padres o representantes legales, y debe suministrar información tanto de naturaleza pública como privada, como por ejemplo su estado físico y mental, que el hospital administrará y circulará para poder tratar al menor, pero que no lo podría hacer porque se vulneraría el Habeas Data, al no obtenerse previamente la autorización de los padres o representantes legales.

2.4 IMPLICACIONES DE LA LEY 1306 DE 2009 Y SU ACTUAL CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA, EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN MENORES DE EDAD

Tal y como se evidenció anteriormente, la Ley 1306 de 2009 trajo consigo un gran cambio sobre el concepto de capacidad jurídica en Colombia, a través del cual se otorgó a los menores adultos mayor autonomía para tomar sus propias decisiones teniendo en cuenta la madurez de los mismos y la capacidad para comprender sus acciones. Con dicho cambio se otorgó una presunción de validez a los actos de los adolescentes, lo cual permitió que todas las actuaciones que hacían los mayores de 12 años se presumieran válidas a excepción de aquellas

expresamente excluidas por autoridades competentes, contrario a lo que se venía aplicando con el Código Civil Colombiano, en donde todos los actos de menores adultos se presumían viciados de nulidad relativa.

Ahora bien, es indispensable mencionar que la Ley 1306 fue expedida en el año 2009, lo cual, en teoría, debió haber implicado que toda la normatividad expedida con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma siguiera las novedades que esta trajo, especialmente en lo relacionado con el tema de capacidad jurídica de los menores adultos que se mencionó anteriormente; sin embargo, con la Ley de Habeas Data puede evidenciarse que no fue así y que, contrario a lo que ya había sido reformado por la Ley 1306, la regulación al tratamiento de datos personales de menores de edad se realizó teniendo en cuenta el concepto de capacidad jurídica que traía el Código Civil Colombiano.

Como sustento de lo antepuesto, se encuentra que en el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012, se prohibió el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, salvo aquellos que fuesen de naturaleza pública. Según lo indicado por este artículo, podría concluirse que los niños, niñas y adolescentes, independientemente de la edad que tengan, cuentan con autonomía para suministrar su información personal que fuese considerada de naturaleza pública, sin necesidad de que la misma fuera otorgada por sus padres o representantes legales; no obstante, para poder entrar a discutir la forma en que quedó regulada la Ley 1581 de 2012, se deben abordar 2 escenarios diferentes: ¿qué pasa entonces con los datos que sean considerados de naturaleza pública suministrados por menores de edad?, y ¿qué pasa con los datos que son considerados como sensibles o privados cuando son suministrados por niños, niñas y adolescentes?

En relación con la primera inquietud expuesta, podría afirmarse que el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012 de Habeas Data, en un principio, reguló el tratamiento de

datos personales de menores de edad que fuesen considerados de naturaleza pública conforme a lo establecido por la Ley 1306 de 2009, pues expresamente se consagró que los datos públicos podían ser objeto de tratamiento sin entrar a debatir quién debía otorgarlos, si los representantes legales de los menores o ellos mismos, permitiendo así que los niños suministren este tipo de información, dándoles la autonomía suficiente para otorgarlos sin que por ello genere algún tipo de nulidad o sanción para aquellas personas responsables y encargadas del tratamiento.

De lo antes mencionado se podría afirmar que hay una regulación conforme a lo establecido por la Ley 1306 de 2009, sin embargo, vale la pena expresar que la misma estableció diferencias para púberes e impúberes teniendo en cuenta la madurez de los mismos y la capacidad para comprender sus propias acciones, situación que no se presentó en la Ley de Habeas Data, en la cual no se hizo una diferencia expresa entre niños y adolescentes. En este punto se presenta una incoherencia entre el espíritu de la ley o las motivaciones de la misma, consistentes en la necesidad de proteger a una población que se encontraba en una situación de vulnerabilidad debido a los avances en tecnología que se habían presentado, y lo que efectivamente se consagró, que fue permitir que los menores de edad, independientemente de su edad, pudieran suministrar datos que fuesen considerados de naturaleza pública, los cuales, en ocasiones, podrían llegar a generar un riesgo para los menores que no cuentan con la capacidad para comprender sus acciones.

Por lo antes mencionado, se considera que la Ley de Habeas Data debió haber hecho una distinción entre los datos que fueran otorgados por niños mayores de 12 años o púberes, los cuales cuentan con madurez suficiente para comprender el alcance de sus actos, y la información suministrada por menores de 12 años o impúberes, cuya madurez y capacidad de comprensión los pone en una situación

de riesgo y vulnerabilidad, por lo que el tratamiento y uso de su información debió haber contado con más condiciones para su tratamiento y uso.

Ahora bien, con respecto a la segunda inquietud, relacionada con el tratamiento de datos personales considerados de naturaleza sensible o privada, la Ley 1582 de 2012 menciona que

“se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos”⁵⁵.

Según lo indicado por el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012, se podría pensar que el tratamiento de datos personales de menores de edad considerados de naturaleza privada o sensible se prohibió por completo, sin embargo, el artículo 6 numeral B abre una posibilidad al tratamiento de datos sensibles de menores de edad al decir que el mismo está permitido cuando: “(...) sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado. En estos eventos, los representantes legales deberán otorgar su autorización⁵⁶”. Lo mencionado por este numeral llevaría a inferir que, en el evento

⁵⁵ COLOMBIA. Congreso de la República. “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales” (17 de octubre de 2012). *Artículo 5: Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.* Ley Estatutaria Número 1581 (17 de octubre de 2012).

⁵⁶ COLOMBIA. Congreso de la República. “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales” (17 de octubre de 2012). *Artículo 7. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el tratamiento se asegurará el respeto a los derechos prevalentes de los niños,*

que el interés vital del titular se ponga en riesgo, los datos personales de menores de edad considerados de naturaleza sensible pueden ser tratados, siempre y cuando se cuente con autorización de los padres o representantes legales de los mismos.

No obstante lo anterior, existen situaciones en las que el interés vital del menor no está en riesgo, pero es necesario que se suministren datos considerados de naturaleza privada o sensible, por ejemplo, la apertura de una cuenta bancaria no afectaría, en principio, el interés vital del menor, pero es cierto que para poder abrir una cuenta bancaria son necesarios datos como el sexo, que según la definición dada por la ley, es un dato sensible pues en ocasiones generaría discriminación. ¿Qué pasaría entonces en este evento?, ¿Estarían los representantes legales de los menores de edad autorizados a suministrar información considerada sensible aun cuando no se busque proteger el interés vital del menor?.

