

COMISIÓN-SOCIALES@asamblea.go.cr

Señoras, Señores
Diputadas y Diputados de la República
Comisión Permanente de Asuntos Sociales
Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica

Excelentísimos señoras y señores Diputados:

Reciban un saludo cordial. En atención a su estimable consulta, me refiero al expediente número 21.097 "Texto Sustitutivo. LEY DE DECLARATORIA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES", en estudio de esa Comisión Permanente de Asuntos Sociales de conformidad con lo establecido por el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

La estructura de mi respuesta se compone de seis partes. Primero, un resumen ejecutivo del presente criterio; segundo, una reseña de las competencias de la Defensoría de los Habitantes en relación con la emisión de criterios sobre proyectos de ley; tercero, la descripción literal del Proyecto objeto de la consulta; cuarto, una introducción a las recomendaciones que ha vertido la OIT en relación al tema de los servicios esenciales; quinto: consideraciones de forma y de fondo que podrían ser considerados por los señores y señoras diputadas a efectos de mejorar la precisión técnica del proyecto así como sus alcances; además de una exposición de las acciones jurisdiccionales que ha ejercido ésta institución en relación a temas relevantes y conexos con el actual Proyecto de Ley; y, sexto: la posición institucional concreta en relación al Proyecto para la Declaratoria de Servicios Públicos Esenciales".

Epígrafe: "**Lo que se entiende por servicios esenciales, en el sentido estricto de la palabra, depende en gran medida de las condiciones propias de cada país**". 582 OIT.

1. Resumen Ejecutivo.

El Proyecto de Ley plantea una reforma a la legislación que regula lo relativo a la Declaratoria de los Servicios Públicos que por su especial naturaleza revisten el carácter de Esenciales; y respecto de los cuales se limita el Derecho a la Huelga en relación con la prestación de dichos servicios públicos definidos legalmente como esenciales.

2. Competencias de la Defensoría de los Habitantes.

El mandato de Ley de la Defensoría es proteger los derechos e intereses de los y las habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho, con plena independencia del Estado y de las instituciones que le conforman.

La Defensoría de los Habitantes es, además, una institución nacional de derechos humanos con acreditación de su estatus A según los Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos (Principios de París). La Defensoría está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos. Finalmente, es competencia de esta institución el promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

3. Proyecto Consultado.

El Proyecto, bajo la modalidad de Texto Sustitutivo, que se conoce en el Exp. 21.097, responde al Título de: "LEY DE DECLARATORIA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES" (Texto actualizado del expediente N.º 21.097, con moción de fondo incorporada en la sesión 29 del 8 de enero del 2019).

Literalmente se presenta a consulta de la DHR lo siguiente: "LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. DECRETA: LEY DE DECLARATORIA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES

ARTICULO 1- Será servicio público esencial aquel cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

ARTICULO 2- Para cualquier efecto legal, serán considerados como servicios públicos esenciales aquellos brindados en:

- a) la atención y prevención en salud;
- b) el suministro y comercialización de alimentos;
- c) el suministro y comercialización de medicamentos;
- d) el suministro de agua potable y la disposición de aguas servidas;

- f) la protección y atención de las personas menores de edad, personas adultas mayores y personas con discapacidad;
- g) el suministro y comercialización del servicio eléctrico o de otros tipos de energía o combustibles;
- h) la atención médica pública;
- i) la atención de menores de edad en la red de cuidado y en comedores escolares;
- j) la atención de emergencias;
- k) el transporte de pacientes;
- l) el servicio de transporte público en cualquiera de sus modalidades;
- m) el funcionamiento de aeropuertos internacionales y nacionales;
- n) la función de seguridad pública;
- o) la educación pública;
- p) la carga y descarga en muelles y atracaderos cuando se trate de bienes de los cuales dependa, directamente, la vida, la salud de las personas o su seguridad;
- q) la resolución jurisdiccional de conflictos;
- r) la celebración de elección nacionales, cantonales, referéndum, plebiscitos o consultas populares; y,
- s) todos aquellos que se lleguen a determinar en la vía judicial o reglamentaria.

ARTICULO 3- El servicio público esencial podrá ser prestado por instituciones, entes o personas públicas o privadas, físicas o jurídicas, por lo que su calificación jurídica dependerá del servicio brindado y no de quien lo preste.

