

**La insubordinación legítima: protección de los derechos humanos de los
trabajadores.**

Legitimate insubordination: protection of workers' human rights

Fernando Antonio Contreras Molina (*)¹

Recibido: 17/07/2025. Aceptado: 10/08/2025

:

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica con mención en formación de jueces; abogado e investigador independiente. Correo electrónico: fercon.abogado@gmail.com ORCID ID: 0009-0007-4968-3649

Resumen:

El ejercicio de las facultades conferidas por la subordinación jurídica al empleador representa una amenaza latente a la dignidad y derechos humanos de los trabajadores, por no estar muy bien definidos estos límites, y por falta de criterios previamente determinados que permitan informar al trabajador cuando no está obligado a cumplir una orden, por atentar contra su dignidad y derechos. En el presente artículo se analizan las cuestiones ius-filosóficas más relevantes, junto con algunos criterios que han desarrollado los tribunales superiores de Costa Rica, con la finalidad de conceptualizar y estructurar la insubordinación legítima, como una herramienta del Derecho Laboral, aplicable por los diferentes operadores jurídicos especialmente los juzgadores que en última instancia resuelven las disputas jurídicas, que permita brindar una protección real y efectiva a los derechos humanos de los trabajadores.

Palabras clave:

Subordinación jurídica, insubordinación legítima, derechos laborales inespecíficos, principio de proporcionalidad, derechos humanos.

Abstract:

The exercise of the powers conferred by legal subordination to the employer represents a latent threat to the dignity and human rights of workers, because these limits are not very well defined, and due to the lack of previously determined criteria that allow the worker to be informed when he is not obliged to comply with an order, for violating his dignity and rights. This article analyzes the most relevant legal-philosophical issues, along with some criteria that have been developed by the superior courts of Costa Rica, with the purpose of conceptualizing and structuring legitimate insubordination, as a tool of Labor Law, applicable by the different legal operators, especially the judges who ultimately resolve legal disputes, which allow providing real and effective protection to the human rights of workers.

Keywords:

Legal subordination, legitimate insubordination, non-specific labor rights, principle of

f proportionality, human rights.

Índice: Introducción. 1. Postulados fundamentales de los Estados modernos y contextualización de la problemática. 2. Tratamiento jurisprudencial. 3. Propuesta de insubordinación legítima. 3.1. Conceptualización. 3.2. Presupuestos. 3.3. Explicación de su eficacia jurídica. Conclusiones. Bibliografía citada.

Introducción a la problemática

Es comúnmente conocido y aceptado que las relaciones laborales se desenvuelven en un contexto desigual y de poder, donde el patrono goza de una serie de prerrogativas particularmente ventajosas, en comparación con la posición de los trabajadores. Esto es tan característico en las relaciones laborales que en la misma conceptualización y autonomía de la rama ius laboralista, juega un papel clave el principio protector², que precisamente busca equiparar y equilibrar esta relación desigual.

No obstante, parece ser que en la práctica la utilización de este principio general del derecho laboral no es suficiente para brindar una protección efectiva y completa de los derechos de los trabajadores. Dado que, en el diario vivir de las personas que se desenvuelven en una relación laboral, están expuestas a que sus derechos más básicos³ sean vulnerados; en primera instancia por los empleadores, quienes de manera directa irrespetan la esfera jurídica de los colaboradores, y en segunda instancia por el Estado, quien incumple su rol de garante de los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción⁴.

² “El principio protector tiende a proteger la parte más débil de la relación laboral, la cual generalmente es el trabajador. Este principio laboral se manifiesta en tres diferentes formas, a saber: El indubio pro-operario, la aplicación de la norma más favorable, la condición más beneficiosa.” Eugenio Vargas Chavarría, *El contrato individual de trabajo*, (San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A, 2009), 16.

³ Hay que recordar que el reconocimiento de los derechos humano en tratados internacionales es de mínimos, puesto que dicha protección se considera elemental para el adecuado desarrollo del ser humano. “Los derechos humanos constituyen mínimos de existencia, y al saberse que serán respetados y promovidos, la persona se moviliza con libertad para lograr vivir con dignidad”. Jorge Carpizo, “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Característica”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derechos Constitucionales*, n° 25, (2011): 5, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965>

⁴ “Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción

Las situaciones conflictivas que aquí se analizan, son aquellas que derivan del elemento esencial más significativo del contrato de trabajo, la subordinación jurídica. La necesidad de estudiar este tema surgió cuando realizaba la tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, al desarrollar dicho trabajo germinó la idea y necesidad de conceptualizar una figura que pudiera proteger a los trabajadores del ejercicio abusivo, o extralimitado de la subordinación jurídica; toda vez que en muchas ocasiones el ejercicio de esta figura por parte del empleador se constituye en un gran obstáculo para el adecuado desarrollo de la dignidad humana de los colaboradores. En dicho trabajo se propuso la interpretación y aplicación de lo que se llamó insubordinación jurídica legítima, como una de las posibles soluciones a la controversia, asegurando la protección del derecho a la libertad religiosa de los trabajadores.⁵

A partir de este contexto, nace la necesidad de que, en el presente trabajo, se aborde la cuestión más a fondo, analizando cuáles serían los alcances y efectos prácticos de esta figura, que viene a convertirse en una valiosa herramienta en la protección de la dignidad humana y derechos fundamentales⁶ de las personas trabajadoras.

A pesar de lo anterior, hay que aclarar que tampoco se puede, ni se quiere, perder de vista que la cuestión por analizar no es sencilla, ni irrelevante, sino todo lo contrario, se debe tener precisión quirúrgica, para proteger los derechos de los colaboradores frente a los de las empresas, y no dejar sin contenido a la subordinación jurídica, que le da vida y eficacia al derecho laboral, marcando un norte de su campo de aplicación, y diferenciándolo de

los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Asamblea General de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 16 de diciembre de 1996”. En similar sentido lo contempla el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea General en su resolución 22000 A (XXI) el 16 de diciembre de 1996.

⁵ Fernando Antonio Contreras Molina, “La libertad religiosa en las relaciones laborales: el derecho del trabajador a guardar un día de reposo en el ordenamiento jurídico costarricense” (Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2023), 301.

⁶ A lo largo del escrito se utilizan indistintamente la categoría de derechos fundamentales y derechos humanos, aunque técnicamente no son los mismo.

otras ramas jurídicas que se encuentran muy cercanas; constituyéndose en el indicador clave para determinar cuándo se aplica la legislación laboral y cuándo no. Lo que ha permitido la resolución de los casos fronteras o zonas grises del Derecho del Trabajo.

Bajo el contexto anterior, y reconociendo que la persona trabajadora no posee generalmente formación profesional en derecho, que le permita comprender el alcance- o limitación- jurídico de su conducta frente a una orden de su empleador, la insubordinación jurídica legítima surge como una construcción analítica y argumentativa al servicio de los diferentes operadores jurídicos, especialmente de abogados, asesores o litigantes, y de las personas juzgadoras, quienes son las que en última instancia resuelven los litigios. En otras palabras, la presente es una figura doctrinaria⁷, que pretende ser utilizada como un argumento jurídico para justificar la desobediencia del trabajador, ante una directriz del patrono, que lesiona sus derechos fundamentales.

Premisas fundamentales de los Estados modernos y contextualización de la problemática.

Un buen punto de partida para tratar de comprender este tema y la solución que se propone es remontarse hacia los fundamentos primigenios de nuestro sistema jurídico. A lo largo de la historia las sociedades se han regulado de diversas formas, según las costumbres, ideas o creencias que predominan. Aunque sería interesante indagar un poco en estas diferentes formas en que se han organizado las sociedades, esto escapa al propósito del presente artículo, y por tal motivo se omitirá profundizar en este sentido.

Basta con ubicarnos en el surgimiento de los Estados Constitucionales, democráticos, en el punto de inflexión de su consolidación jurídica. Los fundamentos filosóficos de los Estados constitucionales y democráticos fueron básicamente producto de los postulados de los pensadores de la ilustración⁸; no obstante, hay que aclarar que también fueron fuertemente influenciados por los postulados del movimiento protestante, especialmente en los Estados

⁷ Hasta el momento no se encuentra conceptualizada como tal en la jurisprudencia, y mucho menos en la literalidad de alguna norma jurídica.

