

Los beneficios de la participación privada en la provisión de defensa penal pública a 7 años de su implementación

Cristián Letelier Gálvez

Abogado, Magíster en Gestión y Políticas Públicas (DII, Universidad de Chile) y Master of Public Administration (London School of Economics). Trabaja actualmente en la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública. Ha sido consultor del sector justicia en la modernización de la normativa penitenciaria, la evaluación de la reforma judicial laboral, y la evaluación de las políticas persecutorias del Ministerio Público. Ha sido ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Profesor Auxiliar para el Departamento de Ingeniería Industrial y Profesor de tesis del Magister en Gestión y Políticas Públicas de la misma casa de estudios.

Los beneficios de la participación privada en la provisión de defensa penal pública a 7 años de su implementación

Síntesis

Este artículo contiene una propuesta de evaluación de la defensa penal de oficio y su modelo de externalización. Dicho modelo ha sido fuertemente criticado desde múltiples frentes, siendo el más reciente el diagnóstico de los directivos de la propia institución a cargo de prestar este servicio, lo que llevó a la proposición de modificaciones sustanciales al mismo.

A mi juicio muchas de las aprehensiones al modelo de externalización parten de una errada mirada al mismo. A esa falta de profundidad contribuye, ciertamente, la falta de evaluación empírica de las políticas públicas en Chile, y muy especialmente la ausencia casi completa de reflexión académica en torno a estos problemas.

El trabajo que se presenta busca los beneficios concretos de la participación privada en la provisión de un servicio social con una fuerte inclinación de sensibilidad a la calidad de la misma. Este análisis *positivo* supone, por cierto, el alejamiento parcial de los cuestionamientos teóricos al diseño institucional y el reconocimiento de que es difícil determinar causalidad en muchos de los efectos positivos que se ven en la prestación de defensa penal pública.

A partir de estos supuestos, se discute un modelo de análisis que reconoce la efectividad del uso de un mecanismo de licitaciones para conseguir control sobre los costos de la defensa, pero que dada la existencia de un objetivo en gran parte “contradictorio” con este efecto, impone a los funcionarios de la institución la búsqueda de mecanismos de “compensación” que le permitan el cumplimiento de su objetivo de mejora de la calidad.

Este mecanismo “interno” de compensación corresponde a la asignación de tareas de acuerdo con la habilidad de cada prestador, a través de lo que puede entenderse como especialización. Esta especialización es posible únicamente porque la institución a cargo cuenta con funcionarios públicos que tienen un conocimiento directo del esfuerzo desplegado. En este momento podemos volver a los cuestionamientos al diseño institucional y señalar que los beneficios directos de la utilización de privados en el modelo de defensa penal pública provienen de la existencia –y funcionamiento- de un componente institucional.

Creo que esa es ya una muy interesante conclusión. No puede desprenderse de ella que un sistema enteramente público fuese mejor, porque no puede desconocerse que actualmente la institución utiliza el 30% de su presupuesto para prestar casi el 65% de la defensa. Ese control de costos es directamente atribuible al sistema de licitaciones y la competencia por él generada.

Contenido

1. INTRODUCCIÓN	4
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
2.1 Naturaleza de los servicios prestados: el rol del Estado en la provisión de defensa penal de oficio.....	7
2.2. Las variables y los datos	10
3. LOS BENEFICIOS DE CONTAR CON ABOGADOS PRIVADOS EN LA DEFENSA PENAL PÚBLICA CHILENA.....	14
3.1. La tendencia al ahorro en costos de prestar defensa penal	14
3.2. La búsqueda de calidad de defensa bajo selección adversa de prestadores	17
3.3. La medición del esfuerzo a la calidad a través de la productividad	18
3.4. Testeando la robustez de los hallazgos	21
4. CONCLUSIONES	24
BIBLIOGRAFÍA	27

Los beneficios de la participación privada en la provisión de defensa penal pública a 7 años de su implementación *

1. Introducción

Una vez disipado el fuerte impacto producido por la introducción de un nuevo sistema acusatorio en Chile, existe suficiente espacio para evaluaciones más reposadas del mismo. Resulta interesante destacar que la magia del nuevo sistema se manifestó no solo en la constatación palpable por parte de los expertos e intervinientes de mayor rapidez y publicidad en los procesos, sino también en la renovación de las instituciones llamadas a participar en él. A la modernización procesal le acompañó la profesionalización de la labor persecutora y la renovación de gran parte de la judicatura. La esperada Reforma Procesal Penal, siguiendo el movimiento existente a la fecha en América Latina, vino a colmar las expectativas de modernización de la justicia abrigadas por décadas.

La modernización institucional alcanzó también al organismo creado especialmente para hacerse responsable de proveer la defensa penal de oficio. Esta transformación siguió marcadamente el espíritu modernizador de la época en Chile utilizando a los privados para la provisión del servicio. Sin duda ello significó una gran revolución en el 'mercado' de las políticas públicas de prestaciones de servicio; se estaba probando la extensión de la fórmula a prestaciones no tradicionales, lo que, de funcionar éstas adecuadamente, dejaría a la solución de mercado mejor posicionada para hacerse cargo de otras prestaciones similares: mediación familiar o asistencia profesional letrada en materia de familia y laboral. La pregunta no ha tenido a la fecha, creo, una respuesta satisfactoria.

Las licitaciones de defensa penal constituyen un interesante caso de análisis de la bondad de utilizar el mercado privado en la provisión de servicios sociales de contenido de prestación profesional. Inicialmente, por cierto, no existen reparos para que el derecho a defensa se ejerza por medio de funcionarios públicos o de abogados privados. Por ello es importante distinguir las ventajas del diseño institucional de los beneficios efectivos de la participación de abogados privados. Creo que la evaluación concreta al diseño debe dejar (un poco) de lado la discusión sobre los incentivos *previos* de los actores y la esperanza de la realización ideal del programa planeado. La evaluación efectiva debe entregar luces acerca de los resultados concretos del diseño a través de la ponderación correcta de la forma efectiva de utilización del mercado privado en estos siete años. Es equivocado evaluar el componente privado desde la situación ideal de éste, por más que sea posible llegar a él en algún momento; estimo que lo importante es evaluar si la participación de un determinado perfil de abogado, de una forma particular de organización, para un universo caracterizado de causas que requieren asistencia legal, la participación de dichos privados ha tenido resultados positivos o no.

Este enfoque un tanto 'positivista' reconoce que el nuevo sistema de defensa penal de oficio solo fue posible en el marco de la Reforma Procesal Penal, por lo que muchas de las

* Este trabajo es una versión actualizada de la tesis de grado del autor para la obtención del grado de *Master of Public Administration* en *The London School of Economics* durante el primer semestre de 2009, y ha contado con el apoyo de la Defensoría Penal Pública a través de la autorización para utilizar sus bases de datos.

ventajas preliminares atribuidas al modelo de la defensa penal pública no pueden sino justificarse en la propia reforma. Existen numerosos efectos en el mercado de justicia actual, vinculados fuertemente a la mayor profesionalización del ejercicio en materia penal; a la relevancia de atributos antes no observados en los abogados, como la capacidad de litigación oral; y a la creación de una diferente relación entre el abogado y el órgano persecutor que ha significado, en definitiva la creación de un nuevo perfil de abogado. Por ello es evidente que no puede evaluarse el nuevo sistema de defensa a la luz de indicadores como el nivel de información del imputado en la causa, las mayores destrezas de litigación o incluso el más directo control del imputado sobre el curso de su causa. Todos estos parecen logros más fáciles de asociar al sistema acusatorio que se ha implementado en Chile que al modelo de defensa penal pública.

Similarmente aunque en menor medida, el diseño legal particular de la defensa penal de oficio ha actuado sobre la forma de prestar defensa. Es precisamente este modelo el que ha impulsado el mercado privado de servicios jurídicos, ha entregado información de costos del servicio y, por tanto, la evaluación del mismo se nutre o depende de esta vinculación estrecha. De allí que sea necesario circunscribir el análisis a algunas pocas variables que caracterizan el modelo y que permitirán efectuar una evaluación del mismo; entre las que se hallan, por cierto, el grado de participación de los abogados, la forma de responder a incentivos económicos particulares, las formas de organización que se favorecen en un sistema como éste, entre otros.

Por último quisiera hacer dos advertencias antes de comenzar lo sustantivo de este trabajo. La primera es que si bien el análisis que se muestra fue hecho (por razones que se expondrán más adelante) en el periodo entre los años 2006 y 2009, se hace necesario de todas formas efectuar una mirada a la implementación del sistema mixto y las modificaciones que ha tenido el mismo en cuanto dichas modificaciones afectan los incentivos enfrentados por los prestadores y permiten, por tanto, caracterizarlos más adecuadamente. En efecto, la trascendental reforma al modelo de licitaciones efectuada en el año 2004, que impactó en un ahorro considerable en recursos públicos destinados a defensa penal como se verá más adelante, significó la existencia, a la vez, de dos grupos de prestadores enfrentados a incentivos diversos, posibles de evaluar en el contexto en régimen.

La segunda advertencia es a la vez un supuesto de este estudio. Resulta evidente que la respuesta dada por el legislador al problema de la defensa penal de oficio, esto es, un esquema fuertemente privatizado, formaba parte del modelo general de modernización del sector público, que consideraba al uso del *mercado* como la solución más natural. Asimismo, en el ámbito judicial se ha subrayado por Riego (1999) la *fertilidad* del terreno de las políticas de justicia que permitieron la implementación de la reforma procesal penal.

