ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

COMISIÓN PERMANENTE ESPECIAL DE JUVENTUD, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

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, VOZ Y DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

Anteriormente denominado: 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

DICTAMEN UNÁNIME AFIRMATIVO
22 DE SETIEMBRE DE 2020

TERCERA LEGISLATURA
DEL 1° DE MAYO 2020 AL 30 DE ABRIL 2021

SEGUNDO PERIODO DE SESIONES ORDINARIAS
1 de setiembre de 2020 al 30 de abril de 2020

ÁREA DE COMISIONES LEGISLATIVAS II

DEPARTAMENTO DE COMISIONES LEGISLATIVAS

DICTAMEN UNÁNIME AFIRMATIVO

Las suscritas Diputadas y Diputados integrantes de la Comisión Permanente Especial de Juventud, Niñez y Adolescencia rendimos DICTAMEN UNÁNIME AFIRMATIVO al proyecto de ley denominado “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, VOZ Y DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD”, anteriormente denominado: “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”, tramitado bajo el expediente N° 21.583. Iniciativa presentada por la Diputada Paola Vega Rodríguez, publicado en la Gaceta N° 182.

I.- RESUMEN DEL PROYECTO

En concreto, el proyecto de ley 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.

Para esto, se propone adicionar a la sección II (Protección a menores), Título I (Contravenciones contra las personas), Libro Tercero (De las contravenciones), del Código Penal, un inciso 3) al artículo 389. Actualmente este artículo dispone:

> *Artículo 389.- Se impondrá de diez a sesenta días multa a las siguientes personas:*
>
> *Castigos inmoderados a los hijos*
>
> *1) Los padres de familia, tutores o guardadores de menores que los castigaren en forma inmoderada o trataren de entregarlos a otra persona o establecimiento público, con el fin de evadir las responsabilidades inherentes a su deber legal, o los expusieren a la corrupción.*
>
> *Exposición de menores a peligro*

2) Quien tuviere bajo su cuidado a un menor y lo expusiere a cualquier peligro predecible o evitable.

El inciso que se pretende adicionar mantiene el texto recién transcrito dispone lo siguiente:

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.

Al final de la exposición de motivos, la diputada proponente concluye lo siguiente:

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.

II.- TRÁMITE LEGISLATIVO

- El 09 de setiembre del 2019 se presenta el proyecto de ley.
- El 26 de setiembre del 2019 se publica en el Alcance 209 de La Gaceta N°182.
- El 29 de octubre del 2019 ingresa al orden del día de la Comisión Permanente Especial de Juventud, Niñez y Adolescencia.
- El 30 de octubre del 2019 se recibe el oficio AL-DEST-CO-391-2019 del Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, mediante el cual se indica que las consultas obligatorias a realizar corresponden a la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y al Patronato Nacional de la Infancia (PANI).
- El 30 de octubre del 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión Permanente Especial de Juventud, Niñez y Adolescencia realizó –vía correo electrónico– las consultas obligatorias a la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y al Patronato Nacional de la Infancia (PANI), señalando que el plazo vencía el 12 de noviembre del 2019. Ambas instituciones confirmaron el recibido –vía correo electrónico– el 31 de octubre del 2019.
- El 31 de octubre del 2019, mediante oficio n° SP-356-19, la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia solicitó una prórroga no menor a 30 días hábiles para rendir el criterio correspondiente.
- El 31 de octubre del 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión Permanente Especial de Juventud, Niñez y Adolescencia le indicó a la Corte Suprema de Justicia –vía correo electrónico– que se concedía una única prórroga por 8 días hábiles, venciendo el plazo para rendir el criterio el 22 de noviembre del 2019.
- El 12 de noviembre del 2019, la Corte Suprema de Justicia remitió su criterio.
- El 29 de enero del 2020 el Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa rindió el informe jurídico AL-DEST-IJU-016-2020.

- El 10 de junio del 2020, el PANI remitió su criterio.

III.- PROCESO DE CONSULTA

De acuerdo con el oficio AL-DEST-CO-391-2019 del Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, las únicas consultas obligatorias a realizar corresponden a la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y al Patronato Nacional de la Infancia (PANI).

El 12 de noviembre del 2019 se recibió el oficio 320-P-2019 mediante la cual la Corte Suprema de Justicia señala que no se pronuncia sobre el proyecto de ley porque este no se refiere a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, supuestos regulados en el artículo 167 de la Constitución Política. En otras palabras, la Corte Suprema de Justicia no realiza objeciones al proyecto.

