Boletín N° 12.279-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Durana, señora Ebensperger, y señores Galilea, Pérez y Prohens, que modifica el artículo 161-A del Código Penal, que sanciona los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia.

Antecedentes.

El numeral 4° del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, establece dentro de los derechos, constitucionalmente protegidos, el respeto y protección a la vida privada y pública así como a la honra de la persona y de su familia.

El derecho a la propia imagen, encuentra su fundamento constitucional en el citado artículo y está llamado a proteger a las personas naturales, dado que es un derecho de la personalidad.

Este derecho no sólo corresponde a la persona directamente involucrada con la difusión de su imagen, sino que también le atinge a su familia o herederos así como a cualquier otra institución o entidad que difunda su legado o cuyo objeto sea proyectar su memoria, sobre todo cuando esta ha fallecido.

El derecho a la propia imagen encuentra sus primeros límites en el mismo orden constitucional, como ocurre con el derecho consagrado en el artículo 19 No. 12 de la Constitución Política de la República, que establece: "La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quorum calificado".

Asimismo, encuentra un límite en el artículo 19 No. 25 de la misma Constitución Política de la República que dispone el resguardo constitucional de la "libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular."

La ley 19733, por su parte, establece en su artículo 1° que "la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituye un derecho fundamental de todas las personas", reconociéndose a las personas "el derecho a ser informadas sobre los derechos de interés general". En ese marco, la difusión de imágenes captadas por particulares, en los términos antes señalados no puede ser calificada en todos los casos como de interés general.

Por su parte, el artículo 161-A del Código Penal establece sanciones "al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado, o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público."

La misma pena se encuentra establecida para quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos imágenes y hechos antes referidos.

La I. Corte de Apelaciones de Santiago, a tiempo de rechazar un recurso de protección planteado en la materia, estableció que el uso de la imagen, realizada sin autorización, no implica la afectación de la honra de una persona su familia ni su derecho de propiedad, cuando dicho uso tuvo por finalidad el informar a la ciudadanía (Sentencia Rol 4911/2010, 22/06/11, Corte de Apelaciones de Santiago)

El Código Penal, en consecuencia, no sanciona actualmente la toma de imágenes a través de filmaciones o fotografías realizadas por particulares, independientes de los medios de comunicación social, con teléfonos celulares, cámaras filmadoras, fotográficas o cualquier otro dispositivo, ni la difusión de las mismas, cuando estas son tomadas, con ocasión de cualquier tipo de accidente, desastres naturales, arrestos ciudadanos u otros, en las cuales se compromete la imagen de cadáveres, personas heridas o personas que se ven involucradas en estos hechos, difundiéndose las mismas, sin autorización, a través de redes sociales o siendo difundidas a través de algún medio de comunicación social, comprometiendo la imagen de las personas involucradas, sus familias y en el caso de arrestos ciudadanos, alterando el principio de presunción de inocencia.

De conformidad con el inciso final del artículo 30 de la Ley 19.733, norma que regula la libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo, se considera que corresponde a la vida privada de las personas, "los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que sean constitutivos de delitos".

La norma actualmente vigente, no considera otros hechos que también forman parte de la vida privada de las personas, como lo es cualquier circunstancia en que una persona se vea involuntariamente involucrada como producto de un accidente y que, a consecuencia del mismo, se vea expuesta a daños físicos o sicológicos.

Las imágenes de cuerpos de personas fallecidas o de personas heridas, así como de personas golpeadas en la vía publica, también forman parte de la vida privada de las personas, toda vez que en su toma o captura no interviene la autorización de las personas involucradas, ocurren como producto de hechos que no son producto de su voluntad y por situaciones que, en la mayoría de los casos, se ve impedida de prestar su consentimiento o de expresar su voluntad libremente, antes, durante o después de la ocurrencia de los hechos, y dichas imágenes, son capturadas por personas que, en muchos casos las difunden con intenciones morbosas a través de redes sociales o las venden a medios de comunicación social, con fines de lucro o de publicidad, aprovechándose de la falta de voluntad de las víctimas.