Aunque inicialmente la intervención pública en el modelo era más reducida durante el proceso de discusión de la ley se aprobó finalmente la instalación de un importante componente público, resultando así un sistema mixto como lo conocemos hoy más o menos. Este elemento es importante porque la evaluación del modelo mixto de defensa debe evitar la “política-ficción”, es decir, no existen antecedentes serios que permitan considerar como escenario de comparación la existencia de solo un componente privado o solo un componente público. De la misma forma, debe entenderse que el marco regulatorio

general de las bases de licitación es impuesto a la institución, en el sentido que no corresponde completamente a decisiones endógenas de la misma ya que en ellas participan el Ministerio de Justicia, la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, y la Contraloría General de la República.

2. Planteamiento del problema

Este trabajo explora la extensión de los beneficios alcanzados por la participación de privados en la prestación de un servicio social particularmente sensible a la calidad. La defensa penal tiene este atributo de *sensibilidad* en cuanto su satisfacción depende de la calidad del mismo. El nivel de calidad deseado es más fácilmente amenazado en un escenario de competencia en licitaciones si dicha calidad no tiene un contenido fácilmente definible, como es el caso, y especialmente considerando el problema social planteado al estado como se mostrará.

Son conocidas de los actores involucrados las críticas que se han levantado respecto del sistema mixto de prestación de defensa. La oportunidad en que la pregunta por las bondades de este modelo se hace más relevante coincide con el escenario adverso generado por su instalación en la región Metropolitana en el año 2004, cuando la implementación del sistema de licitaciones estuvo cargada de dudas y cuestionamientos a la participación de conocidos personeros y asesores de gobierno. Estas críticas fueron vertidas principalmente en medios de comunicación para luego plasmarse en columnas de opinión de importantes actores y del directorio del Colegio de Abogados de Chile.

Asimismo, y dentro del grupo de los *intervenientes* se alegó un detrimento en la preparación de los nuevos defensores licitados que se atribuyó al aprovechamiento de las ‘economías de escala’ generadas por organizaciones de gran tamaño. Pese a que ya existían prestadores con un fuerte esquema organizacional empresarial, fue a partir de entonces que se consolidó el modelo “empresa”, reemplazando en la Región Metropolitana casi completamente a las sociedades de profesionales en que los socios formaban parte del equipo de defensores.

A partir de entonces se generaron los espacios para la reflexión interna. La propia institución trabajaría durante el periodo comprendido entre mediados del 2008 y mediados de 2009 en la formulación de un nuevo diseño al sistema de licitaciones, el que fue culminó a fines de 2009 con la aprobación por parte del Consejo Nacional de Licitaciones de un nuevo texto de bases. Sin ser el foco del estudio, el nuevo modelo trata de hacerse cargo del problema de falta de incentivos a la mejora de la calidad de la prestación durante la ejecución del contrato. Esta reformulación del modelo viene a ser una respuesta importante, pero no la única como se mostrará, a los problemas efectivos que generó el sistema de licitaciones implantado en Chile a partir del año 2004.

A pesar de la relevancia del tema no ha habido casi reflexión académica de análisis del mismo. Algunos artículos dados a conocer con ocasión de la dictación de los *estándares de defensa penal* por parte del Defensor Nacional no hicieron referencia a los efectos esperados de un sistema mixto basado en licitaciones. Los estudios de Horvitz (2002), Soto (2002), Tavolari (2002) y Blanco (2002) se centraron en la formulación de estándares con independencia de la calidad del abogado defensor.

En la misma línea la mención a fines del año 2003 de la *Comisión de Expertos* nombrada para analizar el avance de la implementación de la reforma procesal penal antes de su entrada en vigencia en la Región Metropolitana solo tenía por objeto relevar la importancia de un esquema que hasta entonces no existía y que debía observarse. A su vez, los *Reportes del Estudio de Seguimiento de las Reformas Penales* del Centro de Estudios de la Justicia para las Américas (CEJA). El informe local (Chile) elaborado por Baytelman y Duce (2003) realiza su evaluación en un contexto en que no existen prestadores privados.

Distinto es el caso de Morales y Galleguillos (2004) quienes asentaron la opinión de expertos e interesados cuestionando fuertemente el diseño normativo de la ley de la DPP y su modelo de externalización, arguyendo inconstitucionalidad en la externalización y renuncia de la potestad pública en el otorgamiento del derecho a defensa, pero sin una evaluación concreta sobre el nivel efectivo de los problemas esbozados. Un trabajo del autor (Letelier, 2005) constituye la más profunda descripción de los tres primeros procesos de licitación, aunque su corte exploratorio de estudio de caso no permite evaluar los resultados del mismo. Por su parte, el profesor Cordero (2007) utilizó la experiencia de licitaciones para argumentar las necesidades de actualización del derecho administrativo, pero no se adentró en el análisis normativo del diseño legal ni en los resultados prácticos de su implementación.

Este trabajo pretende ofrecer una evaluación de la *participación efectiva* de privados en la defensa penal pública, buscando los patrones de resultados positivos con base en una definición operativa de calidad ligada a la productividad. Si bien existen suficientes argumentos teóricos (y prácticos) para sostener que el desempeño promedio de los licitados pueda ser más bajo que el de los locales, no se ha planteado a mi entender el problema de una forma que permita entender por qué podría haber beneficios y de qué forma éstos pueden operar. Junto al tradicional “*trade-off*” entre calidad y eficiencia, el análisis debe considerar las consecuencias en productividad de contar con una heterogénea gama de defensores licitados.

2.1 Naturaleza de los servicios prestados: el rol del Estado en la provisión de defensa penal de oficio

Un aspecto central del debate sobre la externalización de servicios tiene que ver con la posibilidad de derivar beneficios reales de la privatización. En ese sentido, si bien los economistas suelen sostener que la intervención del estado se justifica en razón de fallos de mercado, se reconoce también la intervención basada en la existencia de bienes de mérito y en la solución de problemas de equidad en la distribución de la riqueza. Pero incluso en la esperanza concreta del beneficio, el reconocimiento del fundamento de intervención estatal no justifica la provisión directa del bien y allí se prefiere normalmente la externalización de la misma a privados en razón de la búsqueda de eficiencia. Así las cosas puede parecer que el problema de la licitación de defensa penal es un problema de eficiencia en el uso de recursos y un indicador clave sería, entonces, la capacidad de ahorro de este mecanismo en un contexto de calidad pre-determinado, es decir, entendida ésta en cuanto “piso” que no debe ser traspasado so pena de perder valor la prestación pública que se entrega.

Pero lo cierto es que este razonamiento es parcial. No sólo no se reconoce la posibilidad de que la calidad no pueda ser correctamente especificada ex-ante y la existencia de problemas

de información sin una fácil solución, sino que no permite que la institución tenga como máxima u objetivo, la mejora de la calidad de la defensa. En teoría económica la diferencia es relevante, ya que en el simple primer caso, la función social de bienestar pertinente se orientaría a la búsqueda de ahorros, mientras que en el segundo caso, la solución debe buscar hacerse cargo de ambos parámetros: la calidad y el costo.

En el caso de la defensa penal de oficio quizá la principal razón para que el Estado intervenga dice relación con el aseguramiento del *debido proceso* en tanto *bien público*. De ese derecho fundamental y principio de orden democrático se deriva directamente la necesidad de contar con una defensa penal de oficio. El concepto del debido proceso le otorga, también, contenido a la prestación a que se obliga el estado. Así lo reconoce la propia Defensoría Penal Pública (2003) en la resolución que aprueba los estándares de defensa penal orienta directamente la conducta a ello. Esta forma de definir el contenido del servicio da cuenta de lo sensible que es éste a la calidad entregada: “sin calidad no hay defensa”, parafraseando a la propia Defensoría, ya que la ausencia de la calidad deseada resta valor al bien entregado.

La idea de calidad para este propósito no está relacionada al caso concreto, por cuanto la política pública, que podemos llamar *ley general* en sentido contrario al *derecho* siguiendo a Streeter (2002), en esta materia debe crear las condiciones para que se produzca la prestación de calidad y no ocuparse de que en cada caso ella se verifique. Explicitar esta idea en el contexto del planteamiento del problema creo que es fundamental ya que impone restricciones a la forma de maximización de la función social que han sido dejadas de lado por el gobierno.

En efecto, el debido proceso es ciertamente un requisito esencial al proceso concreto, a la defensa material *sub-lite*, y es solamente allí donde puede evaluarse. Por ello la ley consideró que debía existir un sistema de *inspecciones* internas, orientadas al análisis de los casos particulares y el cumplimiento en ellos de los estándares de defensa. Pero de ello no se sigue que la autoridad encargada de la ley general pueda prescindir del cumplimiento de los principios del debido proceso, o suponer que este requisito esencial de la defensa se cumple siempre. La voluntad política contenida en la ley general no puede suponer “la buena voluntad” o moralidad de a quienes va dirigida, sino que debe establecer los *incentivos concretos* orientados a su cumplimiento.