⁸ Entre ellos se pueden encontrar autores como Montesquieu, Immanuel Kant, John Locke, Jean-Jacques Rousseau.

Unidos, donde se puede observar su influencia en las primeras declaraciones y cuerpos normativos independentistas.⁹

El gran cambio paradigmático que ocurre en estos nuevos Estados es entorno a su legitimación. Con los Estados monárquicos la legitimación recaía en la divinidad, en la autoridad del cielo que la depositaba sobre el monarca, en el soberano. Mientras que la legitimación en los nuevos Estados recae sobre el pueblo, en el contrato social y en el reconocimiento y protección de los derechos de los ciudadanos¹⁰. Por tanto, la razón de ser de los Estados radica en la tutela de los derechos de las personas¹¹. Esto es lo que posteriormente, de manera consensuada internacionalmente, permite la positivización internacional de los derechos más básicos. Surge entonces los derechos humanos, como aquellos derechos que tienen las personas frente al Estado, puesto que este fue el que históricamente atropelló y violentó los derechos de las personas¹².

Además de que los Estados están obligados internacionalmente a respetar los derechos humanos de las personas, sin ninguna distinción- los que suscribieron los tratados internacionales de derechos humanos, tanto a nivel universal como a nivel regional- los Estados también se obligan a garantizar que dentro de sus jurisdicciones se respeten tales

⁹ En este sentido se pueden encontrar referencias alusivas a temas religioso en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, como las siguientes líneas: “que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados;”

¹⁰ En el sentido amplio de la palabra.

¹¹ “Esa autoridad máxima, el Estado, que Hobbes concibe como constructo, artificio que descansa en la decisión del individuo, se legitima como soberano y representante del poder colectivo y, sobre todo, como protector de esa originaria decisión individual de conservar la vida, la propiedad y el bienestar”. Alejandra Ríos Ramírez, “Derecho Natural. Fuente de legitimidad del poder del Estado en la perspectiva hobbesiana”, Revista Co-herencia, N.8, (2008): 224, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872008000100008

¹² IEJ CAMPUS VIRTUAL, “Historia larga de los Derechos Humanos” video de Youyube, 1:16:07, publicado el 19 de agosto de 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=Kj0BLjXSezc>

derechos, lo que implica crear las leyes y mecanismos jurídicos necesarios para tal fin, aunque eso signifique hacer las reformas legales pertinentes.¹³

Es decir, los Estados además de abstenerse de violentar los derechos humanos de sus habitantes de manera directa, al establecer relaciones o situaciones jurídicas con estos, sean ciudadanos o no; está en la obligación de crear los mecanismos necesarios para que las relaciones jurídicas que se establezcan entre particulares, o sujetos de derecho privado, sean respetuosas de estos derechos.

Producto de esta lógica y razonamiento jurídico, es que se llega a desarrollar posteriormente, la teoría de “la eficacia horizontal de los derechos humanos”¹⁴ o “la irradiación extensiva de los derechos humanos”, utilizada principalmente en los Tribunales Constitucionales,¹⁵ y que básicamente afirma lo dicho anteriormente, que todos los sujetos de derecho dentro de un Estado sean estos de derecho público o privado, deben respetar estos derechos, y la dignidad humana.

Ahora bien, si el lector ha tenido alguna formación en Derechos Humanos¹⁶ y analiza lo mencionado anteriormente, lo más probable es que se le venga a la mente los principios que aplican en temática de derechos humanos, especialmente el principio de progresividad. Que como su nombre lo indica, promueve que el reconocimiento y tutela de los derechos humanos debe ser progresivo, se debe ir aumentando con el paso del tiempo.

¹³ “2.2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”. Asamblea General de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 16 de diciembre de 1996”.

¹⁴ Al respecto se tiene que esta teoría: “apareja que cualquier sujeto particular, indiferentemente de que ejercite alguna potestad pública en virtud de un acto habilitante de la Administración, o bien, que posea un poder de hecho, frente las demás personas, está obligado a respetar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Se presenta así, el efecto de las relaciones horizontales entre derechos o, dicho de otra forma, relaciones entre particulares”. Alex Rojas Ortega, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, Revista IUS Doctrina, no. 1, (2022):3, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/53010>

¹⁵ Ya que estos son los encargados de velar por el adecuado reconocimiento y tutela de los derechos humanos dentro de cada jurisdicción.

¹⁶ O en Derecho Constitucional.

Congruente con todo lo anterior- aunque muchos la critican y afirman que va en contra del mismo desarrollo del derecho constitucional- nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado la teoría de la “supraconstitucionalidad de los derechos humanos”. Donde afirma que, cualquier instrumento internacional en tema de derechos humanos, sea de naturaleza vinculante o no, incluso aunque no se haya ratificado por el país, se considera incorporado al bloque de constitucionalidad, y por lo tanto debe aplicarse; e incluso que, en la medida en que otorguen mayor protección de estos derechos, se encuentra por encima de la constitución y prevalecen sobre esta¹⁷.

En este sentido, se puede decir que esta posición es producto o resultado de la interpretación y aplicación de algunos principios aplicables a los derechos humanos, como el principio de progresividad, el principio de la aplicación de la norma más favorable¹⁸ y el principio pro homine.

Ahora bien, a pesar de este fuerte reconocimiento de diversos derechos humanos y principios generales que buscan darle el norte a la tutela de estos derechos, que termina siendo positivo para las personas; de manera inevitable se genera la problemática de definir los alcances de estos derechos y principios, puesto que, en la dinámica propia de las relaciones humanas y sociales, se van a presentar muchas situaciones donde dos o más derechos o principios se contraponen, chocan o colisionan.

¹⁷ En Costa Rica esta teoría ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en este sentido apunta el magistrado Fernando Cruz Castro: “La Sala Constitucional desde sus primeros años de funciones ha mostrado particular atención en la utilización de los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconociendo que no solamente tienen un valor similar a la Constitución, sino que, en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la norma fundamental. Lo anterior de conformidad con el principio pro homine reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” Fernando Cruz Castro, “El juez constitucional como garante del control de convencionalidad”, Revista Judicial, no. 128, (2020): 17, https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_128.pdf

¹⁸ Se aplica por cierto como uno de los subprincipios del principio protector que es característico del derecho laboral.

Ante esta problemática, se han desarrollado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, diferentes métodos o técnicas para resolver el problema, no obstante, aquí se desarrolla la más importante y utilizada¹⁹, que sin duda alguna es el denominado: principio de proporcionalidad, el principio de razonabilidad o el test de proporcionalidad. Lo que hace referencia a lo mismo.

Previo a explicar qué es este principio y en qué consiste, se debe explicar someramente algunos postulados interpretativos que sirven de base a la aplicación de dicho principio. Según lo afirman algunos autores²⁰ el máximo exponente en este tema es el jurista Robert Alexy, quien afirma y entiende que las normas en el Derecho son reglas o principios, y que la aplicación de la subsunción o de la ponderación²¹ dependerá precisamente del tipo de norma que se aplique en el caso concreto, es decir, si se trata de una regla o un principio.

Según este autor las primeras son mandatos definitivos, donde la norma ordena hacer o no hacer algo en determinadas situaciones prevista por ella misma, donde debe hacerse lo que dicha norma manda; pone como ejemplo la prohibición absoluta de la tortura. Mientras que, por el otro lado, los principios son mandatos de optimización, donde la norma lo que ordena es que algo sea realizado en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas²².

Teniendo claro lo anterior, especialmente la concepción de los principios como mandatos de optimización, es más sencillo entender la conceptualización y aplicación del test de proporcionalidad. En primer término, se puede definir a este como un parámetro de constitucionalidad que permite resolver situaciones problemáticas, donde colisionan derechos humanos, de manera lógica y coherente según la relación de los medios utilizados

¹⁹ Aunque es importante al menos mencionar que en estos casos cuando colisionan o chocan derechos fundamentales entre sí, se han desarrollado otros postulados como la teoría de la armonización, y la teoría del contenido esencial de los derechos humanos.

