

7 PUNTOS CRÍTICOS QUE EVIDENCIAN QUE LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL DEBILITA LAS ALIANZAS PÚBLICO – PRIVADAS Y CON ELLO COMPROMETE EL BIENESTAR DE LA CIUDADANÍA

La actual Constitución, en aras del bien común y considerando que el Estado está al servicio de las personas, genera un marco constitucional que posibilita que éstas y a las asociaciones que ellas libremente conforman (la sociedad civil) contribuyan a generar su propio bienestar y el de los demás miembros de la comunidad, colaborando así con el Estado en la satisfacción de necesidades diversas.

La propuesta constitucional, lamentablemente, descrea de la sociedad civil y debilita, en consecuencia, la posibilidad de generar alianzas público-privadas virtuosas que contribuyan a ampliar la oferta de oportunidades disponibles a las personas para satisfacer sus necesidades, conforme a sus propios proyectos de vida, dejando a los ciudadanos en una posición desmejorada. El Estado cuenta con recursos limitados para llevar a cabo las tareas que se le encomiendan de manera que la colaboración privada, debidamente regulada, es esencial, por lo que no se entiende el giro de la propuesta constitucional en la materia, sino en desmedro de las personas.

1. EDUCACIÓN: RIESGO PARA LA EDUCACIÓN PRIVADA Y PARTICULAR SUBVENCIONADA

- Es llamativo que el texto propuesto no reconozca la autonomía y libertad para que la sociedad civil pueda desarrollar y mantener diversos proyectos educativos.
- Se establecen una serie de principios y fines con el que deberán cumplir los proyectos educativos para ser reconocidos por el Estado, lo que se traduce en una homogeneización de la oferta educativa, restándole valor a la diversidad y libertad de las personas y sus preferencias. Asimismo, para poder ser incorporados en el listado de establecimientos reconocidos, estos tendrán prohibida toda forma de lucro.
- En cuanto al financiamiento, si bien el texto no prohíbe expresamente la posibilidad de financiar a quienes optan por una alternativa educativa privada o particular subvencionada, solo garantiza el financiamiento estatal directo permanente y suficiente a la educación estatal pública. Esta disposición contraría las preferencias de las familias chilenas, quienes, al día de hoy, en un 69% de las solicitudes de acceso, indican como primera opción de preferencia a un colegio particular subvencionado.
- Sin el financiamiento público suficiente garantizado, ni la posibilidad real de sostener un determinado proyecto educativo, la libertad de enseñanza queda limitada, poniendo en riesgo, en el mediano y largo plazo, la continuidad de aquellos proyectos educativos distintos al estatal, lo que sería perjudicial para la mayoría de las familias chilenas.

2. SALUD: TODOS A FONASA

- La Constitución vigente reconoce expresamente el derecho a la libre elección del sistema de salud, sea este estatal o privado. Asimismo reconoce derechamente que el sistema de salud está compuesto tanto por prestadores estatales como privados, y expresamente que al Estado le corresponde, y es su deber preferente, garantizar la ejecución de las acciones de salud, así como reconoce el rol de coordinador y de control de las acciones relacionadas con la salud, además del deber de garantizar la ejecución de dichas acciones, independiente del sector del que forme parte la institución, debiendo proteger el libre e igualitario acceso

a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

- En cambio, la propuesta termina con la posibilidad de elegir el sistema de salud y los seguros al efecto, creando un sistema nacional único al cual se destinarán nuestras cotizaciones. La experiencia al día de hoy es que el sistema de FONASA no ha entregado una respuesta satisfactoria y oportuna a los requerimientos de la población nacional, por lo que haber mantenido la existencia paralela de seguros de salud, parecía una razonable medida.
- Sobre los prestadores, si bien el texto reconoce que en el Sistema Nacional de Salud podrán coexistir prestadores de salud públicos y privados, no lo garantiza, sino que entrega un mandato al legislador para que éste determine las condiciones y requisitos para que estos puedan participar del sistema. Con ello, más de tres millones de personas que cotizan en las actuales Instituciones de Salud Previsional pasarán a FONASA, aumentando las listas de espera y generando incerteza sobre la capacidad del sector público para absorberlas y las posibilidades reales de que puedan continuar atendándose, en las mismas condiciones, en el sector privado.
- Estos requerimientos o condiciones que se pretenden establecer por ley podrían revivir aquellas exigencias que se establecían en las iniciativas o en aquellas indicaciones que fueron votadas en el Pleno de la otrora Convención, pero que no obtuvieron los 2/3 de quorum requerido, como, por ejemplo: el fin al lucro.