ARTICULO 4- Cualquier limitación o prohibición al derecho de huelga en una institución que preste un servicio público esencial se reduce a aquellas personas cuyas funciones sean indispensables para que la prestación del servicio público no se vea interrumpida, obstaculizada o dificultada.

ARTICULO 5- El Estado deberá realizar todas las acciones necesarias para garantizar la continuidad de la prestación de todo servicio público esencial.

ARTICULO 6- Ninguna institución del sector público que preste un servicio público esencial podrá cerrarse o venderse sin que antes se garantice la prestación del servicio público en iguales o mejores condiciones que en las que se brinda.
Rige a partir de su publicación”.

4. Criterio emitido por la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.).

En el marco del análisis de la Consulta del Texto Sustitutivo, contemplado dentro del Exp. 21.097, denominado: “LEY DE DECLARATORIA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES” conviene tener en consideración los siguientes Principios externados por el Comité de Libertad Sindical, de la OIT, acerca de los criterios que a nivel internacional han sido utilizados para dirimir cuáles servicios pueden considerarse esenciales y cuáles otros como no son esenciales, los cuales trae a colación la Defensoría de los Habitantes, en su condición de Institución

Nacional de Derechos Humanos, a efectos de que las reformas al Derechos interno resulten conducentes con lo señalado por la OIT.

Utilizando como fuente el documento: "La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT". OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, GINEBRA. Quinta edición (revisada), 2006; se señala lo siguiente:

"582. **Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país.** Por otra parte, este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población". (El resaltado no corresponde con el original.)

"585. **Pueden ser considerados como servicios esenciales:** (Subrayado no del original)

- el sector hospitalario (véanse Recopilación de 1996, párrafo 544; 300 informe, caso núm. 1818, párrafo 366; 306.º informe, caso núm. 1882, párrafo 427; 308.º informe, caso núm. 1897, párrafo 477; 324.º informe, caso núm. 2060, párrafo 517, caso núm. 2077, párrafo 551; 329.º informe, caso núm. 2174, párrafo 795; 330.º informe, caso núm. 2166, párrafo 292 y 338.º informe, caso núm. 2399, párrafo 1171);
- los servicios de electricidad (véanse Recopilación de 1996, párrafo 544; 308.º informe, caso núm. 1921, párrafo 573; 309.º informe, caso núm. 1912, párrafo 365, 318.º informe, caso núm. 1999, párrafo 165 y caso núm. 1944, párrafo 458);
- los servicios de abastecimiento de agua (véanse Recopilación de 1996, párrafos 544 y 326.º informe, caso núm. 2135, párrafo 267);
- los servicios telefónicos (véanse Recopilación de 1996, párrafo 544; 314.º informe, casos núms. 1984 y 1955, párrafo 72 y 318.º informe, caso núm. 2020, párrafo 318);
- la policía y las fuerzas armadas (véase 307º informe, caso núm. 1898, párrafo 323);
- los servicios de bomberos (véanse 309.º informe, caso núm. 1865, párrafo 145 y 321.er informe, caso núm. 2066, párrafo 336);
- los servicios penitenciarios, públicos y/o privados (véase 336.º informe, caso núm. 2383, párrafo 767);
- el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares (324.º informe, caso núm. 2037, párrafo 102);
- el control del tráfico aéreo (véanse Recopilación de 1996, párrafo 544 y 327.º informe, caso núm. 2127, párrafo 191)."

"587. No constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término:

- la radio-televisión (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545; 302.º informe, caso núm. 1849, párrafo 204; 306.º informe, caso núm. 1865, párrafo 332 y caso núm. 1884, párrafo 688);
- los sectores del petróleo (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545; 302.º informe, caso núm. 1849, párrafo 204; 306.º informe, caso núm. 1865, párrafo 332; 337.º informe, caso núm. 2355, párrafo 630 y caso núm. 2249, párrafo 1478). (Sin embargo, en esta materia,

debe considerar el legislador que a nivel internacional Costa Rica es un caso de excepción, en razón del Monopolio que goza la Refinadora costarricense de Petróleo –RECOPE-).