Adicional a las situaciones antes planteadas, también existen eventos en los que es necesario suministrar un dato personal del menor considerado de naturaleza sensible, en el cual lo que se busca es salvaguardar el interés superior del niño, pero los padres o representantes legales no pueden o no quieren autorizar el tratamiento, ¿qué pasaría en este caso con los datos suministrados por el menor u otra persona diferente a sus padres o representantes legales?, ¿se podrían imponer las sanciones que trae la ley a aquellas personas que obtuvieron o suministraron los datos del menor sin la debida autorización de sus padres o

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. Ley Estatutaria Número 1581 (17 de octubre de 2012).

representantes legales?. Este tipo de situaciones son muy comunes en la vida cotidiana y lamentablemente no fueron consagradas en la Ley 1581 de 2012; por ejemplo, si un menor de edad tiene un accidente en el que es necesario saber su sexo, su raza, su orientación religiosa, y sus condiciones físicas o psicológicas, y sus padres o representantes legales no se encuentran y no es posible contactarlos, ¿se debe esperar a que los mismos otorguen la autorización poniendo en peligro la vida del menor? o ¿en estos casos se está autorizado a tratar datos sin necesidad de solicitar autorización?.

Como se puede evidenciar, la regulación del tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes que estableció la Ley 1581 de 2012, dejó muchas lagunas e incertidumbres en relación con la forma cómo se debe actuar en ciertos casos específicos, y no se cumplen a cabalidad todos los supuestos que trae la ley para permitir el tratamiento de datos, especialmente en aquellos considerados de naturaleza pública. Se podría pensar que siempre debe ponerse como prioridad el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, tal y como la Corte Constitucional lo ha manifestado, por lo que sería este supuesto el que tendría jerarquía, pero en las situaciones en que no se busque salvaguardar el interés superior, no hay certeza de la forma en que se puede actuar y si los datos pueden ser tratados. Adicionalmente, como ya se detalló anteriormente, el interés superior es un tema muy subjetivo que debe entrarse a analizar en cada caso concreto, por lo que no siempre se tendrá la certeza de haber actuado para salvaguardar los intereses de los menores de edad.

En el año 2013 se expidió el Decreto 1377, que reguló la Ley 1581 de 2012, el cual supuestamente entraría a aclarar ciertos aspectos no mencionados en la Ley, no obstante este también trajo varias inconsistencias y dejó numerosas dudas relacionadas con la forma de actuar en ciertos casos específicos, pero ¿tuvo el Decreto 1377 de 2013 en cuenta el concepto de capacidad establecido por la Ley 1306 de 2009? La respuesta es no, al igual que la Ley de Habeas Data, el Decreto

1377 de 2013 tuvo en cuenta el concepto de capacidad jurídica que traía el Código Civil Colombiano, en el cual lo general es inhabilitar al menor, restringiéndolo a que solo sus padres o representantes legales están facultados para suministrar sus datos, y en nada tuvo en cuenta lo que años atrás había establecido la Ley 1306 de 2009.

Al igual que lo consagrado por el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012, el artículo 12 del Decreto 1377 de 2009 reiteró la prohibición de tratar datos personales de menores de edad considerados de naturaleza privada o sensible al indicar que: “El Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes está prohibido, excepto cuando se trate de datos de naturaleza pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012 (...)”⁵⁷. De acuerdo con lo aquí indicado, se evidencia que el Decreto en cuestión no aclaró ni diferenció que pasaba con la información suministrada por púberes e impúberes, por lo que no tuvo en cuenta la madurez y el grado de comprensión diferente con el que cuentan los niños y niñas de 0 a 12 años y los adolescentes de 12 a 18 años, donde los últimos pueden ser autónomos en sus propias decisiones, dado el grado de desarrollo cognitivo que tienen en dicha edad. Sin embargo, el Decreto consagró ciertos requisitos para poder tratar los datos personales de menores de edad que sean considerados de naturaleza pública:

1. “Que responda y respete el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.
2. Que se asegure el respeto de sus derechos fundamentales”⁵⁸.

⁵⁷ COLOMBIA. Presidencia de la República. *Decreto reglamentario por medio del cual se reglamenta la Ley 1581 de 2012*. Número 1377 (27 de junio de 2013). Artículo 12: “Requisitos especiales para el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes”.

⁵⁸ *Ibíd.*

Con respecto al primer requisito, como se indicó en el capítulo primero, título cuarto de la presente tesis, es un tema muy subjetivo, ya que no hay un criterio establecido a través del cual se pueda tener la certeza que se está actuando para proteger el interés superior de los menores. Dependerá del caso concreto a estudio, entrar a analizar si con el tratamiento de información del menor se está buscando el interés superior.

Adicional a estos dos requisitos, el Decreto estableció que una vez se constatará el cumplimiento de los mismos, los padres o representantes legales de los menores de edad, debían dar autorización para el tratamiento de sus datos personales, pero con la salvedad de que se debía escuchar al menor de edad teniendo en cuenta el grado de madurez con el que estos cuentan: “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 asunto⁵⁹”.

En relación a este último requisito, y contrario a la línea que habían seguido previamente la Ley 1581 de 2012 y los primeros apartes del Decreto 1377 de 2013, el legislador estableció la necesidad de escuchar al menor en razón a su madurez y autonomía para comprender las acciones que están realizando, con lo cual se podría decir que se tuvo en cuenta, pero no se aplicó totalmente, aquello que había sido impuesto en el año 2009 con la entrada en vigencia de la Ley 1306, que se refiere a una nueva forma de entender el concepto de capacidad jurídica como un ente que da prevalencia a habilitar la actuación de los considerados incapaces por el ordenamiento jurídico colombiano.

⁵⁹ COLOMBIA. Presidencia de la República. *Decreto reglamentario por medio del cual se reglamenta la Ley 1581 de 2012*. Número 1377 (27 de junio de 2013). Artículo 12: “*Requisitos especiales para el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes*”.

Lo anterior se sustenta en que, según la Ley 1306 de 2009, los menores de edad están divididos en dos grupos:

- Niños y niñas menores de 12 años: impúberes
- Adolescentes mayores de 12 años: púberes

Frente a los impúberes, la Ley 1306 de 2009 manifiesta que sus actos nacen viciados de nulidad absoluta, por lo que los mismos no tienen validez; frente a los púberes, la ley indica que como estos ya cuentan con suficiente madurez para comprender sus actos, estos al nacer se presumen válidos, exceptuando aquellos que son expresamente excluidos por autoridad competente. Si bien el Decreto tuvo en cuenta la madurez de los menores de edad, e impuso la obligación de escucharlos y tener presentes sus decisiones, no le otorgó validez a los actos realizados por los mismos, pues se condicionó a que estos estuvieran sometidos a la autorización de sus padres o representantes legales, y no a su autonomía y capacidad para tomar sus propias decisiones.

