ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

PROYECTO DE LEY

ADICIÓN DE UN INCISO 3) AL ARTÍCULO 389 DEL CÓDIGO PENAL, LEY N.° 4573, DE 04 DE MAYO DE 1970. LEY DE PROTECCIÓN DE LA IMAGEN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

PAOLA VIVIANA VEGA RODRÍGUEZ
DIPUTADA

EXPEDIENTE N.° 21.583

DEPARTAMENTO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS
UNIDAD DE PROYECTOS, EXPEDIENTES Y LEYES

PROYECTO DE LEY

ADICIÓN DE UN INCISO 3) AL ARTÍCULO 389 DEL CÓDIGO PENAL, LEY N.° 4573, DE 04 DE MAYO DE 1970. LEY DE PROTECCIÓN DE LA IMAGEN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

Expediente N.° 21.583

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Se presenta para aprobación de la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley de *Adición de un inciso 3) al artículo 389 del Código Penal, Ley N.° 4573, de 04 de mayo de 1970. Ley de Protección de la Imagen de las Personas Menores de Edad*, el cual corresponde a una iniciativa para sancionar el uso indebido de la imagen, sin autorización de los padres o encargados, de las personas menores de edad.

El presente proyecto de ley pretende proteger, como lo dispone la legislación nacional e internacional, la privacidad e integridad de las personas menores de edad, la cual debe estar libre de intromisiones que atenten contra su sano desarrollo. Se trata de ampliar las posibilidades disponibles para garantizar que no se empleen, sin el consentimiento de los encargados legales, la imagen o la voz de las personas menores de edad.

Sobre este tema, el artículo 24 del parámetro de legitimidad constitucional indica:

ARTÍCULO 24- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión. No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.

Existe una regla general de protección, salvo que medien razones de interés público, para tutelar la intimidad de las personas. Sin embargo, en caso de menores de edad, esa salvaguarda adquiere mayor importancia pues se entiende que los derechos se intensifican, en su regulación y protección, cuando lo que está en cuestión es el interés superior del menor. El Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N.° 7739) establece:

Artículo 24- Derecho a la integridad. Las personas menores de edad tendrán derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este derecho comprende la protección de su imagen, identidad, autonomía, pensamiento, dignidad y valores.

Artículo 27- Derecho a la imagen. Prohíbese publicar, reproducir, exponer, vender o utilizar, en cualquier forma, imágenes o fotografías de personas menores de edad para ilustrar informaciones referentes a acciones u omisiones que se les atribuyan sean de carácter delictivo o de contravención o riñan con la moral o las buenas costumbres; asimismo, cuando de algún modo hayan participado o hayan sido testigos o víctimas de esos hechos, si se afecta su dignidad.

Queda prohibida la publicación del nombre o cualquier dato personal que permita identificar a una persona menor de edad autora o víctima de un hecho delictivo, salvo autorización judicial fundada en razones de seguridad pública.

La Sala Constitucional, en la misma línea, ha mantenido una jurisprudencia sólida y reiterada encaminada a la protección de los menores:

Esta Sala cuenta con abundante jurisprudencia sobre la tutela del derecho a la imagen, de menores y adultos, de menores sometidos a procesos judiciales y no sometidos a esos procesos de los cuales se puede extraer como exigencia constitucional sobre la materia, una prohibición absoluta para publicar, reproducir, exponer vender o utilizar, en cualquier forma, imágenes o fotografías de personas menores de edad para ilustrar informaciones referentes a acciones u omisiones que se les atribuyan sean de carácter delictivo o de contravención o riñan con la moral o las buenas costumbres; asimismo, cuando de algún modo hayan participado o hayan sido testigos o víctimas de esos hechos, si se afecta su dignidad, así como la prohibición, del nombre o cualquier dato personal que permita identificar a una persona menor de edad autora o víctima de un hecho delictivo, salvo autorización judicial fundada en razones de seguridad pública, la cual no media en el presente caso, en el cual, el periódico únicamente contó con una autorización escrita de la madre, de naturaleza contraria a la ley. Frente a la anterior exigencia constitucional, derivada directamente de la dignidad humana de la persona menor de edad, objeto de protección especial según el artículo 51 de la Constitución y recogida en los instrumentos convencionales citados en la demanda, no son oponibles

