

# EL DERECHO A LA IMAGEN DE LA PERSONA SERVIDORA PÚBLICA

Dr. Cesar Hines Céspedes \*  
cesarhines.136@gmail.com

## RESUMEN:

*La imagen de la persona, inicialmente considerada como un valor de la personalidad por alguna doctrina, se ha transformado en un bien ingresado a su patrimonio, cuya utilidad le es absolutamente personal y exclusiva. Si bien no es transmisible, puede autorizar su uso a su libre discreción sin que, en ningún caso, pierda el poder y los derechos que sobre ella ostenta. Esta condición atinente a toda persona no escapa a las personas servidoras públicas, quienes por esa condición no están excluidos de la protección constitucional a tan fundamental derecho.*

**PALABRAS CLAVES:** *Funcionario público, imagen, privacidad, intimidad, representación, actividad ordinaria interés público*

## RESUME:

*L'image personnelle est un attribut de la personnalité qu'au début de sa régulation était considéré comme une valeur d'accord à certains auteurs, mais que, au pas du temps, d'autres l'ont qualifié comme un bien qu'intègre le patrimoine de la personne. On dit qu'elle n'est pas transmissible, mais en revanche, la personne peut donner au tiers, le droit d'utilisation sans que cela signifie un retrait de son droit exclusif à elle. Tel condition appartenant à toute personne n'exclut pas les employés ou serviteurs publiques, qui ont aussi la protection constitutionnelle à tel droit fondamental.*

**MOTS-CLÉS :** *Fonctionnaire publique, image, vie privée, intimité, représentation, activité ordinaire, intérêt public*

Recibido 14 de junio de 2018

Aceptado 14 de febrero de 2019

---

\* Master en derecho Tributario y derecho Empresarial, Doctor en Derecho Administrativo, Arbitro Internacional de Derecho del Centro Latinoamericano de Arbitraje empresarial Universidad para la Cooperación Internacional en convenio con el Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial, Arbitro ad-hoc de la Corte Permanente de Arbitraje con sede en la Haya-Paises Bajos, Arbitro de Derecho de la Cámara de Comercio Costa Rica-Estados Unidos- AMCHAM-, Arbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, Miembro de la Academia Latinoamericana de Derecho Administrativo, profesor universitario, autor de varios libros y una serie de artículos en el campo del derecho.

## Introducción

La naturaleza de la persona humana es la de ser social, sumada esa condición intrínseca a la necesidad de serlo frente a la imposibilidad de desarrollarse en soledad. Esas relaciones, que en la sociedad moderna son cotidianas, complejas y en algunos casos extensas, se extienden a los vínculos económicos con otras entidades derivados de sus necesidades materiales, tales como educación y trabajo, o bien para satisfacer sus requerimientos emocionales a través de manifestaciones culturales, deportivas o de mera distracción, en general de ocio, como se les denomina en un lenguaje más purificado.

Es paradójico que en los últimos años se hayan fortalecido los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad, siendo precisamente la época presente donde más fácilmente se conculcan. Las redes sociales se han propagado como una peste sobre la humanidad entera, ante lo cual existe muy poca o ninguna posibilidad de eximirse a la exposición mediática. Dichas redes han roto -diría que casi sin posibilidades de reparación- el dique protector de la regla jurídica garantista de esos derechos.

La situación tiende a agravarse en determinados espacios. Uno de ellos es el de las funcionarias y los funcionarios del Estado -en sentido general- por confusiones conceptuales a lo interno de las instituciones del Estado, en la prensa y en la sociedad, que sin diferenciar entre las distintas categorías, consideran que su exposición forma parte de los deberes y obligaciones del cargo por aplicación a los principios de publicidad, transparencia y rendición de cuentas, junto a la obligada probidad personal e institucional, así como frente a otras modalidades de exposición pública relacionadas con las tecnologías de la información, la infocomunicación y el mercadeo institucional.

El Estado está dividido en diferentes estructuras administrativas, subdivididas a su vez en organizaciones públicas que realizan una

actividad en régimen de competencia comercial o mercantil, para las que aplican un doble orden jurídico. Así, en las organizaciones que están apegadas a los principios del servicio público, esto es proveedoras o gestoras de servicios públicos, su régimen jurídico es enteramente público en cuanto a la organización, niveles de autonomía: administrativa, política y de gobierno y en sus relaciones con terceros. Por su parte, en las entidades que aun siendo públicas su actividad se desarrolla bajo un régimen de competencia, o aunque no teniéndola se considera por su contenido como una actividad puramente mercantil (comercial, financiera, industrial) tiene el doble régimen: público para regular las competencias, las potestades y los cuadros de poder internos y un régimen de Derecho privado dirigido a regular las relaciones con terceros y resolver los conflictos que la actividad genera.

Sin embargo, con independencia de la forma y contenido de estas organizaciones jurídicas-políticas, de su origen y de su actividad, la naturaleza jurídica de las relaciones con sus propios colaboradoras y colaboradores se encuentra regulada por dos regímenes jurídicos distintos, a saber: el público y el privado, según la posición en la estructura y funcionalidad administrativa de la entidad u órgano concernido; de un lado las personas funcionarias públicas, con un estatus particular por la forma de obtener el cargo, y por el otro, las *empleadas* y los *empleados públicos*. Se trata de dos categorías distintas, como diferentes son los deberes públicos y las obligaciones laborales, en atención a aquellos principios antes señalados de transparencia, publicidad, rendición de cuentas y probidad con respecto a las responsabilidades derivadas.

Ante la falta de una diferenciación de esos estatus entre una categoría y otra, se cometen atropellos a los derechos fundamentales a la intimidad, a la privacidad y a la imagen de algunas personas. Estas no necesariamente se concentran en los medios de prensa; no obstante, son los asiduos infractores a esos derechos. De manera que dejan en la conciencia social la idea de que todo el

personal del sector público, con independencia de su jerarquía institucional, son funcionarias y funcionarios públicos y como consecuencia derivada, están obligadas y obligados a dar declaraciones públicas cada vez que se les demande., Además, en un número nada despreciable de veces, pretenden ponerlos frente a las cámaras para que emitan sus comunicados o su versión de los hechos cuestionados o tratados, según sea la situación concreta.

Esa oscuridad sobre la condición y naturaleza jurídica de la relación de empleo público, ha derivado en múltiples violaciones a los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad contentivos del derecho a la imagen, razón por la que desarrollaremos un artículo sobre el particular, sobre la base del Derecho interno aplicable, sin perjuicio de algunas referencias al Derecho Comparado.

El tema central es el “derecho a la propia imagen de la persona servidora pública”. La pregunta que se busca contestar con este trabajo es: ¿la imagen de las personas servidoras públicas de una entidad pública, está disponible para un uso indiscriminado por su patrono o por terceros, sin previa autorización del o la titular por el simple hecho del cargo que ocupa?

### ***A. El derecho a la imagen como una especie del derecho a la intimidad***

#### ***1.- La intimidad como derecho individual desde la perspectiva general***

En la antigüedad, los griegos vieron la esencia del ser humano en el ser político, pero al ciudadano ateniense le repugnaba la descripción y difusión de su intimidad personal. Se distinguía en la actividad política de la persona y su desprendimiento con la vida familiar al momento de salir de la mirada pública. En Roma, el hogar doméstico tiene un significado moral, donde la idea de la paz de la casa fue reconocida con tal fuerza que se consagraba su

inviolabilidad; nadie tenía derecho a intervenir en los asuntos domésticos, posición que produjo una sacralización de la casa del ciudadano, ampliándose el privilegio a cualquier lugar donde se encontraran las personas, que no fuera público. Se estableció la regla de que lo que no fuera público se consideraba privado. Ese deseo de aislamiento parcial, con división entre lo público y lo privado. se fue consolidando en la Edad Media a medida que las condiciones sociales y económicas condujeron al desarrollo de los núcleos urbanos, vinculados a las necesidades y a la ideología de la clase social que la reclama. Lo anterior porque se orquesta como un anhelo de la burguesía, tanto que en el periodo en que la revolución industrial hace su aparición, se margina de ese derecho a la clase baja obrera.

Salvaguardar la intimidad, dice alguna doctrina, es una consecuencia de la orientación personalista del Estado liberal. La consideración de ese derecho como un componente de la libertad individual, se afirma que la intimidad es un derecho de libertad. Así, Garrido Falla, concluyó que la generalización del derecho a la intimidad se ligó a las ideologías burguesas, por cuanto en el periodo medieval el aislamiento era un privilegio de la nobleza, o de quienes por libre elección o por necesidad, renunciaban a la vivencia comunitaria. Asimismo, agregaba que se configura así la intimidad como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes era un privilegio de pocos, lo que remarca el matiz individualista, concretado en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente.

La conclusión anterior, es respaldada por varios otros autores, entre ellos, Pérez Luño. Este autor señalaba que la aparición del concepto de intimidad está estrechamente ligada al advenimiento de la burguesía, oponiéndose a la opinión de que la intimidad nace vinculada al cristianismo. Para ello hace una disección: la intimidad como autoconsciencia de la subjetividad y la intimidad como proyección

jurídica, como un conjunto de facultades o poderes atribuidos a su titular. Romero Coloma que se suma a la línea de pensamiento expuesta, afirma que el *nacimiento de la intimidad coincide con la afirmación revolucionaria de los derechos del ser humano y no supuso en la sociedad burguesa, la realización de una exigencia natural de todos los hombres, sino la consagración del privilegio de una clase.*

De este lado del Atlántico, el tema de la intimidad y la privacidad habían asentado sus bases y a finales del Siglo XVIII, en 1890, se publicó en los Estados Unidos, un artículo icónico sobre el derecho a la intimidad. Dicho escrito permitió sentar las bases jurídicas de la noción anglosajona de la privacidad, al conceptuarla como un derecho a la soledad, como la facultad de estar solo, para salvar a la burguesía de las críticas e indiscreciones de la prensa, que comenzaba a constituirse en un poder relevante. También guardaba pretensiones de protección a elementos externos de la persona, propiamente, las de ocultar al poder fiscal del Estado, las situaciones de esa clase privilegiada. Cuando Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis escribieron su famoso artículo *The Right to Privacy*, no podían ni remotamente imaginar el desarrollo que los medios de comunicación tendrían en la modernidad. Para ellos la concepción del derecho, se enfoca hacia la intromisión de los medios de comunicación escritos, que ya para esas fechas (1890) causaban molestias en el ámbito personal de los ciudadanos. De ese precario punto de partida, al que la mayoría de la doctrina le adjudica el surgimiento del derecho a la intimidad, a los requerimientos actuales de tutela, hay un largo camino cuyo tránsito no ha sido sencillo y que se ha dado con mucha mayor riqueza y profundidad en unos países que en otros.

En Costa Rica, el artículo 24 de la Constitución Política contiene una regla general sobre los derechos fundamentales a la privacidad e intimidad. Señala la mencionada norma superior:

*“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. (Así reformado por Ley No.7607 de 29 de mayo de 1996)”*

Se elevó el derecho a la intimidad a la condición de derecho individual fundamental, inquebrantable, con imposibilidad formal y material hasta para la misma legisladora o legislador de intervenirlo. Este derecho, abocado a la protección absoluta del fuero interno de la persona, es un espacio intocable si se atiende la doble condición del ser humano: carne y espíritu, por lo que estamos frente a un derecho construido sobre esa condición abstracta; el espíritu, que comprende los sentimientos y las emociones, subdivisible a su vez multifactorialmente, para integrar las relaciones personales, familiares, decisiones sobre el matrimonio, inclinaciones sexuales, credo y a decidir sobre su propia imagen y su voz, bajo la condición de que esas garantías constitucionales sean consonantes con la moral, las buenas costumbres y apegadas a la ley, como postula el artículo 28 ibid.