²⁰ Entre ellos Miguel Carbonell y Manuel Atienza.

²¹ Aunque generalmente el término hace referencia a una de las etapas o fases del test de proporcionalidad, en esta línea se puede entender en sentido amplio, al principio de proporcionalidad.

²² Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, Revista Iberoamericana Derecho Procesal Constitucional, no. 11, (2009): 8, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

y los fines perseguidos, es decir, según la relación costo-beneficio que se produce en el caso concreto.

En cuanto a su utilización o implementación hay que tener presente que para tales efectos se subdivide en tres subprincipios, donde se aplican de manera secuencial. Aunque en algunos casos se agrega un paso previo, como requisito para la aplicación de los tres subprincipios²³, aquí se trabaja sobre la base de la concepción más utilizada.

El primero de ellos es el de “idoneidad”, o “adecuación”, que exige que cualquier medida que se vaya a implementar debe perseguir un fin legítimo y que esta intervención debe promover o contribuir efectivamente al principio que se busca proteger o fomentar; es decir, la decisión o medida debe ser idónea para alcanzar los fines perseguidos. Una vez realizado este análisis, se pasa al segundo, al de “necesidad”. Aquí lo que se realiza es un ejercicio mental hipotético donde se determina si de todas las posibles medidas o intervenciones que se puedan implementar, se está escogiendo aquella que perjudique menos el principio contrapuesto; lo que tornaría a la medida analizada como necesaria, puesto que es la menos gravosa posible, y no hay otra posibilidad. Estos dos subprincipios lo que buscan es la optimización fáctica, puesto que se manejan en las posibilidades materiales.

El último de estos subprincipios es el llamado “proporcionalidad en sentido estricto” o “ponderación”. Este a diferencia de los dos anteriores, lo que busca es la optimización jurídica, puesto que pretende tomar aquella medida que permita la aplicación del Derecho más efectiva, mejor optimizada, que procure el mayor beneficio para el principio perseguido, y ocasione al mismo tiempo el menor perjuicio del principio contrapuesto.

²³ Por ejemplo, en el Amparo en Revisión 237/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación de México del 4 de noviembre de 2015, cuando analiza la cuestión del consumo lúdico de la marihuana.

Lo anterior ha sido desarrollado en el contexto constitucional, y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁴; no obstante, tal y como se mencionó en líneas anteriores, estos postulados ius filosóficos deben permear todo el Estado, y por tanto, debe influir en las distintas ramas del Derecho. Para lo cual, el derecho laboral no es la excepción. En este sentido, el tribunal unificador de criterios laborales, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que: “Es a ese nivel de la jerarquía normativa, donde están contemplados los principios reguladores, vigentes en las relaciones de trabajo (artículos 56 al 74 de la Constitución Política) y los derechos fundamentales que han cobrado cada vez mayor relevancia dentro de esta rama y han contribuido a lo que la doctrina denomina la “constitucionalización” del derecho laboral.”²⁵

Producto de esta influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Laboral el panorama se puede complicar un poco, igual que en el constitucional, puesto que en las relaciones laborales estos derechos existen en ambas partes, tanto desde la óptica de los trabajadores como la del empleador, que puede ser tanto público como privado.²⁶

Independientemente de estos, a nivel legal, el instituto que origina la problemática que nos ocupa, y que ocasiona rose con los derechos de los trabajadores es la subordinación jurídica²⁷. Esta se ha entendido básicamente como un poder jurídico que ostenta el patrono sobre el trabajador, donde el segundo está obligado a someterse a las disposiciones o indicaciones que le brinde el primero en lo concerniente al trabajo. Al respecto la Sala Segunda ha sostenido que: “jurisprudencial y doctrinariamente se ha establecido que, en principio, la subordinación o dependencia es el elemento distintivo de una relación de trabajo. Este elemento ha sido definido como un estado de limitación de la autonomía de

²⁴ En los Tribunales de los Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos.

²⁵ Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00831 – 2010 del 10 de junio del 2010.

²⁶ Diferencias que se explicarán a mayor profundidad posteriormente.

²⁷ En el ordenamiento jurídico costarricense se regula de manera explícita en el código de trabajo, Ley N.º 2 del 27 de agosto de 1943; en el numeral 71 inciso a), que reza literalmente: “Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los trabajadores: a. Desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad estarán sujetos en todo lo concerniente al trabajo;”

quien presta los servicios con motivo de la potestad patronal, para dirigir y dar órdenes sobre las labores a desempeñar y su correlativa obligación de obedecerlas.”²⁸

Dicha subordinación se subdivide al menos en cuatro facultades, que le dan efectividad a tal poder jurídico. Sobre este particular ha sostenido la jurisprudencia que: “la subordinación laboral lleva implícitos una serie de poderes que, la parte empleadora, puede ejercer sobre la trabajadora, cuales son: el poder de mando, el poder de fiscalización, el poder de dirección y el poder disciplinario.”²⁹

A pesar de lo anterior, cuando se analiza cada uno de estos poderes para poder comprender cuáles son los alcances y diferencias entre estos, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, no se encuentra con un consenso sino todo lo contrario³⁰, el abordaje ha sido confuso y hasta cierto punto contradictorio, puesto que se tiende a usar indistintamente algunas figuras; así por ejemplo, algunos asemejan el poder de mando al de dirección, incluso se usa como un solo concepto, “poder de mando y dirección”³¹. Otros por su parte, aseguran que el poder de fiscalización forma parte, o deriva, del poder de dirección.³²

²⁸ Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 02820-2022 del 10 de junio del 2010.

²⁹ Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00582-2023 del 22 de octubre del 2023.

³⁰ “El poder de dirección no tiene una denominación unívoca en nuestro medio. Es así que, la jurisprudencia administrativa y un sector de la doctrina nacional lo denomina, además, “poder de mando”, “potestad de mando” o simplemente “potestad de dirección”. Lo mismo ocurre con un sector de la jurisprudencia judicial. Inclusive, es posible observar que este sector emplea como sinónimas las palabras poder y potestad. Así las cosas, frecuentemente se utilizan indistintamente las expresiones “potestad de mando” o “potestad de dirección” para aludir al poder de dirección”. Raúl Fernández Toledo, “Configuración del poder de dirección del empleador: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido”, Revista de Derecho, no. 245, (2019): 54, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2019000100051

³¹ Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00273-2012 del 21 de marzo del 2012.

³² “Estrechamente conectado con la discusión anterior, se encuentra el contenido del poder de dirección, siendo uno de los aspectos del mismo donde existe un mayor número de opiniones dispares. Existe una posición amplia que sostiene que forman parte del poder de dirección el poder disciplinario, el ius variandi, la facultad de control y el poder de reglamentación, es decir, que todos los poderes del empleador forman parte del contenido del poder de dirección. En cambio, existe una segunda posición que distingue cada unos de los poderes del empleador, los que para nosotros son

Indistintamente de esta situación, para efecto lógico y sistemático, en el presente se entenderán de la siguiente manera. El poder de mando hace referencia a la posibilidad que tiene el empleador de establecer los lineamientos generales que deben seguirse en el trabajo, especialmente de forma vinculante para el trabajador, obviamente dentro de ciertos límites. El poder de dirección por su parte remite a la facultad del empleador de decidir el rumbo de la organización, y la manera en que se ejecutan las labores dentro de la misma; el énfasis en este elemento está en que el empleador es el que tiene la posibilidad de establecer la forma en que se realizaran las actividades, aunque el trabajador conozca, o crea conocer, una mejor forma de ejecutarla, prevalece lo indicado por el patrono, o sus representantes.

El poder de fiscalización implica la facultad de la organización para controlar cómo se ejecutan las labores, permitiendo la utilización de mecanismo de vigilancia y control dentro de las actividades empresariales. Como, por ejemplo, cámaras de vigilancia, grabación de ciertas llamadas, reloj marcador de ausencias, entre muchos otros. En el procedimiento administrativo, desde un enfoque empresarial-administrativo y no jurídico, calzaría dentro de la fase o etapa de control.