Es lamentable que con todos los avances que se han presentado en materia de capacidad jurídica en Colombia, y con todos los estudios que han determinado que un menor, a la edad entre 12 y 18 años, tiene plena capacidad y madurez para comprender el alcance y consecuencias que pueden tener sus actos, aún la normatividad más reciente no tenga en cuenta estos conceptos, impidiendo a los menores adultos tomar sus propias decisiones en temas tan básicos como el simple suministro de su nombre, documento de identidad, y demás datos considerados de naturaleza pública, y a su vez se les niegue o restrinja la posibilidad de acceder a ciertos servicios o bienes, como la educación y la salud, por el hecho de no estar facultados para suministrar información privada o sensible requerida por personas, tanto naturales como jurídicas..

Afortunadamente, como ya se mencionó, la Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia C-748 de 2011, permitió que todos los datos de menores de edad, bien sean de naturaleza pública, privada o sensible, pudiesen ser recolectados, almacenados, circulados, usados y suprimidos por las entidades encargadas del tratamiento de datos, sin embargo, no especificó si para el manejo de datos personales de cualquier naturaleza, se requiera previa autorización de sus padres o representante legales, pero si expresó la responsabilidad que tienen los encargados del tratamiento de dichos datos por tratarse de una población de especial protección.

Para finalizar, en este orden de ideas, teniendo en cuenta la realidad actual, donde la información es un elemento de acceso esencial a servicios, es importante señalar, que los estudios en lo relacionado con la capacidad cognoscitiva que tienen los menores de edad, en especial los menores adultos, nos indican que son sujetos con la madurez necesaria para discernir y, por ende, poder proporcionar sus datos personales de manera autónoma, de forma que la carga de responsabilidad por el tratamiento de tales datos, recaiga sobre la persona natural o jurídica que los reciba y administre.

3. ESTUDIO DE LA REGULACIÓN DEL HABEAS DATA EN MENORES DE EDAD EN OTROS PAÍSES Y SU COMPARACIÓN CON COLOMBIA

3.1 NORMATIVIDAD INTERNA DE OTROS PAÍSES Y SU COMPARACIÓN CON LA COLOMBIANA

El Habeas Data como derecho fundamental ha sido uno de los temas que ha estado actualmente en el foco de las legislaciones a nivel mundial, ya que la sociedad moderna se rige por la información. Esta situación, como se ha mencionado en otros apartes del presente trabajo, es esencial en el desarrollo personal, social e industrial, ya que cada persona se beneficia con el uso de su información al ser parte activa de la sociedad y con ella poder acceder a diversos servicios como la educación; a su vez, la comunidad se favorece al permitirse una interacción social mucho más ágil y fácil entre las personas, a pesar de las barreras geográficas que existan; y finalmente las industrias pueden desarrollar mejor sus actividades al tener un acceso a la información de sus usuarios o clientes, de manera que pueden guardar y administrar los datos que los mismos suministran⁶⁰.

Colombia se introdujo en esta oleada de regulación y legislación creando normas como la Ley 1266 de 2008, Ley 1581 de 2012 y el Decreto 1377 de 2013, partiendo de la necesidad de proteger la información de las personas, debido a la globalización e informatización que se está viviendo, y con el fin de garantizar otros derechos como el buen nombre, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad⁶¹.

⁶⁰ ARMAGNAGUE Juan F. *Derecho a la información, habeas data e internet*. Edición La Rocca. Argentina, Buenos Aires, 2002.

⁶¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. “Por la cual se protege el derecho al Habeas Data y al buen nombre”. Número 176A (25 de marzo de 2014).

Dentro de esta normatividad, se encuentra la regulación del tratamiento de datos personales de menores de edad, el que ha sido igualmente un tema de interés público a nivel mundial, frente al cual los diversos países han creado su propia normatividad, una más detallada y específica que otra, por lo que se acudiría al ordenamiento jurídico de estos para identificar la manera en que ha sido reglamentado el tema del Habeas Data en menores de edad y se comparará con la normatividad colombiana, teniendo en cuenta que es esta población en específico la que es objeto de la presente investigación.

Tal y como se expuso en el capítulo primero del presente proyecto, el tratamiento de datos personales de menores de edad se encuentra regulado en Colombia en el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012 y en el artículo 12 del Decreto 1377 de 2013, donde se establecen los siguientes requisitos: i) En principio estaba prohibido el tratamiento de datos personales de menores de edad, salvo los de naturaleza pública, sin embargo esta situación fue interpretada por la sentencia C-748 de 2011 bajo el entendido de que está permitido el tratamiento de datos de cualquier naturaleza de esta población siempre y cuando se busque el interés superior; ii) No se pueden vulnerar los derechos fundamentales con el tratamiento de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes; iii) Se requiere de la autorización de los padres o representantes legales, el cual es un elemento adicionado por el artículo 12 del Decreto 1377 de 2013; iv) Se tiene la obligación de escuchar al menor de edad, de acuerdo a su grado de madurez.

La anterior regulación colombiana, buscará ser comparada de forma transnacional con la de otros países como España, Perú y Uruguay con el objetivo de que se evidencie que en dichos ordenamientos jurídicos se da mayor prevalencia a la autonomía de los menores adultos o púberes, como sujetos con capacidad cognoscitiva suficiente para tomar sus propias decisiones y, por ende, determinar el uso y manejo de sus datos personales, mientras que la carga de proteger

adecuadamente la información se le asigna a los que administran la información, a diferencia de la regulación colombiana, que parte de la prohibición de tratar los datos de este tipo de población, olvidando que el Habeas Data es un derecho que permite a los menores disponer de su información, además de que el mismo está conectado con otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad.

Finalmente estas comparaciones permitirán demostrar las diferentes soluciones que han dado los ordenamientos jurídicos de los países mencionados en el tratamiento de datos personales de menores de edad, y servirán de ejemplo para demostrar el carácter restrictivo que tiene la regulación Colombiana en este tema⁶².

3.2 REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE EL TRATAMIENTO DE DATOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

España fue uno de los primeros países europeos en consagrar la protección de datos personales dentro de su ordenamiento jurídico, como se evidencia en el artículo 18, numeral 4 de la Constitución Española de 1978, que establece: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”⁶³. Esta norma, de orden constitucional, es el argumento base en España para la actual legislación que aplica sobre el Habeas Data y los diversos mecanismos que se han creado a consecuencia de ella, la cual se expondrá específicamente en lo que se refiere al

⁶² CAPELLETTI, Mauro. La justicia constitucional y dimensiones de la justicia en el Mundo Contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado). México: Editorial Porrúa S.A. 1993, p. 13 – 22.