– los puertos (carga y descarga) (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545; 318.º informe, caso núm. 2018, párrafo 514; 320.º informe, caso núm. 1963, párrafo 229 y 321.er informe, caso núm. 2066, párrafo 340)

– los bancos (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545; 303.er informe, casos núms. 1810 y 1830, párrafo 62 y 309.º informe, caso núm. 1937, párrafo 450);

– los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos (véase Recopilación de 1996, párrafo 545);

– los grandes almacenes y los parques de atracciones (véase Recopilación de 1996, párrafo 545);

– la metalurgia y el conjunto del sector minero (véase Recopilación de 1996, párrafo 545);

– los transportes, en general (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545; 302.º informe, caso núm. 1849, párrafo 203, caso núm. 1695, párrafo 248; 303.º informe, casos núms. 1810 y 1830, párrafo 62; 316.º informe, caso núm. 1989, párrafo 191; 317.º informe, caso núm. 1971, párrafo 56);

– los pilotos de líneas aéreas (véase 329.º informe, caso núm. 2195, párrafo 737.)

– la generación, transporte y distribución de combustibles (véase 307.º informe, caso núm. 1898, párrafo 325.) (Nuevamente resulta oportuno considerar la especial situación existente en nuestro país en relación a este punto).

– los servicios ferroviarios (véase 308.º informe, caso núm. 1923, párrafo 221)

– los transportes metropolitanos (véase Recopilación de 1996, párrafo 545);

– los servicios de correos (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545, 307.º informe, caso núm. 1898, párrafo 325; 316.º informe, caso núm. 1985, párrafo 321; 318.º informe, caso núm. 2020, párrafo 318.

– el servicio de recolección de basuras (véanse 309.º informe, caso núm. 1916, párrafo 100 y 338.º informe, caso núm. 2373, párrafo 382);

– las empresas frigoríficas (véase Recopilación de 1996, párrafo 545);

– los servicios de hotelería (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545); 324.º informe, caso núm. 1890, párrafo 58; 326.º informe, caso núm. 2116, párrafo 356 y 328.º informe, caso núm. 2120, párrafo 540);

– la construcción (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545 y 338.º informe, caso núm. 2326, párrafo 446);

– la fabricación de automóviles (véase Recopilación de 1996, párrafo 545);

– las actividades agrícolas, el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545 y 338.º informe, caso núm. 1900, párrafo 183);

– la Casa de la Moneda (véanse Recopilación 1996, párrafo 545 y 306 informe, caso núm. 1865, párrafo 332);

– la Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco (véase Recopilación de 1996, párrafo 545);

– el sector de la educación (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545; 310.º informe, caso núm. 1928, párrafo 172, caso núm. 1943, párrafo 226; 311.er informe, caso núm. 1950, párrafo 457; 320.º informe, caso núm. 2025, párrafo 405; 327.º informe, caso núm. 2145, párrafo 302, caso núm. 2148, párrafo 800; 329.º informe, caso núm. 2157, párrafo 191 y 330.º informe, caso núm. 2173, párrafo 297);

– empresas de embotellamiento de agua mineral (véase 328.º informe, caso núm. 2082, párrafo 475.)”

“588. Sin bien el sector de la educación no constituye un servicio esencial, el derecho de huelga de los directores y los subdirectores puede ser objeto de restricciones o incluso ser prohibido. (Véase 311.er informe, caso núm. 1951, párrafo 227.)

“589. Los argumentos que se han esgrimido de que tradicionalmente los funcionarios públicos no gozan del derecho de huelga porque el Estado, en su calidad de empleador, tiene mayores obligaciones respecto de su protección, no han convencido al Comité de que debe cambiar de actitud con respecto al derecho de huelga del personal docente. (Véase 277.º informe, caso núm. 1528, párrafo 288 y 311.er informe, caso núm. 1950, párrafo 458.)”

“590. Las posibles consecuencias a largo plazo de las huelgas en el sector de la enseñanza no justifican su prohibición. (Véase 262.º informe, caso núm. 1448, párrafo 117 y 327.º informe, caso núm. 2145, párrafo 303.)”

5. Posición Institucional.

Para comprender parte del proyecto de ley N° 21.097 es necesario revisar primero su Exposición de motivos, en la cual se hace referencia a dos fuentes de información: recomendaciones de la OIT y las disposiciones del decreto 38767, el cual reglamenta el artículo 375 del Código de Trabajo. Así, mientras el artículo 1 se apega a la definición de "servicios esenciales" de la OIT como aquéllos "cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población", el artículo 2 es conteste con las disposiciones del decreto 38767.

Ahora bien, la DHR observa que la definición de la OIT, citada en la exposición de motivos, hace referencia a "servicios esenciales", no a "servicios públicos esenciales". En el proyecto en análisis se utiliza ésta última, pero no define qué entiende por "servicios públicos". Al respecto, cabe preguntarse, entonces, ¿"qué es un servicio público esencial"?, pero el proyecto no resuelve esa pregunta.