El último poder es el disciplinario, y como su nombre lo sugiere hace alusión a la posibilidad que tiene el empleador de sancionar a los trabajadores que cometan alguna falta dentro o fuera de la organización; a través de esta se puede aplicar todo un régimen sancionatorio, que permite desde una llamada de atención, hasta suspensión sin goce salarial y el despido sin responsabilidad patronal.

Complementariamente a estas facultades que integran la subordinación jurídica, hay que tener presente la figura de *ius variandi*, que básicamente ha sido creación jurisprudencial, y permite al patrono cambiar unilateralmente ciertas condiciones no esenciales del contrato

los siguientes: poder de dirección, poder disciplinario, *ius variandi* y poder de control, los cuales, si bien están estrechamente conectados, por constituir instrumentos dirigidos a que el contrato de trabajo cumpla su función económica, velando porque se ejecute correctamente la prestación de trabajo con respeto a la disciplina laboral interna, tienen un contenido y fundamento jurídico distinto.” Raúl Fernández Toledo, “Configuración del poder de dirección del empleador: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido”, *Revista de Derecho*, no. 245, (2019): 54, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2019000100051

de trabajo, cuando estas sean necesarias para el buen funcionamiento de la empresa o institución, y no menoscaben los derechos fundamentales de los trabajadores. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: “Esta figura se entiende como la potestad del empleador de modificar, en forma unilateral, las condiciones de la relación contractual, en el ejercicio de las potestades de mando, de dirección, de organización, de fiscalización y de disciplina que le confiere el poder directivo del que goza dentro de la contratación. Ahora bien, esta facultad, puede ejercerse en el tanto en que las medidas tomadas, no atenten contra las cláusulas esenciales del contrato, ni mermen los beneficios del trabajador.”³³

Teniendo más o menos claro lo que es la subordinación jurídica, y lo que esta implica en la relación laboral, es patente llegar a lo afirmado por la doctrina y jurisprudencia ius-laboralista, de que la subordinación es el elemento clave dentro del análisis jurídico para determinar si a un caso concreto le es aplicable el derecho laboral o no. Dentro de todas las ramas o materias del Derecho, únicamente en la laboral se pueden apreciar estas prerrogativas del empleador, y correlativa obligación de los trabajadores de someterse a ellas. En otras palabras, la misma existencia de la disciplina del Derecho del Trabajo depende de este instituto jurídico, puesto que, de no existir, no existiera el derecho laboral.³⁴

Encausándose en el tema de los derechos fundamentales, esta subordinación tiene fundamento- tradicionalmente- en el derecho a la libre empresa, entendido como “el derecho fundamental económico que protege la autodeterminación de cualquier persona de desarrollar, en sus variadas formas, actividad empresarial”³⁵. Producto de este derecho es que el empresario goza de la posibilidad de establecer las condiciones bajo las cuales se

³³ ~~Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00445-2011 del 3 de junio del 2011.~~

³⁴ Al menos tal y como se conoce o aplica actualmente-.

³⁵ César Landa Arroyo, Los derechos fundamentales, Lima, Perú: Fondo Editorial, 2017.
<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

llevará a cabo la actividad lucrativa, lo que incluye todo lo concerniente al manejo del talento humano, y por consiguiente la parte laboral.³⁶

Además de este sustento constitucional, desde la perspectiva del empleador, se encuentran otros derechos fundamentales o principios constitucionales que se vinculan de una u otra manera con las prerrogativas del patrono, como la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad. La primera tutela un cúmulo de posibilidades que poseen los sujetos al momento de establecer relaciones obligacionales, tales como la posibilidad de escoger libremente la contraparte con la cual se quiere obligar, la forma contractual mediante la cual se llevará a cabo, así como el contenido específico del clausulado que regula el contrato.³⁷ Por lo tanto, se argumenta que si las partes, incluyendo al trabajador, decidieron libremente suscribir un contrato de trabajo, están obligados a someterse a este, aunque se vean algunos derechos o libertades del trabajador comprometidos.

La segunda, se complementa con la anterior y sostiene que el trabajador en el uso de la autonomía de la voluntad escogió bajo su propio riesgo y responsabilidad entrar en una relación de trabajo, con las consecuencias que eso implica. Estas cuestiones constitucionales, se basan en la parte patronal del derecho privado, es decir, son desde un enfoque empresarial.

³⁶ Precisamente lo que se entienden por poder de dirección del empleador, como una de las facultades de la subordinación jurídica.

³⁷ La jurisprudencia constitucional desde vieja data ha reconocido a esta libertad como un derecho fundamental, y aunque no se encuentra explícitamente en el texto constitucional, se encuentra tutelado implícitamente. Al respecto ha sostenido que: “XIII- Partiendo del reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad, en general (art. 28), del derecho a la propiedad privada (art. 45) y de la libertad de empresa (art. 46), se inscribe como principio constitucional, *conditio sine qua non* para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber: a) La libertad para elegir al co-contratante; b) La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta; c) La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación; d) El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 03495 del 19 de noviembre del 1992.

Mientras que, desde la óptica del Derecho público- empleo público- se puede ubicar otros derechos o principios constitucionales que el Estado debe garantizar, como el buen funcionamiento de los servicios públicos en general. Lo que a su vez podría influir sobre otros derechos fundamentales como el derecho a la salud, a la educación, acceso al agua, entre muchos otros. Todos estos derechos humanos serían en última instancia el fundamento jurídico constitucional de la subordinación jurídica en el régimen del empleo público. Ya que este instituto permite que el Estado por medio de la organización del empleo satisfaga efectivamente tales derechos.

Ahora bien, desde la perspectiva del trabajador también existen derechos fundamentales en juego, que precisamente se pueden ver afectados por el ejercicio de la subordinación jurídica; una de las citas anteriores hace referencia a este asunto cuando habla de la “constitucionalización” del derecho laboral.

Congruente con esto, se ha desarrollado el concepto de derechos laborales inespecíficos³⁸, que se refieren básicamente a estos derechos humanos que poseen los trabajadores, y que no son propiamente derechos laborales³⁹; es decir, no son derechos específicos de esta disciplina, sino que son derechos que poseen los trabajadores por el simple hecho de ser personas, y que a pesar de entrar en una relación laboral, donde se tienen que someter al poderío del empleador, no dejan de tener los mismos derechos que tiene las demás personas; sino que, por el contrario, como siguen siendo personas humanas, el patrono no puede violentarles tales derechos.⁴⁰ Entre estos derechos laborales inespecíficos se pueden

³⁸ Esta nomenclatura ha sido utilizada por la jurisprudencia de Costa Rica, tanto por la Sala Segunda Voto N.º 01021-2019 como por la Sala Constitucional voto N.º 07573-2012. No obstante, en la doctrina se pueden encontrar la denominación “derechos fundamentales inespecífico de los trabajadores” o “derechos inespecíficos de los trabajadores”. José Luis Ugarte Cataldo, “Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, no. 45, (2022): 102, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472020000100081&script=sci_abstract

³⁹ Los derechos laborales específicos son aquellos que nacen propiamente de la relación laboral, como por ejemplo el derecho a la huelga, salario mínimo, vacaciones entre otros.

⁴⁰ “A ese tenor, esta Sala ha reiterado el criterio de que los derechos de control y fiscalización que le asisten a quien emplea en las relaciones de trabajo tienen como límites el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, que las amparan por su condición de tales y que son

citar como ejemplo: el derecho a la salud, a la intimidad, a la libertad religiosa, a la igualdad y no discriminación.

Tratamiento jurisprudencial

Abordado el contexto general de los fundamentos ius-filosóficos medulares del sistema actual, y el eje transversal de los derechos humanos, de previo a desarrollar la propuesta del presente artículo, lo que procede es indagar cuál ha sido la forma en que la función jurisdiccional ha analizado y resuelto estos casos sometidos a su consideración.