El afán o interés por captar este tipo de imágenes y el interés por el lucro que se puede obtener con ellas muchas veces llegan al extremo de ser determinantes para que quien las captura opte por concentrar su atención en la toma de dichas imágenes, en vez de prestar auxilio a las víctimas de estos hechos, sin importar que este auxilio pueda tener una importancia vital o esencial para esas víctimas.

La difusión de imágenes que corresponden a la esfera privada de las personas, los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que sean constitutivos de delitos, se encuentran sancionados penalmente.

El Tribunal Supremo de España, a través de Sentencia de 23 de Mayo de 2003 determinó que, en el caso de un accidente, lo censurable es la difusión de las imágenes de la víctima del mismo, como objeto principal de la noticia, al igual que las imágenes de las personas que prestan auxilio en las mismas, pasando el hecho del accidente a ser la noticia secundaria. Asimismo, considera relevante que las escenas fueron grabadas en circunstancias en que la persona se hallaba impedida de consentir o de manifestar expresamente su negativa, aun cuando exista una cercanía física con la persona que realiza la grabación.

En consecuencia, el Supremo español determinó que existe un conflicto entre el derecho a la conservación de la imagen de una persona o de sus familiares y el derecho a la información, el cual encuentra su equilibrio cuando el objeto principal de la noticia es el hecho del accidente y la imagen de las personas involucradas constituyan una parte accesoria de la noticia. Estos últimos hechos no podrían, en consecuencia, ser el objeto principal de la noticia.

El Tribunal Constitucional español determino asimismo, a través de Sentencia 231/88, de 2 de Diciembre de 1988, que el derecho a la imagen es patrimonio sólo de las personas vivas, existiendo un derecho a la intimidad de sus familiares y los efectos patrimoniales del mismo tienen una regulación especial.

La Jurisprudencia argentina estableció, por su parte, que el derecho a la propia imagen "es un derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de la autonomía privada del sujeto al que pertenece. Por ello, toda persona tiene sobre su imagen un derecho exclusivo que se extiende a su utilización, de modo de poder oponerse a su difusión cuando esta sea hecha sin autorización." (C.J.C. con Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.-Diario El Clarín).

En Colombia, la Jurisprudencia señaló que el derecho a la propia imagen comprende "la necesidad de consentimiento para su utilización", siendo un derecho autónomo, emanado de la autodeterminación, que puede ser vulnerado junto con otros derechos, vinculado a la dignidad y libertad de la persona, amparado constitucionalmente.

De la misma forma la jurisprudencia constitucional colombiana estima que las acciones correspondientes al derecho de la propia imagen: "constituyen una forma de autodeterminación del sujeto y, por ende, se enmarca dentro del ámbito de protección que depara el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad", remarcando la necesidad de la autorización para la utilización de la imagen de las personas y en caso de no hacerlo, se estaría contraviniendo el derecho fundamental a la imagen. En todo caso, la autorización para el uso de la propia imagen no implica una renuncia al derecho, puesto que como se indicó se trata de un derecho fundamental. Finalmente, la citada autorización debe ser siempre informada sobre el uso de la imagen y la finalidad de dicho uso.

PROYECTO DE LEY:

Agréguese un inciso segundo al artículo 161 A del Código Penal, bajo el siguiente tenor:

"En la misma sanción incurrirá el que, sin autorización del afectado y por cualquier medio capte, grabe, filme, fotografíe o reproduzca imágenes de cadáveres o personas heridas en accidentes de tránsito o de cualquier otro tipo o que hayan sido objeto de agresiones ilegítimas en la vía pública.

La misma sanción, agravada en un grado, se aplicará, cuando el objeto que se persiga, con la realización de cualquiera de las acciones antes descritas, sea el lucro o que, con motivo de realización de las acciones que impliquen captar, grabar, filmar, fotografiar o reproducir imágenes de personas se deje de prestar u omita realizar acciones de auxilio".