Mientras tanto, el artículo 2 del proyecto hace una lista taxativa desde el inciso a) hasta el inciso r) de todo aquello que debe ser considerado como "servicio público esencial" y en el inciso s) se deja abierta la posibilidad de otorgarle a otras actividades esa naturaleza, ya sea por resolución judicial o por vía reglamentaria.

Inicialmente indicar que el el artículo 2 del proyecto es copia de la sentencia N° 2011-017680 de las 14:51 horas del 21 de diciembre del 2011 que definió lo que se debería entender por servicios públicos esenciales. No obstante se considera que debe ampliarse y mejorarse la lista (SE INCORPORA EN MAYUSCULA LOS APORTES) :

ARTICULO 2- Para cualquier efecto legal, serán considerados como servicios públicos esenciales aquellos brindados en:

- a) La atención y prevención en salud; LO CUAL INCLUYE LOS SERVICIOS DE EMERGENCIA PARA LA PRESERVACION DE LA SALUD, LAS ACTIVIDADES DE ATENCIÓN E INVESTIGACIÓN DE INTERÉS SANITARIO Y AMBIENTAL URGENTE; Y DE POLICÍA O INSPECTORIA SANITARIA.
- b) LA INSPECCION DE LA CALIDAD DE LA PRODUCCION DE ALIMENTOS, SU ALMACENAMIENTO, DISTRIBUCIÓN suministro y comercialización (...)
- c) LA INSPECCIÓN DE LA CALIDAD DE LOS MEDICAMENTOS, suministro y comercialización (...);
- d) LA INSPECCIÓN DE LA CALIDAD DEL AGUA POTABLE, SU suministro (...) y la disposición de aguas servidas;
- e) La recolección, disposición, Y TRATAMIENTO de basura Y OTROS DESECHOS PELIGROSOS PARA LA SALUD.
- f) La protección y atención de las personas menores de edad, personas adultas mayores y personas con discapacidad; PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y MUJERES EN CONDICION DE EMBARAZO.
- g) El suministro y comercialización del servicio eléctrico o de otros tipos de energía o combustibles;
- h) La atención DE LA SALUD EN EL AMBITO PUBLICO
- i) La atención de menores de edad en la red de cuidado y en comedores escolares;
- j) La atención de emergencias AMBIENTALES Y LAS OCASIONADAS POR LA ACTIVIDAD HUMANA.
- k) El transporte de USUARIOS DE SERVICIOS DE SALUD.
- l) El servicio de transporte público en cualquiera de sus modalidades;
- m) El funcionamiento de aeropuertos internacionales y nacionales;
- n) La función de seguridad pública;
- o) La educación pública;
- p) La carga y descarga en muelles y atracaderos cuando se trate de bienes de los cuales dependa, directamente, la vida, la salud de las personas o su seguridad;
- q) La resolución jurisdiccional de conflictos;
- r) La celebración de elección nacionales, cantonales, referéndum, plebiscitos o consultas populares; y,

s) Todos aquellos que se lleguen a determinar en la vía judicial o reglamentaria.

T) LA ATENCION DE LA SALUD ANIMAL QUE TENGA IMPACTO EN LA SALUD HUMANA.

U) LA PROTECCION DE PARQUES, RESERVAS NACIONALES Y AREAS PROTEGIDAS.

La DHR hace esta propuesta de Lege ferenda a efectos de mejorar los alcances del Proyecto de cara al interés de las y los habitantes.

Retomando el análisis, estas disposiciones del artículo 2 merecen un especial comentario, en el cuanto, casi todas, son sumamente amplias y prácticamente implicarían un significativo aumento en el ámbito de prohibición del ejercicio del derecho a la huelga. Una interpretación irrestricta de tales postulados podría llegar a sostener que hasta en restaurantes de comidas rápidas y en farmacias y hospitales privados tal derecho a la huelga es de imposible ejecución, por lo convendría reformular el articulado para diferenciar cuando se trata de actividades que se desarrollan en el ámbito público o aclarar si también cubre la normativa aquellas que se desarrollan en el privado.