⁶³ ESPAÑA. Senado de España. “Constitución Española” (29 de diciembre de 1978). (en línea): <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t1>

tratamiento de datos de niños, niñas y adolescentes, y sus diferencias con la regulación Colombiana.

Teniendo en cuenta la protección a los datos personales que estableció la Constitución Española, el 13 de diciembre de 1999, se emitió la Ley Orgánica No. 15⁶⁴ que tiene por objeto garantizar y salvaguardar la intimidad y el honor por medio de un tratamiento adecuado de los datos personales. Esta norma fue reglamentada posteriormente por el Real Decreto 1720 de 21 de diciembre de 2007, donde se instituyó por primera vez en dicho país la regulación del Habeas Data en menores de edad, en el artículo 13, que contiene lo siguiente:

“Consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad. 1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores. 2. En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO LEGISLACIÓN CONSOLIDADA Página 11. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior. 3. Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo. 4. Corresponderá al

⁶⁴ ESPAÑA. Senado de España. “Protección de Datos de Carácter Personal” (13 de diciembre de 1999). (en línea): http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/legislacion/estatal/common/pdfs/2014/Ley_Organica_15-1999_de_13_de_diciembre_de_Proteccion_de_Datos_Consolidado.pdf

responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales”.

En este sentido, lo que se logra deducir del artículo 13 del Real Decreto 1720 de 2007, es que los mayores de 14 años por regla general tienen habilitación para tratar sus datos personales, y por el contrario los menores de 14 años tienen sometido el uso de los datos personales al consentimiento de los padres o representantes legales. Ahora bien, por el lado Colombiano en materia de tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, en los artículos 7 de la Ley 1581 de 2012 y 12 del Decreto 1377 de 2013, se establece que los menores de 18 años necesitan del consentimiento de los padres o representantes legales para el tratamiento de datos, lo que permite identificar una divergencia entre la normatividad de ambos países, y es que la regulación española diferencia entre menores y mayores de 14 años para determinar cómo procede el consentimiento frente al uso de los datos personales.

En este punto, es esencial hacer énfasis, ya que como se ha argumentado en secciones anteriores del presente trabajo, una de las problemáticas de la normatividad colombiana en relación al Habeas Data en menores de edad, es la restricción a la autonomía que impuso a los niños, niñas y adolescentes al requerir el consentimiento de sus padres o representantes legales, sin comprender que los adolescentes o púberes tienen la capacidad suficiente para discernir y determinar en qué momento es adecuado el uso de sus datos personales, tal y como se demostró en las investigaciones sobre el desarrollo de la personalidad de los seres humanos, capítulo segundo. Adicionalmente, al imponerse la carga de prohibir a los menores de cualquier edad tratar sus datos, se les está impidiendo desarrollar libremente su personalidad, ya que esta información personal es un

elemento esencial en las diversas situaciones cotidianas, como por ejemplo la educación y la salud.

Supóngase el caso de un mayor de 14 años en España que desea participar de una actividad escolar, a la cual su padre no desea que asista, sin interesarnos el motivo, en este caso el menor al tener la autonomía para tratar sus datos podrá participar de esta actividad, ya que era un requisito necesario llenar un formulario donde se tenían que depositar varios datos personales; al aplicar esta misma situación fáctica al caso colombiano, implicaría que el mayor de 14 años tenga que pedir autorización a sus padres o representantes legales para suministrar sus datos, de forma que la autonomía del menor se limitaría a tal punto que no podría desarrollar actividades de diverso tipo, incluso académicas, sin que sus padres lo permitan.

Por otro lado, el artículo 13 del Real Decreto 1720 de 2007 de España, establece dos elementos fundamentales en el tratamiento de datos de menores de edad: i) El uso comprensible del lenguaje al momento de solicitar datos a esta población; ii) La obligación de verificar la edad del menor y la autenticidad del consentimiento en caso de que se necesite. Estas obligaciones, evidencian que la normatividad española impone las cargas y responsabilidades al administrador de los datos, y no a todos los menores de edad como sucede en Colombia, ya que se permite a los adolescentes o púberes entre 14 y 18 años, usar sus datos para desarrollar actividades personales, académicas y sociales, y se le obliga a los administradores de dichos datos mantener un estricto control y protección de ellos.

Adicionalmente, el Gobierno Español creó la Agencia de Protección de Datos (AEPD) en 1992⁶⁵, la cual es un ente independiente que controla el adecuado uso y tratamiento de los datos personales. Esta entidad ha servido para el adecuado

⁶⁵ Agencia Española de Protección de Datos. Historia. (en línea): http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/conoce/historia-ides-idphp.php

desarrollo y regulación del tratamiento de datos personales en España, estableciendo guías y mecanismos para su protección⁶⁶. La anterior situación, es contraria al contexto colombiano, ya que no hay una entidad que dedique sus esfuerzos a verificar la adecuada regulación y aplicación del tratamiento de datos personales, lo que ha permitido que se establezcan ciertas normas de Habeas Data sin existir un análisis más profundo, como en el caso de los menores de edad.

No menos importante, es el derecho que ha surgido en los Altos Tribunales de justicia de España, correspondiente a la libertad informática, como se evidencia en la primera sentencia que consagró este tema, número 254 del 20 de julio de 1993, el cual es considerado como un derecho que poseen las personas para autodeterminar el uso de sus datos en la sociedad actual, donde la información es un elemento necesario para ser parte activa de la misma. Este derecho nos demuestra que en España la protección del tratamiento de datos no busca restringir al ser humano, sino que por el contrario, busca que las personas se puedan adaptar adecuadamente al contexto de desarrollo e informatización que se está viviendo, por lo que la regulación parte de la creación de elementos que favorecen la libertad y no la limitan⁶⁷. Este aspecto, es lo opuesto a lo que sucede en Colombia con el tratamiento de datos personales en menores de edad, ya que en la búsqueda de la defensa de esta población en temas de información, se terminó restringiéndolos y sometiendo el uso de sus datos a los padres o representantes legales, implicando esto que se limite la voluntad de los menores y su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en especial de los menores adultos, que como se mencionó anteriormente tienen un mayor grado de madurez.