Por otra parte, si bien la garantía de defensa penal en juicio es requisito importante de este bien público llamado debido proceso, la defensa material es en sí un bien privado, en el sentido que puede excluirse a otro de su beneficio y que las horas de defensa que se dedican a un imputado no pueden dedicarse simultáneamente a otros. Esta característica del bien ha sido predominante en el análisis de su aseguramiento; debido a ello es posible pensar en un sistema de “fondo concursable”, ya que el rol del Estado se podría agotar en la entrega de un subsidio. Pero el problema es también que el mercado de este bien privado está lejos de ser competitivo, como bien lo muestran Peña, Correa y Vargas (2001).

Hechas las precisiones correspondientes, creo que podemos establecer con cierta claridad que existe un rol del Estado en materia de calidad de la prestación; rol que no se agota en dejar en manos del abogado asignado el correcto desempeño de la labor, no solo por la existencia de asimetrías de información (lo que el sistema en general lo resuelve entregando

a los restantes actores funciones de control), sino porque el Estado selecciona a los abogados y determina cuánto ellos van a recibir de contribución pecuniaria por su labor. ¿Puede agotarse entonces este rol asegurando un mínimo de calidad a la prestación de defensa penal pública? Existen dos grupos de razones para una respuesta negativa. Por un lado, existen problemas operativos, derivados de las posibilidades de medición y evaluación de la calidad y de plasmar en documentos o protocolos las acciones que sean exigibles, para los distintos tipos de procedimiento.

Por otro lado, existe otro más complejo, y consiste en determinar qué mínimo se debe establecer, de poder fijarse uno, ¿es el nivel mínimo que otorgan las oficinas públicas?, ¿es el nivel mínimo el de un abogado con carga de trabajo equivalente a un “portafolio ideal”?, ¿qué consecuencias se derivan para el Estado de no cumplirse ese mínimo? Si se hace un reconocimiento explícito a la diferente calidad (habilidad) de los abogados licitados y públicos, ¿podríamos decir que si se fija como mínimo aquel del que son *capaces* los licitados actuales se está estableciendo una discriminación arbitraria por el Estado al decidir si esa prestación debe ser de prestada por un funcionario público (alta expectativa de calidad) o un defensor licitado (alta expectativa de baja calidad)?

Me parece entonces completamente evidente que la garantía de defensa que otorga el Estado debe ser de la mejor calidad posible, sin que sea plausible fijar un nivel mínimo a la calidad de la prestación y, en consecuencia, ésta debe ser juzgada de acuerdo con esta máxima. Desde el punto de vista económico esta distinción es crucial ya que de esta manera la calidad del bien o servicio integra los parámetros de la función social de bienestar, y no solo constituye una restricción a la función objetivo, por tanto es mandato de la Defensoría en particular maximizar la calidad del servicio con sujeción al presupuesto disponible.

Para algunos este objetivo no puede ser el norte declarado de una institución pública de esta naturaleza, so riesgo de incurrir en alzas constantes de costos en miras de una mejora de la calidad, pero existen dos antecedentes que pueden disipar el potencial problema. Por un lado, desde el punto de vista orgánico, la Defensoría no se determina a sí misma los recursos a utilizar en la prestación de defensa penal. La lógica de la presupuestación pública supone una competencia por recursos entre distintas reparticiones, la que es decidida soberanamente, por lo que el monto de recursos que se destina a defensa penal es el que la generalidad de la población cree que debe destinarse. Por otro lado, la existencia de licitaciones y pago controlado, a diferencia de un sistema de registro de abogados y pago de acuerdo al tiempo utilizado, limita fuertemente la posibilidad de exceder en la práctica los costos aprobados para la defensa.

En suma, la formulación del problema supone que el Estado busca maximizar cobertura y calidad de la defensa penal, sujeto a un presupuesto disponible, en que el bien que se busca es esencialmente un bien de calidad y por tanto se constata la existencia de asimetrías de información entre el prestador del bien y el usuario y con el contratante. Las asimetrías de información son de dos tipos: en la selección de los mismos y durante la ejecución del contrato. Sin necesidad de tener que entrar en detalles sobre la forma en que estos fallos afectan el resultado final del ejercicio, una consecuencia importante en teoría económica es que este resultado es siempre un “segundo-mejor”. En la *selección adversa* de prestadores, la licitación busca solucionar el problema de revelar el costo del servicio, lo que permite

deducir que las propuestas adjudicadas son eficientes en ese sentido. El problema es que la maximización debe alcanzar también a la calidad, por lo que la licitación basada en precios es contradictoria con la selección de prestadores de mejor calidad.

Durante la ejecución del contrato la calidad del servicio es amenazada por el *riesgo moral*, es decir, el esfuerzo del prestador en la defensa de calidad no es observable y por tanto es posible que el abogado destine menos esfuerzo del requerido a la provisión de defensa. Las respuestas económicas a este problema entregan al pago por producto un rol preponderante, y también a la capacidad de fiscalización o auditoría del esfuerzo desplegado. La existencia de un componente público mejor pagado y fuertemente motivado en línea con la institución asegura la reducción del incentivo a la disminución del esfuerzo, pero el sistema de pago de las licitaciones actuales (pago uniforme por causa terminada) lo aumenta.

Todas estas consideraciones teóricas creo deben ser contrastadas con resultados prácticos, obtenidos del funcionamiento efectivo de un sistema mixto, en el que participan abogados funcionarios públicos más o menos homogéneos, pero en el que los privados son más heterogéneos. En lo que sigue se explican las variables a utilizar y se muestra la forma de conformación y fuente de los datos.

2.2. Las variables y los datos

El análisis que se presenta en este trabajo es cuantitativo. Se ha dicho que una parte de la determinación de las variables de análisis proviene de la teoría, pero la evaluación basada en la experiencia efectiva de funcionamiento es el centro de este trabajo. Este foco más positivo en el análisis ha forzado la toma de algunas decisiones metodológicas importantes de declarar.

En primer lugar, si bien interesante, el proceso de implementación del modelo mixto basado en licitaciones no es parte de este trabajo, aunque sí se obtiene de ese proceso información relevante sobre los incentivos que enfrentan los prestadores. A este respecto, el primer modelo de licitaciones consideraba un escenario de competencia tanto en precios como en la oferta técnica, siendo su principal característica la existencia de *precios diferenciados* a pagar al oferente adjudicado, lo que determinaba la existencia de “apuestas” por ciertas frecuencias de salida (forma de término de la causa). En este modelo, el precio a pagar era

$$\text{Precio Ponderado} = f_i * P_i,$$

donde f es la frecuencia de la respectiva salida y $\sum f=1$; y P_i es el precio que el oferente asignaba a cada una de las 18 salidas procesales i posibles.

La modificación de este esquema en el año 2004, reemplazando el precio diferenciado por un precio único y estableciendo competencia solo por el valor de los servicios en lugar de competencia técnico-económica, significó la supresión de los incentivos a elaborar buenas propuestas técnicas y reforzó la necesidad de las condiciones mínimas de participación. Este segundo modelo sobrevivió en forma pura otros tres procesos licitatorios antes de la inclusión en el *Séptimo Llamado* de un examen habilitante obligatorio para los abogados, como respuesta a las críticas existentes sobre el piso de calidad que consideraban las bases,

por cuanto se pasó de premiar un año de experiencia se pasó a exigir solo 20 audiencias. De premiar un post-título de 100 horas se pasó a exigir *nada* en capacitación.

Este sistema antes descrito, aunque en proceso de sustitución a partir de enero de 2010, es el foco de este trabajo. Para el análisis de los efectos de la licitación en los costos de provisión de defensa se utilizarán datos de precios de adjudicación y reserva de las licitaciones efectuadas. Para el análisis de los efectos en la calidad de la prestación se utilizarán datos de productividad y carga de trabajo de los diferentes abogados, tanto de defensores licitados como de defensores institucionales llamados defensores locales.

Las primeras variables se obtienen de una base de datos que contiene información de 439 proponentes que fueron evaluados técnica y económicamente en los nueve primeros procesos licitatorios incluyendo sus precios de oferta, los porcentajes y causas ofertadas y adjudicadas en su caso, los precios de reserva y el tamaño de las ofertas. Si bien existen otros dos llamados con posterioridad al noveno, creo que ellos pueden desatenderse sin pérdida de generalidad debido al reducido tamaño de dichas licitaciones. Todos los precios incluidos en la base son precios reales (a diciembre de 2003). La siguiente **Tabla 1** resume algunas de sus principales informaciones.

Tabla 1: Resumen estadístico de ofertas y propuestas adjudicadas en nueve licitaciones

Llamado	Número de proponentes	Número ofertas promedio por licitación	Promedio Precio Oferta (pesos 2003)	Ahorro (*)	Licitaciones perfectamente competitivas (**)
1er	27	2	\$ 93.290	3,11%	22%
2do	36	3	\$ 92.084	4,36%	56%
3ero	19	2	\$ 92.385	4,05%	47%
4to	86	9	\$ 78.356	15,75%	99%
5to	23	2	\$ 77.530	13,86%	61%
6to	6	3	\$ 67.207	25,33%	67%
7mo	87	3	\$ 69.618	22,65%	75%
8vo	64	2	\$ 71.910	19,89%	48%
9no	91	4	\$ 55.269	22,01%	93%

Fuente: elaboración propia con datos proporcionados por la DPP.
 (*) El ahorro se define como la diferencia entre el Precio de Reserva y Precio Adjudicado.
 (**) Son perfectamente competitivas aquellas licitaciones en que existen 2 o más proponentes que compiten por el total o una parte de la demanda adjudicada. En la práctica se trata de que la sumatoria de los porcentajes ofrecidos sea mayor que 1.