razones del presunto interés público invocado por los demandados. No existe un interés público en publicar que [NOMBRE 03] cometió un asalto y que no tiene trabajo, así como el resto de la información. Posiblemente, le resultará mucho más difícil conseguir un trabajo al haberse hecho pública su participación en un asalto, así como su detención (Resolución 1126-2013 de la Sala Constitucional).

Aunque existe una práctica institucionalizada y una larga tradición de no divulgar imágenes en el marco de procesos judiciales, especialmente penales, por el impacto y el etiquetamiento que podría suponer la publicación de información sensible que revele datos, audios o imágenes, lo cierto es que en otros ámbitos no judiciales ha habido una mayor tolerancia y, probablemente, menor rigor para proteger a los menores de edad en cuanto al uso de su imagen.

Justamente, analizando el uso de fotografías de niños con discapacidad en medios de comunicación, la Sala Constitucional se reafirmó en los principios generales que ha construido, a lo largo de sus 30 años de existencia, con respecto al interés superior del menor que sobrevuela entonces como medida de interpretación:

De lo anterior se concluye que la difusión de imágenes y fotografías de una determinada persona no es prohibida en forma general, sino únicamente en la medida que no se cuente con el consentimiento para su difusión y no encuadre dentro de las excepciones contenidas en la norma. Lo mismo debe ser aplicado para el caso de los menores de edad, aclarando que cuando éstos sean los titulares del derecho a la imagen o del derecho a la intimidad, el consentimiento puede ser válidamente otorgado en principio por aquellos que ejerzan la autoridad parental sobre ellos, por carecer de capacidad jurídica. Por supuesto que ese consentimiento por parte de los representantes de los menores, debe otorgarse dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, pues de ninguna forma podría la aquiescencia de los padres sustituir la protección del interés superior del menor. Es por lo anterior, que cada caso concreto debe ser analizado en forma independiente, para determinar si el consentimiento otorgado por quien ejerce la autoridad parental sobre un menor, es válido o no desde el punto de vista de sus derechos fundamentales (Resolución 12959-2007 de la Sala Constitucional).

Es frecuente que en el marco de diversas actividades culturales, políticas, religiosas, entre otras participen personas menores de edad. Sin embargo, de acuerdo con nuestro ordenamiento legal, las imágenes, para efectos de publicación, que identifiquen al menor deben prohibirse. No parece haber duda de que, con arreglo al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia constitucional, de su imagen no puede disponerse. En otros países, la imagen de los menores debe ser manipulada a través de diferentes técnicas que impidan la identificación de las personas.

Existe el riesgo latente, por otro lado, no solo de que se afecte el normal desarrollo por una sobreexposición innecesaria e injustificada de niños y adolescentes sino también de que, por ejemplo, la captación, reproducción o publicación de fotografías, filmes o cualquier otro procedimiento de imagen de una persona menor de edad en lugares o momentos de su vida representen una intromisión ilegítima. Esa intromisión ilegítima sobrevendría en tanto esté motivada por fines políticos, religiosos, mediáticos,

económicos o de cualquier otra naturaleza que instrumentalicen a las personas menores de edad que por su especial vulnerabilidad deben ser protegidas en toda circunstancia. Lo anterior implicaría un menoscabo de su honra o reputación contrario a los valores constitucionales y a la normativa vigente.