⁶⁶ Agencia Española de Protección de Datos. Guía para el ciudadano. (en línea): https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_CI_UDADANO_OK.pdf

⁶⁷ RIVERA LLANO, Abelardo. "Libertad Informática y Derecho a la autodeterminación informática". Universidad de Antioquía. Estudios de derecho. Año 2014. (en línea): <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPolíticas/PublicacionesMedios/EstudiosDerecho/SegundaEpoca/Tab/Vol%20XLIX%20Rev%20117-118%20parte%2014.pdf>

Finalmente, la comparación entre la regulación española y la colombiana en cuanto al tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, muestra que en la ponderación entre protección del menor y libre desarrollo de la personalidad, España dio un paso importante al permitir que los mayores de 14 años trataran sus datos de manera autónoma, debido a que poseen la aptitud intelectual suficiente para hacerlo, mientras que Colombia restringió a los menores hasta el punto que a cualquier edad requieren de la autorización de sus padres o representantes legales para usar sus datos personales, sin comprender que se está frente a un elemento esencial como es la información personal que los menores, y específicamente los menores adultos requieren para interactuar y participar en las diversas actividades sociales y académicas.

3.3 REGULACIÓN PERUANA SOBRE EL TRATAMIENTO DE DATOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El tratamiento de datos personales en Perú está regulado en la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales y su reglamento establecido en el Decreto Supremo N° 003-2013-JUS.

La protección de los datos personales en Perú es vigilada, regulada y sancionada por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales – APDP, la cual “es un órgano que depende jerárquicamente del Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia. Le corresponde realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento del objeto y demás disposiciones de la

Ley de Protección de Datos Personales – Ley N° 29733 y su Reglamento⁶⁸”. La APDP se encarga de “supervisar la administración y actualización del Registro Nacional de Protección de Datos Personales, así como resolver las reclamaciones formuladas por los titulares de datos personales en tutela de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Asimismo, emite opinión técnica vinculante respecto de los proyectos de normas que regulen los datos personales y emite las directivas para la adecuada aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento⁶⁹”.

Lo anterior implica que la APDP es un organismo totalmente autónomo con capacidad de sancionar a aquellas personas, bien sean naturales o jurídicas, que utilicen los datos personales de manera incorrecta y para fines no autorizados. Aunque en Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio a través del Superintendente Delegado para la Protección de Datos personales, ejerce las funciones de vigilancia y sanción de aquellas personas responsables del tratamiento de datos, podría considerarse que en Perú se cuenta con una regulación mucho mayor al tener una entidad que únicamente se enfoca en la protección de datos personales.

Ahora bien, en relación con la forma en que se encuentra regulado el tratamiento de datos personales de mayores de edad, en Perú al igual que en Colombia, se exige el cumplimiento de ciertos requisitos y obligaciones por parte de titulares, responsables y encargados del tratamiento de los mismos, como lo son por ejemplo, la necesidad de obtener autorización previa y expresa de los titulares, informarles las finalidades con las que se van a utilizar, además los responsables del tratamiento están en la obligación de utilizar la información solo para los fines autorizados; sin embargo, frente al tratamiento de datos personales de niños,

⁶⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales - ¿Quiénes somos? (En línea): <http://www.minjus.gob.pe/proteccion-de-datos-personales/>

⁶⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales - ¿Qué hacemos? (En línea): <http://www.minjus.gob.pe/proteccion-de-datos-personales/>

niñas y adolescentes, la legislación peruana si establece diferencias claras en relación con lo establecido por la Ley 1581 de 2012, las cuales se detallarán a continuación.

La Ley N° 29733 de Protección de Datos Personales de Perú, no establece criterios muy claros en relación con la forma en que deben tratarse los datos personales de menores de edad, sino que se limita a establecer los principios básicos rectores del tratamiento de datos, así como ciertos parámetros que se deben tener en cuenta al momento de suministrar y tratar datos personales, y lo único que menciona acerca del tratamiento de información de niños, niñas y adolescentes, es informar que mediante el Reglamento de dicha ley se dictarán “medidas especiales para el tratamiento de los datos personales de los niños y de los adolescentes, así como para la protección y garantía de sus derechos. Para el ejercicio de los derechos que esta Ley reconoce, los niños y los adolescentes actúan a través de sus representantes legales, pudiendo el reglamento determinar las excepciones aplicables, de ser el caso, teniendo en cuenta para ello el interés superior del niño y del adolescente”.

Como es posible evidenciar, en Perú al igual que en Colombia, se debe tener siempre en cuenta el interés superior del menor, lo cual genera la impresión de que lo allí establecido es similar a lo regulado por la Ley de Habeas Data en Colombia, sin embargo, al revisar el Reglamento mencionado, se puede afirmar que la forma en que se reguló el tratamiento de datos de niños, niñas y adolescentes en Perú es como debería estar regulado dicho tratamiento en Colombia, siguiendo los parámetros y cambios en materia de capacidad que trajo la Ley colombiana 1306 de 2009.

En el Capítulo IV del Reglamento de La Ley N° 29733, Ley De Protección De Datos Personales de Perú, se establece lo siguiente:

“Artículo 27.- Tratamiento de los datos personales de menores. Para el tratamiento de los datos personales de un menor de edad, se requerirá el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutores, según corresponda.

Artículo 28.- Consentimiento excepcional. Podrá hacerse tratamiento de los datos personales de mayores de catorce y menores de dieciocho años con su consentimiento, siempre que la información proporcionada haya sido expresada en un lenguaje comprensible por ellos, salvo en los casos que la ley exija para su otorgamiento la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela (Subrayas fuera de texto).

En ningún caso el consentimiento para el tratamiento de datos personales de menores de edad podrá otorgarse para que accedan a actividades, vinculadas con bienes o servicios que están restringidos para mayores de edad”⁷⁰.

Tal y como se evidencia los artículos 27 y 28 de este Reglamento hacen una clara distinción en materia de tratamiento de datos personales y la facultad para ser otorgados por mayores ó menores de 14 años. Frente a los menores de 14 años, el Reglamento exige que para su tratamiento se cuente con autorización o consentimiento de sus representantes legales. Esta regulación es lógica y coherente con lo que se evidenció en el Capítulo II del presente trabajo, donde se demostró que los niños menores de cierta edad, 12 años para el caso Colombiano y 14 años para el Peruano, se encuentran en una situación de vulnerabilidad que implica que la Ley le otorgue una protección mucho mayor y no pueda él, por sus propios medios, autorizar el uso de su información, independiente de la naturaleza de la misma, es decir, si es considerada pública o sensible.

⁷⁰ PERÚ. Congreso de la República de Perú. Reglamento de La Ley N° 29733, Ley De Protección De Datos Personales. 2011. Capítulo IV.