De la tabla se observa primero, que el porcentaje de ahorro en las licitaciones pasó de un 3% a alrededor de un 20% después del cambio de *tipo de competencia* a partir del 5to llamado. Por esa razón, más adelante se utiliza una variable dicotómica especial para aislar este efecto. Segundo, es destacable la tendencia persistente a la baja del precio, incluso en un escenario de rebaja del precio de reserva, que se observa en el 9no llamado, lo que permite reforzar la idea previa de que los prestadores responden a incentivos, en este caso, la competencia. La última columna indica la proporción de licitaciones del total efectuadas que tuvieron competencia por el total de lo licitado (la “torta”), por lo que es un indicador de la intensidad de la competencia en el llamado respectivo.

Un segundo elemento de análisis y diferenciación de prestadores proviene de la conformación de la oferta en la zona en que prestan servicios. En efecto, la existencia o no de un mayor número de prestadores públicos en la zona puede afectar la forma efectiva de

funcionamiento de los prestadores. Para ello se ha decidido comparar el promedio de medidas de carga de trabajo de defensores locales y licitados en zonas con diferente composición de la oferta. Esta comparación se hace en la **Tabla 2** en tres escenarios diferentes: uno en que los licitados son quienes dominan la prestación de defensa, otro en que su participación es muy menor, y un tercero en que la prestación es mixta propiamente tal. Las diferencias están expresadas en relación con el promedio general por cada tipo de defensor y se indica cuándo dicha diferencia es significativa en términos estadísticos.

Tabla 2: Medidas de carga de trabajo para defensores, según composición oferta

Test de medias para medidas de carga de trabajo de defensores licitados en causas terminadas entre 2006 y 2009, por trimestre y composición de la oferta de defensa en la localidad.								
	Promedio general		Zona con baja participación de licitados		Zona con mixta participación de licitados		Zona con alta participación de licitados	
	Defensor Local	Defensor Licitado	Defensor Local	Defensor Licitado	Defensor Local	Defensor Licitado	Defensor Local	Defensor Licitado
Número de casos ingresados	95,1	74,2	87,8 (3,46)*	68,4 (3,08)	101,1 (1,65)**	76,3 (0,69)**	68,1 (3,26)**	69,5 (1,18)**
Número de casos de simplificado	31,7	28,6	30,72 (1,41)	29,4 (1,59)	33,5 (0,65)**	29,2 (0,33)	24,2 (1,40)**	26,9 (0,56)**
Número de casos de ordinario	54,9	47,5	53,1 (2,52)	44,5 (2,41)	59,6 (1,12)**	49,2 (0,53)**	34,0 (1,81)	43,2 (0,88)**
Número de casos juveniles	4,9	4,0	6,36 (0,36)	4,8 (0,27)**	4,8 (0,16)	4,1 (0,08)	3,9 (0,35)**	3,8 (0,13)**
Número de casos de violencia intrafamiliar	6,9	6,8	6,4 (0,46)	5,8 (0,79)	7,2 (0,26)	6,8 (0,15)	6,2 (0,52)	6,8 (0,23)
Numero de imputados con prisión preventiva decretada	4,5	5,2	4,9 (0,25)	5,6 (0,15)**	4,4 (0,11)	5,1 (0,08)	5,0 (0,29)	3,7 (0,28)**
Número de controles de detención	43,2	46,2	33,9 (1,60)**	36,7 (1,78)**	46,9 (0,92)**	49,6 (0,53)**	32,1 (1,60)**	38,5 (0,73)**
Número de observaciones	3920	7167	525	204	2896	5048	499	1915
Se realizaron pruebas <i>t-test</i> para medias de muestras independientes con un panel de datos de medias obtenidas para defensores en la zona respectiva para cada trimestre en el periodo de 2006 a 2009. Entre paréntesis errores estándares de la media. * implica diferencia estadísticamente significativa distinta de cero al 95%; ** diferencia significativa al 99%.								

Se observa de la tabla anterior que existen diferencias en la carga promedio de trabajo según las medidas utilizadas entre defensores licitados y locales. Es importante destacar la diferencia en zonas con distinta composición de oferta, ya que ello permite identificar patrones de organización del trabajo. Así, puede observarse en la tabla que la cantidad promedio de casos aumenta para ambos tipos de prestadores en aquellas zonas con mixtura equilibrada. Ello significa que dicha mixtura se produce en zonas con mayor nivel de ingreso de causas. En el mismo indicador, la diferencia para licitados entre zonas con baja y alta participación, no es significativa; aunque sí lo es para los defensores locales. El patrón es prácticamente el mismo si desagregamos los ingresos según procedimiento.

Del análisis de las características del imputado o del delito que se ingresa como forma de especialización, no es claro que exista diferente asignación entre licitados y locales, de hecho, los licitados tienen más causas con imputados en prisión preventiva en todas las zonas salvo en aquellas en que la participación de licitados es muy alta. Es difícil ofrecer una interpretación directa de este dato, pero puede deberse a que en dicha zona, como la carga de trabajo de los locales es más baja (conforme los restantes indicadores), estos casos sean asignados (o traspasados) preferentemente a ellos. Esta decisión puede tener su fundamento en que se trata de causas de más largo aliento, que son más difíciles de cobrar, y por tanto las Defensorías Regionales prefieren entregarlas a locales a fin de no sobre-utilizar el recurso licitado.

Finalmente, las variables de evaluación se muestran en la **Tabla 3**, las que están centradas en los tiempos de tramitación de causas, distinguiendo causas que tienen diferente grado de dificultad. Se incluyen también algunos indicadores de resultado, a modo ilustrativo, ya que ellos son normalmente utilizados por la institución para mostrar desempeño agregado. Para este análisis se han considerado los términos registrados en el sistema informático de la Defensoría (SIGDP) entre los años 2006 a 2009, ya que a partir del año 2006 se puede hablar de funcionamiento normal del sistema de defensa penal después de su instalación en la Región Metropolitana, siendo el año 2009 el último año propiamente tal del modelo en estudio, ya que una vez finalizados estos contratos, la renovación no se hizo bajo el mismo esquema considerando la modificación futura del modelo.

En el punto 3.4 siguiente se analizan por separados los datos para cada año a fin de comprobar la robustez del análisis y allí se verá que pese a la validez general que aquí se presenta, el año 2008 fue un año en que los prestadores se vieron enfrentados a incentivos exógenos que merecen una consideración aparte.

Tabla 3: Medidas de productividad para defensores locales y licitados

Test de medias para medidas de duración de causas (días) terminadas y desempeño de defensores entre 2006 y 2009, por trimestre.				
	Defensores Locales	Defensores Licitados	Diferencia de medias (t-test)	Error típico de la diferencia
Duración de tramitación de causas	248,7	138,8	109,8**	(4,24)
Duración de términos previos a un juicio	230,4	116,1	114,2**	(4,24)
Duración de términos en juicio oral	356,0	307,1	48,9**	(4,14)
Duración de términos en procedimiento simplificado	185,7	112,6	73,1**	(3,66)
Duración causas con imputado en prisión preventiva	268,9	196,0	72,9**	(3,96)
Duración de causas de crimen	265,8	200,7	65,1**	(3,66)
Número de absoluciones	0,9	0,8	0,15**	(0,031)
Número de condenas menores a solicitud de Fiscalía (1)	6,6	6,5	0,9	(0,13)

Estos cálculos corresponden a pruebas t-test para medias de muestras independientes con un panel de datos de medias obtenidas para defensores en la zona respectiva para cada trimestre en el periodo de 2006 a 2009. Entre paréntesis errores estándares de la diferencia. ** implica diferencia estadísticamente significativa distinta de cero al 95%.
(1) Este dato se encuentra disponible únicamente para las causas terminadas en Juicio Oral y Procedimiento Abreviado.

La tabla muestra la diferencia en productividad para otros productos intermedios: términos previos a un juicio oral en procedimiento ordinario, términos del procedimiento simplificado, y términos del juicio oral. Estos tres productos suponen alguna diferencia de habilidad de los abogados, por lo que su análisis y relación con las variables que lo determinan parece relevante en la búsqueda de beneficios de los privados en el sistema de licitación de defensa penal. Puede observarse con claridad que respecto de cualquiera de estas medidas de productividad los defensores licitados son generalmente más rápidos en concluir sus causas asignadas, lo que resulta evidente atendidos los incentivos enfrentados por ellos. Por su parte, de los indicadores de resultados únicamente el de absoluciones es diferente entre licitados y locales. Profundizaremos en estos resultados en las secciones siguientes.

3. Los beneficios de contar con abogados privados en la defensa penal pública chilena

Se ha discutido anteriormente el contexto de provisión pública de este servicio y las consecuencias derivadas de la existencia de distintas posibles *funciones objetivas* (2.1), entendiendo por tales las diferentes orientaciones de los actores, como serían la búsqueda de eficiencia en el uso recursos o la maximización de la calidad, así como la existencia de motivación en los prestadores o la búsqueda de rentas. Creo que la derivación de beneficios debe atender a una particular función objetivo y las consecuencias que para el cumplimiento de las demás su maximización implica.