El primer caso que se analiza fue el tramitado bajo el expediente judicial 08-002237-0166-LA, y que se desarrolla en la resolución N.º 00172-2011 del dieciocho de febrero de dos mil once, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Este fue un proceso ordinario laboral donde la trabajadora demanda al empleador al pago de todas las prestaciones laborales adeudadas, puesto que fue despedida sin responsabilidad patronal alegando que incurrió en una causa justa de despido cuando por vía telefónica hablaba mal de sus compañeros, lo que produjo la pérdida de confianza⁴¹, por el mal uso de las herramientas y tiempo de trabajo.

El punto central del caso radicaba en determinar si las pruebas que sustentaron el despido fueron obtenidas legítima o ilegítimamente, puesto que se obtuvieron a partir de las grabaciones de las llamadas telefónicas realizadas por la trabajadora. Cuando la Sala conoce del recurso, ya se había declarado en primera y segunda instancia como un despido legítimo. No obstante, el análisis y fundamentación de la Sala de Casación se centró en determinar que esas grabaciones no fueron realizadas de forma legítima, puesto que dicho proceder violentó el derecho a la intimidad de la trabajadora, porque en primer lugar la empresa sólo grababa las llamadas de las personas que laboraban en el call center, y no de

preexistentes al contrato de trabajo. En relación con el derecho fundamental a la intimidad, incluido en el ámbito de los derechos laborales inespecíficos, la Sala Constitucional ha señalado: “El derecho a la intimidad consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política, se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos, tal y como lo ha manifestado en reiterada jurisprudencia la Sala.” Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 01021-2019 del 12 de junio del 2019.

⁴¹ Contemplada como una causa justa de despido en artículo 81 inciso j del código de trabajo, Ley N.º 2.

los administrativos, ya que la accionante pertenecía a esta última área; además, no constaba que se le hubiese advertido por escrito que las llamadas que realizaba podían ser grabadas.

Por lo que el actuar del empleador en este caso concreto “no sólo constituyó un ejercicio abusivo de su potestad de control y dirección, sino también un flagrante quebrantamiento del derecho constitucional de intimidad del que gozaba la actora”.⁴² Si se analiza este litigio se puede observar que la Sala entiende que la empresa violenta el derecho a la intimidad de la trabajadora, al grabar las llamadas sin previo aviso, tornando la prueba que sustenta el despido en ilegítima, y por tanto, falta la concurrencia de una causa justa de despido. Se podría sostener entonces que en este caso el derecho a la intimidad del trabajador se constituye en un límite a la subordinación jurídica, recortando su eficacia.

En el entendido que el ejercicio de cualquiera de estas prerrogativas del empleador no puede utilizarse en detrimento de los derechos fundamentales de los trabajadores. En este sentido, la protección que realiza el Estado a través de la función jurisdiccional es congruente con los compromisos asumidos de velar por el respeto de los derechos humanos, y aunque no se diga en estos términos, la medida tomada por los juzgadores fue proporcional.⁴³

El segundo caso que se trae a colación es el resuelto en el voto N.º 00445-2011 del tres de junio del 2011, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Donde la trabajadora demandó a su empleador para que la reinstalara en su puesto de trabajo, y se le cancelara el pago de salarios caídos, aguinaldo, vacaciones, cargas sociales, intereses y ambas costas del proceso, y subsidiariamente el pago del preaviso, cesantía, daños y perjuicios, intereses y ambas costas del proceso; puesto que fue despedida sin responsabilidad patronal por la causal de ausencias injustificadas. Aunque parte del

⁴² Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00172-2011 del 18 de febrero del 2011.

⁴³ Puesto que la medida lleva implícita la aplicación del test de proporcionalidad, al ser esta idónea, necesaria y ponderada.

contexto fue un alegato de persecución sindical, el centro del caso giró en torno a lo primero. En primera y segunda instancia la demanda fue rechazada.

En este asunto, la Sala concluye que el despido fue improcedente, puesto que, aunque bien es cierto que esta dejó de asistir a su puesto de trabajo en varias ocasiones, el motivo de estas ausencias fue que la empresa ya no le brindaba el servicio de transporte que desde el inicio fue otorgado, y por lo tanto las ausencias no fueron injustificadas, sino justificadas, al no contar con el transporte para poder asistir al trabajo. Este tribunal estimó que este beneficio ya se consideraba parte del contrato laboral, y que la empresa no demostró que este cambio se debía a “algún motivo de imperiosa necesidad que la obligara a limitarlo o eliminarlo”⁴⁴, sino que, dicho accionar se dio como una medida de represalia por la afiliación de la colaboradora al sindicato.

Al analizar lo debatido en este caso se puede observar que la decisión se fundamentó en dos cuestiones. En la figura de la justificación de las ausencias, al considerar que estas tuvieron lugar por un motivo justificado. Y en el *ius variandi* abusivo, que, aunque no se menciona expresamente, se deduce cuando se afirma que este cambio, o supresión del beneficio de transporte no se basó en una necesidad imperiosa de la empresa, que la llevara a tomar esta decisión, toda vez que este es uno de los requisitos que debe cumplir el empleador para ejercer esta figura legítimamente. Es decir, en este litigio se limitó la subordinación jurídica, en cuanto a la aplicación o ejercicio del poder disciplinario, al decir que no aplicaba el despido sin responsabilidad patronal; y al poder de dirección e *ius variandi*, puesto que estos último se utilizaron de forma abusiva en perjuicio de los derechos de la trabajadora.

Aunque para el caso en cuestión no se violentó directamente un derecho laboral inespecífico, sí se limitó la subordinación jurídica; lo que con mucha más razón se debe limitar cuando se lesionan derechos fundamentales de las personas.

El tercer y último caso que se examina es el resuelto por el voto N.º 5589-2019 del veintinueve de marzo del 2019, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

⁴⁴ Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00445-2011 del 3 de junio del 2011.

de Costa Rica⁴⁵. Este es un recurso de amparo⁴⁶ donde en lo medular el accionante acusa que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte lo sancionó administrativamente por poseer barba, y que dicha actuación violenta sus derechos fundamentales, concretamente su derecho a la autodeterminación personal y principio de no discriminación, por su apariencia física.⁴⁷

La autoridad recurrida por su parte argumentó que efectivamente se realizó un procedimiento administrativo disciplinario, donde se respetó el debido proceso, porque la conducta del policía de tránsito estaba contemplada como una falta leve en el artículo 122 inciso 5) del Reglamento de Organización y Servicio de la Policía de Tránsito N.º 37702, y que como entidad pública sólo podía aplicar dicha normativa, al estar regida por el principio de legalidad.

El Tribunal Constitucional al resolver este asunto sometido a su competencia básicamente realiza un análisis de lo pertinente de la restricción, si afectaba el derecho a la identidad y dignidad del recurrente de forma excesiva e invasiva; en otras palabras, si la medida de prohibir el uso de barba superaba el juicio de proporcionalidad o no.

En esta resolución se reconoce un punto muy importante; que tradicionalmente⁴⁸ la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha sostenido que los trabajadores al estar en una relación con sujeción especial, tiene una serie de deberes, obligaciones y limitaciones

⁴⁵ Redactado por la magistrada Marta Eugenia Esquivel Rodríguez.

⁴⁶ Entendido como aquel recurso sencillo y rápido al que tiene derecho toda persona, de someter a los tribunales competentes las violaciones a sus derechos fundamentales, contemplado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica, adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

⁴⁷ La persona recurrente alega la violación a estos derechos fundamentales; no obstante, el Tribunal Constitucional tienen por infringidos otros derechos fundamentales, como se menciona en líneas posteriores.