Por otra parte, en el artículo 28 del Reglamento peruano, se hace referencia a la facultad que tienen los menores de edad con más de 14 años para suministrar su información personal, y se permite a los mismos suministrarla sin necesidad de que sean sus padres o representantes legales quienes deban otorgarla; sin embargo, la facultad que se le da a los menores de edad para otorgar sus datos personales no es del todo plena, pues este reglamento establece dos condiciones para que el menor pueda suministrar su información personal:

1. La necesidad de que la información proporcionada haya sido expresada en un lenguaje claro y comprensible para esta población.
2. La prohibición de otorgamiento de datos personales para actividades que estén dirigidas o relacionadas con bienes o servicios para mayores de edad.

A pesar de las restricciones mencionadas, es posible afirmar que las mismas buscan generar espacios donde los menores adultos cuenten con autonomía suficiente para tomar sus propias decisiones, y con estas no se vulneren derechos fundamentales de esta población, dándoles la libertad de decidir, en situaciones aptas para ellos, es decir cuando el contenido, bien o servicio que se les ofrece sea adecuado para su edad. En este punto es importante aclarar que, tal como se evidenció a lo largo del presente trabajo, en Colombia los menores impúberes son aquellos menores de 12 años⁷¹, contrario a lo que sucede en Perú donde impúberes son aquellos menores de 14 años.

⁷¹ COLOMBIA. Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de la Infancia Y adolescencia*. Número 1098 (8 de noviembre de 2006). Artículo 3°: *Sujetos titulares de derechos. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.*

3.4 REGULACIÓN URUGUAYA SOBRE EL TRATAMIENTO DE DATOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

No obstante las regulaciones con las que cuentan países como Perú y España, desafortunadamente hay muchos que no cuentan con una legislación clara establecida frente al tema de tratamiento de datos de menores de edad, inclusive del mismo tratamiento de datos.

Algunos países como Argentina, República Dominicana, entre otros, cuentan con regulaciones relacionadas con el tratamiento de datos personales, sin embargo nada mencionan en relación con los menores de edad; otros países como México y Venezuela cuentan con una regulación similar a la de Colombia, en el sentido en que supeditan el tratamiento de datos personales de los menores de edad, sin hacer distinción de púberes o impúberes, a la autorización previa y expresa de sus padres o representantes legales.

Para el caso de Uruguay, es importante mencionar que aunque no cuenta con una regulación estricta frente al tratamiento de datos personales de menores de edad, sino que se limita a establecer aspectos muy generales que se deben tener en cuenta en el tratamiento de información de niños, niñas y adolescentes, se quiso analizar el tratamiento que se tiene en este país por una razón muy importante: las cargas de proteger los datos personales de los menores de edad se imponen a los responsables y encargados del tratamiento y no a los titulares de los datos personales.

La entidad encargada de velar por el correcto tratamiento de datos personales de menores de edad en Uruguay, así como de vigilar que todos los derechos con los que cuentan los menores de edad no se vean vulnerados es el Instituto Nacional del Menor, cuya misión es “garantizar el ejercicio efectivo de la ciudadanía de

todos los niños, niñas y adolescentes del Uruguay, como corresponde a su calidad de sujeto pleno de derecho”⁷².

De acuerdo con lo anterior, la Ley 17.823 Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, trae consigo la obligación de crear un Sistema Nacional de Información sobre Niñez y Adolescencia, a través del cual el Instituto Nacional del Menor sea quien custodie la información relativa a los menores de edad, imponiendo consigo diferentes cargas y obligaciones a los diversos entes involucrados en el tratamiento de datos de esta población.

El artículo 218 de la Ley 17.823 indica que “El Instituto Nacional del Menor debe desarrollar el Sistema Nacional de Información sobre Niñez y Adolescencia, que debe incluir datos sobre el niño o adolescente a su cargo y las instituciones que lo atienden”⁷³. Como se puede evidenciar, se crea entonces en Uruguay un sistema dentro del cual se encuentran consagrados todos los datos de los menores de edad y las entidades encargadas de atender a dichos menores como sistemas de salud, colegios, entre otros, imponiendo al estado, a través del Instituto Nacional del Menor, la compilación de toda esta información relevante. Posteriormente, en el artículo 219 de la mencionada Ley, se crea una obligación de seguimiento constante a esa información para verificar que la misma esté siendo utilizada correctamente y verificar su evolución.

Posteriormente, el artículo 220 de la Ley 17.823 de Uruguay, establece quiénes son las entidades encargadas de colaborar con el correcto tratamiento de datos y su integración al Sistema Nacional de Información sobre Niñez y Adolescencia:

“Artículo 220. Colaboración-

⁷² INSTITUTO NACIONAL DEL MENOR. Misión y Visión. (En línea):

<http://www.inau.gub.uy/index.php/institucional/mision-y-vision/item/2-mision-y-vision>

⁷³ URUGUAY. El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General. Ley N° 17.823 Código de la Niñez y la Adolescencia. 2004. Artículo 218.

1) Los distintos Poderes y reparticiones del Estado, instituciones privadas y organismos no gubernamentales, deben aportar los datos e información pertinentes al Sistema Nacional de Información sobre Niñez y Adolescencia, sin perjuicio de la autonomía y competencia específica de cada institución pública o privada.

2) La Suprema Corte de Justicia, a través de sus Órganos competentes, desarrollar un sistema de información sobre niños y adolescentes atendido tanto por la judicatura de adolescentes como de familia”⁷⁴.

Como se puede evidenciar anteriormente, el artículo 220 de la Ley 17.823 de Uruguay, establece 2 obligaciones diferentes: la primera de ellas va dirigida a todas las entidades e instituciones, independientemente que sean públicas o privadas, para que aporten al Sistema Nacional de Información sobre Niñez y Adolescencia, los datos e información de los menores de edad con la que cuentan, para así garantizar un correcto uso de la misma, la segunda de las obligaciones va dirigida al máximo órgano de justicia en Uruguay, la Corte Suprema de Justicia, a quien se le impone la carga de crear un sistema de información de niños y adolescentes que sea manejado por la judicatura de familia y de adolescentes. Lo anterior, con la finalidad que los datos de los menores de edad que se vean envueltos en procesos judiciales no sean conocidos indiscriminadamente por todas las personas, sino que haya un control acerca de la forma y la custodia que se debe tener con los mismos.

Ahora bien, con lo antes mencionado se podría pensar que estos mecanismos no son muy efectivos pues todas las personas podrían tener acceso a la información de los menores de edad indiscriminadamente, no obstante, en el artículo 221 de la

⁷⁴ URUGUAY. El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General. Ley N° 17.823 Código de la Niñez y la Adolescencia. 2004. Artículo 220.