El 10 de junio del 2020 se recibió oficio PANI-AJ-OF-00128-2020 el criterio del Patronato Nacional de la Infancia. Aunque este fue recibido extemporáneamente en un plazo muy superior al otorgado, por la importancia del tema, se considera pertinente tomarlo en consideración. En las observaciones de fondo, el PANI señala:

> "*Esta sanción que se pretende adicionar responde a una reprochabilidad especial con mayor profundidad para el que divulgue o utilice imágenes, la voz o datos personales de una persona menor de edad sin el consentimiento expreso de las personas responsables legales, lo cual evidentemente implica un consentimiento expreso cuando tengan una posibilidad legal de hacerlo, ya que de lo contrario tal autorización no sería procedente aunque se materialice*."

En este sentido, las diputadas integrantes de esta subcomisión entendemos que el PANI, institución rectora del tema que aquí se aborda, está totalmente de acuerdo con la primera parte del proyecto ya que este "…*puede tener un efecto disuasorio con relación a la divulgación o utilización de imágenes, la voz o los datos personales de una persona menor de edad sin autorización*". Respecto a la segunda parte, tienen la siguiente observación:

> "*La segunda parte del artículo se relaciona con la utilización de las imágenes de personas menores de edad en medios de comunicación, como un enunciado obligatorio sin sanción penal, donde se impone que deberán tomarse las medidas para que no sea posible la identificación de la persona menor de edad, aquí deben hacerse varias precisiones, si la preocupación se relaciona con el manejo de la imagen de las personas menores de edad no debería limitarse solo a las imágenes, sino también a voz y datos como reza el artículo con relación al inicio del párrafo y como es una característica de la responsabilidad en la materia penal, que esta es individualizada y personalísima y el artículo se refiere a las personas; debería establecerse un criterio al respecto, sobre el encargado, periodista, editor, gerente, representante legal o a quien se determine conveniente encuadrar en una condición de responsabilidad, ya que de lo contrario se convierte en una disposición que obliga a alago y que no sanciona, procurando una sanción a alguien en particular (quien utilizó indebidamente la imagen, la voz o los datos) ante el incumplimiento de la obligación descrita, recordando que la identificación no solo es posible a través de imágenes.*"

Parte de las observaciones transcritas en el párrafo anterior son incorrectas. Al estar incluidos los medios de comunicación en la contravención, no estarían exentos de la sanción prevista en dicho artículo y de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente; en el siguiente apartado se explicarán las apreciaciones respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En otras palabras, al establecerse una serie de excepciones genéricas en el Código Civil, la reforma especifica del proyecto viene a puntualizar y proteger en mayor medida a las personas menores de edad.

Entendiendo que las personas menores de edad son una población vulnerable, las diputadas y los diputados debemos buscar impulsar aquellas iniciativas que pretendan –como lo hace este proyecto de ley– evitar cualquier tipo de intromisión que pueda atentar contra su sano desarrollo y contra el principio del interés superior del menor. Una

sobreexposición innecesaria e injustificada de niños y adolescentes, puede afectar su desarrollo normal e, inclusive, constituirse en una intromisión ilegítima, por lo que esta iniciativa constituye un avance en la defensa de los derechos de las personas menores de edad.

IV.- INFORME DE SERVICIOS TÉCNICOS

El análisis de fondo del informe jurídico AL-DEST-IJU-016-2020 del Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa se centró en tres puntos principales: 1) materia contravencional, 2) inclusión de datos personales en la norma y 3) respeto al principio de legalidad y tipicidad penal.

Respecto al primero, no se hace una observación de fondo, sino que se posiciona una idea de reflexión sobre el monto de la pena sin desmeritar la contenida en el proyecto de ley.

Por un lado, señaló que el artículo 190 del Código de la Niñez y la Adolescencia incorpora una sanción económica para quienes infrinjan el derecho a la imagen de las personas menores de edad (artículo 27) que va desde 1.338.600,00 colones hasta 2.231.000,00 colones y que, al establecerse la conducta de la iniciativa como contravención, el monto sería fijado por el juez de acuerdo al artículo 53 del Código Penal, pudiendo ser este monto menor al mencionado.