Al respecto, el artículo 3 del proyecto pareciera ofrecer una respuesta, pues claramente indica que el "servicio público esencial" puede ser prestado por entidades públicas o privadas, y que esa calificación no depende de quién preste el servicio, sino del servicio mismo. Esta definición circular nos devuelve a los conceptos amplios de los artículos 1 y 2, por lo que, en criterio de la DHR, el problema de excesiva amplitud en la definición del "servicio público esencial" no queda resuelto.

Retomando el análisis del artículo 2 del proyecto, se observan algunas disposiciones que no parecen cumplir con el criterio recomendativo emitido por parte de la OIT en cuanto a qué es un servicio esencial; como es el caso del inciso l) referido al transporte público. La DHR con base en nuestra experiencia nacional muestra que, al menos en el transporte masivo (no así en el de taxis) una suspensión en los servicios puede tener consecuencias muy graves para la población, en particular si se trata de una paralización nacional del servicio.

Ahora bien, estrictamente hablando, si se hace referencia a "huelga" ello involucra a los choferes de las unidades de transporte público, mientras que si se trata de las empresas prestadoras del servicio, la figura correcta sería el "paro". Así, al tenor de lo dispuesto por el inciso l) del artículo 2, la limitación recaería sólo en las personas trabajadoras del transporte y no en los empresarios. En todo caso, por ley 3503, la suspensión injustificada del servicio de transporte público, modalidad autobús, es causal de cancelación de la concesión o del permiso. Por otro lado, mientras que en el inciso g) se hace referencia al suministro y comercialización de combustibles, esta disposición no incluye la descarga en muelles del combustible que importa RECOPE. Se podría interpretar que esa descarga estaría contemplada en el inciso p) de ese mismo artículo, pero ello no es tan claro pues la disposición vincula la carga y descarga en muelles y atracaderos con "bienes de los cuales dependa, directamente, la vida, la salud de las personas o su seguridad." Como puede observarse, la descarga de combustibles no estaría

contemplada en esa disposición. En consecuencia, valdría la pena valorar si la descarga de combustibles en muelles debe estar expresamente incluida en el inciso p) del artículo 2.

Por su parte, el artículo 4 introduce otro criterio de interpretación que refiere a que "cualquier limitación o prohibición al derecho de huelga en una institución que preste un servicio público esencial se reduce a aquellas personas cuyas funciones sean indispensables para la prestación del servicio público y éste no se vea interrumpido, obstaculizado o dificultado." Este artículo abre un nuevo portillo para la incertidumbre: ¿cómo se determina qué funciones tienen esa condición de "indispensables"?; ¿Y a quién le corresponde valorar si tal condición existe o no?; ¿Y con qué criterio?. El texto en estudio no ofrece respuestas a estas interrogantes.

Finalmente, llama la atención lo dispuesto en el artículo 6 del proyecto de ley en análisis. No tiene relación alguna con el derecho a huelga; pero, establece un principio interesante para el caso de que a futuro se tomen decisiones en relación con el tamaño del Estado.

En otro orden de ideas y desde la perspectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, todos los servicios que el Estado provea por medio propio o mediante terceros, tiene un carácter esencial a la naturaleza y condición de especial vulnerabilidad que tiene esta población en razón de la edad.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, a lo largo de todo su texto y en particular en el artículo 4 claramente indica:

"Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional."

Como se evidencia, esta disposición conmina a los Estados Partes –nuestro país como ratificante de la Convención- a realizar todos los esfuerzos, incluso a nivel de cooperación internacional, para hacer efectivos los derechos de las personas menores de edad, sin indicación de excepción alguna en cuanto a tipo de derecho o situación particular.

Esta norma resulta armónica con el Principio del Interés Superior del Niño, principio rector de la Convención, plasmado en el numeral 3 de dicho cuerpo normativo, que a la letra indica:

"1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

A partir de este principio y de las obligaciones establecidas por este instrumento internacional y su adecuación interna por vía del Código de la Niñez y la Adolescencia, se refuerza el reconocimiento y la garantía de derechos humanos como el Derecho a la Vida, Derecho a la Salud, el Derecho a la Educación, el Derecho a la atención integral y el Derecho a la protección especial de la población menor de edad, entre otros.

El proyecto de ley N° 21.097 referido a la **LEY DE DECLARATORIA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES** resulta acorde con estos principios fundamentales y de rango supra constitucional, al solventar un vacío normativo en cuanto a la inclusión de garantías de efectividad mediante la continuidad de los diferentes tipos de servicios que demandan los niños, niñas y adolescentes y que, en un contexto de huelga, pudieren verse afectados o interrumpidos. Asimismo, fortalece el alcance de dichas garantías en materia de salud y seguridad, refiriendo a los servicios de atención de esta población en diferentes modalidades.