En primer lugar consideraremos las consecuencias en eficiencia y los beneficios que de ello se derivan, para luego centrarnos en la búsqueda de patrones de beneficios de la participación de privados en un contexto de selección adversa que procura la maximización de la calidad de la prestación. En este trabajo se intenta mostrar que, si bien inevitable, la participación de privados en defensa penal pública bajo el esquema de licitación por precio produjo muy poco beneficio en este escenario, y cuando lo hizo, no fue debido al diseño normativo *explícito* sino a la operación del mismo. Esa es la principal lección del modelo de licitaciones que se busca plasmar aquí, es decir, que lo beneficioso no está en el modelo de externalización en sí sino que proviene o resulta del funcionamiento del modelo mixto de prestación de defensa.

3.1. La tendencia al ahorro en costos de prestar defensa penal

Resulta lógico anticipar que la introducción de un sistema de licitaciones generaría directamente ahorros en la provisión del servicio que se licita. Las razones de este ahorro, como se verá, son posiblemente parte esencial y fundacional de las dudas que más tarde se posaron sobre el sistema mixto, específicamente sobre su capacidad de generar mejoras continuas a la calidad de la prestación, aunque no se vislumbraran con ese sentido por quienes las formularon.

En el primer ejercicio presupuestario para la nueva institucionalidad mixta de defensa en el año 2003 se programó un *costo unitario promedio* por causa de 96 mil pesos, mientras que

para el 9no llamado el precio unitario presupuestado fue de cerca de 72 mil pesos, lo que en pesos reales de 2003 corresponde a \$61.043, es decir un ahorro directo en costos para el Estado de 37%. En términos de competencia, el ahorro promedio entre precio de reserva y precio adjudicación es del orden del 16%. En otros términos, podemos decir que el sistema de licitaciones ha generado dos tipos de ahorro: el primero es debido a *información*, es decir, la presupuestación anual se nutre del principio de *revelación* en licitaciones (transparentar o revelar costos es la estrategia preferida por el actor en cualquier escenario); y, por otro lado, la competencia por lo que se licita genera, a su vez, un ahorro en precios debido a la orientación intrínseca del proyecto privado a la reducción de costos. Este último ahorro depende fuertemente de dos variables clave: la intensidad de la competencia en la respectiva zona de licitación, y el tipo de la misma.

En efecto, los tres primeros procesos licitatorios se realizaron bajo un modelo de bases diferente a los siguientes, según se señaló anteriormente. Este cambio normativo tuvo un fuerte impacto en el ahorro, y puede decirse que es el principal factor explicativo del porcentaje de ahorro en los precios de adjudicación de la defensa penal pública, como se observa de la presentación de la siguiente *regresión* del porcentaje de ahorro por proceso en el número de proponentes, la existencia de competencia en la zona (ya sea total o imperfecta), y una variable dicotómica que identifica un proceso con competencia solo en precios. La siguiente **Tabla 4** resume los resultados hallados:

Tabla 4: Resultados de regresiones de Porcentaje de Ahorro en Intensidad de la Competencia y Tipo de la misma usando datos de 9 procesos licitatorios

Variable Dependiente: porcentaje de ahorro en precios adjudicados respecto del precio de reserva				
Regresores	(1)	(2)	(3)	(4)
Número de proponentes	0,029** (0,004)	0,023** (0,004)		0,005 (0,004)
Tipo de Competencia (dummy)		0,140** (0,019)	0,124** (0,017)	0,123** (0,017)
Intensidad de la competencia (dummy)			0,158** (0,015)	0,147** (0,018)
Intercepto	0,085** (0,014)	-0,004 (0,018)	-0,013 (0,015)	-0,017 (0,016)
Estadísticos de resumen				
Error estándar de la regresión	0,13791	0,12444	0,10965	0,10959
R cuadrado ajustado	0,177	0,330	0,480	0,480
Número de observaciones	226	226	226	226
Estas regresiones fueron estimadas usando datos sobre precios de oferta de 226 propuestas adjudicadas en 9 procesos licitatorios. Errores estándares figuran entre paréntesis. Los coeficientes son estadísticamente significativos al **1% de nivel de significancia.				

El cuadro muestra la relevancia del tipo de competencia y de la intensidad de la misma en el ahorro final. La primera regresión (1) testea la hipótesis de que el *número de proponentes* por licitación es clave para determinar el porcentaje de ahorro. Los resultados muestran que ello no es así; ya que si bien el coeficiente para el número de proponentes es

significativo, estaría explicando una parte muy baja del ahorro promedio, dejando el resto del efecto de ahorro inexplicado en el intercepto. Al incluir posteriormente (2) una variable dicotómica sobre el *tipo de competencia*, es decir, si se trata de competencia solo por precio o que incluye aspectos técnicos, el *número de proponentes* pierde algo de su impacto y la bondad de ajuste del modelo (el “R” cuadrado ajustado) aumenta, lo que quiere decir que esta formulación es mejor que la primera. La sustitución de la variable ‘*número de proponentes*’ por una que identifica los casos de ‘*competencia total por la torta*’ solo mejora el modelo, manteniendo las dos variables significativas y explicando casi todo el ahorro en costos. El “R” cuadrado también cambia en esta formulación (3) aumentando de 0,33 a 0,48. La última regresión (4) vuelve a considerar el número de proponentes de la licitación como variable explicativa, pero su inclusión no arroja ganancia alguna al modelo y el coeficiente de dicha variable se vuelve no significativo estadísticamente.

La importancia de este análisis radica en que permite identificar aspectos clave para el análisis que van en línea con la teoría. En primer lugar, la competencia de factores técnicos genera un efecto al alza en los precios de adjudicación, ya que racionalmente el oferente elige la mejor combinación de cualidades técnicas y precio para presentar su oferta. A la inversa, la falta de ponderación de aspectos técnicos deja en manos del precio toda la decisión, de allí la presión a ofertar en base a los costos, y a reducir éstos. La teoría de licitaciones concluye que este mecanismo lleva a un precio de mercado, en que el valor del bien o servicio es el mismo que su costo económico. Si consideramos la teoría a la luz de lo observado en las regresiones mostradas es fácil deducir que en presencia de competencia por el total de lo que se licita, la presión a la eficiencia es mayor y podemos sostener, sin mucho temor a equivocarnos, que en estos casos el precio de licitación es el costo de prestar el servicio.

Bajo estas condiciones de competencia resulta lógico que los abogados emprendedores, como agentes racionales económicos que son, deban ajustar sus propuestas por el lado de su costo más importante: las remuneraciones de los abogados y profesionales de apoyo. No es extraño entonces que surjan empresas de servicios de defensa que buscan aprovechar las economías de escala, lo que lleva a que las ofertas de regiones como Biobío o Metropolitana muestren precios que son, a ojos de muchos, algo preocupantes. Y es que además de los bajos precios por causa, cerca de 45 mil pesos por ejemplo, se debe considerar que este precio es único cualquiera sea la forma de término o, más importante, la duración de la causa.

Una diferencia notable se produce entonces entre los licitados del nuevo (vigente) sistema con los del esquema anterior. En el primer modelo, que podemos llamar, de competencia mixta, en el que se premiaba no solo ciertas condiciones técnicas, sino también el ‘proceso de fijación de precio’, el efecto en las remuneraciones de los abogados no es directo, ya que quien es más osado en la formulación de la oferta puede hacer mayores concesiones a la remuneración de los profesionales. En la práctica se ha observado por Nuñez y Rivera (2006) que distintas empresas tenían mecanismos de incentivo monetario directamente orientado a la consecución de los fines de la empresa, por lo que ellas traspasaban a los abogados el incentivo al término de las causas y en la forma más conveniente económicamente, compartiendo el riesgo por el precio final a pagar, lo que llevaba necesariamente a mejores remuneraciones.

Es evidente que la competencia por precio produjo un ahorro de los recursos para el Estado, objetivo que es plenamente concordante con una orientación a la maximización en el uso de los recursos, pero tiene efectos en la calidad de la “selección” de los abogados defensores. En este esquema la *repetición* de la maximización por parte del privado lleva a una tendencia de baja de costos constante, que puede verse en la Tabla 1, lo que unido a la baja de precios de reserva lleva a la selección de prestadores de más bajo costo. Teniendo presente la relación existente entre costo y habilidad de los prestadores, el *pool* de defensores más expuestos a la competencia es, en promedio, de más baja habilidad que los no expuestos a competencia.

Esta intuición parece confirmada según los datos del sitio web **futurolaboral.cl**, desarrollado por el Servicio de Información de la Educación Superior (SIES) de la División de Educación Superior del Ministerio de Educación, y que renueva anualmente información sobre ingresos y dispersión que obtienen los egresados de carreras profesionales y técnicas después de titularse. Según esta información, en el año 2009 el ingreso promedio esperado al primer año de titulación de un abogado era de \$878.681; mientras que el 25% inferior podía esperar \$433.167, el 25% superior \$1.152.998, y el 10% superior \$1.704.118. Es decir, del total de titulados en 2005 y 2006, tan solo el 10%, es decir, cerca de 200 abogados ganaban más de M\$1.700 al mes. Por otra parte, al quinto año de titulación, el ingreso promedio era de \$1.726.665; el 25% inferior ganaba \$969.732, el 10% inferior \$572.981, y el 25% superior los \$2.327.005. Solamente un 10% de los titulados en 2000 y 2001 ganaba más de \$3 millones mensuales.

En contraposición, para el año 2010 la remuneración líquida de un defensor local recién iniciado o reemplazante de defensor local varía entre de \$1.700.000 y \$2.000.000. Considerando la información que disponemos de remuneraciones de abogados en ambientes de competencia (bordeando los 600 mil pesos), es evidente que es muy difícil que los abogados de las propuestas más eficientes tuviesen más de 5 años de experiencia o estuviesen en el rango superior de la población, ya que esa remuneración es llamativa para una porción de abogados recién titulados o el 10% más bajo con 5 años de experiencia, es decir, un abogado con menor habilidad.