En la misma línea concluyente de García Morillo, ni siquiera la legisladora o el legislador ordinarios pueden regular con absoluta discrecionalidad esos derechos fundamentales, que restrinjan su contenido o las condiciones de su ejercicio por debajo del nivel constitucionalmente previsto. Por tanto, esta garantía del derecho fundamental a la intimidad (constitutivo de la privacidad, imagen y voz) también postula el control de constitucionalidad de las leyes de desarrollo. En relación con el nivel constitucionalmente previsto, el Tribunal Constitucional español asocia dos acepciones complementarias: la noción generalmente admitida y preexistente que lo hace reconocible, del tipo abstracto en la regulación concreta y, los intereses jurídicamente protegibles como núcleo o médula del derecho- Caracteriza el contenido esencial del derecho como aquella parte sin la cual este pierde su peculiaridad. Esto es, aquello que lo hace reconocible como

un derecho perteneciente a una determinada persona. Agrega el elevado órgano jurisdiccional que, ese núcleo del derecho, es aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular, la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha establecido, en relación con los contornos de los derechos que se desprenden del fundamental a la intimidad y privacidad, lo siguiente:

*[...] El mandato constitucional de respetar ese ámbito fundamental, la esfera de intimidad del individuo, se fundamenta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de que gozan los ciudadanos por virtud del artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Para determinar el contenido y extensión del derecho fundamental [...] se debe tener en cuenta [...] la dignidad del ser humano es inviolable y su respeto y protección es exigible a todos los poderes estatales. Además [...] Ese derecho fundamental protege también las situaciones legales, que son necesarias para el desarrollo de la personalidad. [...] Por consiguiente, toda persona puede determinar, en principio, en forma autónoma e independiente, si alguien puede grabar su voz y, en dado caso, si ésta puede ser reproducida y ante quien [...] Como puede advertirse en derecho a la privacidad de las comunicaciones se amplían a cualquier forma de estas y conlleva un importante aspecto de la intimidad.*

El texto del artículo 24 de la Carta Constitucional de Costa Rica, está redactado en parecidos términos, pues asoma los dos frentes de protección: la esfera espiritual de la persona (emociones, sentimientos), contemplada en el derecho a la intimidad; y otra que se podría considerar más del orden material, al referirse al derecho individual a la privacidad que adolece



de un grado mayor de apertura externa, al dirigirse más hacia la protección de los datos y las relaciones externas de las personas. De esta manera están relativamente protegidas en relación con la masa pública, las comunicaciones de toda naturaleza, los documentos comerciales, el historial clínico, los estados financieros -con acceso regulado para las entidades públicas que mediante una ley agravada se autoricen para incursionar en alguna de esas esferas en particular- el derecho a la imagen y a la propia voz.

Si bien, en el texto constitucional no hay una específica mención al derecho a la imagen, la doctrina y jurisprudencia comparadas lo han desenvainado del derecho fundamental a la intimidad y privacidad, atribuyéndole las mismas características de protección atribuidas de su base jurídica nodriza. Esto es, la intransmisibilidad sin perjuicio de la posibilidad de ceder su uso por terceros para distintos fines. La o el titular se reserva el derecho de justipreciar esa cesión o reclamar la indemnización cuando sea víctima de un uso indebido.

## ***2. La propia imagen como derecho individual***

Este derecho, como diría Gitrama González, es fruto de nuestro tiempo. Alude a la irrupción de las artes fotomecánicas y los medios de reproducción de la imagen de una persona, con reproducciones individuales o colectivas con ocasión de acontecimientos de todo tipo, que ocupan espacio amplio en periódicos, revistas, diapositivas, noticieros, programas de televisión, anuncios comerciales y otras formas de reproducción, actualmente incontables con el desarrollo de la tecnología y las irrefrenables redes sociales.

Esa trepidante carrera expositiva de los atributos esenciales de la persona, como lo es (en este caso) su imagen, impone la configuración jurídica del poder estrictamente individual para disponer de la reproducción de la propia fisonomía, al igual

que concluyó el Tribunal Constitucional alemán con relación a la reproducción de la voz de la persona, como se indicó en la cita al pie anterior. La concepción más antigua y radical, considera la imagen como una huella de la personalidad, una manifestación de nuestro cuerpo, por la que se entendió que tanto como la persona tiene un derecho de disposición sobre su propio cuerpo, lo tiene sobre su propia imagen, que es como su sombra, inclinándose hacia una protección absoluta del derecho a la imagen, que incluía el calificar incluso como un caso de *legítima defensa*, para el caso de que alguien quisiera, por sorpresa y contra la voluntad de la persona, hacerle una fotografía o una filmación.

El derecho a la imagen está en la misma línea de protección a la reserva de la vida privada, con una construcción y reconocimiento de que el derecho a la imagen tiene existencia propia e independiente al honor y a la reputación. Esto es que la violación al derecho a la imagen, se tipifica con independencia de si su difusión le produjo beneficios o daños a la reproducida o al reproducido inconsultamente. De la doctrina jurisprudencial comparada se desprende que: lo que hace reconocible a la propia imagen, es el derecho subjetivo de impedir que otros la capten o la difundan sin la previa autorización o consentimiento de la o del titular, razón por la que se ha reducido el derecho a la imagen a la pura representación gráfica, material, con exclusión de la llamada imagen social constituida por otros factores que adornan a la persona, cuya abstracción no los hacen aprehensibles por los sentidos.

Sobre el punto, ha señalado el Tribunal Constitucional español, *que el derecho a la imagen solo adquiere su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de un ámbito propio y reservado a la acción y consentimiento de los demás. Esto se considera como el primer elemento configurador de la intimidad de la persona, ya que el primer elemento por salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, en cuanto instrumento básico*

de identificación y proyección exterior, factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo.

Balaguer Callejón, en la definición de la trilogía de los derechos íntimamente ligados, señalaba que el honor se diferencia de la intimidad, en que esta supone el derecho a la no interferencia de otros en la propia esfera personal y familiar; la privacidad como derecho excluyente, es el contenido esencial del derecho a la intimidad y la imagen como derecho fundamental significa el derecho al cuerpo en su aspecto más externo, el de la figura humana.

No existe controversia en cuanto a la existencia y reconocimiento del derecho a la imagen, concentrándose el conflicto -en mayor medida- en el uso desautorizado o no autorizado por terceros, lo que ha sido objeto de múltiples debates judiciales y de antigua data. En 1902, se dicta en los Estados Unidos, la primera sentencia relacionada con el derecho a la intimidad, particularmente con el derecho a la propia imagen. Un comerciante utilizó una fotografía con el rostro de Abigail Robertson para la publicidad de su harina; los jueces concluyeron que, si la cara o el retrato de la persona tiene un valor, este le pertenece entera y exclusivamente a su titular, salvo que ella o él lo ceda voluntariamente, con independencia de que medie un pago. Posteriormente, en 1905, la Corte Suprema de Georgia admite reconocer este derecho en el caso *Pavesich versus Nueva Inglaterra Life Insurance Co*, en el que se hacía uso de la imagen de una persona por parte de la empresa aseguradora para un anuncio, sin autorización, lo que dio lugar a responsabilidades civiles.

El derecho al valor publicitario de la imagen tal y como se conoce en la actualidad, se configuró por primera vez -según alguna doctrina- en 1953, a raíz del caso *Hallan Laboratories*. En este caso, el demandante reclamó su derecho como una violación a su derecho a la intimidad; fundamentación que fue modificada por el juez en la estructura de la reclamación y resolvió que

se trataba de un uso comercial de la imagen. Estos dos momentos son considerados por esa doctrina, como los que marcan el inicio del reconocimiento del impacto comercial y la injuria causada por el uso comercial no permitido de la identidad de una persona.

El contenido del derecho a la propia imagen desde la altura constitucional, transporta una prohibición absoluta para que terceros no autorizados o desautorizados la propaguen, la utilicen o la tergiversen con cualquier finalidad, sea esta de naturaleza económica (para uso en publicidad comercial o institucional, por ejemplo) para atracción política partidista (cuando la imagen de una persona atrae votantes a sus huestes) o para actos de altruismo social (como en campañas de beneficencia, ambientales, preventivas, y similares). Para cualquiera de los casos indicados, se requerirá del previo y expreso consentimiento de la o el titular de la imagen, quien en la misma medida ostenta el derecho subjetivo a la indemnización, que se transmite a sus herederos y herederas cuando la infracción a ese derecho se ejecute post mortem.

Según la doctrina, el derecho a la imagen ha tenido un mejor desarrollo jurisprudencial que legislativo, con aplicación de normas intuitivas del sentido común sobre el respeto debido a la disponibilidad exclusiva que la persona debe tener sobre su figura. Este derecho se encuadra o en el marco de los derechos de la personalidad, derechos esenciales de la persona o derechos innatos, o bien, como también se ha señalado, como bienes de la personalidad.

La imagen es una reproducción de la figura de un objeto que, en nuestro caso, sería de una o un sujeto: la persona humana. Para ello se utiliza cualquier soporte material (piedra, papel, madera, vidrio, filmes). De esta manera, se engloba la idea de imagen, a toda reproducción de la figura por medio de las manifestaciones artísticas dirigidas al sentido de la vista, a saber: dibujo, grabado, pintura, escultura, fotografía, representación escénica, proyección cinematográfica o televisiva.

Se trata de la persona física, la natural, por lo que al mencionarse la imagen personal, en sentido amplio y realista, se entiende como la representación o reproducción de la figura de una persona física, cuando se hace de modo tal que resulta fácilmente reconocible la persona de que se trate, incluso aunque la semejanza no sea perfecta, solamente así, dice Gitrama González, es posible hablar de un derecho a la propia imagen.

Albaladejo, por su parte, se cuestionaba, como punto de partida para su disertación sobre el tema, si la persona tiene derecho a su propia imagen, para concluir positivamente y agregar que, la obtención o uso de la imagen sin licencia del interesado, constituiría una intromisión injusta en el círculo de la persona, que según el principio de que cada uno tiene poder para intervenir sólo en lo suyo, se reserva su señorío al sujeto titular.

Como síntesis parcial, se establece la existencia material y formal de un derecho a la propia imagen, derivado esencialmente de los derechos fundamentales a la privacidad e intimidad; en tanto ese derecho a disponer de la propia imagen, está intrínsecamente ligado a la emocionalidad del individuo, que se encuentra conforme o disconforme con su aspecto físico, exterior con repercusiones en su interior, en su ánimo y en su espíritu.