Es así como todos los incisos del artículo 2 resultan atinentes para el efectivo cumplimiento de estos derechos fundamentales y, en forma particular los incisos f), i), o), que refieren a la continuidad de los servicios de protección, atención, cuidado, acceso a comedores escolares y la educación pública.

Es precisamente esta conceptualización de garantía, protección y efectividad de los derechos de la niñez y la adolescencia, la que rescata y asume el proyecto de ley, habida de cuenta de las experiencias anteriores en que, a falta de una norma clara al respecto, se han visto afectados los derechos de esta población en el marco del ejercicio del derecho de huelga.

En esta línea de razonamiento, la Defensoría de los Habitantes presentó ante la Sala Constitucional, el 22 de octubre de 2018, un Recurso de Amparo a favor de la población estudiantil del sistema público costarricense, así como en forma concreta a favor de estudiantes particulares que se apersonaron a esta institución (exp. N° 18-16656), ante la afectación a su derecho a la educación derivada de la suspensión del curso lectivo con motivo del estado de huelga del personal del Ministerio de Educación Pública.

Se comparten algunas de las consideraciones expuestas en este recurso, a saber:

"De los instrumentos internacionales y normativa interna sobre el Derecho a la Educación analizados, resulta claro que la interrupción del presente curso lectivo y del proceso de enseñanza-aprendizaje con ocasión de la huelga que mantienen los sindicatos del sector educativo, dada su prolongación y la falta de acciones por parte de las autoridades del Ministerio de Educación Pública y del Estado para protegerlo y garantizarlo, constituye una violación al Derecho Humano y Fundamental a la Educación de los y las estudiantes que asisten a centros educativos públicos del país. (...)

En consideración a la importancia de la educación en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, tanto en el ámbito individual de su personalidad -entiéndase de sus capacidades, habilidades, aptitudes- como de su conciencia como sujetos sociales – sea de su contexto socio-cultural, ambiental y económico-, así como de su función como vehículo para la promoción todos los derechos humanos, no hay duda que la interrupción del proceso educativo, es violatorio del principio y derecho del Interés Superior del colectivo de personas menores de edad que asisten a los centros educativos públicos del país. (...)

Como puede observarse, las regiones más afectadas, son las zonas rurales, en las cuales también hay mayor pobreza y deserción educativa¹. Con la huelga y la suspensión de los servicios educativos, niños, niñas y adolescentes de estas regiones pueden verse expulsados del sistema, aún cuando la tasa de deserción iba en descenso. A modo de ejemplo, de 60.371 en el año 2008, se redujo a 29.061 en el año 2017, en diferentes proporciones según nivel educativo. (...)

Es posible prever que este año la brecha se vea acrecentada en razón de la huelga. Los colegios privados, en su mayoría, han cumplido con el calendario educativo, han gozado de las clases de cara al bachillerato, han contado con las asesorías pedagógicas necesarias para el aprender. No así las y los estudiantes de las escuelas y colegios públicos. (...)

La afectación que sufren las y los estudiantes por la huelga, que puede agravarse si continúa por más tiempo o deriva en un cierre técnico del curso lectivo, se vive de manera distinta, dependiendo del nivel en el que se encuentren cursando y sus circunstancias particulares. Por ejemplo, las y los estudiantes de primer grado no han terminado su proceso de lecto-escritura, de realizarse una homologación de las notas de primer y segundo trimestre sin que finalice el proceso de enseñanza aprendizaje, podrían estar pasando a segundo grado sin contar con estas destrezas básicas.

De igual forma, las y los estudiantes que cursan el undécimo o duodécimo año de colegio no completaron su preparación para realizar las pruebas de bachillerato, que a la fecha de la presentación de este recurso siguen calendarizadas. El subir la nota de presentación a un 60% no resuelve el problema de fondo. Muchos estudiantes se sienten temerosos y preocupados por los resultados que, de ser desfavorables pueden truncar o atrasar sus deseos de continuar su ingreso a las universidades del país, o a la carrera que quieren cursar. (...)"