En este plano, resulta de especial utilidad la resolución 383-2015 del Tribunal Supremo español que condenó a un Museo de la Provincia de Valladolid por el uso, sin consentimiento de los padres, de la imagen de un menor de edad para efectos publicitarios:

Esta especial protección legislativa, reforzada en el ámbito internacional y especialmente enfatizada por el artículo 39.4 de la CE, ha sido reconocida por la doctrina del TC y la jurisprudencia del TS. Así, la STC 158/2009, de 29 de junio, establece que en «la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta (...) que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor». También ha señalado que «ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación...". El derecho a la propia imagen, dice la sentencia de esta Sala de 8 de mayo 2013, «garantiza un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita reconocer su identidad».

En el caso examinado, la revista gratuita Chiquiocio, que opera como "Guía del Ocio Infantil y Familiar de Valladolid", correspondiente al periodo mayo-junio 2010, incluía, bajo el título "Aliados con la Ciencia", una información relativa a la celebración el día 29 de mayo de 2010, en la Plaza del Museo de la Ciencia de Valladolid, de una jornada de charlas y demostraciones prácticas de cetrería, así como exhibiciones de perros guía de la O.N.C.E, del servicio oncológico de la Guardia Civil y del servicio de rescate de los Bomberos de Valladolid, ilustrada gráficamente con una fotografía que muestra al menor posando junto a su tía próximos a un ave de presa o rapaz. La imagen fue obtenida el día 25 de junio de 2004, sobre las 17,00 horas, en una plaza pública de la ciudad de Valladolid, en la que se celebraba un acto cultural consistente en una muestra de cetrería organizada por la "Fundación Museo de la Ciencia", por un tío del menor, que a la sazón era director de exposiciones de la referida Fundación, a medio de una cámara fotográfica "Cybershot", propiedad de la misma Fundación y de uso exclusivo por sus dependientes para su actividad propia, junto con otras fotografías, que fueron descargadas en uno de los archivos informáticos de la Fundación, el 25 de junio de 2004, bajo la denominación "Aliados Aves Rapaces".

La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4 LPJM por la inclusión de la imagen del menor en una revista con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado, lo que permitiría entrar en juego la vulneración de otros derechos fundamentales, como el honor y la intimidad personal. El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del

uso de la imagen en atención a sus fines (STS 19 de noviembre 2008), lo que no es del caso, y el derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (SSTS 27 de marzo 1999; 24 de abril de 2000; 19 de noviembre 2008).

Tampoco lo justifica el hecho de que la fotografía fuera obtenida por el tío del menor. Lo decisivo es la entrega de esta fotografía de un codemandado a otro sin que se acreditase la existencia del consentimiento necesario para su publicación (Sentencia 383-2015 del Tribunal Supremo de España).

Lo que el máximo órgano del sistema judicial español nos dice es que no interesa la finalidad de la eventual difusión de la imagen de un menor de edad, pues la imagen, como el honor y la intimidad, constituye un derecho fundamental –artículo 24 constitucional para Costa Rica- que integra los derechos de la personalidad y que se concreta en la facultad del titular de difundir o publicar su propia imagen. En el caso de los menores, se tiene como presupuesto el hecho de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales la difusión de cualquier imagen debe ser reputada como contraria al ordenamiento jurídico.[1]

El dilema que se plantea es cómo exigir consecuencias que contribuyan a proteger a los menores, como aspiración máxima de cualquier reforma normativa, y también a cambiar una cultura que ha relajado los criterios para que esa tutela vaya más allá de los procesos penales y se extienda a todas las áreas que traigan consigo la exposición de la imagen de los menores de edad. El ordenamiento procesal civil ofrece, en términos generales, la vía ordinaria como mecanismo de garantía judicial para quien –menores y mayores- vea comprometida su intimidad por una difusión indebida y no consentida de la imagen. De este modo, estatuye el Código Civil:

Artículo 47- La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducida, expuesta ni vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se