⁴⁸ Como por ejemplo en los votos N.º 6576-2006 del 12 de mayo del 2006; N.º 20943-2010 del 15 de diciembre del 2011; N.º 4554-2011 del 6 de abril del 2011 y N.º 10706-2014 del 2 de julio del 2014.

que respetar, por lo tanto, por vía de circular⁴⁹ se podía imponer restricciones, en cuanto a la vestimenta, y otras, sobre el aspecto y cuidado personal. No obstante, que, para efectos de una mejor ponderación, considerando la eficacia progresiva y expansiva de los derechos humanos, era necesario analizar casuísticamente si las restricciones impuestas por el patrono, en ejercicio de las prerrogativas de la subordinación jurídica, violentaban los derechos fundamentales de las personas. En el entendido que el empleador, ya sea de naturaleza pública o privada, no podía utilizar los poderes conferidos por el ordenamiento jurídico, como excusa para violentar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

Al realizar el análisis de proporcionalidad⁵⁰ la Sala empieza por el subprincipio de necesidad. En este estadio afirma que la autoridad recurrida no demostró que esta restricción de prohibición absoluta de utilizar barba resultara necesaria, ni cómo el uso de esta afectaba los derechos de terceros, o el ejercicio de las funciones del oficial de tránsito. Por lo cual reafirma que la medida se tornaba en innecesaria. En cuanto a la idoneidad, indica que podrían existir algunos supuestos donde se podría regular el uso de la barba, como por razones de higiene o presentación personal. Con lo cual se podría asumir que el Tribunal considera que la medida podría ser idónea, aunque no lo manifiesta de manera expresa.

Finalmente, entorno a la proporcionalidad en sentido estricto, la Cámara Constitucional afirma que la medida reglamentaria, de prohibición absoluta del uso de la barba, es excesiva, puesto que desprotege los derechos de identidad y libre desarrollo de la personalidad, interfiriendo en la posibilidad que las personas decidan su apariencia.

De este litigio en particular se resaltan dos puntos muy importantes. El primero es el reconocimiento de que las prerrogativas propias de la subordinación jurídica son las que constantemente presentan problemas en cuanto a la posible afectación de los derechos fundamentales de los trabajadores. Y el segundo, que producto de dicho conflicto se torna

⁴⁹ El cual es un acto administrativo de tipo general.

⁵⁰ Aunque se analiza en este caso concreto la aplicación de los 3 subprincipios, este no es tan profundo como tendría que ser, al tenor de una adecuada fundamentación o motivación de la sentencia.

imprescindible realizar un análisis casuístico, a partir del principio de proporcionalidad, para determinar concretamente si en el caso en cuestión las medidas implementadas por la parte patronal son razonables y proporcionales.

Propuesta de insubordinación jurídica legítima

Conceptualización

Una vez sentadas las bases teóricas y filosóficas del sistema jurídico actual, y analizadas las formas en que la jurisprudencia laboral y constitucional han resuelto casos similares a las situaciones que son objeto del presente artículo, se procede a construir y explicar los aspectos fundamentales de la figura jurídica propuesta.

Conceptualmente hablando la insubordinación legítima es una figura del derecho laboral que busca proteger la dignidad humana y los derechos fundamentales de los trabajadores mediante la autorización a la desobediencia de las indicaciones brindadas por el patrono, o sus representantes, en lo concerniente al trabajo, cuando dichas disposiciones lesionan o menoscaban la dignidad humana de los colaboradores o sus derechos humanos. El objetivo principal de esta figura es que se brinde una protección real y efectiva a la parte vulnerable de la relación laboral, que por condiciones jurídicas y fácticas se encuentra en desventaja con respecto a su contraparte.

La insubordinación jurídica legítima puede explicarse desde ambas perspectivas involucradas, tanto desde la óptica del trabajador como desde el punto de vista del empleador. Desde el primero, la misma se justifica a partir de la dignidad humana de las personas trabajadoras, donde su condición de seres humanos los reviste de la protección jurídica requerida; con la finalidad de poder mantener las condiciones básicas y necesarias para desempeñarse adecuada y dignamente en el trabajo. Por tal razón, en defensa de sus derechos humanos el trabajador no está obligado a cumplir una orden que le afecte estas condiciones básicas de existencia, aunque estas emanen de las personas que gozan de ciertas prerrogativas otorgadas por el mismo ordenamiento jurídico.

Por su parte, desde la visión del empleador, a pesar de que en principio el Derecho le otorga ciertos poderes para que pueda ejercer eficazmente las actividades por las cuales está pagando una prestación pecuniaria, el Derecho no le permite que en procura de sus intereses pueda afectar la esfera jurídica de las personas trabajadoras, y menos en cuestiones tan esenciales como la dignidad o derechos humanos. Si esto ocurre, si las órdenes o directrices del patrono afectan la esfera esencial del colaborador, el patrono estaría ejerciendo abusivamente sus derechos y prerrogativas.

Esta prevalencia de la dignidad y los derechos humanos de los trabajadores sobre las prerrogativas de la subordinación jurídica aplica tanto para el sector público como privado, puesto que en ambos escenarios las relaciones laborales- o estatutarias- no son pretextos para desaplicar o desconocer el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad.⁵¹ En el caso del sector público los Estados se han comprometido precisamente a respetar estos derechos, y, por lo tanto, las relaciones estatutarias que se realicen con los trabajadores o servidores públicos deben ser respetuosas de los compromisos asumidos internacionalmente en este sentido.

No obstante, los compromisos internacionales asumidos por los Estados en materia de derechos humanos no acaban con el respeto directo de las autoridades hacia las personas humanas, sino que, el Estado debe velar porque las personas privadas⁵² también respeten estos derechos elementales de los seres humanos. Lo que se hace con el desarrollo de la normativa necesaria, o aplicación de otros mecanismos o figuras como la propuesta en las presentes líneas.

Vinculado con lo anterior, y visto desde la perspectiva del Derecho Privado, los patronos del sector privado también deben respetar la dignidad humana y derechos fundamentales de los trabajadores, en aras o aplicación de la eficacia horizontal de los derechos humanos; por lo que no pueden utilizar como excusa para no respetar estos derechos, el no ser entidades públicas, y el regirse por intereses y normas del derecho privado. Puesto que, a pesar de ser cierta la alusión al derecho privado, no es cierto que en este ámbito se pueda desconocer o violentar los derechos fundamentales de las personas, alegando que las partes son libres

⁵¹ Como lo ha reconocido ampliamente la jurisprudencia ya cita anteriormente.

⁵² Ya sean físicas o jurídicas.

para disponer a su antojo los alcances de los acuerdos contraídos, siendo el empleador totalmente libre de establecer las condiciones laborales, y el trabajador en aceptarlas; y que en caso de no estar de acuerdo este último puede renunciar, o ser despedido, ya sea con o sin responsabilidad patronal según sea el caso.

En el supuesto anterior, cuando se protege la subordinación jurídica por encima de los derechos humanos de los trabajadores, el argumento principal evoca al respeto a la libertad contractual o de contratación, donde se sostiene que el colaborador libremente decidió entrar en una relación laboral, con las implicaciones que eso conlleva. Este argumento parte de la premisa de que en el contrato de trabajo se hayan establecido las condiciones u obligaciones que afectan la dignidad humana o derechos fundamentales de los trabajadores. Sin embargo, aunque esto fuese cierto, ya que no es así en todos los casos, el argumento desconoce precisamente una de las características básicas y elementales de los derechos humanos, su irrenunciabilidad⁵³.

Como su nombre lo indica, los derechos humanos de las personas⁵⁴ no son susceptibles de renuncia, y aunque este haya firmado o consentido la violación a sus derechos, estas cláusulas se tienen por no puestas. Además de esta eficacia particular de los derechos fundamentales, también hay que recordar y tener presente que uno de los principios generales del derecho laboral, es el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, y aunque estos últimos son derechos específicos de los trabajadores, el Derecho Laboral los protege con carácter de irrenunciables; por lo que con mucha más razón el Derecho del Trabajo debe tener presente y proteger la irrenunciabilidad de los derechos inespecíficos de los trabajadores, por tratarse de los derechos más básicos de la persona humana.

Algunos podrían afirmar como contraargumento al reconocimiento de esta figura propuesta, la falta de regulación explícita en el ordenamiento jurídico; empero, este no es un obstáculo real, puesto que hay muchas figuras que se aplican en esta⁵⁵ y otras ramas del

⁵³ O indisponibilidad.

⁵⁴ En este caso de los trabajadores.

⁵⁵ Por ejemplo, El ius variandi reconocido al empleador.

Derecho⁵⁶, que no tienen regulación explícita. En este caso, la regulación se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico, pero, además, los mandatos de protección están revestidos de la mayor fuerza posible, puesto que emanan de la misma Constitución Política, y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tanto del Sistema Regional como Universal de Derechos Humanos.