No obstante, posteriormente se reconoce que lo dispuesto en el Código de la Niñez y la Adolescencia se refiere "…*a una conducta más restrictiva y puntual y no con la amplitud que se pretende regular en este proyecto de ley*". Es decir, se tiene claro que la iniciativa de ley viene a incorporar una mayor protección de las personas menores de edad que la que se establece en el artículo 27 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Además, al final del texto que se pretende incorporar se indica que es "…*sin perjuicio de las responsabilidades civiles que puedan exigirse*". Nuevamente, recuérdese que, en la exposición de motivos, la proponente justifica la propuesta de la siguiente manera:

> *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.*

Finalmente, el hecho de que sea un juez quien fije la pena de multa de acuerdo a los parámetros del artículo 53 del Código Penal, es un punto relevante de este proyecto porque garantiza el respeto al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

Respecto al segundo punto, inclusión de datos personales en la norma, el departamento invita a reflexionar si conviene incluir el tema de datos personales en el texto propuesto cuando existe una regulación expresa (Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, Ley N.°8968). También, se hace referencia que en la Ley N.°8968 se establecen sanciones que van hasta los treinta salarios base.

Lo cierto es que, aunque la norma –por interpretación– pueda aplicar para las personas menores de edad, de conformidad con nuestra Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia y la Ley de Justicia Penal Juvenil, las personas menores de edad requieren una protección especial, y para ello se deben tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. En ese sentido,

la propuesta no viene a disminuir el nivel de protección de las personas menores de edad; al contrario, viene a contribuir con ella de acuerdo a la normativa nacional e internacional vigente en nuestro país.

Sobre el tercer y último punto, respeto al principio de legalidad y tipicidad penal, se reiteran algunos puntos que ya fueron abordados por lo que no se hace mención especial.

Se indica erróneamente que no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas; en la actualidad se han aprobado diversas leyes que incluyen este tipo de responsabilidad (por ejemplo, expediente 21.447 o la Ley de Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos, Ley N.°9699).

En cuanto a los términos “difusión” y “divulgación”, se acoge la recomendación del departamento de homogenizar el encabezado o título con el contenido. Siendo que el espíritu es generar una mayor protección de las personas menores de edad, se incluyen ambos términos tanto en el encabezado como en el contenido.

Finalmente, este departamento señala que pareciera que existe una contradicción dentro de la misma norma en lo referente a los medios de comunicación en donde manifiesta lo siguiente:

> *“…puesto que la primera parte prohíbe la divulgación o utilización de imágenes, voz o datos personales de una persona menor de edad sin consentimiento expreso de las personas responsables legales, mientras la segunda parte pareciera dejar la sensación de que sí se pueden utilizar imágenes en medios de comunicación pero tomándose las medidas necesarias para que no sea posible la identificación de la persona menor de edad. O puede interpretarse que los medios solo podrán usar la imagen de la persona menor de edad con consentimiento expreso de la persona responsable legal, pero aun así, se deberán tomar las medidas para que no sea posible su identificación…”*

Ante ello, se procedió acoger la observación manifiesta por este departamento legislativo y se presenta un nuevo texto sustitutivo en donde ya no se encuentra visible la disposición que hacía el texto base en referencia a los medios de comunicación. Sin embargo, la

contravención creada, al ser aplicada tanto a personas jurídicas como personas físicas, debe ser también acatada, en igual manera, por todos los medios de comunicación.

V.- Conclusiones y consideraciones finales

De conformidad con lo expuesto anteriormente, se acogieron las observaciones realizadas, se aprobó informe de subcomisión, y se aprobó el texto sustitutivo propuesto por dicho informe. Ante ello, esta Comisión Permanente Especial de Juventud, Niñez y Adolescencia, rinde un DICTAMEN ÚNANIME AFIRMATIVO sobre la iniciativa N° 21.583 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, VOZ Y DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD", anteriormente denominado: "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"

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, VOZ Y DATOS PERSONALES 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, y sus reformas. El texto dirá lo siguiente:

> “Artículo 389- Se impondrá de diez a sesenta días multa a las siguientes personas:
>
> (…)
>
> Difusión, divulgación o utilización de imagen, voz y datos personales sin consentimiento
>
> 3- Quién difunda, divulgue o utilice imágenes, la voz o datos personales de una persona menor de edad, de cualquier modo que se haga y que permita la identificación de la persona menor de edad, sin el consentimiento expreso de las personas responsables legales. Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades civiles que puedan exigirse.”

Rige a partir de su publicación.

Dado en la sala de sesiones del Área de Comisiones Legislativas II, a los veintidós días del mes de septiembre del 2020.

Patricia Villegas Álvarez

Maria José Corrales Chacón

Catalina Montero Gómez

Daniel Ulate Valenciano

Shirley Díaz Mejía

Mileidy Alvarado Arias

Harllan Hoepelman Paez

DIPUTADOS Y DIPUTADAS