### ***B. El derecho a la intimidad y a la propia imagen en la función pública***

Es regla común que las legislaciones que protegen y garantizan el derecho a la imagen, contengan excepciones para permitir la captura y publicación de fotografías, sin autorización de la o del titular de la imagen reproducida, cuando tienen por objeto fines científicos, académicos o didácticos, o bien, se relacionen con hechos o acontecimientos públicos de interés colectivo. Igualmente, se permite la reproducción inconsulta en los casos donde la persona reproducida está inmersa en actividades que por su propia naturaleza resultan de interés público. Esto

debido a que es una figura pública, como en el caso de las candidatas y los candidatos a puestos de elección popular; personas deportistas de alto nivel o artistas, representantes de cualquiera de las manifestaciones de arte que haya. Esa es la línea legislativa del artículo 47 del Código Civil, que a la letra dispone:

*“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 (sic) la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. Las imágenes o fotografías con roles estereotipados que refuercen actitudes discriminantes hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna”.*

De todas las posibilidades anteriores, la que interesa a este trabajo es el derecho a la propia imagen de los servidores del Estado.

### ***1.- Distinciones entre funcionaria y funcionario públicos, empleada y empleado público y empleado de una organización pública***

Para el correcto análisis de la situación planteada, y para la aplicación e interpretación conforme al texto del artículo 47 del Código Civil transcrito, es básico establecer las diferencias conceptuales y jurídicas entre las funcionarias y los funcionarios públicos, empleadas y empleados públicos, trabajadoras y trabajadores de una organización pública. La legislación costarricense, carece de una ajustada definición de cada una de esas categorías de trabajadores, incurriéndose en un uso indiscriminado de cualquiera de las tres acepciones, tanto en el orden legislativo como en el jurisdiccional, generando con esa imprecisión,



una confusión e inseguridad en el tratamiento de los conflictos jurídicos de intereses. Veremos algunos ejemplos de regulaciones que en algunos casos diferencian entre una y otra categoría, así como de algunas reglas que unifican las dos categorías; sin pretender -por supuesto- agotar toda la normativa en que se hace mención a esos rangos.

El artículo 134 del Código Político dispone:

*“Artículo 134.- El período presidencial será de cuatro años. Los actos de los funcionarios públicos y de los particulares que violen el principio de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia, o el de la libre sucesión presidencial, consagrados por esta Constitución, implicarán traición a la República. La responsabilidad derivada de tales actos será imprescriptible”.*

Bajo una interpretación lógica, razonable y sistemática, se entendería que los las funcionarias y los funcionarios, a quienes se refiere, cuentan con suficiente poder de acción y decisión para trastocar el orden constitucional, con una exclusión implícita para todas y todos aquellos que carecen de las potestades de mando y decisión suficientes para tales fines. Consecuentes con la razonabilidad y lógica anterior, la norma constitucional comprendería, en esos supuestos de infracción al orden constitucional, a los diputados de la Asamblea Legislativa, los magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el presidente y vicepresidentes de la República, los ministros de Gobierno y los jefes supremos de las fuerzas del orden y la policía. El artículo 140, inciso 1) *ibid*, disecciona las categorías como sigue:

*“Artículo 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:*

*Nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirvan*

*cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil;”*

*La “y” entre empleadas-empleados y funcionarias-funcionarios establece una diferencia conceptual y de contenido entre el personal servidor público, cuyo nombramiento o remoción compete de manera exclusiva al Poder Ejecutivo (presidente y ministro). El texto permite interpretar que para el Constituyente hay una distancia funcional entre una y otra categoría de servidores del Estado, lo que también se extrae de lo dispuesto en el ordinal 162 de la Constitución Política, que a la letra señala:*

*“Artículo 161.- Es incompatible la calidad de Magistrado con la de funcionario de los otros Supremos Poderes”.*

La exclusión de las incompatibilidades de la magistratura, frente a las empleadas y los empleados de los otros poderes, asienta que para esa discrepancia funcional se está considerando el nivel de las potenciales incompatibilidades por las funciones separadas e independientes, que solamente resultan posibles entre los cargos públicos de más alta jerarquía en los otros poderes para equipararlas en su antagonismo, al contenido valor y jerarquía de las funciones delegadas por el Constituyente en las magistradas y los magistrados. Más aún, se refuerza la tesis anterior porque el artículo comentado, se refiere de manera específica a las funcionarias y los funcionarios de los *Supremos Poderes*. Por lo que limita la incompatibilidad para los cargos de presidenta o presidente, vicepresidenta o vicepresidente y ministras o ministros de gobierno para el caso del Poder Ejecutivo, y para el legislativo, la prohibición está limitada a los diputados.

Esa conclusión está en estrecha relación con la doctrina nacional. Al respecto, Hernández Valle ha señalado que el Estado tiene tres funciones básicas y distintivas, la función ejecutiva, la función legislativa y la función judicial; delegada

en tres poderes distintos e independientes que se equilibran entre sí, identificando el núcleo esencial de cada una, como la de administrar para el caso del ejecutivo, la de legislar, en el caso del legislativo y la de juzgar, para el judicial, por lo que las incompatibilidades están abiertamente fotografiadas.

El artículo 165 constitucional distingue entre las dos categorías de servidores estatales, al disponer:

*“Artículo 165.- La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre servicio civil”.*

Nótese como en el inciso 1) del artículo 140, así como en el numeral 165 ambos de la Constitución Política, se marcó la separación entre el funcionariado y la empleada-el empleado, delimitando las clases sin precisar el contenido de la diferencia (las que se verán más adelante). Por su lado, el ordinal 169 del Código Político, retoma el término funcionaria-funcionario para aplicarlo al que ahora es el alcalde municipal, al disponer:

*“Artículo 169.- La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley”.*

La responsabilidad de administrar los intereses locales de los cantones fue atribuida puntualmente a dos distintos tipos de funcionarias y funcionarios municipales, que los distingue, sin que la norma así lo disponga, de las empleadas y los empleados municipales. Estos últimos están limitados en su mandato, a la ejecución de las decisiones políticas dispuestas por los primeros, sin que se les pueda acreditar

ninguna responsabilidad, más allá de los actos concretos que por su cargo deben realizar.

Otra norma constitucional que se inclina por la categoría jurídica de funcionaria y funcionario, es el artículo 183, al establecer:

*“Artículo 183.- La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes. El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o proceder incorrectos”.*

Luego, el numeral 186 de la Norma prima continúa con la misma línea distintiva, con el siguiente texto:

*“Artículo 186.- La Tesorería está a cargo de un Tesorero Nacional y de un Subtesorero. Ambos funcionarios gozan de independencia en el ejercicio de sus atribuciones, las cuales serán reguladas por la ley. Los nombramientos se harán en Consejo de Gobierno, por períodos de cuatro años, y sólo podrán ser removidos estos funcionarios por justa causa”.*

Se resalta nuevamente, que el Constituyente diferenció las dos categorías del personal a cargo de los deberes públicos: las y los que tienen la

potestad de programar, planificar y ejecutar políticas públicas institucionales, y aquellas y aquellos sometidos a un régimen puntual de actividades.

El artículo 192 establece una de las distinciones, que será finalmente, la que marcará la diferencia, al disponer:

*“Artículo 192.- Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.*

Es importante subrayar que en este numeral recién transcrito, el Constituyente se concentra en las condiciones de reclutamiento de las servidoras y los servidores del Estado, distintos a las funcionarias y los funcionarios públicos, porque para estos últimos no estableció requisitos especiales de capacidad intelectual o de formación académica para ejercer los cargos, salvo en los casos en que la preparación en un campo definido del conocimiento es requerido, pero que obedece estrictamente al área de conocimiento en que ejercerá su magisterio, sin ninguna otra condición adicional. Tal es el caso de la magistratura del Poder Judicial, cuyo único requisito de formación es el de ser abogada o abogado, con independencia de su excelencia académica y demostrada capacidad profesional.

En el artículo 193 de la Carta Magna, se articula otro de los elementos que distingue a la funcionaria y al funcionario de la empleada y del empleado público, como lo es la custodia, administración y disposición de los recursos públicos (a la par de la potestad de planeación, programación y ejecución de políticas institucionales) señala el citado ordinal:

*Artículo 193.- El Presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejen fondos públicos, están obligados a declarar sus bienes, los cuales deben ser valorados, todo conforme a la ley.*

El denominador común en todas las normas antes transcritas, es que en las categorías jurídicas donde se utiliza el término *funcionaria* y *funcionario*, se acompañan expresa o implícitamente de las funciones que son atinentes al cargo, como una actividad del más alto nivel que identifica el quehacer del órgano o entidad en referencia. Esto resulta gramaticalmente correcto, porque *funcionaria* y *funcionario* es aquel que funciona o hace funcionar, que realiza funciones en el sentido estricto del término. De acuerdo con un análisis lógico sistemático de las normas transcritas, se interpreta que el Constituyente atribuyó a la *funcionaria* o al *funcionario* público, poderes distintos y superiores para crear, diseñar, programar, planear y ejecutar las políticas institucionales de la organización en la que desempeña su cargo, incluida, la disposición presupuestaria para el cumplimiento de los fines. Lo anterior significa que el término *funciones* se refiere al contenido político de la actividad, inclusiva del manejo de los fondos públicos destinados a aquellos objetivos.

Es llamativo, aunque sirve para ratificar la tesis esgrimida en este artículo. A modo de ejemplo,- el artículo 192 constitucional impone la idoneidad como un requisito esencial para el nombramiento de las servidoras y los servidores públicos, sin que esa exigencia se demande para ninguno de los otros casos reseñados. La conclusión es que la categoría de *funcionaria* y *funcionario* está reservada para los puestos de mando con poder de disposición política y financiera en la estructura del Estado, sin ninguna otra exigencia para acceder al puesto distinta a la de ser elegida y elegido o nombrado bajo los criterios políticos regentes al momento de la elección o decisión. La anterior conclusión tiene respaldo en lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del

Estatuto del Servicio Civil. Los artículos citados facilitan la trazabilidad de las diferencias entre las categorías a las que se hace referencia, a partir de la forma de nombramiento; los requisitos exigidos para el cargo, así como de las funciones que se le atribuye a cada una de ellas y cada uno de ellos. Siempre bajo los principios de la interpretación hermenéutica del ordenamiento jurídico, se concluye que las funcionarias y los funcionarios públicos se diferencian de los empleados públicos, por las funciones y actividades que respectivamente, ejecutan y desarrollan apegados a los distintos niveles de responsabilidad derivada de ese ejercicio. Nótese cómo, de manera precisa, el Estatuto del Servicio Civil nos lleva de la mano a esa conclusión, a través de las normas que a continuación se transcriben.