Presupuestos

Al tener presente la necesidad de proteger los derechos inespecíficos de los trabajadores por tratarse de cuestiones elementales para el adecuado desarrollo y desenvolvimiento de los seres humanos, así como la importancia de la subordinación jurídica como herramienta al servicio del empleador que le permite la consecución de los objetivos perseguidos, se procede a delimitar la aplicación de la figura propuesta; es decir, establecer y explicar los presupuestos o requisitos que deben cumplirse para poder aplicar la figura de la insubordinación legítima, para que no sea utilizada temeraria y arbitrariamente por las personas trabajadoras.

Disposición del empleador

El primer paso que hay que determinar o elemento que hay que constatar, es si existe alguna disposición del patrono o sus representantes, que se funde o pretenda fundamentarse en la subordinación jurídica, en cualquiera de las facultades o poderes que la integran, sea poder de mando, de dirección o de vigilancia. Así, por ejemplo, dentro de estas caben las órdenes, directrices o indicaciones que le brinden al trabajador dentro del contexto laboral. Ya sea que emanen dentro del ámbito del poder de dirección, como la asignación de los horarios, las disposiciones concernientes a la identidad organizacional como la utilización de uniformes; así como las relacionadas al poder de fiscalización, entre estas, la implementación de GPS en vehículos o pruebas de laboratorio para detectar sustancias específicas en el cuerpo, ya sean lícitas pero prohibidas en horas laborales⁵⁷, o ilícitas como algunos psicotrópicos.

⁵⁶ En el Derecho de Familia, la figura de la sociedad de hecho familiar para reconocer derechos patrimoniales a las parejas, cuando no se cumple el requisito “de aptitud legal” para la ganancialidad en las uniones de hecho.

⁵⁷ Esto se encuentra regulado en el código de trabajo, Ley N.º 2, en su artículo 72 que reza: “artículo 72.- Queda absolutamente prohibido a los trabajadores: . . . c) Trabajar en estado de embriaguez o bajo cualquier otra condición análoga;”

En este primer momento lo único que interesa es determinar la disposición del empleador que eventualmente podría aplicársele los efectos de la insubordinación legítima, con lo cual hay que aclarar que no se pueden saber a priori cuáles son todas las indicaciones que califican para la aplicación de esta figura, debido a que dependerá de cada caso concreto. Por lo tanto, a una misma situación se le podría aplicar o no, según el contexto. Por ejemplo, cuando las disposiciones del patrono afectan el derecho a la libertad de culto o religión del trabajador que no labora los sábados por considerarlos días sagrados, y el empleador lo obliga a asistir estos días. Evidentemente este derecho sólo puede ser alegado por personas que efectivamente vean violentado su derecho fundamental, personas que practiquen alguna religión que crea en ese precepto, y no por cualquier otra persona que simplemente considera ventajosa esta práctica.

Precisamente la afirmación anterior nos lleva al segundo presupuesto que debe de cumplirse para invocar la insubordinación legítima.

Afectación a un derecho humano o dignidad

El segundo paso o presupuesto consiste en determinar si esa disposición emanada del empleador lesiona o podría lesionar algún derecho inespecífico del trabajador, es decir, algún derecho fundamental de este, o bien, su dignidad humana. En este estadio el análisis tampoco es profundo, sino superficial, lo importante es concretar que esa indicación dada al trabajador afecta o podría afectar significativamente el derecho alegado.

Al tutelarse un derecho fundamental, este debe estar reconocido por la Constitución Política, o bien, puede provenir de alguna fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como Tratados Internacionales o Convenciones. No obstante, dado al reconocimiento de la supraconstitucionalidad de los derechos humanos, por parte de la Sala Constitucional, la fuente del derecho amenazado o reclamado no se agota en estos instrumentos internacionales formales o vinculantes, según la clásica concepción del Derecho de los Tratados Internacionales, sino que, se incluyen las fuentes de carácter no

vinculante, como por ejemplo las recomendaciones, declaraciones internacionales y criterios de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos; lo que se conoce en doctrina como el soft law.

En este sentido, a manera de ilustración de la aplicabilidad de este presupuesto, se puede mencionar el derecho que tienen las personas que profesan alguna religión que guardan los sábados como día de reposos. Aunque la Sala Constitucional ha tutelado este derecho directamente del derecho a la libertad religiosa o libertad de culto, en el contexto laboral, lo ha realizado sólo en el sector público; en el sector privado, no se cuenta con jurisprudencia al respecto. Sin embargo, el empleador podría argumentar que tutelar este derecho del trabajador va más allá de lo regulado por el ordenamiento jurídico, porque efectivamente no se encuentra este derecho a guardar el día de reposo explícitamente en la Constitución Política ni en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ni en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Pero sí se encuentra reconocido explícitamente en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, en el artículo 6 inciso h)⁵⁸; y aunque tradicionalmente estos instrumentos son simples manifestaciones de buenas intenciones, y por ende no son vinculantes, en nuestro contexto jurídico sí sería vinculante según esta teoría de la supraconstitucionalidad de los derechos humanos.

Ahora bien, es importante aclarar que al ser esta una investigación que pretende analizar la problemática de las violaciones de los derechos humanos de los trabajadores, y al ser totalmente exploratoria, se enfoca en esto, en los derechos laborales inespecíficos de los trabajadores; no obstante, esto no significa que no se pueda aplicar en los derechos laborales específicos. Especialmente en aquellos que se encuentran reconocidos en la Constitución Política o en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, y

⁵⁸ “Art. 6. De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes: . . . h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;” Asamblea general de las Naciones, “Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones del 25 de noviembre de 1981”.

sus recomendaciones. Inclusive se podrían aplicar a los derechos laborales específicos que se encuentran tutelados en la legislación propiamente laboral.

Aplicación del test de proporcionalidad.

Este es el tercer y último presupuesto o requisito para la aplicación de la insubordinación legítima. Es el que permite poner en una balanza la importancia de la afectación al derecho del empleador, recortando la eficacia de la subordinación jurídica y el derecho subyacente a esta, así como la importancia de la protección promovida en el derecho fundamental del trabajador. Permite evaluar en el caso concreto si se justifica o no la intervención, por tanto, si es legítima la desobediencia del trabajador en procura de la protección de sus derechos.

Tal y como se mencionó anteriormente, lo que choca o colisiona con los derechos de los trabajadores es la subordinación jurídica, la cual posee un rango legal no constitucional, por ello, en principio esta cedería ante el derecho del trabajador, que en el fondo es un derecho fundamental. Empero, hay que tener presente que este precepto legal, a su vez se fundamenta en un derecho fundamental, sea la libertad de empresa en el sector privado, u otros derechos fundamentales como la salud, seguridad pública, educación, entre muchos otros, cuando se trata de empleo público.

Ante este panorama, si se ha determinado que existe una disposición del empleador, y que esta amenaza la esfera jurídica de un derecho humano, o la dignidad humana del trabajador, lo que resta es determinar si proteger al trabajador mediante la autorización de la desobediencia de una orden del empleador es la mejor decisión, la más optimizada, tanto desde el punto de vista fáctico, como jurídico.

Con base en la concepción más sencilla del test de proporcionalidad, lo primero que hay que realizar en este análisis es determinar si para el caso en cuestión la autorización de la inobservancia a la subordinación jurídica es una medida idónea y necesaria, para luego aplicar la ponderación.⁵⁹ Es decir, lo que se debe analizar es si la desobediencia del

⁵⁹ Es importante mencionar que el análisis de proporcionalidad también puede ser efectuado a la inversa. Es decir, si la medida o disposición del patrono es proporcional o no, que para efecto práctico es lo mismo. Sin embargo, se analiza desde la medida de autorizar la desobediencia del

trabajador es un mecanismo adecuado para proteger su derecho fundamental, y, además, si esta medida es la menos gravosa entre todas las posibilidades, para el principio lesionado del empleador. Una vez se hayan superado estos peldaños, se realiza el análisis ponderativo.