[1] Se utiliza aquí la técnica de cooperación jurisprudencial propuesta por el profesor de derecho constitucional italiano Gustavo Zagrebelsky, esto es, la importancia de que el desarrollo de los precedentes de otros tribunales del mundo puedan usarse como criterios orientadores para la formulación de las leyes en Estados constitucionales de Derecho: *"entre estas experiencias constitucionales comunes, ocupa un sitio relevante la jurisprudencial. Esta, a excepción de los casos de organizaciones internacionales, implica la asunción de una obligación, tiene valor no obligatorio pero persuasivo. Las jurisprudencias ajenas no son manantiales del derecho constitucional para las otras. Pero tampoco solicitan, para ser adoptadas, actos de soberanía constitucional estatal como recepciones a través de revisiones constitucionales. Pueden ser elementos del constitucionalismo actual que se difunden no a partir de un centro de producción jurídica formalmente habilitado, pero si del interior de las constituciones nacionales, a través de la apertura que es implícita en sus disposiciones de principio. Las jurisprudencias constitucionales cooperativas, que atraen siempre la atención de los estudiosos y alimentan obstinadas discusiones, son una señal de nuestro tiempo"* Zagrebelsky. G. El juez constitucional en el Siglo XXI. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, del 14 al 17 de mayo de 2008.

relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. Las imágenes y fotografías con roles estereotipados que refuercen actitudes discriminantes hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna.

Artículo 48- Si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo anterior, aquella puede solicitarle al Juez como medida cautelar sin recursos, suspender la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva. Igual medida podrán solicitar la persona directamente afectada, sus representantes o grupos de interés acreditados, en el caso de imagen o fotografías que estereotipen actitudes discriminantes.

A pesar de los procedimientos que podrían incoarse, la posibilidad de accionar solo en la sede civil pareciera insuficiente no solo porque los trámites suelen ser más engorrosos sino también más onerosos. Como sea, el criterio orientador deber ser la tutela efectiva de los niños y adolescentes. Por eso, se estima necesario incorporar un inciso al artículo 389 del Código Penal para que se sancione con pena de multa a quien utilice y difunda la imagen de personas menores de edad sin la requerida autorización. Se considera que ubicar como falta la divulgación de imágenes respeta el principio de proporcionalidad y razonabilidad y facilita, a través de un procedimiento expedito, la asunción de responsabilidades por una conducta que lesiona los bienes jurídicos que el ordenamiento ha abrazado en beneficio de los niños y adolescentes. El proyecto no impide que los afectados puedan reclamar las indemnizaciones correspondientes en la sede ordinaria, pero facilitará que los jueces con mayor celeridad determinen las consecuencias que trae la instrumentalización de las personas menores de edad a través del uso de su imagen.
Con base en lo expuesto anteriormente, se somete a consideración de las señoras diputadas y los señores diputados el presente proyecto.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:

ADICIÓN DE UN INCISO 3) AL ARTÍCULO 389 DEL CÓDIGO PENAL, LEY N.° 4573, DE 04 DE MAYO DE 1970. LEY DE PROTECCIÓN DE LA IMAGEN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

ARTÍCULO ÚNICO- Se adiciona un inciso 3) al artículo 389 del Código Penal, Ley N.° 4573, de 04 de mayo de 1970. El texto dirá lo siguiente:

Artículo 389- Se impondrá de diez a sesenta días multa a las siguientes personas:

(…)

Difusión o utilización de imagen, voz y datos personales sin consentimiento

3- Que divulguen o utilicen imágenes, la voz o datos personales de una persona menor de edad, de cualquier modo que se haga, sin el consentimiento expreso de las personas responsables legales. Cuando se utilicen imágenes en medios de comunicación deberán tomarse las medidas necesarias de manera que no sea posible la identificación de la persona menor de edad. Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades civiles que puedan exigirse.

Rige a partir de su publicación.

Paola Viviana Vega Rodríguez
Diputada

16 de setiembre de 2019

NOTAS: Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Permanente Especial de Juventud, Niñez y Adolescencia.

Este proyecto cumplió el trámite de revisión de errores formales, materiales e idiomáticos en el Departamento de Servicios Parlamentarios.