Por el contrario, los abogados jóvenes por sobre el promedio podían formar parte de una propuesta (promedio esperado de \$878.681), aunque el incentivo al cambio de trabajo una vez conseguido el reconocimiento es altísimo.

El ejercicio de optimización muestra entonces la imposibilidad de este esquema de pervivir a la larga, ya que la baja calidad de la prestación promedio altera el precio que están dispuestos a pagar los consumidores por este servicio público, y si la calidad forma parte de la función de bienestar, entonces tendríamos una disminución del bienestar social.

3.2. La búsqueda de calidad de defensa bajo selección adversa de prestadores

En lo que sigue de este trabajo se explora una forma de hacerse cargo del problema de selección adversa que genera la competencia por precio según se ha señalado. Para ello es importante que se reconozca la diferente habilidad de los prestadores y la diferencia en la intensidad en el uso del recurso de los distintos tipos de causa. Si podemos permitirnos destinar recurso *poco calificado* a la atención de casos más fáciles, entonces existe una

salida a esta trampa de la selección. Ello porque en este escenario lo que se mejora es la calidad agregada del sistema mixto. Los vehículos por los que en teoría se puede producir estas *transacciones* no pueden explorarse aquí sin riesgo de pérdida de foco, por lo que se tratará de la forma más sencilla posible.

Se ha señalado anteriormente que los servicios externalizados de defensa penal son un bien sensible a la calidad sujeto a problemas de asimetrías de información. Por tratarse de un servicio personal especializado, existe el riesgo de que el defensor no dedique todo el esfuerzo que debería a la labor encomendada. Esto no se resuelve con la dictación de instructivos sobre estándares de defensa o el establecimiento de sanciones más drásticas en los contratos. El problema de riesgo moral se produce en un escenario en que el esfuerzo no es observable y tampoco el producto o resultado derivado de ese esfuerzo, ya que en ese caso sería posible establecer un sistema de pago asociado al resultado.

Por otro lado, este fenómeno es propio de los abogados (entre otras profesiones por supuesto) y no únicamente de los defensores licitados. Sin embargo, existe una importante diferencia entre los defensores locales y los licitados, y es que los primeros son mucho mejor pagados. Como puede observarse de los datos antes mostrados, un defensor local debe estar entre el 10% o 20% de los abogados mejor pagados (más hábiles) de la promoción que se titula, lo que al menos es una garantía importante para la calidad del servicio entregado. Si además consideramos que muchos de los profesionales son jóvenes y posiblemente motivados, tenemos que existe la posibilidad de que ellos actúen como control observante de lo que hagan sus pares licitados.

Del razonamiento anterior se deduce derechamente que si el defensor *motivado* tiene en su poder la decisión de asignación de causas pueda hacerlo de tal manera de asegurarse un resultado agregado para la zona o localidad adecuado. Para ello requiere necesariamente identificar la existencia de abogados menos hábiles a más bajo costo y generar un patrón de especialización beneficioso para el imputado.

Para profundizar en esta posibilidad debemos enfrentar el problema de la forma de medición del resultado de desempeño, que es lo se aborda en el siguiente apartado.

3.3. La medición del esfuerzo a la calidad a través de la productividad

La mayor parte del problema de evaluación en este caso proviene de la dificultad de observar y verificar la calidad, no solo debido a las muchas dimensiones del concepto mismo y sus determinantes, factores exógenos tales como el esfuerzo y convicción de jueces y fiscales, la fortaleza del apoyo de la autoridad regional, la carga de trabajo del defensor, para nombrar solo algunos. Muchos de estas variables son controlables si tuviésemos una medida de calidad disponible. Pero no todas las medidas de desempeño son válidas. Así, el inherente sesgo para no sancionar funcionarios públicos, los criterios de focalización de las inspecciones internas y la inevitable falta de representatividad en la selección de casos para ser auditados externamente, impiden evaluar válidamente el impacto de la participación privada en la calidad de la defensa.

No obstante, en un contexto de asimetrías de información, donde el esfuerzo no es verificable, la cantidad e intensidad de este esfuerzo puede afectar la probabilidad de distribución de la calidad entregada a un conjunto de causas dado. En otras palabras, la

calidad observada en un caso particular tiene dos componentes: esfuerzo y suerte. Sin un incentivo específico a esforzarse en una dirección en particular, el esfuerzo se distribuye entre las tareas necesarias para un conjunto dado de casos, de una forma que no es necesariamente dependiente de los requerimientos de calidad. Podría estar, por ejemplo, orientada por preferencias personales, requerimientos de la autoridad o la dificultad intrínseca del caso. Si, por el contrario, un agente pone más esfuerzo en la forma en que su conjunto de casos es conducido, este esfuerzo afectará positivamente la distribución de probabilidad de los resultados y por tanto, el resultado global puede ser de mayor calidad. Pero, si el nivel de esfuerzo desplegado depende de la habilidad, aquellos abogados más hábiles (condicional al incentivo enfrentado) pueden con más probabilidad producir una defensa de calidad.

Una forma directa de medir el nivel de esfuerzo desplegado es la observación del incremento en productividad. Debido a que la productividad es también condicional al esfuerzo desplegado y a la dificultad del conjunto de casos atendidos, un incremento en el esfuerzo puede llevar a un incremento de la calidad. Este supuesto es necesario para el ejercicio que sigue, ya que propone que, debido a las diferencias inherentes en habilidades provenientes de la selección, los abogados licitados pueden ser destinados a labores de más fácil realización, *v.gr.* casos con menor complicación en base al tipo de delitos, las posibilidades de discusión del caso o necesidad de investigación adicional, entre otros aspectos. Estas variables no son fácilmente determinables *a priori* por lo que la “especialización” debe ser hecha por un experto, en este caso, el componente público del sistema. ¿Cómo afecta la productividad esta forma de asignación de casos? Sostenemos que debido a esta mejor distribución de las necesidades de esfuerzo, la productividad agregada de la zona en que se da la especialización debiera ser mayor que la productividad en que dicha especialización no se puede producir.

Se ha mostrado anteriormente que las medidas de productividad entre los dos tipos de defensores son diferentes. Así, como se observa en la Tabla 3 *supra* los defensores licitados son más rápidos en terminar las causas, cualquiera sea su tipo de término. Esto no debiera sorprender considerando que los prestadores son pagados una vez terminada la causa. Pero como se señaló en el párrafo anterior, la diferente composición de la distribución de necesidades de esfuerzo debiera tener un impacto en dichas medidas agregadas. La **Tabla 5** siguiente busca distinguir la productividad de tres tipos diferentes de escenarios, cuyos resultados se explican más abajo:

- El primero está dado por aquellas zonas con baja proporción de licitados, entendiendo por tales aquellas en los ingresos de imputados en el trimestre respectivo atendidos por licitados es menor al 30%. En este caso, si las zonas se comportan esperadamente igual a las demás, no es factible la especialización, por lo que la productividad agregada debiese ser menor.
- El segundo grupo es el de las zonas con una mayor proporción de licitados que locales, en cuyo caso tampoco es posible la especialización, pero el incentivo de los privados a terminar las causas debiese verse representado en una mejor productividad agregada.

- El tercer grupo es aquel de las zonas que tienen una equilibrada participación de locales y licitados, esto es, entre el 31% y el 85% de las causas son atendidas por licitados. Estas zonas, debido a que es posible la especialización, debieran mostrar mejores resultados.

Tabla 5: Medidas de productividad agregadas en zonas de licitación

Test de medias para medidas de productividad y desempeño agregadas en causas terminadas entre 2006 y 2009, por trimestre.				
	Zonas con baja proporción de licitados	Zonas con alta proporción de licitados	Zonas con equilibrada participación de locales y licitados	Todas las zonas
Duración de tramitación de causas	225,4**	219,4**	155,6**	174,0
Duración de términos previos a un juicio	225,2**	196,4**	134,8**	154,2
Duración de términos en juicio oral	354,6**	343,9**	303,1**	315,0
Duración de términos en procedimiento simplificado	168,5**	167,3**	123,4**	135,9
Duración causas con imputado en prisión preventiva	249,1**	248,5**	202,7**	215,5
Duración de causas de crimen	253,5**	252,3**	203,1**	217,0
Número de absoluciones	8,3**	11,6**	18,4**	16,2
Número de condenas menores a solicitud de Fiscalía (1)	43,4**	68,3**	108,6**	95,7
Estos cálculos corresponden a pruebas t-test para medias de muestras independientes con un panel de datos de medias obtenidas para defensores en la zona respectiva para cada trimestre en el periodo de 2006 a 2009, ** implica diferencia estadísticamente significativa distinta de cero al 95% respecto del resto de las zonas,				

En el análisis por tipo de procedimiento de términos se observa que las zonas del grupo 3 son efectivamente mejores que las demás y que el valor agregado de todas las zonas. En otras palabras, el análisis quiere mostrar que allí donde existe una composición más equilibrada de prestadores públicos y privados el resultado agregado es mejor que: 1) el desempeño agregado de la defensa penal pública, reduciendo un 11% los tiempos totales de duración de las causas, un 13% el tiempo de tramitación de los casos que terminan en forma previa a un juicio oral, y en menor medida, solo un 4%, los tiempos de tramitación de las causas que terminan en juicio oral; y 2) el desempeño de aquellas zonas con una gran participación de abogados licitados, que son quienes tienen mejores tiempos de tramitación de causas.