En esta última fase lo que procede es establecer el grado de afectación que la medida ocasiona en el principio lesionado por parte del empleador, y luego establecer el grado de importancia o beneficio que la medida reporta para el principio promovido por parte del trabajador, para finalmente analizar la relación entre las implicaciones generadas para los principios involucrados, y determinar si la importancia de la protección del principio perseguido justifica o no la lesión del principio afectado. En otras palabras, permite concluir si en el caso concreto pesa más la protección alcanzada para el derecho del trabajador que la afectación provocada a los derechos del empleador.

Superado este análisis de proporcionalidad se puede afirmar que en el caso concreto se está tomando la mejor decisión, la más optimizada, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico.

Explicación de la eficacia jurídica

Explicados los presupuestos que deben cumplirse para que la insubordinación legítima despliegue sus efectos, solo falta explicar su funcionamiento, la manera en que opera su eficacia jurídica dentro del sistema, para lograr una adecuada comprensión de esta novedosa figura.

Dada la estructura propia de la subordinación jurídica la figura que se propone tiene dos momentos de eficacia. El primero opera cuando el patrono emite alguna orden o directriz que el trabajador, en principio, debe acatar, al estar este en subordinación, pero no ocurre así, porque atenta contra sus derechos fundamentales; esta indicación puede estar fundamentada en cualquiera de las facultades o poderes que integran la subordinación jurídica, tales como el poder de dirección, de mando y fiscalización; salvo el poder

trabajador para efectos de enfoque, y hacer énfasis en la eficacia de la insubordinación jurídica legítima.

disciplinario, que precisamente se reserva para el segundo momento. Debido a que esta disposición afecta la esfera jurídica de algún derecho humano o dignidad del colaborador, debe entenderse que la misma es ineficaz, puesto que sus alcances lesionan el ámbito de protección de los derechos de las personas trabajadoras, por lo que el ordenamiento jurídico no respalda la eficacia de dicha disposición patronal.

En un segundo momento, la insubordinación jurídica ataca o deja sin efectos, al poder disciplinario, que dentro de la estructura de la subordinación jurídica tiene un papel complementario, puesto que otorga eficacia y coercitividad a los otros poderes, en el tanto que permite al empleador sancionar al trabajador que no se someta a las disposiciones brindadas. En este ulterior momento la insubordinación legítima imposibilita que el patrono pueda ejercer legítimamente el poder disciplinario, porque el fundamento o motivo de la sanción no es legítimo, al no operar bajo lo permitido por el ordenamiento jurídico; por lo tanto, al momento de imponer la sanción, no se está actuando dentro del margen de la legislación.

Dicho de otra forma, cuando el patrono pretenda sancionar al trabajador por desobedecer una disposición que precisamente atenta contra uno de sus derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico no respalda dicha sanción, por ejercerse al margen de lo permitido por el Derecho.

Conclusiones

La dinámica de las relaciones laborales se constituye en un cultivo de potenciales conflictos entre las partes, el patrono alega el ejercicio de la subordinación jurídica como la fuente de sus actuaciones, y el trabajador plantea que estas actuaciones del empleador afectan sus derechos humanos o dignidad. Analizada a profundidad la cuestión se llega a las siguientes conclusiones.

El desarrollo del Derecho en general, considerando las diferentes fuentes, especialmente de la tutela de los derechos humanos, exige que se les protejan los derechos fundamentales a

los trabajadores, cuando por el ejercicio ilegítimo de la subordinación jurídica se ven amenazados estos derechos.

La legitimación misma del sistema jurídico actual depende precisamente de la protección de los derechos humanos en todos los ámbitos de la sociedad, incluyendo las relaciones de trabajo, que regula el derecho laboral. En cumplimiento de esta premisa fundamental, se han elaborado teorías o interpretaciones que permiten hacer efectiva la protección de los derechos humanos. Dentro de estas premisas se encuentran: la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos, la supraconstitucionalidad de los derechos humanos, los derechos laborales inespecíficos, y la aplicación de los principios de progresividad, pro homine y proporcionalidad o razonabilidad, conocido también como juicio o test de proporcionalidad.

La figura propuesta de la insubordinación legítima se sustenta en estas premisas fundamentales, al tiempo que permite dar en los casos bajo análisis, un efectivo, lógico y congruente cumplimiento de estos mandatos. Además, en lo esencial se encuentra en sintonía con los criterios jurisprudenciales desarrollados por los altos Tribunales de Costa Rica.

Se configura la insubordinación legítima como una figura jurídica que le permite a los trabajadores desobedecer una orden directa del empleador, o sus representantes, cuando esta perjudica sus derechos fundamentales o dignidad humana. Con la finalidad de evitar el uso abusivo por parte de los trabajadores, esta figura está diseñada para ser interpretada y aplicada por los operadores jurídicos, quienes deben velar por la concurrencia de tres presupuestos. La disposición del empleador, la amenaza a un derecho laboral inespecífico, y la superación del test de proporcionalidad. Este último con sus tres subprincipios.

La eficacia de este instituto se da en dos momentos, en una primera instancia deja sin efecto cualquiera de los poderes de mando, de dirección o fiscalización al ejercerse abusivamente. Y en una ulterior fase, afecta al poder disciplinario del empleador, recortando su eficacia, al fundamentarse en una actuación al margen del Derecho.

Con la configuración y aplicación del mecanismo propuesto en este trabajo, se sistematizan y se tienen criterios más o menos objetivos, que permiten el adecuado desarrollo de las personas trabajadoras dentro de los diferentes ambientes laborales, al mismo tiempo que no se deja sin contenido y sin practicidad a la subordinación jurídica.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima, Perú: Palestra Editores, 2007.
- Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. *Revista Iberoamericana Derecho Procesal Constitucional*, no. 11, (2009): 3-11.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. “N.º. 2: Código de Trabajo; 27 de agosto, 1943”. SINALEVI. Consultado 20 de febrero, 2021,
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=8045
- Asamblea General de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 16 de diciembre de 1996”.
- Carpizo, Jorge. “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características”. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derechos Constitucionales*, no. 25, (2011): 3-29. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965/7906>
- Contreras Molina, Fernando Antonio. “La libertad religiosa en las relaciones laborales: el derecho del trabajador a guardar un día de reposo en el ordenamiento jurídico costarricense”. *Licenciatura en Derecho*, Universidad de Costa Rica, Sede de Guanacaste, 2023.
- Cruz Castro, Fernando. “El juez constitucional como garante del control de convencionalidad”. *Revista Judicial*, no. 128, (2020): 11-26.
https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_128.pdf
- Fernández Toledo, Raúl. “Configuración del poder de dirección del empleador: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido”. *Revista de Derecho*, no. 245, (2019): 51-97.
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2019000100051
- IEJ Campus Virtual. “Historia larga de los Derechos Humanos”. Video de Youyube, 1:16:07. Publicado el 19 de agosto de 2021.
<https://www.youtube.com/watch?v=Kj0BLjXSezc>

- Landa Arroyo, César. Los derechos fundamentales. Lima, Perú: Fondo Editorial, 2017.
<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ríos Ramírez, Alejandra. “Derecho Natural. Fuente de legitimidad del poder del Estado en la perspectiva hobbesiana”. Revista Co-herencia, no. 8, (2008): 213-226.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872008000100008
- Rojas Ortega, Alex. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”. Revista IUS Doctrina, no. 1, (2022):1-27.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/53010>
- Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00831 – 2010 del 10 de junio del 2010.
- Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 02820-2022 del 10 de junio del 2010.
- Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación de México Amparo en Revisión 237/2014 del 4 de noviembre de 2015
- Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00582-2023 del 22 de octubre del 2023.
- Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00273-2012 del 21 de marzo del 2012.
- Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00445-2011 del 3 de junio del 2011.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 03495 del 19 de noviembre del 1992.
- Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 01021-2019 del 12 de junio del 2019.
- Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00172-2011 del 18 de febrero del 2011.
- Sala Segunda Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Resolución N.º 00445-2011 del 3 de junio del 2011.
- Ugarte Cataldo, José Luis. “Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, no. 45, (2022): 81-106. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472020000100081&script=sci_abstract
- Vargas Chavarría, Eugenio. *El contrato individual de trabajo*. San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A, 2009.