3. VIVIENDA: OMISIÓN SOBRE EL ROL DE LOS PRIVADOS EN LA PROVISIÓN DE VIVIENDAS

- En materia de acceso a la vivienda, la propuesta plantea un camino donde se profundizan las soluciones habitacionales en donde las familias le arriendan al Estado, lo que también es hoy un pilar de la política habitacional que está impulsando el actual gobierno. Ejemplo de ello es la ya conocida “inmobiliaria popular” de Recoleta que ofrece arriendos de propiedades municipales.
- El riesgo que conlleva este tipo de políticas es la generación de una población más dependiente de las ayudas gubernamentales y, por ende, menos libres. A su vez, resulta cuestionable si el Estado será capaz de administrar estos inmuebles de manera eficiente, pudiendo generarse una mayor degradación de los inmuebles cuando el propietario es el Estado.
- Asimismo, la propuesta no explicita si habrá espacio para la participación de los privados en la provisión de viviendas, inhibiendo la inversión. Ello, pues establece que corresponde al Estado participar en el diseño construcción, rehabilitación, conservación e innovación de la vivienda, sin mencionar cuál sería el espacio para la participación del sector privado.
- Adicionalmente, en otros artículos se incorporan elementos que podrían inhibir la inversión de los privados. Uno de ellos establece que el Estado buscará implementar “mecanismos para impedir la especulación en materia de suelo y vivienda que vaya en desmedro del interés público” (Artículo 51). Solo para tener un orden de magnitud de la importancia del sector privado en vivienda, en 2020 se entregaron 123.779 permisos de edificación, mientras que en el mismo año se entregaron y pagaron 54.922 viviendas sociales (mayoritariamente construidas por privados).
- Establece también que el Estado “participará en la plusvalía que genere su acción urbanística o regulatoria”. Solo se menciona cuando la intervención del Estado produce un mayor valor, pero no cuando su ausencia o inacción lo disminuye. Estas normas pueden afectar la inversión privada al sugerirse gravámenes e, incluso, en otro tipo de políticas que busquen extraer parte del beneficio de quienes asumen el riesgo de construir viviendas, lo

que claramente afectaría la legítima ganancia de los privados y, por lo tanto, su participación.

4. ESTADO EMPRESARIO: ¿UN COMPETIDOR QUE PARTICIPARÁ EN IGUALDAD DE CONDICIONES?

- La propuesta otorga un rol protagónico al Estado en materia económica, al declarar que este participa en la economía y al otorgarle iniciativa para desarrollar actividades económicas.
- La propuesta apuesta por el Estado empresario, a nivel nacional, regional y comunal, pero no toma los resguardos para proteger a los ciudadanos. La regulación debió cautelar o evitar un Estado empresario deficitario, sobreendeudado y poco competitivo, pues de lo contrario los servicios que finalmente entregará no serán mejores ni más baratos que los que puedan entregar los emprendedores del sector privado. Tampoco que no se oculten subsidios que distorsionan el mercado. La propuesta, más allá de la autorización legal -ley simple-, no contempla resguardos: no dispone que esa ley deba ser de quorum calificado, no establece que, en tanto empresario, el Estado deba regirse por las mismas reglas que rigen a los particulares – con lo que termina la actual premisa donde el Estado, en su rol empresario, es uno más dentro del mercado- ni tampoco consagra la prohibición del Estado de discriminar arbitrariamente en materia económica.
- Así, aun cuando se haya consagrado la libre competencia, la que de todas maneras está mejor resguardada en la regulación vigente que en la propuesta que confunde conceptos, la mera declaración no encuentra una concreción real en resguardo de los emprendedores y las personas, los que podrían verse expuestos a competencia desleal por parte del Estado empresario y los usuarios y consumidores, a productos y servicios más deficientes y de menor calidad.