¹ "La distribución espacial de las escuelas entre los cantones del país muestra concentración en 12 cantones que agrupan el 42% de todas las escuelas. Estos cantones son San Carlos con 230 escuelas, Pérez Zeledón con 220, Buenos Aires con 157, Puntarenas (153), Pococí (140), Turrialba (138), Limón (128), Upala (112), Coto Brus (110), Golfito (108), Sarapiquí (106) y Nicoya (102). En estos 12 cantones existe una clara predominancia de escuelas de menos de 200 alumnos, especialmente escuelas unidocentes de menos de 30 alumnos. La tabla 4 muestra la composición de las escuelas por tipo de escuela y cantidad de matrícula. Actualmente, el 32.5% de las escuelas del país son unidocentes, es decir, presentan menos de 30 estudiantes (97.3% son escuelas públicas). Este tipo de escuelas conforman el segundo grupo más importante en cuanto a cantidad de escuelas del país." Consultado en: https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/educacion/003/ProDUS_2010_brechas_espaciales.pdf

Asimismo, en relación con el derecho a la alimentación por medio de los programas de comedores escolares, se indicó:

*"En cuanto al derecho a la alimentación, el origen del servicio de comedor escolar se remonta a los inicios del siglo XX. Entre sus fines se encuentra, el establecimiento de ese servicio en la mayoría de las escuelas públicas del país, sobre todo en aquellas que atienden niños y niñas de bajos recursos económicos, servicio que se considera complementario a la alimentación que recibe en su hogar, por cuanto se ofrece a los estudiantes durante su estadía en el centro educativo. Es así como la suspensión del servicio de comedores escolares perjudica a las niñas, niños y adolescentes, estudiantes de centros educativos públicos, que en muchos casos represente el único alimento del día, puesto que muchos se encuentran en condiciones de pobreza, privándolos de la alimentación que se brinda en estos servicios, durante la jornada lectiva y vacaciones.
(...)*

*Adicionalmente, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la obra "Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, se ha referido a los que consideró servicios esenciales, indicando lo siguiente: "585. Pueden ser considerados como servicios esenciales: (...) – **el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares** (324^o informe, caso núm. 2037, párrafo 102)"² (El resaltado no corresponde con el original)."*

Por otra parte, en este recurso de amparo se enfatizó en otras afectaciones, por ejemplo, a la población de estudiantes con discapacidad y su derecho a la educación inclusiva y el acceso a los servicios correspondientes, el derecho a la recreación, socialización y la convivencia que se promueve en el contexto del escenario escolar, y de enorme relevancia en su proceso de desarrollo integral.

Asimismo, en acotación a la esencialidad de los servicios públicos, se hizo referencia al criterio de la Procuraduría General de la República, al señalar que "5. *Las limitaciones que se impongan al derecho de huelga en determinados servicios públicos, deben ser conformes con los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. (...)*"³

Sobre el alcance de la naturaleza de esencialidad de los servicios públicos, también se acotó el concepto de la esencialidad sobreviniente, indicando:

*"Asimismo, es necesario señalar que el concepto de servicio esencial no es absoluto, puesto que un servicio no esencial puede convertirse en esencial **cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance** y, de ese modo, pone en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población.*

² Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios. Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. (324^o informe, caso núm. 2037, párrafo 102)

³ En este sentido, ver OJ-125-2007 del 19 de noviembre de 2007 emitido por la Procuraduría General de la República, y sentencia n.º 1317-98 de la Sala Constitucional.

El concepto de servicio esencial se ha venido nutriendo de distintas fuentes normativas, entre ellas, las convenciones y tratados internacionales, la Constitución Política y la demás normativa interna de un país, así como de aportes provenientes de la OIT y el Comité de Libertad Sindical.

*Si bien algunos servicios públicos no se han considerado como un servicio esencial, lo cierto es que **el tiempo en que éste se suspenda puede poner en riesgo derechos fundamentales**. Al respecto el Comité de Libertad Sindical de la OIT (2006) ha dicho: "582. Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. **Por otra parte, este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población**". (El resaltado no corresponde con el original.)*

*Al respecto, "(...) el jurista español Antonio Baylos Grau, considera los servicios esenciales como un concepto "elástico" y, ante lo cual, es menester generar una delimitación genérica y esboza la siguiente afirmación: "**Los servicios esenciales serían aquellos que satisfacen necesidades de la población conectadas con los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ello quiere decir que en este concepto entra a formar parte tanto las llamadas "actividades de interés vital" como aquellas otras necesidades que se ligan a la satisfacción de derechos fundamentales de los ciudadanos, aunque no tengan el carácter de inaplazables o ininterrumpibles**. No es difícil ver en esta delimitación conceptual el rastro de lo que la dogmática penal y laboralista española había elaborado sobre la noción de servicios de reconocida e inaplazable necesidad". (Baylos Grau, 1988)*