*“Artículo 16.- La Dirección General de Servicio Civil elaborará y mantendrá al día un Manual Descriptivo de Empleos del Servicio Civil, que contendrá una descripción completa y sucinta, hecha a base de investigación por la misma Dirección General de Servicio Civil, de las atribuciones, deberes y requisitos mínimos de cada clase de empleos en el Servicio del Estado a que se refiere esta ley, con el fin de que sirvan como base en la elaboración de pruebas y en la determinación de los salarios.*

*Artículo 17.- Por empleo se entenderá un conjunto de deberes y responsabilidades ordinarios, asignados o delegados por quien tenga autoridad para ello, que requieran el trabajo permanente de una persona.*

*Artículo 18.-La clase comprenderá un grupo de empleos suficientemente similares con respecto a deberes, responsabilidades y autoridad, de tal manera que pueda usarse el mismo título descriptivo para designar cada empleo comprendido en la clase; que se exija a quienes hayan de ocuparlos los mismos requisitos de educación, experiencia, capacidad, conocimientos, eficiencia, habilidad y otros; que pueda usarse el mismo tipo de exámenes o pruebas*

*de aptitud para escoger a los nuevos empleados; y que pueda asignárseles con equidad el mismo nivel de remuneración bajo condiciones de trabajo similares.*

*Artículo 19.- Las clases de empleos se agruparán en grados, determinados por las diferencias en importancia, dificultad, responsabilidad y valor del trabajo. (todos los subrayados son suplidos)*

Estas normas -y posiblemente otras de igual formación gramatical- denotan en una primera percepción doctrinal, la claridad legislativa en el desarrollo del capítulo constitucional relativo a las servidoras y a los servidores del Estado. Lastimosamente se perdió en algún recodo del tiempo, cuya prueba más palpable es el inciso 2) del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, que consideró sinónimos los términos “funcionario público, empleado público, servidor público, encargado de servicio público”, a pesar de la suficiente diferenciación que la doctrina y jurisprudencia (fundamentalmente la francesa) habían realizado. No obstante la confusión legislativa del artículo 111 citado, esa regla se ha ido interpretando -cada vez más- con mayor claridad y fineza, al identificarse un común denominador en la articulación comentada, a partir del uso de un lenguaje distintivo, con referencia constante al término empleos y empleadas y empleados, así como en el contenido de los empleos, que no está señalado para el caso de las funcionarias y los funcionarios.

Al disponerse legislativamente que se hará una descripción completa y sucinta de las atribuciones, deberes y requisitos mínimos de cada clase de empleos (artículo 16) y que empleo es el conjunto de deberes y responsabilidades ordinarios asignados a delegados por quien tenga autoridad para ello (artículo 17) se clarifica: a) que la empleada y el empleado tienen deberes, obligaciones, derechos y responsabilidades que son comunes a todos los que están en su misma categoría laboral; b) que el cumplimiento de los requisitos del puesto es condición primaria para su nombramiento;

c) que su nombramiento se tramita a través de un procedimiento de selección, denominado de oposición, en razón de la confrontación de sus calidades profesionales con las de otros concursantes para la plaza, y; -el detalle final-  
d) su designación está suscrita por quien tenga poder para ello, que sin ninguna oposición alguna, se direcciona inexorablemente a una funcionaria o un funcionario, en quien recae la obligación de cumplir y hacer cumplir los fines públicos institucionales.

En este mismo orden interpretativo, el artículo 18 del Estatuto de Servicio Civil, al referirse a la creación de una tabla rasa de requisitos, tareas, deberes y condiciones para los “empleos”, descarta esa misma nivelación para las funciones y las funcionarias y los funcionarios. Esto debido a que le corresponde al funcionariado, establecer las metas, la programación y el diseño de ejecución de los fines públicos atribuidos a la organización política en la que ejercen su ministerio. El artículo 19 *ibid* reafirma que las diferencias entre los empleos está limitada a las diferencias de importancia, dificultad, responsabilidad y valor, pero no es una tabla entre empleos y funciones, sino entre los diferentes niveles de empleos diseñados según la descripción que se haga de cada clase, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 *ibidem*, antes analizado.

Sin embargo, como se indica previamente, esa claridad inicial, se empañó con lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, al disponer este último:

*“Artículo 111.1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.*

*2. A este efecto considéranse equivalentes los términos “funcionario público”,*

*“servidor público”, “empleado público”, “encargado de servicio público” y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario”.*

No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

Apesar de que la norma es doctrinalmente regresiva y procesalmente conflictiva, en la práctica forense se intenta establecer las diferencias. Así -a modo de ejemplo- la Sala Constitucional ha resuelto que es constitucional excluir de los beneficios de las convenciones colectivas a determinadas servidoras y determinados servidores que, por su jerarquía, participan en la negociación de los beneficios laborales -bajo cualquier título. Por tanto, no se quebranta la Norma Prima al impedirles el disfrute de las ventajas convencionales a la gerencia, subgerencia, auditoría, direcciones jurídicas, presidencias ejecutivas y personas miembros de las juntas directivas. Se confirma, bajo esa exclusión, la desigualdad entre empleados y funcionarios. En esa misma línea de pensamiento, un elemento de gran calado en las diferencias que separan a la funcionaria y al funcionario de la empleada y del empleado (ambos públicos) es la distinta naturaleza jurídica de los actos de investidura para cada uno. El funcionariado público tiene dos formas de ocupar el cargo: a) por elección popular, o, b) por decisión política, mientras que los empleados o servidores regulares lo adquieren por concurso de oposición con exclusión de la discrecionalidad.

### **a. Funcionariado público por elección popular**

Los cargos que se ocupan por elección popular pertenecen a la categoría de funcionariado público. En este caso, el de más elevado rango es la Presidencia de la República, y luego en orden



descendente, las diputadas y los diputados a la Asamblea Legislativa, las regidoras y los regidores municipales y la alcaldía municipal. La característica principal en estos casos, es la primacía de dos voluntades paralelas: la de la persona postulante, quien resulta elegido y la de la persona electora, quien decidió elegirla o elegirlo. De esta manera, quien adquiera la categoría de funcionaria y funcionario público, por haberse propuesto y logrado el triunfo electoral, queda sometido al escrutinio público en el más amplio sentido del término. Esto es, se reconoce una renuncia voluntaria a determinados ámbitos de la intimidad y la privacidad; entre ellos, al de su propia imagen, que deja de ser propia e individual para pasar al patrimonio público, para lo bueno y para lo malo, sin que en ningún caso pueda reclamar derechos exclusivos a su utilización, mientras se encuentre en el ámbito público y en el ejercicio del cargo.

### ***b. Funcionariado público por decisión política***

Esta tipología de servidoras y servidores del Estado, están divididos en dos subcategorías: i) las y los que participan de un concurso público, abierto en cuanto a las personas interesadas en competir, pero cerrado en cuanto a quienes son responsables de elegir y, 2) los que son nombrados subjetivamente por razones partidistas, ideológicas o de amistad y confianza. En el primer caso, se trata de los concursos para nombrar a las Magistratura del Poder Judicial, a la Defensora o al Defensor de los Habitantes, la Contralora o el Contralor y Sub Contralora o Sub Contralor General de la República. En estos casos, la participación es abierta para todas y todos los que quieran postularse a cada uno de esos cargos. No obstante, la decisión es cerrada, en relación con las y los que tienen el poder de seleccionar, pues se resuelve en un predeterminado y cerrado grupo de personas electoras.

También, se pueden considerar en esta categoría particular, a las personas funcionarias nombradas directamente por el Poder Ejecutivo con posterior

confirmación del Poder Legislativo. Tal es el caso de la Reguladora o del Regulador General de los Servicios Públicos y de la Procuraduría General de la República. Seguidamente, está el caso de las funcionarias y los funcionarios cuyo nombramiento está en una reducida conjugación de voluntades, como es el caso de las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones y de la Fiscalía General de la República, elegidas y elegidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Se ubican como personas funcionarias nombradas bajo criterios estrictamente subjetivos, del orden político, económico, ideológico, de amistad y confianza a: las ministras y los ministros de Gobierno, las presidencias ejecutivas y personas miembros de las juntas directivas de las entidades autónomas. Los primeros se nombran por decisión directa y personal de la presidenta o del presidente de la República, y los otros puestos por acuerdo del Consejo de Gobierno. En ninguno de los supuestos anteriores, salvo el caso de los cargos que por su contenido material requieran de una destreza técnica o académica en particular, como en el caso -a modo de ejemplo- de la magistratura del Poder Judicial que deben ser abogadas y abogados, en los cargos de elección popular o de simple decisión política, los requisitos imponibles son de reserva constitucional y legal, con exclusión de los reglamentos autónomos; por lo que, con excepción de los requisitos biológicos, de compromiso y de credo, lo único que se necesita es resultar ganadora o ganador en la contienda electoral de que se trate o ser considerada o considerado políticamente para el puesto.

## ***2. Empleado o servidor público***

La funcionaria y el funcionario público es pues, quien tiene el poder de creación, diseño, planeación, programación y ejecución de las políticas públicas de la entidad a la que sirve con plena disposición de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines públicos jurídicamente impuestos. Toca ahora señalar que la empleada

y el empleado o persona servidora pública, es quien presta su fuerza física y psíquica para que los lineamientos, proyectos y programas nacidos en el funcionariado público, se ejecuten y logren el objetivo previsto. Sin embargo, se subraya que esta categoría jurídica está particularmente reconocida a las personas incorporadas en la estructura administrativa de las Administraciones Públicas que prestan servicios públicos, para diferenciarlas de las entidades, que aunque públicas, realizan actividades industriales o mercantiles comunes y sobre todo cuando lo realizan en régimen de competencia (lo que se desarrollará en el punto 3) infra) o que no teniéndolo, actúan como cualquier empresa privada en la venta de bienes y servicios.

El régimen público o estatutario que regula la relación entre el empleado y la entidad prestadora o proveedora de un servicio público, es un elemento cardinal por considerar, porque las actividades que debe desarrollar en el ejercicio del cargo, escapan a los caprichos o veleidades de las funcionarias y los funcionarios, en razón de su previa regulación. Implica lo anterior, que la empleada y el empleado público están sometidos a un conjunto de reglas de comportamiento y de acción tendientes a satisfacer una necesidad de interés general, derivada igualmente de otra regla jurídica que la impone, con prescindencia de la voluntad particular de la superior o del superior. A esta persona se le atribuye el poder de diseño y programación para la consecución de unos fines, que están previamente determinados, sin que ese poder sea válidamente reconocido para modificar de manera unilateral o singular las condiciones preestablecidas, para sustituirlas por las que personalmente considere más apropiadas.

Hay múltiples diferencias pasibles de ser reseñadas, entre la funcionaria y el funcionario y la empleada y el empleado o persona servidora pública. Sin embargo, para nuestros efectos, baste con indicar el procedimiento de nombramiento y los niveles de responsabilidad atribuibles de acuerdo a sus deberes y obligaciones laborales. En el caso de las servidoras y los servidores

públicos, el régimen jurídico de su nombramiento está fundamentado en el concurso público (que no es de escrutinio público), constituido por unas bases de contenido técnico, preconcebidas para la actividad que desarrollará en el ejercicio del cargo. Lo anterior desatiende la discrecionalidad y subjetividad en el nombramiento, que está enteramente sujeto al cumplimiento de los requisitos de conocimiento para ejercer el cargo, tales como título académico, experiencia, manejo especial de herramientas tecnológicas o conocimiento en una determinada área del saber humano, etc.

En cuanto a los niveles de responsabilidad son diversos a los establecidos para el funcionariado público, pues la persona servidora pública responde únicamente por los actos concretos, en los que participe por acción u omisión y en el límite de sus atribuciones, potestades y deberes, a diferencia de la funcionaria y del funcionario, a quienes compete una responsabilidad genérica por toda la actividad de la entidad u oficina, incluidos los incumplimientos de los objetivos específicos o generales, y no solamente por los actos particulares y propios.