5. HACIA UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PÚBLICO: ¿Y EL DERECHO A ELEGIR?

- Una de las mayores preocupaciones de la ciudadanía era el tratamiento que se le daría a la seguridad social y, en particular, a las pensiones y que ocurriría con los ahorros acumulados a la fecha para la vejez. Aun cuando la redacción de la propuesta queda abierta, llama la atención que aquellas indicaciones relativas a la libertad de elección de la institución administradora de los fondos de pensiones, sea esta una administradora estatal o privada, y que buscaban reconocer constitucionalmente la propiedad sobre los fondos de pensiones ahorrados a la fecha, la posibilidad de heredar los mismos y la prohibición del Estado de expropiar, confiscar y nacionalizar los ahorros de los trabajadores, fueran sistemáticamente rechazadas tanto en la comisión como en el Pleno de la disuelta Convención.

6. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA ECONÓMICA: DEBILITAMIENTO DEL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

- La propuesta constitucional establece que la justicia arbitral será siempre voluntaria y la ley no podrá establecer arbitrajes forzosos. La eliminación de los arbitrajes forzosos es compleja cuando por la naturaleza de ciertas materias, esto es, controversias de alto carácter técnico, se requiere de una justicia especializada, pero, además, capaz de adaptarse a las necesidades de las partes en los contratos y de contar con soluciones rápidas y eficaces para las partes en conflicto y los usuarios. Ello cobra aún más relevancia cuando la contraparte

del sector privado es el Estado, como ocurre en muchos contratos regulados por ley, como los de concesiones de obras públicas, que contemplan arbitrajes forzosos con el objeto de poder atemperar las potestades del Estado frente a un contrato administrativo de características muy especiales, todo ello con el fin de dar un marco de igualdad jurídica entre las partes.

- El sistema de concesiones de obras públicas chileno nació a principios de la década de los años 90 con el objeto de mejorar la infraestructura pública existente a esa fecha y la prestación de los servicios públicos, que realizaba directamente el Fisco, a través de la incorporación de inversiones y la gestión del sector privado. *“En nuestra opinión, transcurridos 15 años de funcionamiento del actual sistema de concesiones de obras públicas en Chile, que consagra el arbitraje como forma de resolución de las controversias entre las empresas concesionarias y el Estado, la estabilidad y equilibrio en la asociatividad pública-privada ha permitido desarrollar importantes obras de infraestructura pública en Chile, existiendo un mecanismo arbitral que ha resultado ser muy expedito y oportuno”*¹.

7. FIN A LAS DEFENSORÍAS LICITADAS Y A LAS CÁRCELES CONCESIONADAS

- La propuesta constitucional elimina las defensorías licitadas al señalar que la función de defensa penal pública será ejercida por defensoras y defensores penales públicos. Asimismo, dispone que los servicios de defensa jurídica que preste la Defensoría Penal Pública no podrán ser licitados o delegados en abogados particulares, sin perjuicio de la contratación excepcional que se pueda realizar en los casos y formas que establezca la ley.
- Actualmente, nuestro país cuenta con un sistema mixto en la provisión de la defensa penal pública, materializado a través de defensorías locales (públicas), defensorías licitadas (privadas) y defensorías de contratación directa. En el caso de las defensorías licitadas, los procesos de licitación pueden participar personas naturales que cuenten con el título de abogado y que presten por sí mismos el servicio de defensa, como también personas jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro, que cuenten con profesionales con el título de abogado.
- Al respecto, de un conjunto de gestiones judiciales que son realizadas por dichas defensorías, tales como: la audiencia de preparación del juicio oral, la audiencia de juicio oral, audiencia de control de detención, presentación de recursos, visitas a la cárcel, entre otras, éstas registran frecuencias disímiles. En concreto, los defensores en los cuales se registra las mayores frecuencias promedio mensuales de gestiones son aquellos contratados por licitación. En efecto, en 13 de las 14 gestiones² se observa que son los defensores licitados los que presentan las mayores frecuencias promedio mensuales. Este patrón se observa de manera muy similar tanto en la segmentación por años como en la segmentación por regiones.
- Por otro lado, la provisión de defensa penal a través de defensores licitados le cuesta al Estado entre un 33% y un 46% menos que con defensores locales. La gestión de mayor precio son las audiencias de juicio oral, cada una de las cuales puede llegar a costar una cifra