*Lo anterior plantea una conceptualización en positivo; pues resalta la **esencialidad de un servicio según su aporte a la sociedad** y, a la vez, esboza un estrecho vínculo entre los servicios esenciales y los derechos fundamentales. En tal sentido, interrumpir los servicios esenciales se podría convertir en una transgresión de derechos fundamentales. No obstante, tal transgresión es potencial y no individualizable en personas en concreto; ya que resulta impreciso definir cuál persona se vería afectada en una interrupción de determinados servicios. Aunque es claro que su riesgo es latente y altamente probable. Se observa entonces, la estrecha reciprocidad entre la necesaria prestación de estos servicios por parte del Estado y su especial protección si se interrumpen."⁴ (El resaltado no corresponde con el original.)" (...)*

Este recurso fue admitido por la Sala Constitucional y, a la fecha de elaboración de este criterio, se encuentra en fase de estudio.

Por otra parte, la DHR también desea exponer los Aspectos principales contenidos en el voto N° 13786-2017 de la Sala Constitucional en virtud del Recurso de Amparo interpuesto por la DHR en favor de los habitantes cuyos cuerpos no entregaba la Unidad de Medicina Forense del Poder Judicial, en ocasión de la huelga judicial verificada en 2018.

⁴ Solano (Eduardo Antonio), *Definición y Protección del derecho de huelga en los servicios esenciales*. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2015.

Por unanimidad, ese alto Tribunal, declaró con lugar el recurso de amparo con base en los siguientes aspectos:

- Sobre el derecho de los familiares del difunto a que se les entregue el acta de defunción y el cuerpo del fallecido: la huelga se iba a mantener de forma indefinida y Medicina Forense condicionó la entrega de los cuerpos. Esto ocasionó un doble sufrimiento a los tutelados, quienes no sólo debían soportar la pérdida de sus seres queridos sino también una espera indeterminada para la entrega del cuerpo y el acta de defunción. La autoridad recurrida desconoció los principios de solidaridad, vida, salud y dignidad consignados en la Constitución Política. Someter a las personas a situaciones de angustia puede llegar a ser considerado como "tortura psicológica". La muerte y la sepultura poseen una importancia antropológica innegable, pues el ser humano soporta mejor la muerte cuando tiene certeza de que sus restos o cenizas reposan en algún sitio.
- Sobre el respeto de los cuerpos de las personas fallecidas: el derecho a una sepultura digna no es solo de la persona difunta, sino un deber humanitario del colectivo, sin importar quien haya sido el sujeto. La protección al cuerpo humano y por ende el derecho a una sepultura digna, es consustancial a la tutela del derecho a la dignidad humana. El Derecho Interamericano de los DDHH ha reconocido que la tutela de la dignidad humana comprende necesariamente el cuidado de los restos mortales. El valor de la dignidad humana impide que, aun mediando la muerte, los cuerpos puedan ser tratados como objetos.
- Sobre las razones de salubridad: la huelga generó acumulación de 35 cadáveres, que hubieran podido seguirse acumulando de manera indefinida, con la consecuente afectación a la salubridad pública.
- Conclusión: se declara con lugar el recurso para efectos indemnizatorios, pues no fue sino con la notificación de la interposición del recurso de amparo y de la emisión de la orden cautelar, que las autoridades recurridas procedieron a tomar las medidas respectivas para solventar el problema denunciado.

6. Criterio Puntual.

Con fundamento en las consideraciones anteriores dejo rendido el criterio solicitado por su distinguida autoridad, reafirmando la conformidad parcial de la Defensoría de los Habitantes con el expediente 21.097 "Texto Sustitutivo. LEY DE DECLARATORIA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES", en estudio de esa Comisión Permanente de Asuntos Sociales; de conformidad con lo establecido por el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, a efectos de que la normativa pondere el derecho a huelga de los servidores públicos para con el derecho de los habitantes de la República de poder acceder a servicios públicos esenciales que resultan indispensables para la satisfacción de los derechos fundamentales de las y los habitantes.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarles mis más altas muestras de consideración y estima.



Catalina Sancho Crespo, PhD
Defensora de los Habitantes