Por el régimen de su nombramiento, por la naturaleza de sus actividades y por el régimen de responsabilidad, la empleada y el empleado público, no es representante de la Administración en la que presta su fuerza motriz; aunque tenga un régimen de responsabilidad bifacial: frente a la entidad patronal y frente a terceros. En el primer caso, los actos dañosos o irregulares se le imputan internamente a quien los haya cometido, pero frente a terceros responde la Administración, bajo el principio de la responsabilidad objetiva, que rige en el sistema costarricense, al tenor de los artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública. Por tanto, la Administración asume los costos frente a terceros con la obligación posterior de resarcirse frente a la persona infractora.

Bajo la tesis anterior, las obligaciones de la empleada y del empleado público son frente

a su empleador o empleadora, salvo el caso de delito, por lo que su imagen física está excluida del uso público no autorizado o desautorizado. Lo anterior porque la rendición de cuentas, la publicidad y la transparencia en la gestión pública, es enteramente parte del resorte de la representatividad institucional según su rango y función, que le impone el deber genérico y la obligación puntual de rendir directamente, cuentas públicas. En otros términos, la exclusividad de decidir por sí y ante cualquiera sobre la difusión o propagación de su propia imagen se mantiene incólume a favor y para la empleada y el empleado público, y parcialmente abierta para el funcionariado público.

### **3. Empleado de una organización pública**

Todavía en el Derecho Comparado existe una tercera categoría jurídica de empleada y empleado o persona servidora estatal. Esta es para aquella y aquel que presta su fuerza motriz en una entidad pública -empresa pública-, pero totalmente regulada bajo un régimen jurídico de Derecho privado o común. Se retoma lo señalado por el numeral 111, inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, que a la letra dice:

*“3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común”.*

Las empresas y servicios económicos del Estado son prácticamente todas las entidades públicas que, antes de la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos de Norteamérica, prestaban un servicio público, y en la actualidad son vendedoras de bienes y servicios de interés público. Por ejemplo, el caso del Instituto Nacional de Seguros; el Instituto Costarricense de Electricidad, en el área de las telecomunicaciones; los bancos públicos (estos cambiaron de régimen mediante la reforma a la Ley Orgánica del Banco Central mediante la Ley Ley No. 7558 de 3 de

noviembre de 1995, publicada en el Alcance No. 55 a La Gaceta No. 225 de 27 de noviembre de 1995, de manera que las relaciones jurídico laborales con su personal están bajo un régimen de Derecho Laboral Común.

Hay otras entidades públicas consideradas como empresas de servicios económicos del Estado, a pesar de que su actividad ordinaria calificaría como un servicio público. Así lo dispone el artículo 5 de la Ley Reguladora de la Autoridad de los Servicios Públicos, número 7593, por el control y fiscalización a los que están sometidas, especialmente en materia tarifaria, tal es el caso de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, JAPDEVA. Sin embargo, y a pesar de su condición de titular de servicios públicos, sus empleadas y sus empleados están sometidos al régimen laboral común.

### **4. El derecho a la propia imagen en el sector público**

Hechas las distinciones entre las diversas categorías de trabajadoras y trabajadores del Estado, queda por determinar los límites y alcances de los derechos fundamentales a la intimidad, privacidad e imagen de estas personas. En una primera aproximación y como antes se señaló, en las legislaciones que incorporan el derecho a la propia imagen, se contemplan excepciones a la regla de la protección de esos derechos de la personalidad. Lo anterior en consideración a su particular vinculación con la sociedad en general, ya sea porque voluntariamente se someten al escrutinio general o bien, porque ante la naturaleza de su actividad es poco probable mantenerse en el anonimato, con independencia de la voluntad individual de querer constituirse en un ícono público, tal es el caso de las y los personajes políticos, donde su imagen pública es el núcleo central de su actividad en tanto sin ella, tampoco ocuparían los cargos que les dan esa exposición; los artistas públicamente reconocidos (de todo género) y los deportistas de alto nivel; por otro lado, quedan igualmente excluidos de

la especial protección de su imagen, las personas involucradas en actos o acontecimientos en sitios públicos que sean de evidente interés público.

Una característica que adorna las situaciones de excepción señaladas, es la previa valoración de la voluntad individual como elemento sustancial que abre el portillo a la publicación, divulgación o exposición pública inconsulta de la imagen de la persona concernida. Efectivamente, quien acepte someter su nombre al escrutinio público para competir por un puesto público de elección popular o de nombramiento político, como los señalados arriba, autoriza implícitamente la utilización de su imagen sin previa autorización, siempre y cuando esa utilización sea exclusivamente para fines informativos en temas de interés general relacionados con su ámbito de actividad, manteniéndose el resguardo de los derechos a la intimidad, privacidad e imagen para los asuntos que carezcan de valor noticioso o sean completamente ajenos al objeto central de su exposición pública. Queda excluida en esa misma medida, la posibilidad de utilizarse la imagen de esas personas, para fines distintos a los informativos, como lo serían la publicidad comercial o institucional, sin previa y expresa autorización, en cuyo caso, la protección al derecho se mantiene inmutable, con independencia de la posición pública del titular, esto es, que se mantiene la prohibición de su difusión sin la previa autorización, cuando los intereses sean privados, aunque sean perseguidos por una entidad pública, lo que se expone en los siguientes apartados.

### ***5. El interés público frente al derecho sobre la propia imagen para el caso del sector público***

Con más frecuencia, de la que jurídica y políticamente es admisible, se alude al interés público como la llave de la bóveda para incursionar en ámbitos de la vida privada de las personas servidoras públicas. Sin embargo, para el objeto de nuestro trabajo, lo delimitaremos al derecho fundamental a la intimidad, genérico del específico a la propia imagen, acudiendo

al soporte del inciso 1) del artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, que define el interés público como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

Esta clara definición del interés público, proveída a la indicada ley por el todavía irremplazable Profesor Ortíz Ortíz, demanda de la operadora y del operador jurídicos un riguroso análisis -en cada caso- del cuadro fáctico en relación con el contenido de las demandas, para determinar si se configuran dentro del concepto, dado que no es la voluntad individual ni el criterio subjetivo de la funcionaria o del funcionario o de la Administración, lo que define el principio democrático de lo que es interés público. Por el contrario, este deviene constituido por el conjunto de los intereses colectivos coincidentes en un determinado espacio, con previa valoración y determinación del contralor de legalidad frente a condicionantes de modo, tiempo, lugar, sujeto, objeto y fin.

Al estar definido legislativamente, el interés público escapa a la opinión de un órgano (individual o colegiado) o de una funcionaria o de un funcionario, al tratarse de una calificación objetiva que se define al momento de fiscalizar la conducta administrativa contentiva de ese supuesto interés público con el que se busca legitimar la específica acción pública, en relación con los requerimientos legales tendientes a validar esa calificación. Entre los mismos se consideran la existencia de un motivo legítimo, real o potencial (pero siempre posible) y de un contenido ajustado a ese motivo para cumplir un fin público, que el ordenamiento jurídico dispuso como de obligado cumplimiento para la Administración Pública concernida. No es cualquier acto, conducta formal o material que, originada en una entidad pública, se encuentre protegida por el manto sagrado del interés público sino únicamente aquellas que realmente conduzcan a satisfacer necesidades generales pero sobre todo -he ahí un elemento que escapa en ocasiones al ojo visor de la contralora o del contralor de legalidad- las que

formen parte del radio de acción competencial de la organización política en lisa y, además, que ese comportamiento institucional sea necesario para satisfacer ese fin previamente establecido.

Al momento de enjuiciarse ese interés público, el análisis conduce a verificar las posibilidades de que los fines pudiesen lograrse con conductas menos gravosas para la o las personas involucradas; que la conducta escogida fuese menos onerosa para los recursos públicos y fundamentalmente, más efectivas para la satisfacción general. Esas otras valoraciones pueden distanciarse de los planteamientos o argumentos de la Administración controlada, que en todo caso, están lejos de ser un límite para la contralora o el contralor de legalidad llamados a descifrar ese supuesto interés general, desde todos los ángulos que la situación amerite aunque no haya sido objeto de expreso reclamo.

## ***6. El derecho a la propia imagen de los empleados públicos***

Señalado lo anterior y con las salvedades de los servidores que ocupan sus puestos por elección popular -presidencia, diputadas y diputados, regidoras y regidores, alcaldías- más aquellos puestos cuyo nombramiento depende de la discrecionalidad política del parlamento -magistratura del Poder Judicial, contraloría general, subcontraloría general, defensoría de los habitantes-; así como de los nombramientos que son resorte del Poder Ejecutivo con posterior y obligada ratificación del parlamento -procuraduría general, reguladora o regulador general-; los que son del seno exclusivo de la Presidencia -ministras y ministros de gobierno-; las funcionarias y los funcionarios de nombramiento del Consejo de Gobierno -miembros de juntas directivas- y finalmente, los nombrados por la exclusiva voluntad de las jerarcas y los jerarcas institucionales -gerenciass, subgerenciass y direcciones-. El nombramiento de las empleadas y los empleados públicos se verifica a través de un concurso de antecedentes con oposición, sin que medie contrato particular

entre la persona servidora y la Administración. En este caso, las condiciones laborales, los deberes y obligaciones, así como los beneficios económicos, están previamente dispuestos por el ordenamiento jurídico, sin disponibilidad de las partes para modificarlos o establecer condiciones especiales para cada cargo.

El contenido de los deberes y obligaciones de las empleadas y los empleados públicos están prediseñados para cada puesto, tal y como lo determinó en los artículos 16 y 17 del Estatuto del Servicio Civil antes transcritos, en lo que se denomina Manual de puestos. De esta manera las condiciones válidas, consideradas y requeridas de la persona postulante al puesto, son las dispuestas por la regla jurídica tendientes a asegurar las condiciones de idoneidad para el cargo. Para el funcionariado público elegido, seleccionado o nombrado conforme fue señalado en el párrafo anterior. Los requisitos dispuestos por la Constitución o la ley no están en función de la idoneidad para el cumplimiento de las cargas laborales del puesto en particular, sino que se corresponden con: condiciones biológicas -la edad para presidencias, diputadas y diputados y ministras y ministros -; de vinculación territorial y compromiso -la nacionalidad para presidencias, diputadas y diputados, ministras y ministros y magistratura-; de pensamiento o credo -estado seglar para todas y todos los anteriormente nombrados-; por el contenido en relación con las específicas funciones que deberá realizar -la profesión de abogada y abogado para las magistradas y los magistrados-, así como de otros cargos de similar naturaleza, a modo de ejemplo y sin ánimo de agotarlos.

Ahora bien, atendidas las condiciones y requisitos distintivos para cada categoría, queda por determinar el elemento central sobre el que recae la protección de la propia imagen de la empleada y del empleado público. Se trata del fenómeno jurídico de la representación de las organizaciones públicas. Efectivamente, la representación hacia lo externo de las Administraciones públicas está reservada únicamente a determinadas



funcionarias y determinados funcionarios, en razón de las potestades públicas atribuidas cuando adolecen y ejercitan potestades de imperio, por expresa disposición de la ley sin posibilidad de ser delegadas en terceros. Esto de conformidad con el inciso 1) del artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública, sin perjuicio de una distribución interna para una mejor organización y servicio. Significa lo anterior que las personas funcionarias representantes institucionales, por el solo hecho de serlo, dejan al descubierto su imagen física, pues forma parte de los deberes públicos de transparencia, publicidad y rendición de cuentas, que asumen con el cargo. Quedan a salvo por supuesto, las actividades ajenas al cargo del orden estrictamente familiar, siempre que no involucren o participen de la funcionarial.