Ley 17.823, se deja claro que esto no es así, pues la información que se aporte a ese sistema será de uso reservado y confidencial. “Artículo 221. Reserva.- El Instituto Nacional del Menor será el custodio de la información contenida en el Sistema Nacional de Información sobre Niñez y Adolescencia, por lo que se debe garantizar el uso reservado y confidencial de los datos correspondientes a cada niño o adolescente, en concordancia con su interés superior y en cumplimiento del derecho a la privacidad de su historia personal, como único propietario de la misma”⁷⁵.

De acuerdo con lo anterior, además de establecer y aclarar que la información de niños, niñas y adolescentes es de carácter reservado y confidencial, este artículo lo que hace es garantizar que el uso de los datos personales de los menores siempre sea acorde con su interés superior, y se tenga en cuenta el derecho a la privacidad de su historia.

Como puede verse, la legislación Uruguaya, a pesar de no contar con una regulación minuciosa acerca de la forma en que se deben tratar los datos personales de los menores de edad, establece e impone cargas a los responsables de los mismos, especialmente al propio Estado a través del Instituto Nacional del Menor, donde es este el encargado de velar y vigilar que la información de los niños, niñas y adolescentes sea utilizada correctamente por todas las instituciones intervinientes en la vida de los menores.

Infortunadamente, la Ley nada menciona acerca de la facultad con la que cuentan los menores de edad para suministrar sus datos personales, no obstante, lo regulado por el Código Civil Uruguayo puede dar una evidencia acerca de la facultad con la que cuentan los adolescentes mayores de 14 años para autorizar el tratamiento de sus datos personales. Dentro del Código Civil de Uruguay, en su

⁷⁵ URUGUAY. El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General. Ley N° 17.823 Código de la Niñez y la Adolescencia. 2004. Artículo 221.

artículo 831, se establece que los mayores de 14 años son aptos para prestar testamento, esto no tendría lógica si no se considerara que al llegar a esta edad, los menores tienen plena capacidad para conocer el alcance de sus actos y por ende cuentan con la madurez suficiente para autorizar el tratamiento de la información, teniendo siempre en cuenta lo indicado por la Ley 17.823, donde el Estado garantice y vigile que con el uso que se le dará a la información mencionada no se vulnerará el interés superior del menor y mucho menos su derecho a la privacidad.

Lo anterior, permite evidenciar que Uruguay impuso la carga de protección de datos de menores de edad a los administradores de los mismos, situación que no acogió Colombia al imponer a los menores la restricción de usar sus datos por su propia autonomía, y limitarlos a la autorización de sus padres o representantes legales, máxime que como ya se ha manifestado en reiteradas ocasiones, los menores adultos tienen la capacidad cognoscitiva suficiente para disponer de ellos.

4. CONCLUSIONES

Para finalizar, se deben recopilar los tres capítulos que se utilizaron para responder a la problemática de si la actual regulación del Habeas Data en menores de edad es protectora o restrictiva:

- 1) Análisis de la normatividad interna colombiana, respecto al tratamiento de datos de niños, niñas y adolescentes, para lo cual se estudiaron y expusieron las principales normas y sentencias que regulan actualmente el tema, y los requisitos que estas establecieron.
- 2) Estudio de la noción de capacidad jurídica en menores de edad, su desarrollo científico, su actual regulación en el ordenamiento colombiano y la incongruencia de esta nueva concepción de capacidad jurídica con la normatividad del tratamiento de datos personales de menores de edad.
- 3) Indagación por la normatividad de otros países que regulan el tratamiento de datos personales de menores de edad, partiendo de fundamentar que el Habeas Data es un derecho y por ende debe darse mayor autonomía a los menores, en especial a los menores adultos, distinguiendo entre los púberes y los impúberes, de forma que se les reconoce madurez suficiente a los primeros para usar sus propios datos.

Esta cadena de elementos analizados permite evidenciar, que la regulación actual del Habeas Data de menores de edad en Colombia, entre sus requisitos establece que, sus padres o representantes legales tienen que dar la autorización para su tratamiento, tal y como lo consagra expresamente el artículo 12 del Decreto 1377 de 2013, situación que no concuerda con los estudios actuales sobre el desarrollo

de la personalidad de esta población y del concepto actual de capacidad jurídica, consagrado en la Ley 1306 de 2009, donde los menores adultos o púberes son sujetos con capacidad cognoscitiva suficiente para utilizar sus propios datos que son esenciales para su desarrollo integro en la sociedad, lo cual si se ha logrado advertir en países como España y Perú, quienes regulan por separado a los impúberes y a los púberes, permitiendo a estos últimos tratar sus propios datos y así ser parte activa de la sociedad, imponiendo la carga de mayor responsabilidad y cuidado a aquellos que administren y soliciten los datos de esta población.

Otro elemento fundamental en el tratamiento de datos de menores de edad es el interés superior, con el cual se busca dar prevalencia a la protección de los menores de edad frente a los demás sujetos de la sociedad, garantizando su cuidado frente a los diversos riesgos existentes. No obstante, el principio del interés superior también busca permitir el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, de forma que impedirles el uso de sus propios datos no estaría cumpliendo con este principio, máxime que la información personal es un elemento esencial para el desarrollo de la personalidad.

En este punto es importante anotar que la Ley 1581 de 2012, que reguló el tema de protección de datos personales de menores de edad, y el Decreto 1377 de 2013, que la reglamentó, son normas expedidas con posterioridad a la Ley 1306 de 2009 que modificó la capacidad jurídica de los menores de edad en Colombia, sin embargo, la misma no tuvo en cuenta dicha modificación y reguló el tratamiento de datos conforme a lo indicado en el Código Civil Colombiano, donde la regla general era impedir al menor de edad cualquier hecho, acto o negocio jurídico.

Ahora bien, como se indicó en su momento, dentro de la exposición de motivos de la Ley 1581 de 2012, se buscaba evitar que los menores se pusieran en riesgo, debido a que en la actualidad la tecnología y las redes sociales han convertido a la

información en un elemento que puede ser malversado por terceros, por lo que limitó el uso de estos a la autorización de los padres o representantes legales. No obstante, es claro que esta regulación partió de un fundamento negativo que culminó con una carga y es limitar al menor a la autorización de sus padres o representantes legales, lo cual es contrario a una sana regulación que debió haber presupuestado que los menores de edad tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad, y que en la actualidad hay estudios y elementos suficientes para concebir al menor adulto o púber como un sujeto con la capacidad suficiente para tratar sus datos, imponiendo la carga de protegerlos a quienes administren o sean responsables de la información de este tipo de población, en vez de limitar su autonomía por completo.

En el análisis comparativo, se identifica que Perú y Colombia son los únicos países latinoamericanos que cuentan con una regulación completa y específica frente al tratamiento de datos personales de menores de edad, no obstante, es Perú quien cuenta con la regulación más vanguardista permitiendo que los menores de edad, en la adolescencia o pubertad, tengan autonomía suficiente para tratar sus datos personales, a diferencia de Colombia donde la madurez de los niños, niñas y adolescentes no se tiene en cuenta.