¹ https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2020/05/El_Arbitr._en_ctos._Concesiones_DRB.doc

² Audiencia de preparación de juicio oral; audiencia de juicio oral; audiencia de juicio abreviado; audiencia de revisión de prisión preventiva u otras cautelares; audiencia de cierre de la investigación; audiencia de juicio oral simplificado; audiencia de preparación de juicio oral simplificado; audiencia de salida alternativa; audiencia de revisión de penas sustitutivas; audiencia de control de detención; entrevista; presentación de recursos; visitas a la cárcel; y atención a público.

que bordea los \$400.000 en caso de que sea asumida por un defensor local, mientras que en el caso de los contratados por trato directo y licitados la cantidad asciende a una cifra cercana a los \$230.000. Por su parte, la provisión del servicio de defensa, por hora, de los licitados sería un 33% menor que la de los defensores proveídos por la vía de defensores locales y el costo de la provisión por vía de contratación directa es un 30% menor que por vía de defensores locales.

- En consecuencia, son los defensores licitados los que más actividades realizan y, al mismo tiempo, son más baratos en comparación con los defensores locales o públicos, de manera que no resulta comprensible su eliminación. Por el contrario, dado los datos expuestos se debería incentivar su continuación al reducir los costos fiscales en su funcionamiento y permitir que diversos abogados puedan participar de la defensa penal.
- Respecto de las cárceles concesionadas, cabe señalar que el programa de infraestructura penitenciaria promovido por el Ministerio de Justicia a comienzos del año 2000 impulsó el desarrollo de un modelo de concesiones no solo con la finalidad de aumentar la construcción de nuevos recintos y enfrentar el déficit de estos (reduciendo el hacinamiento y mejorando las condiciones de los reclusos), sino que, como en todo modelo de asociación público-privada, aprovechar las ventajas del sector privado en la administración eficiente de recursos escasos en las diversas fases del programa, permitiendo liberar recursos estatales para otros usos socialmente rentables.
- Así, encontramos en nuestro país un sistema mixto en la provisión de este servicio. Por un lado, la compañía contratada administra los servicios de alimentación, salud, mantención y rehabilitación, manteniendo controles internos y evaluaciones. Gendarmería de Chile, por su parte, mantiene la administración del recinto además del servicio de custodia de los reos, además de contar con un inspector fiscal permanente en cada centro penitenciario. En síntesis, el Estado administra el establecimiento, el otorgamiento de beneficios penitenciarios, la seguridad y constituye la máxima autoridad del complejo penitenciario. Por el contrario, la sociedad concesionaria, diseña, financia, construye y otorga los servicios contratados.
- Actualmente, en Chile existe un total de 76 establecimientos tradicionales y 8 establecimientos concesionados. Al respecto, según datos de Gendarmería de Chile, existe un total de 42.382 personas privadas de libertad en nuestro país, en donde el 36,7% de ellos se encuentran en un centro penitenciario concesionado, es decir, más de 15.000 reclusos, cifra que no resulta inocua al considerar que su fin no posee gradualidad.
- Así, la decisión de abandonar el modelo de concesiones requirió de mayor evidencia, sobre todo considerando los beneficios del modelo actual que aprovecha la experticia del sector privado. El sistema concesionado permite incurrir en mejoras tecnológicas de vigilancia y control que los privados son capaces de desarrollar de manera más eficiente. Por otra parte, permite una mayor focalización en programas de reinserción social, con un mayor acceso a especialistas e infraestructura que permite su fortalecimiento, sobre todo tomando en cuenta la realidad de los penales tradicionales, que, dadas sus condiciones, se han convertido en verdaderas “escuelas del delito”. Por último, ofrece mejor calidad de vida para los usuarios del sistema, que debiesen traducirse en beneficios futuros.