En apretada síntesis:

- El funcionariado público tiene un rango distinto al de empleada y empleado públicos.
- El régimen jurídico aplicable al funcionariado en sus relaciones de servicio frente a la Administración, es de Derecho Público; el régimen jurídico de la empleada y del empleado público, es de Derecho Privado.
- El sistema de nombramiento de la funcionaria y del funcionario es discrecional, el de la empleada y del empleado es por méritos y cumplimiento de requisitos.
- El régimen de responsabilidad del funcionariado público es del orden general institucional, el de la empleada y del empleado público es puntual, delimitado a las responsabilidades particulares del cargo.

Por esa distinta naturaleza jurídica del nombramiento y las responsabilidades del funcionariado, vistas en relación con las aplicables a las otras personas servidoras públicas, los derechos y obligaciones de cada una y uno siguen el mismo patrón, pero con diferente contenido. En las funcionarias y los funcionarios el acto voluntario y solemne de la aceptación del cargo incorpora -por el sentido

amplio de esa voluntad y sin que sea necesario incorporar una cláusula expresa- una aceptación a comparecer públicamente, a rendir las cuentas que la sociedad le demande, por intermedio de los instrumentos democráticos construidos para tales fines. Esa comparecencia pública no está supeditada a una previa autorización, en tanto se encuentra comprendida en los deberes generales del cargo y la función elegida; a la par, esa tipología de funcionarias y funcionarios, son las personas visibles al gran público en tanto su cargo en particular está vinculado a la información pública.

En sentido restrictivo, la empleada y el empleado público una vez seleccionados por concurso de oposiciones, aceptan las obligaciones, responsabilidades y derechos atinentes y limitadas al cargo específico, sin que ese consentimiento sea extensible a otras actividades distintas y ajenas a su puesto, aunque sean ordenadas y ejecutadas por la oficina pública en la que presta su concurso. Bajo esta línea expositiva, están excluidas de los deberes, obligaciones y responsabilidades de la empleada y del empleado público, las actividades ajenas o desvinculadas a los deberes, obligaciones y responsabilidades del cargo para el cual fueron reclutados, como también están protegidos contra las injerencias de la Administración en otros ámbitos de su vida privada, más allá de los que jurídicamente tiene el deber de soportar, o que están separados de los que se pueden considerar parte del acuerdo de reclutamiento; esto es, cualquier actividad institucional que sea ajena a los requerimientos del cargo, que estén excluidas del Manual de Puestos o de reglas jurídicas especiales (ley, reglamento autónomo o convención colectiva).

Vale decir que, si la imagen física de una persona servidora pública no constituyó el elemento principal para su reclutamiento (modelo o actor para pauta publicitaria, por ejemplo), la entidad patronal está absolutamente inhibida de utilizarla sin el consentimiento expreso de la o del titular. Esto porque está desvinculada de los requerimientos del puesto, con obligación

de indemnizar a la persona afectada con el uso desautorizado, con independencia del objeto o fines perseguidos con la conducta ilegítima, pues la gravedad de una utilización no autorizada de la imagen de la persona servidora pública, no se ablanda ni se justifica, aunque el propósito sea del más elevado altruismo social.

Como corolario de lo anterior, el funcionariado público, quien por el contenido del cargo y la representación que asume, es el obligado a comparecer o a someterse al escrutinio público -voluntario o involuntario- para rendir las cuentas que los órganos democráticos le demanden en relación con el manejo político y administrativo de la organización a su cargo. Esto en estrictocumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11 de la Carta Política; rendición de cuentas que, bajo determinadas circunstancias y en orden a la particularidad de la causa, puede, cuando sea posible, delegar en otras funcionarias y en otros funcionarios cuando tengan un conocimiento especial en relación con el tema objeto de cuestionamiento sobre el que se informa.

Caso contrario acontece con la empleada y el empleado públicos, cuyas obligaciones del orden interno, no pueden serle demandadas en otros escenarios distintos al judicial, por carecer de esa representación. En esas circunstancias, ni terceros ni la entidad a la que presta sus servicios pueden hacer uso -en ninguna forma- de su imagen. Ese derecho a la privacidad no fue transferido ni a la entidad ni al público con ocasión del concurso por la plaza en cuestión, ni tampoco forma parte de las condiciones o requisitos del cargo. De esta manera, cualquier uso desautorizado o no autorizado de la imagen de una empleada y un empleado público, para promocionar a la entidad o eventos en los que esta tenga participación; para publlirreportajes sobre el quehacer institucional o simplemente para publicitar la imagen de la organización, constituye una violación a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad.

El artículo 47 del Código Civil, no establece excepciones a la regla general del derecho a la

propia imagen.

Sobre el tema del derecho a la imagen de las personas, la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos ha sido amplia. Así, la Corte Europea de los Derechos del Hombre, en el caso Minelli contra Suiza, rechazó la demanda de un abogado, que participaba con frecuencia en debates públicos, a quien en algún momento le endilgaron un epíteto junto a su fotografía que no fue de su agrado, por lo que una vez agotadas las instancias internas que reiteradamente le rechazaron el caso, acudió a la Corte Europea alegando la violación al artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, concerniente a la vida privada contemplativa del derecho a la imagen y la Corte le rechazó la demanda indicando que no podía invocar respeto a su vida privada si el mismo escogió exponerse y exponerla en público. El Tribunal transatlántico consideró que la exposición mediática voluntariamente aceptada por la persona, conduce a una abierta aceptación para la utilización de su imagen, sin el expreso consentimiento requerido para otros casos de similar naturaleza.

En una sentencia diametralmente distinta, el mismo Tribunal consideró que con independencia de la notoriedad pública de la demandante, por ser una reconocida cantante hay espacios de su vida privada que no pueden ser expuestos sin su consentimiento. Señaló el elevado Tribunal europeo (solamente los extractos de interés):

*“(...) El TEDH recuerda que la noción de vida privada es una noción amplia, que comprende elementos relacionados con la identidad de una persona, tales como su nombre, su imagen y su integridad física y moral. Existe una zona de interacción entre el individuo y otros que, incluso en un contexto público, puede entrar en el ámbito de la vida privada. De esta manera, la publicación de una fotografía, así como la emisión de imágenes de televisión en el marco de programas televisivos que se acompañan, como en este caso, de*

*opiniones, críticas o comentarios sobre aspectos de la vida estrictamente privada de una persona (ver, mutatis mutandis, Société Prisma Presse c. Francia (ICI PARIS) c. Francia, n 12268/03, § 40, 23 de julio de 2009), interfieren en la vida privada de esta última, aunque sea una persona pública (Von Hannover, anteriormente o citada, §§ 50 y 53, Petrina c. Rumania, 78060/01, § 27, 14 de octubre de 2008 y Von Hannover c. Alemania (n 2) [GC], n 40660/08 y 60641/08, § 95, CEDH 2012). En algunas circunstancias, una persona, incluso conocida del público, puede invocar una “esperanza legítima” de protección y respeto de su vida privada (Hchette Filipacchi o Associés (ICI PARIS), anteriormente citada, § 53, y Von Hannover (n 2) [GC], anteriormente citada, § 97)... De acuerdo con la jurisprudencia constante del TEDH, la condición de “necesidad en una sociedad democrática” exige determinar si la injerencia litigiosa correspondía a una necesidad social imperiosa, si era proporcionada al fin legítimo que se pretendía, y si los motivos aportados por las autoridades nacionales para justificarla son procedentes y o suficientes (Sunday Times c. Reino Unido (número 1), 26 de abril de 1979, §62, serie A número 30)...*

La sentencia internacional precisa que, la simple notoriedad de una persona no es fundamento suficiente para desconocerle su derecho a la privacidad, intimidad e imagen. En sentido inverso, significa que una persona que goza de un total y absoluto anonimato social (voluntario o involuntario) la protección a su vida privada e imagen, deviene en más rigurosa. Continúa el elevado Tribunal, en cuanto interesa al artículo:

*“i. Sobre la contribución de los programas televisivos a un debate de interés general y la notoriedad de la persona afectada: El TEDH apunta que si bien existe un derecho del público a ser informado de las*

*publicaciones o programas televisivos cuyo único objeto es el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre detalles de la vida privada de una persona, cualquiera que sea la notoriedad de ésta, inmiscuyéndose en su intimidad, no se puede considerar que aquellos contribuyan a un debate de interés general alguno para la sociedad (ver, mutatis mutandis, Campmany y Díez de Revenga y López-Galiacho Perona c. España (decisión), 54224/00, 12 de diciembre de 2000, y MGN Limited c. Reino Unido, n 39401/04, §143, 18 de enero de 2011), incluso suponiendo que esta persona tenga una cierta notoriedad social (Von Hannover, anteriormente citada, § 65). El TEDH reafirma a este respecto que el interés general no puede reducirse a las expectativas de un público ávido de detalles sobre la vida privada ajena, ni al gusto de los lectores por el sensacionalismo, incluso por el voyerismo (Couderc et Hchette Filipacchi Associés [GC], anteriormente citada, § 101). Recuerda que el carácter público o notorio de una persona influye en la protección de la que su vida privada puede disfrutar. Señala, sin embargo, que no se trata en este caso de una persona pública investida de funciones oficiales, por lo que el derecho a preservar el secreto de su vida privada es en principio más amplio.*

En el extracto anterior, la Cámara internacional diferencia dos tipos de intereses, distintos en su contenido y en su finalidad: el interés del público por conocer facetas de la vida privada de algunas personas medianamente notorias y, por otro lado, el interés público que podría caber en las actividades de las personas investidas de funciones oficiales, tal y como lo hemos venido señalando al diferenciar entre funcionaria y funcionario y empleada y empleado público. Más puntual esa diferencia entre los intereses, en la siguiente cita de la sentencia:

*“El TEDH observa que las jurisdicciones*

*internas no han analizado estas cuestiones como tales y que se han limitado a considerar que la demandante era una persona muy conocida por el público. Apunta que el hecho de que la demandante, cantante de profesión, es conocida como artista por el público español, no implica necesariamente que sus actividades o comportamientos en el ámbito privado puedan ser considerados de interés general. Apunta que los programas basados en aspectos estrictamente privados de la vida de la demandante no contenían el componente esencial del interés público capaz de legitimar la divulgación de estos elementos, y esto a pesar de la notoriedad social de la interesada, al no tener el público un interés legítimo para conocer ciertos detalles íntimos de la vida de ésta. Es harto evidente que los invitados de los programas litigiosos han abordado y comentado exclusivamente detalles - salaces en la opinión de determinado tipo de público - de la vida privada de la interesada (ver, mutatis mutandis, Julio Bou Gibert y El Hogar y La Moda S.A., no 4929/02 (decisión), 13 de mayo de 2003). Incluso si este interés del público existe realmente, así como existe un interés comercial de las cadenas de televisión que emiten este tipo de programas "sensacionalistas", en este caso estos intereses deben, uno y otro, quedarse en segundo plano ante el derecho de la demandante a la protección efectiva de su vida privada...*

La resolución comentada establece la distancia entre el ámbito de lo público y lo privado de la persona con independencia de su notoriedad pública, y remacha señalando que hay acontecimientos de la vida privada y familiar que gozan de una protección especial, en el caso europeo, por el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, puede extrapolarse al sistema interamericano al artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así lo señaló la sentencia comentada:

*"Habida cuenta de cuanto antecede, el TEDH estima que el hecho de que la demandante se aprovechara del interés de la prensa, como sostiene el Gobierno, no puede dar carta blanca a las cadenas de televisión en cuestión para retirar a la interesada toda protección contra comentarios incontrolados sobre su vida privada... El TEDH recuerda que, a partir del momento en que se pone en entredicho una información o unos comentarios que comprometen la vida privada ajena, incumbe a los periodistas - o a cualquiera que intervenga en programas televisivos como los que nos ocupan - tomar en cuenta, en la medida de lo posible, el impacto de las informaciones y de las imágenes a publicar, antes de su emisión. En particular, ciertos acontecimientos de la vida privada y familiar son objeto de una protección particularmente atenta a efectos de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio y deben por tanto inducir a los periodistas a dar muestras de prudencia y de precaución en su tratamiento. (Editions Plon c. Francia, n 58148/00, §§ 47 y 53, CEDH 2004-IV). Por lo demás, el hecho de difundir rumores no comprobados y de hacer comentarios sin control ni límite, sobre cualquier tema relativo a la vida privada ajena no debería ser considerado inofensivo. En cualquier caso, incumbía a las instancias nacionales proceder a una valoración de los programas televisivos litigiosos para llevar a cabo una delimitación y una ponderación entre lo que era susceptible de afectar al núcleo de la vida privada de la demandante y lo que podía presentar un interés legítimo para el público..."*

Ratifica el fallo comentado, de que toda persona goza de una protección especial sobre su esfera privada a la que pertenece el derecho a la propia imagen con las salvedades dichas: acontecimientos públicos o personas notorias o que no siéndolo, están al frente y al mando de

actividades productoras de un marcado interés general, ya sea porque administran recursos públicos o porque en funciones oficiales exponen los valores y los sentimientos nacionales.

### ***G. El derecho a la propia imagen de los empleados judiciales***

Un caso muy particular se presenta con el derecho a la propia imagen de las Juezas y los Jueces en el ejercicio del cargo. A estas personas, con frecuencia y de manera inconsulta, se les publica la imagen en los medios de comunicación. La particularidad del caso se concentra desde la óptica de la persona autora, en una doble situación que debe considerarse al momento de valorar este derecho frente a terceros. La primera de ellas es que las personas juzgadas realizan función jurisdiccional, la que conforme a lo señalado en el acápite E anterior, es la que caracteriza al Poder Judicial, en relación con los otros dos poderes del Estado; en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales son parte del funcionariado público. Sin embargo, no son las y los representantes del Poder Judicial como organización y hacia lo externo, de manera que sus actuaciones -correctas o erróneas- se proyectan sobre el órgano constitucional en su conjunto y no en la persona juzgada; salvo -como también ya se indicó- que incurrieran en delito, en cuyo caso asume personal y directamente las consecuencias (distintas a las civiles).

Hay que abonar que en la función jurisdiccional, hay un interés público per se, pues la solución civilizada de los conflictos de intereses son de la alta estima del Estado democrático de Derecho. Pero la presencia de ese interés general en la administración de justicia es insuficiente para romper los diques protectores de la intimidad y privacidad de la persona juzgada como persona; derechos de los que no se desprendieron por el simple nombramiento.

Hay una práctica generalizada de proyectar imágenes en los noticieros televisivos, así como la publicación de fotografías en los medios de

comunicación escritos, de las juezas y de los jueces y otras empleadas y otros empleados judiciales participantes en algunos procesos judiciales, sobre todo en el orden represivo, bajo la supuesta existencia de un interés público en la información.

En párrafos anteriores se señaló que, el concepto de interés público escapa al criterio personalizado para ser tratado como un conjunto de elementos objetivos, que en un determinado momento y lugar, resultan caros a la sociedad. Es de interés público conocer el desarrollo y el resultado de un proceso penal, en tanto en cada actividad jurisdiccional se produce lo que en otros ámbitos del poder público podría catalogarse como una rendición de cuentas, porque la realidad es que todo proceso judicial constituye y representa en sí mismo una rendición de cuentas de la situación general de la administración de justicia de un Estado. Pero ese interés público es distinto al interés "amarillista", que un medio de comunicación quiera endilgarle a la noticia, en aras de obtener mejores calificaciones (rating) para vender más publicidad o ubicarse mejor en las preferencias del público.

Señalado de otro modo, el interés periodístico por proyectar procesos que les produzcan réditos empresarios, no es complementaria con el interés público de la información general. Este último interés general, objetivo por demás, consiste en ofrecerle a la sociedad la tranquilidad de una sana administración de justicia, a través de la transparencia y publicidad de las actuaciones judiciales, sin que por ello las personas juzgadas y demás funcionarias y funcionarios judiciales, renuncien o pierdan sus derechos fundamentales, entre ellos, el de la intimidad y privacidad, comprensivo del derecho a la propia imagen.

Es importante señalar que, la protección de la imagen de las juezas y de los jueces y demás funcionarias y funcionarios judiciales, participantes de un proceso judicial calificado por la prensa como de interés público -aunque



carezca de esa atracción-, no contraviene el derecho a la información, que también tiene rango constitucional. No hay colusión de derechos fundamentales, porque, aunque los procesos judiciales sean públicos -en los casos donde se permite la libre asistencia- carecen de la calidad de espectáculos públicos aun con la insistencia de la prensa de convertirlos en tales. Lo anterior, porque la publicidad tiende a satisfacer los principios de transparencia y rendición de cuentas arriba señalados sin que se consideren como elementos válidos y justificativos, la curiosidad o el morbo.

Vale retomar el texto del artículo 47 del Código Civil, que dispone:

*“La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicadas, 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 relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público...”*

Acorde con el indicado texto, el legislador relativizó la pertenencia de la imagen a la persona -en el específico caso de la función pública que ahora nos ocupa- a que la reproducción se justifique según sea la función pública que desempeñe, o señalado de otra forma, que no es toda función pública sino aquella que tenga un connotado interés general -presidencia, ministra y ministro, diputada y diputado, por ejemplo-. Y para evitar la mala interpretación sobre la frase las necesidades de justicia o de policía, se señala que esta está referida a la posibilidad de publicar una imagen sin autorización de su titular, cuando la persona sea buscada o requerida para que comparezca ante la policía o la justicia. De ahí que el legislador se inclinó por utilizar una “o”, en este caso, copulativa, para dejar sentado que se trata de una misma situación, pero en todo

caso, el requerido no sería una persona juzgadora u otra empleada u otro empleado judicial.

Bajo la interpretación anterior, las excepciones del artículo 47 del Código Civil arriba transcrito, no comprenden la difusión desautorizada o no autorizada de la imagen de las personas juzgadoras y otras empleadas y otros empleados judiciales, con ocasión de un proceso judicial. Por lo tanto, con independencia de lo que la prensa considere de interés público, la imagen individual no forma parte de esa atracción, en tanto lo importante son las actuaciones judiciales para la satisfacción de la justicia, con independencia del rostro que las realiza, es el cargo, no es la persona.

Todavía se carece de jurisprudencia sobre esta particular infracción a los derechos personalísimos a la imagen de las juezas y de los jueces y otras empleadas y otros empleados judiciales, que establezca una clara delimitación; el tema queda expuesto.

### **Conclusiones**

1. El derecho a la propia imagen de las personas servidoras públicas, carentes de representatividad institucional, es absolutamente cerrado a cualquier difusión no autorizada, sean estos terceros o la entidad en la que ejerce su cargo.
2. El derecho a la propia imagen de las funcionarias y de los funcionarios públicos, está relativizado en razón de su jerarquía y actividad.
3. El derecho a la propia imagen de las personas juzgadoras y demás empleadas y empleados judiciales, gozan de la misma protección, en tanto su actividad no es pública.

Lastimosamente, la timidez protectora de los tribunales nacionales, nos impide resaltar alguna sentencia, por la que este derecho se proteja y garantice con suficiente fortaleza, para disuadir su constante infracción. Sin embargo, queda la esperanza que la proliferación de las redes sociales y las publicaciones no autorizadas por

estos medios, sean el detonante para una mayor rigidez jurisdiccional en favor de la persona cuya privacidad e intimidad hayan sido violadas con publicaciones no autorizadas de su imagen cuando no tenga el deber jurídico de soportarlo.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBALADEJO, M. (1983). Derecho Civil, tomo I, volumen II, octava edición.

AMAT LLARI, E. (1992). El derecho a la propia imagen y su valor publicitario, La Ley.

BALAGUER C., M. L. (1992). El derecho fundamental al honor. En: Temas claves de la Constitución española. Madrid: Tecnos,,

BERDUGO G. DE LA T., I. (1987). Honor y libertad de expresión, Tecnos.

GARCIA M., J. (1994). Las garantías de los derechos fundamentales. En: Derecho Constitucional. Valencia: Tirant lo Blanch, segunda edición, volumen I.

GARRIDO F., F. (1985). Comentarios a la Constitución. Civitas.

GITRAMA G., M. (1979). Nueva enciclopedia jurídica. Editorial Seix, tomo XI.

GONZALEZ C., O. (2002). Justicia Administrativa. San José: Investigaciones Jurídicas.

HERNANDEZ V., R. (1993). El Derecho de la Constitución. San José: editorial Juricentro, volumen 1.

IGARTUA A., F. (1991). La apropiación comercial de la imagen y el nombre ajeno. Madrid Editorial Tecnos:.

LEROUX DE B., C. (2017). La doble jurisdicción en Francia. Lima: Revista Athemis..

ORTÍZ O., E. (s. f.). Derecho Administrativo, volumen 2, San José .

PEREZ L., A. E. (1979). La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución Española de 1978. REP, mayo-junio.

ÇROMERO C., A. María. (1982). El derecho a la intimidad privada y su problemática. RAC, tomo 1989-2.

SCHWABE, J. "Extractos de las sentencias más relevantes". Recuperado el 1 de junio de 2018 de [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf)

WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1980). The Right to Privacy. Harvard Law Review, Boston, volumen IV, número 5, diciembre.

#### Sentencias de Tribunales extranjeros

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 21 de febrero de 2017, caso Rubio Dosamantes contra España.

Sentencias del Tribunal Constitucional números 11/1981 del 8 de abril y 37/1981 del 16 de noviembre.

Sentencias del Tribunal Constitucional español, números 170/1987 del 30 de octubre; 99/1994 del 11 de abril.

Dictámenes de la Procuraduría General de la República

Dictamen de la Procuraduría General de la República, número C-323-2014 del 8 de octubre de 2014.