Esta disminución de tiempo es posible gracias a una mejor (re)distribución de los esfuerzos, de acuerdo a la habilidad de los abogados. Asimismo, y como afirmáramos en el punto 2.3, existe incluso una diferente habilidad de abogados licitados, producto del diferente escenario enfrentado en la licitación y derivado, directamente, del nivel de remuneraciones del mismo. Para ello la **Tabla 6** siguiente muestra las mismas medidas agregadas de

productividad distinguiendo las zonas según si ellas presentan una importante cantidad de prestadores que enfrentaron competencia en la licitación, o una menor cantidad de los mismos.

Tabla 6: Medidas de productividad agregadas en zonas de licitación, según intensidad de la competencia

Test de medias para medidas de productividad y desempeño agregadas en causas terminadas entre 2006 y 2009, por trimestre,				
	Zonas con alto índice de competencia (todos los licitados enfrentaron competencia)	Zonas con índice moderado de competencia (más del 50% de los licitados enfrentó una licitación competitiva)	Zonas con bajo índice de competencia (menos del 50% de los licitados enfrentó una licitación competitiva)	Zona sin competencia (ninguno de los licitados enfrentó licitación competitiva)
Duración de tramitación de causas	129,5**	180,3**	171,6	237,6**
Duración de términos previos a un juicio	106,8**	156,0**	157,2**	221,9**
Duración de términos en juicio oral	290,7**	345,8**	317,1	341,5**
Duración de términos en procedimiento simplificado	106,7**	146,7**	129,7	173,8**
Duración causas con imputado en prisión preventiva	183,0**	233,8**	221,1	259,4**
Duración de causas de crimen	183,3**	246,2**	230,7**	254,3**
Número de absoluciones	19,3**	13,2**	23,2**	12,6**
Número de condenas menores a solicitud de Fiscalía (1)	116,3**	77,4**	129,1**	71,3**
Estos cálculos corresponden a pruebas t-test para medias de muestras independientes con un panel de datos de medias obtenidas para defensores en la zona respectiva para cada trimestre en el periodo de 2006 a 2009, ** implica diferencia estadísticamente significativa distinta de cero al 95% respecto del resto de las zonas,				

Creo que los datos confirman la hipótesis con firmeza, por cuanto las diferencias de productividad son siempre a favor de las zonas que tienen una mayor proporción de licitados sujetos a competencia. Son precisamente este grupo de licitados los que se ven afectados por los incentivos a la reducción de costos y donde es altamente probable la diferencia de habilidad entre prestador público y privado. Y es precisamente esta diferencia de habilidad la que justifica, en una institución orientada a la calidad de la prestación, la especialización basada en racionalización de los esfuerzos.

3.4. Testeando la robustez de los hallazgos

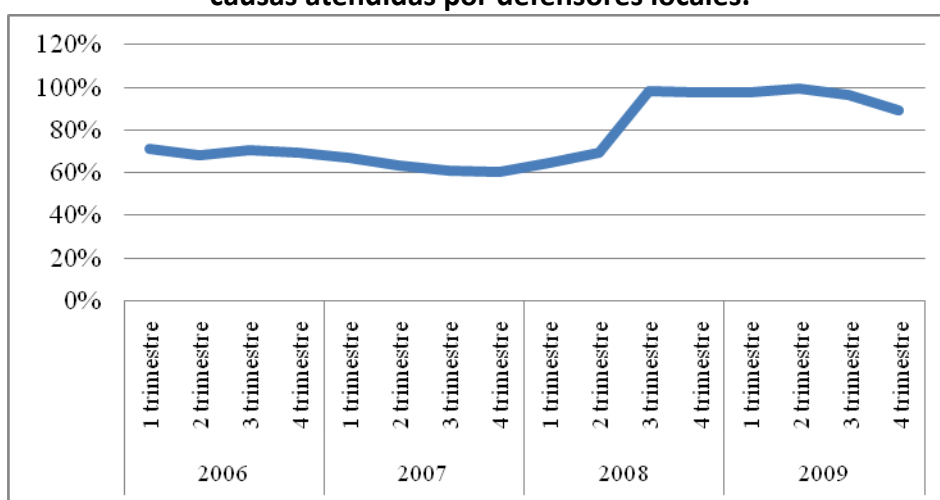
El mejor escenario de evaluación de políticas o intervenciones lo constituye la existencia de un grupo de control. En nuestra evaluación el grupo de control, el que no se ve enfrentado a los incentivos privados y por tanto no existe disparidad intrínseca de habilidades entre los abogados defensores, se produce en el caso de las zonas sin licitados. Pero dichas zonas son muy pocas en el país y coinciden en general con localidades muy particulares; particularidades que pueden efectivamente determinar los resultados en productividad más que la propia habilidad de los defensores.

Afortunadamente tenemos otra posibilidad de control, que ayudará a confirmar los resultados mostrados en la sección anterior.

La especialización de casos significa, en la práctica, la asignación a defensores licitados de una mayor cantidad de causas con posibilidad de término rápido, a fin de concentrar en los defensores locales los casos más difíciles o de más larga duración esperada. El **Gráfico 1** siguiente nos muestra que el indicador relativo de duración de causas ha ido variando en el tiempo:

Gráfico 1.

Duración promedio de causas de los defensores licitados relativa a la duración de las causas atendidas por defensores locales.



Fuente: Elaboración propia sobre base proporcionada por la DPP.

Este quiebre en la tendencia tiene una explicación interesante. En el año 2008, la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda limitó la cantidad de causas sencillas (causas que terminan en una única audiencia) que podían absorber los defensores licitados. Dicha medida se justificó en atención a que se estimaba una pérdida de recursos pagar a los licitados por causas que no requerían mucha actividad de defensa. La introducción de un indicador de desempeño en el esquema de presupuesto por resultados, orientado a demorar las causas en los licitados, es una demostración de la fricción entre dos objetivos (funciones objetivas) igualmente válidas, pero en abierta contradicción. En efecto, la limitación de causas que podían terminar los licitados en primera audiencia impedía, en los hechos, la especialización. Y sin especialización es de esperar que los indicadores de productividad empeoren, lo cual se puede observar con claridad en la **Tabla 7** siguiente:

Tabla 7: Medidas de productividad agregadas en zonas de licitación, según periodo de termino de la causa

Test de medias para medidas de productividad y desempeño agregadas en causas terminadas para los periodos 2006-2007 y 2008-2009, por trimestre,				
	Todas las zonas		Zonas con competencia y equilibrada cantidad de locales y licitados	
	Periodo 2006-2007	Periodo 2008-2009	Periodo 2006-2007	Periodo 2008-2009
Duración de tramitación de causas	182,9	166,6	119,7	132,2
Duración de términos previos a un juicio	165,6	144,7	97,5	109,4
Duración de términos en juicio oral	303,9	324,3	258,8	308,4
Duración de términos en procedimiento simplificado	139,6	132,8	96,9	111,1
Duración causas con imputado en prisión preventiva	224,7	207,8	169,5	187,6
Duración de causas de crimen	223,8	211,3	167,9	190,3
Número de absoluciones	12,6	19,2	15,8	23,0
Número de condenas menores a solicitud de Fiscalía (1)	85,5	104,2	115,6	125,6
Todas las diferencias son significativas estadísticamente al 95% de nivel de confianza, Cálculos realizados mediante pruebas t-test para medias de muestras independientes con un panel de datos para cada zona en cada trimestre del periodo entre 2006 a 2009,				

La diferencia en las medidas de productividad es notoria. De hecho, se observa que se disminuye entre los periodos 2006-2007 y 2008-2009 el tiempo general de tramitación de las causas, los términos previos a un juicio oral y los de procedimiento simplificado. Pero lo más notable es que dicha relación se invierte si consideramos únicamente las zonas donde la especialización ha producido mejores resultados. Es evidente que el deterioro en los tiempos de tramitación para esas zonas confirma que la especialización produce buenos resultados, y que ella proviene de la existencia de prestadores con diferente habilidad, lo que es a su vez, consecuencia directa de la licitación competitiva.

4. Conclusiones

En literatura relacionada con políticas públicas suele ser fundamental que la evidencia mostrada de el o los casos de estudio arroje algunas lecciones posibles de aprender y retener por los futuros implementadores de iniciativas similares. La literatura jurídica no tiene un concepto para este tipo de recomendaciones, las que usualmente no caben en ella desde un punto de vista hipotético. La literatura económica, por su parte, sí se enfoca en la extracción de lecciones o implicancias de política pero de una forma un poco más restrictiva: las conclusiones generales son posibles si el modelo de análisis es un modelo válido externamente; las conclusiones específicas al caso concreto son contundentes si el modelo es válido internamente. Ambos conceptos metodológicos relevan la importancia, por un lado, de que en el modelo de análisis se consideren todas las variables pertinentes, que las conclusiones sean observadas y explicadas y no extrapoladas ligeramente, y que el modelo haya sido testeado en relación con posibles explicaciones alternativas; y, por el otro, que el modelo considere variables que no sean demasiado específicas al caso concreto, ni que tengan un comportamiento muy diferente real y esperado.