A pesar de la falta de regulación frente al tratamiento de datos de niños, niñas y adolescentes en Suramérica, existen países como Uruguay, donde no se cuenta con normatividad específica en la forma de tratar los datos de esta población, pero si se tiene un sistema de control de la información donde son el Estado, los particulares y todas las personas que manejen datos personales, los encargados de velar porque la información de los menores de edad se trate correctamente, e impone cargas y obligaciones a los responsables del tratamiento y no a aquellos que los suministren. Lo anterior conlleva a que en Uruguay no exista una regulación tan específica de cómo deben tratarse los datos, como la que existe en

Colombia y Perú, pero sí se regula claramente qué deben hacer quienes los traten.

En definitiva, la regulación actual del tratamiento de datos de niños, niñas y adolescentes en Colombia establece entre sus requisitos la autorización de los padres o representantes legales para su tratamiento (art. 12 del Decreto 1377 de 2013), lo cual al momento de materializarse en el mundo práctico conlleva que los menores de edad para cualquier situación cotidiana, relacionada con educación, salud, cultura, entre otros, en que necesitan utilizar sus datos, no lo puedan hacer, ya que están limitados a la autorización de sus padres o representantes, lo que genera que su autonomía y libertad de decisión se vea restringida. Esta situación, es mucho más clara en el caso de los menores adultos o púberes, mayores de 12 años en Colombia, ya que como se ha presentado, son ellos a quienes se les ha reconocido mayor capacidad cognoscitiva y madurez para actuar, de tal manera que al someterlos a la autorización de sus padres o representantes legales en temas tan necesarios y útiles como el tratamiento de datos personales, implicaría una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por lo anterior, la normatividad colombiana debió haber tenido en cuenta el grado de madurez para determinar que los menores, y en específico los púberes o adolescentes, tienen la capacidad para tratar sus datos, como bien lo hicieron España y Perú, permitiéndoles ser sujetos activos e independientes en la sociedad actual, donde la información es un elemento esencial para su desarrollo.

Con la intención de que el presente estudio conlleve a buscar una solución práctica frente al problema planteado, la vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad por el manejo restrictivo de sus datos, en el caso particular de los menores adultos o púberes en Colombia, sería importante que los legisladores, realicen modificaciones y actualizaciones a la normatividad del Habeas Data, teniendo en cuenta el progresivo desarrollo de la humanidad y por ello también el grado de madurez con que actualmente cuentan dichos menores adultos o

púberes, permitiéndoles de esta forma acceder e integrarse de una manera más expedita a la sociedad actual.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ARMAGNAGUE Juan F. Derecho a la información, habeas data e internet. Buenos Aires, Argentina: Edición La Rocca., 2002.

DE SALAS MURILLO, Coord. Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad. Zaragoza, España: Colección El Justicia de Aragón. 2010.

MEDINA PABÓN, Juan Enrique. RUEDA SERRANO, Manuel. TORRES VILLARREAL María Lucía. DIEZ VARGAS, Cecilia (Ed.). Nuevo régimen de protección legal a las personas con discapacidad mental: antecedentes, análisis y trámite legislativo –Ley 1306 de 2009-. Universidad del Rosario, 2009.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. El nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano. Ley 1306 de 2009. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana 2011.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel (Ed.). La capacidad jurídica. Madrid: Dykynson, 2005.

Bibliografía Electrónica

CILLERO BRUÑOS, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en línea) disponible en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

ELEJALDE LÓPEZ, Hernán Dario y MARTÍNEZ NARANJO, Oscar. El “HABEAS DATA” en las empresas privadas crediticias de Colombia y su aplicación frente al manejo de la información de las personas naturales. Trabajo de grado, Especialización en Gerencia de la Información. Medellín: Universidad de Medellín, Tesis, Cdigital, 2009 (en línea) <http://cdigital.udem.edu.co/TESIS/CD-ROM48522009/05.Capitulo1.pdf>

RIANDE JUÁREZ, Noé Adolfo. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMÁTICA. Derecho Administrativo, 2012. Disponible en: <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/elderechoalaautodeterminacion.pdf>

RÍOS RUIZ, Wilson Rafael. COMENTARIOS Y PRECISIÓN SOBRE LA NORMATIVIDAD VIGENTE EN COLOMBIA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONAS-HABEAS DATA-. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <http://propintel.uexternado.edu.co/comentarios-y-precisiones-sobre-la-normatividad-vigente-en-colombia-sobre-proteccion-de-datos-personales-habeas-data/>

RIVERA LLANO, Abelardo. “Libertad Informática y Derecho a la autodeterminación informática”. Universidad de Antioquía. Estudios de derecho. Año 2014. (en línea): <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyPublicacionesMedios/EstudiosDeDerecho/SegundaEpoca/Tab/Vol%20XLIX%20Rev%20117-118%20parte%202014.pdf>

RUBI NAVARRETE, Jesús. TRATAMIENTO DE DATOS EN SALUD EN NIÑOS Y ADOLESCENTES. Primer Seminario Euro-Iberoamericano de protección de datos, 2009. Disponible en: http://www.redipd.org/actividades/seminario_2009/common/panel_3_2.pdf

ROA HUICHALAF, Pedro. Sobre las modificaciones a la Ley No. 19.628 de “datos personales” en Chile. Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos, 2013. Disponible en: <http://oiprodat.com/2013/11/13/sobre-las-modificaciones-a-la-ley-no19-628-de-datos-personales-chilena/>

Normatividad

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Número 1581 (17 de octubre de 2012).

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto reglamentario por medio del cual se reglamenta la Ley 1581 de 2012, Número 1377 (27 de junio de 2013).

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por la cual se expide el código de la infancia y adolescencia. Número 1098 (8 de noviembre de 2006).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-748 (6 de octubre de 2011). Por medio de la cual se hizo control de constitucionalidad a la Ley 1581 de 2012.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-260 (29 de marzo de 2012). Por medio de la cual se analiza la protección de datos personales de menores de edad en el internet y redes sociales.

ESPAÑA. REAL DECRETO. Por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Número 1720 (21 de diciembre de 2007). En especial el artículo trece (13) que consagra la protección de datos en menores de edad.

URUGUAY. El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General. Ley N° 17.823 Código de la Niñez y la Adolescencia. 2004. Artículo 218.

PERÚ. Autoridad Nacional para la Protección de Datos Personales –APDP. Protección de Datos Personales para Niños. Junio de 2013.