### *Notas al pie*

1. El ocio, es un estado de satisfacción de la persona que le genera un beneficio emocional o un crecimiento personal, siempre fuera del contexto laboral o académico; es decir, cuando no se trabaja ni se estudia una carrera, sino cuando se realiza un trabajo benéfico, o se lee un libro, o se lleva un curso para aprender una habilidad nueva, ajena a las necesidades laborales.
2. BERDUGO G.DE LA T., I. (1987). Honor y libertad de expresión. Tecnos, p. 57.
3. (1985). . p. 352.
4. PEREZ L., A. E. (1979). La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución Española de 1978. REP, mayo-junio, p. 64.
5. R. C., A. M. (1989). El derecho a la intimidad privada y su problemática. RAC, tomo 1989-2, página 2245.
6. Ibid.
7. WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1890). The Right to Privacy. Harvard Law Review, Boston, volumen IV, número 5, diciembre.
8. El artículo 28 de la Constitución Política establece: "Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas".
9. GARCIA M., J. (1994). Las garantías de los derechos fundamentales. En: Derecho Constitucional. Valencia: Tirant lo Blanch,segunda edición, volumen I, p. 422.
10. Sentencias del Tribunal Constitucional números 11/1981, del 8 de abril y 37/1981, del 16 de noviembre.
11. Citado por Schwabe, J. "Extractos de las sentencias más relevantes", en: [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf), accedida el 11 de junio de 2018.
12. GITRAMA G., M. (1979). Nueva enciclopedia jurídica. Editorial Seix, tomo XI, p. 302.
13. Sentencias del Tribunal Constitucional español, números 170/1987, del 30 de octubre; 99/1994, del 11 de abril.
14. BALAGUER C., M. L. (1992). El derecho fundamental al honor. En: Temas claves de la Constitución española. Madrid: Tecnos, p. 41.
15. IGARTUA A., F.(1991). La apropiación comercial de la imagen y el nombre ajeno. Madrid: Editorial Tecnos, p. 20.
16. AMAT LL., E. (1992). El derecho a la propia imagen y su valor publicitario. La Ley, p. 25.

17. La diferencia entre personas no autorizadas y las desautorizadas, es que las primeras utilizaron la imagen sin consulta del afectado; mientras que las desautorizadas son aquellas que, habiendo sugerido o solicitado la licencia para hacer uso de ella, se les prohibió.
18. GITRAMA G., op cit, p. 302.
19. Ibid, página 462 y siguientes.
20. ALBALADEJO, M. (1983). Derecho Civil. Tomo I, volumen II, octava edición, p. 62.
21. HERNANDEZ V., R. (1993). El Derecho de la Constitución. San José: editorial Juricentro, volumen 1.
22. HERNANDEZ VALLE., Rubén., El Derecho de la Constitución. San José:, editorial Juricentro, San José, 1993, volumen 1.
23. HERNANDEZ V., R. op cit, excluye al Tribunal Supremo de Elecciones, al señalar que no existe una función electoral, considerándola como una actividad administrativa que incluso podría llevar a cabo alguno de los otros poderes (como en algún momento aconteció en la historia política de Costa Rica).
24. Anteriormente se le denominaba Ejecutivo Municipal.
25. Artículo 1º.- Este Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, y proteger a dichos servidores. Artículo 2º.- Para los efectos de esta Estatuto se considerarán servidores del Poder Ejecutivo, los trabajadores a su servicio remunerados por el erario público y nombrados por acuerdo formal publicado en el Diario Oficial. Artículo 3º.- No se considerarán incluidos en este Estatuto: a) Los funcionarios de elección popular; b) Los miembros de la fuerza pública, o sea aquéllos que estén de alta en el servicio activo de las armas por la índole de las labores o funciones que ejecuten, excepto el personal de los Departamentos de Extranjeros y Cédulas de Residencia y de Migración y Pasaportes y el personal de las Bandas Militares; y c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros. (Así reformado por el artículo 6º de la Ley N° 1918 de 5 de agosto de 1955). Artículo 4º.- Se considerará que sirven cargos de confianza: a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal. b) El Procurador General de la República. c) Los Gobernadores de Provincia. d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República. e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros. f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley N° 6440 de 16 de mayo de 1980). g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico. Transitorio al inciso g) Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen en propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios. Cuando esto ocurra y el cargo quede vacante, la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza. (Así adicionado el inciso anterior incluyendo

su Transitorio, por la Ley No.7767 de 24 de abril de 1998) (NOTA: El artículo 7.º de la Ley N.º 1918 de 5 de agosto de 1955, cambió la numeración de este artículo que originalmente era el 5) Artículo 5.º.- Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados: a) El Tesorero Nacional. b) Al Subtesorero Nacional. c) El Jefe de la Oficina del Presupuesto. d) Los servidores pagados por servicios o fondos especiales de la relación de puestos de la Ley de Presupuesto, contratados para obra determinada. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1.º de la Ley N.º 6440 de 16 de mayo de 1980). e) Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial. f) Los que reciban pago en concepto de servicios profesionales temporales o de otros trabajos realizados sin relación de subordinación. g) Los médicos que presten el servicio de que habla el Artículo 66 del Código Sanitario. h) Los maestros de enseñanza primaria aspirantes (Artículo 101 del Código de Educación) y los profesores de segunda enseñanza interinos o aspirantes (Artículo 280 del Código de Educación). i) Inspector General e Inspectores Provisionales, de Autoridades y Comunicaciones. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley N° 2716 de 21 de enero de 1961 y luego reformado por el artículo único de la Ley N.º 3451 de 5 de noviembre de 1964). j) El Director de Migración, el Jefe del Departamento de Extranjeros y el Director Administrativo del Consejo Superior de Tránsito. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1.º de la Ley N.º 2716 de 21 de enero de 1961). k) Los funcionarios de la Comisión nacional de prevención de riesgos y atención de emergencias, sujetos al párrafo 2 del artículo 18 de su ley. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 45 de la Ley N.º 7914 del 28 de setiembre de 1999) l) Los auditores y subauditores internos de los ministerios y organismos adscritos. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 45 punto d) de la Ley No. 8292 de 31 de julio de 2002). (NOTA: El artículo 7.º de la Ley N.º 1918 de 5 de agosto de 1955, cambió la numeración de este artículo que originalmente era el 6.º).

26. Es importante aclararle a la lectora y al lector, que las normas del Estatuto utilizadas de respaldo, no agotan la totalidad de las reglas jurídicas en las que pueden aparecer esas diferencias.
27. El inciso 2) del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, dispone: “2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario”.
28. De acuerdo con Christine Leroux de Belaunde, por las leyes del 16 y 24 de agosto de 1790, se instauró en Francia una doble jurisdicción, la Administrativa a cargo del Consejo de Estado y la judicial para todos los demás asuntos. Esta duplicidad jurisdiccional fue una interpretación tajante del principio de división de poderes. Sobre esa base legislativa de tan antigua data, los conflictos entre las personas servidoras públicas y el Estado, ha estado diseccionada, según sea la naturaleza jurídica del órgano, ente o empresa pública a la que presta sus servicios. Así, corresponde a la Jurisdicción Administrativa los litigios entre los funcionarios públicos y la Administración y a la judicial los litigios entre los agentes de entidades públicas comerciales o industriales (Bancos Públicos, RECOPE, RACSA); los que no están a cargo de servicios públicos; los que por ley están sometidos al Derecho privado y los agentes de empresa privadas encargadas de servicios públicos (RITEVE). Véase: *Le Juge Administratif, Juge de la Fonction Publique, Dossier Thématique du Conseil d’État, Paris, 2018.*
29. En el caso de las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, se presenta una situación muy particular. El artículo 100 de la Constitución Política establece: “El Tribunal Supremo de Elecciones estará integrado ordinariamente por tres Magistrados propietarios y seis suplentes, nombrados por la Corte Suprema de Justicia por los votos de no menos de los dos tercios del total de



sus miembros. Deberán reunir iguales condiciones y estarán sujetos a las mismas responsabilidades que los Magistrados que integran la Corte”. La norma no contiene un catálogo expreso sobre los requisitos para ocupar el puesto, sino que se refiere a las condiciones que las magistradas y los magistrados deben poseer para integrar la Corte. Eso permite concluir que para ser magistrada o magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones solamente se deben ostentar las condiciones de los primeros 4 incisos del artículo 159 de la Carta Política que a la letra señala: “Para ser Magistrado se requiere: 1) Ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con domicilio en el país no menor de diez años después de obtenida la carta respectiva. Sin embargo, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia deberá ser costarricense por nacimiento; 2) Ser ciudadano en ejercicio; 3) Ser del estado seglar; 4) Ser mayor de treinta y cinco años; 5) Poseer el título de Abogado, expedido o legalmente reconocido en Costa Rica, y haber ejercido la profesión durante diez años por lo menos, salvo que se tratare de funcionarios judiciales con práctica judicial no menor de cinco años...”. Este último inciso no parece aplicable al Tribunal Supremo de Elecciones porque esta exigencia es un requisito académico de formación especial para el ejercicio de la especial función jurisdiccional de la magistratura del Poder Judicial, que no hace ni es la esencia de la función electoral del Tribunal Supremo de Elecciones, que como órgano administrativo por excelencia, emite resoluciones administrativas, las que son pasibles de ser conocidas por las jurisdicciones constitucional o contencioso administrativa según sea la causa concreta, salvo las de contenido estrictamente electoral.

30. Señala el numeral 190 de la Ley citada: “Artículo 190. 1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. 2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente”.
31. Se hace la diferencia entre deber y obligación; en tanto el primero, está referido a una situación abstracta, y la segunda, se constituye cuando se concreta la prestación requerida. Véase: GONZALEZ C., O. (2002). Justicia Administrativa. San José: Investigaciones Jurídicas .
32. Le Juge Administratif, Juge de la Fonction Publique, op cit.
33. Apartado B.1.b.
34. En informaciones relacionadas con la vida familiar, su quehacer doméstico y relaciones sentimentales personales, así como las imágenes que no están relacionadas con el ejercicio del cargo, solamente podrán ser difundidas con la previa autorización de la o del titular. Fotografías de la presidenta o del presidente o una ministra o un ministro cuando hace las compras del hogar o cuando asiste a un evento familiar, quedan fuera del ámbito de lo informativo de interés público, por lo requieren de una previa autorización de la persona titular.
35. La Ley General de la Administración Pública es una creación casi entera del Profesor Ortíz Ortíz, con el respaldo, que no producción, de otros juristas distantes de su talla intelectual.
36. Mediante dictamen C-323-2014 del 8 de octubre de 2014, la Procuraduría General de la República dictaminó que los directores nacionales y regionales, son de libre nombramiento y remoción, particularmente en el caso del Instituto de Desarrollo Rural.

37. Es la adhesión, aceptación, reconocimiento y respeto a los valores de la sociedad que representará.
38. El inciso 1) del artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública dispone: "1. La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio.
39. El inciso 2) del mismo numerado 59, dispone: "2. La distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia".
40. Nos referimos al hecho de asistir acompañado de la familia a eventos oficiales o sociales, cuya asistencia está ineluctablemente apegada al cargo servido.
41. Se utiliza el término reclutamiento, porque la Administración recluta bajo sus propios términos, no contrata; en tanto se considera el contrato como un acuerdo libre y soberano de voluntades. En la Administración hay una voluntad preestablecida en relación con el contenido de los derechos y obligaciones, y otra voluntad que se somete y acepta, sin posibilidades de discutir los términos bajo los que realizará sus labores.
42. Dispone el artículo 11 constitucional: "Artículo 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas".
43. Nos referimos a las causas judiciales que se le abran, por incumplimientos o delitos cometidos en el ejercicio del cargo.
44. Caso 14991/2002.
45. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 21 de febrero de 2017, caso Rubio Dosamantes contra España.
46. El artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre dispone: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". Por su parte el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".