En primer lugar, es evidente que el contenido ideológico del debate sobre externalización y tamaño del Estado tiñe normalmente el análisis de este tipo de iniciativas. Ello significa que se debe evitar en forma *a priori* generalizar sobre esto. Asimismo, la mayor parte de las políticas no son nunca sometidas a evaluación durante su implementación, por lo que los beneficios son difíciles de cuantificar. El mismo análisis llevado a cabo permite comprobar esta tendencia. A pesar de la evidente ganancia en costos para el Estado derivada del sistema mixto de defensa, la observación directa de deficiencias concretas en el desempeño y habilidad de los abogados impide que la evaluación se haga en forma honesta.

El estudio que se ha presentado muestra la existencia de condiciones heterogéneas en los mercados locales que condiciona, teóricamente, la respuesta de estos prestadores a ciertos estímulos. Así, distinguimos claramente que la competencia efectiva en precios presiona por una estrategia hacia la reducción de costos: los abogados de las zonas con competencia tiene en promedio una menor remuneración o ganancia que los abogados de las demás zonas. Una consecuencia importante de lo anterior es que si la autoridad quiere incentivar por mejores remuneraciones debe preferir una menor competencia basada en precios.

Por otro lado, la prevalencia de prestadores licitados también afecta a los posibles prestadores, ya que ello determina la posibilidad de existencia de patrones de especialización, que alivian y ajustan la carga de trabajo de los defensores. De ello se sigue que las zonas con poca participación de abogados licitados tienen muy poca capacidad para distribuir causas según complejidad. Las zonas que solo cuentan con defensores licitados tienen una orientación clara al término de la causa.

La inclusión de estas variables le otorga validez interna al modelo de evaluación, ya que asegura que la mayor parte de las variables relevantes ha sido considerada. Que el modelo sea válido internamente es ya una poderosa conclusión, en tanto reafirma los resultados de los test estadísticos, y por consiguiente se puede afirmar con cierta seguridad “estadística” que la participación de privados es beneficiosa cuando ésta se produce en una zona o localidad con una proporción equilibrada de defensores locales y, además, los prestadores licitados han enfrentado un escenario de competencia por precios.

El paso siguiente consiste en construir una buena historia explicativa basada en la evidencia y teoría, la que podría escribirse de la siguiente manera. Un sistema de licitaciones basado en precios no favorece la selección de prestadores más hábiles y el cumplimiento de las condiciones ideales de funcionamiento eficiente de licitaciones presiona por una inversión en ahorro en costos que va en desmedro de la inversión en mejorar la calidad de la prestación. En la práctica ello se traduce en salarios más bajos y ninguna orientación a la mejora de la productividad, es decir, no se puede negar la hipótesis de que el esfuerzo desplegado es *constante* en los abogados seleccionados.

Por otro lado, los incentivos económicos actúan fuertemente sobre la capacidad de término de causas de los defensores licitados. Cualquiera sea la medida que se utilice, los defensores licitados en promedio siempre terminan las causas antes que los locales. Ello quiere decir *a contrariori*, que los esfuerzos de los defensores locales o bien no están en el término anticipado de las causas o la naturaleza y/o cantidad de las que asumen es de muy diferente complejidad. Las dos hipótesis que se plantean aquí son cruciales a mi entender para la posibilidad de beneficios que opera bajo las condiciones de licitados que se han descrito en este trabajo.

La primera hipótesis postula que los defensores locales, al estar más motivados y ser más hábiles que los licitados, y i) debido a su interés en la mejora de la calidad, se detienen lo suficiente en el caso para entregar la defensa correcta; y ii) la cantidad de trabajo que tienen les fuerza a dedicar un poco más de tiempo del necesario a la causa. Estos dos efectos son copulativos, actúan en el mismo sentido, y por tanto explican la gran diferencia en el promedio de término de causas. En este escenario la participación de privados no es beneficiosa para el imputado: los licitados no pueden absorber demasiada carga de trabajo (no liberan recurso local especializado) y la que asumen la terminan antes de tiempo. Ello parece evidente cuando se analiza el promedio de términos en casos que terminan antes del juicio oral. No solo la proporción es mayor que en el caso de los defensores locales sino también el tiempo promedio de duración de esas causas. Que las causas terminadas en procedimiento simplificado se demoren menos en licitados no arroja en verdad ganancias.

La segunda hipótesis es posiblemente la que entrega mayores posibilidades de atribuir ventajas a la participación de privados. De acuerdo con ella los licitados tienen una carga menor o más fácil de causas que tramitar. Ello hace que puedan terminar antes sus causas que los locales. Si consideramos que los licitados tienen en promedio menor habilidad que los locales, no asignarles demasiada carga sino casos menos complejos, con menos aristas y riesgo de no poder ejercer la defensa de calidad que se busca, la distribución de tareas es, entonces, eficiente y orientada derechamente a la maximización del bienestar social.

Si ello es así, la productividad agregada de las zonas en que se da esta especialización debiera ser mejor que aquella en que no se da. Ello porque la especialización en la distribución del trabajo significa una disminución del tiempo de las causas fáciles y también de las más difíciles, ya que los locales no deben asumir asuntos que les quitan tiempo, salvo que los licitados puedan asumir una proporción muy baja de la carga total de trabajo. Es decir, la hipótesis plantea que en una zona mixta de locales y licitados, en que estos últimos son menos hábiles, con mayores proporciones de carga de trabajo, la productividad agregada de dicha zona será mejor que la de aquella con únicamente defensores locales o con una proporción muy baja de licitados. En las zonas en que existen únicamente licitados,

el resultado será aleatorio y dependerá en definitiva, de las características de la prestadora, sus capacidades instaladas (que pueden deducirse de las condiciones de competencia) y la orientación a la mejora (que depende del precio finalmente adjudicado).

En consecuencia, es evidente que las posibilidades de participación beneficiosa son limitadas. Ellas dependen de características muy específicas del mercado y los proponentes, de la conformación de la oferta de defensa y de la decisión de la autoridad regional o local de favorecer un patrón de especialización basado en habilidades. Como se ha dicho anteriormente, las restricciones externas impuestas por la DIPRES han dificultado la aplicación de un modelo de esta naturaleza. La introducción en el año 2008 de un indicador que tenía por objeto evitar precisamente la especialización por habilidades debe ser considerada una iniciativa *nefasta* para la calidad del servicio de defensa. Afortunadamente la Defensoría ha podido desprenderse al menos en parte de esta presión. Pero esta *actitud institucional* solo tiene sentido en un servicio orientado a la mejora de la calidad, lo que creo, es una de las principales conclusiones a extraer de la experiencia de funcionamiento del sistema mixto.

Referencias

- BAYTELMAN, A. y DUCE, M. (2003). *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena. Estado de una Reforma en Marcha*, Santiago: CEJA. Recuperado de <http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/estudiosyproyectos/justicia-penal/seguimiento-de-las-reformas-penales>.
- BERGSON, A. (1938). A Reformulation of Certain Aspects of Welfare Economics. *The Quarterly Journal of Economics*, 52(2), 310-334.
- BINDER, A. (1993). Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina. En *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BLANCO, R. et al. (2002). Estándares Básicos de Calidad para la Prestación del Servicio de Defensa Penal Pública. *Colección de Investigaciones Jurídicas*, 1.
- BLANCO, R. (2006). *La Reforma Procesal Penal en Chile. Reconstrucción histórico-política sobre su origen, debate legislativo e implementación*. Sin publicar, Santiago, Recuperado de <http://larc.sdsu.edu/humanrights/rr/Chile/JJR.html>
- CEJA (2008), *Reformas Procesales Penales: Resultados del Proyecto de Seguimiento*, Santiago. Recuperado de http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/RPP_V.pdf
- CEJA (2006). *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, Santiago. Recuperado de http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/MANUALDEDEFENSA_completo.pdf
- CORDERO, L. (2007). ¿Por qué nos debe importar el control de gestión y por resultados en el Derecho Administrativo?. *Revista de Derecho Administrativo*, 1.
- DIXIT, A. (2002). Incentives and Organizations in the Public Sector: An interpretative Review. *Journal of Human Resources* 37 (4), 697-726.
- HART, O. (2005). *Firms, Contracts and Financial Structure*, Oxford: Oxford University Press.
- HORVITZ, M.I. (2002). Estándares de prestación de Defensa penal pública. *Revista de Estudios de la Justicia*, 1, 189-213.
- LAFFONT, J.J. and TIROLE, J. (1993). *Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge: MIT Press.

- LETÉLIER, C. (2005). Las licitaciones de defensa penal pública en el Nuevo Proceso Penal Chileno. *Serie Estudios de Caso Magister en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile*, 85.
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2007). ¿Defensoría laboral o Vouchers en Justicia?. Recuperado http://www.libertadydesarrollo.cl/lyd/controls/neochannels/neo_ch3804/deploy/defensoria%20laboral%20web%20-%20pdf.pdf
- MAIER, J. et al. (1993). *Reformas procesales en América Latina*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago.
- MARCEL, M. (2000). Las Opciones para la Reforma del Estado en Chile. En VALDES, S. (ed,) *Reforma del Estado Volumen II: Dirección Pública y Compras Públicas*, Santiago.
- MOORE, M. (2005). Creating public value through private/public partnerships. *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. 2005.
- MORALES, A.M. y GALLEGUILLOS, F. (2004). El Sistema de Licitaciones Contractuales de las Defensas Penales Públicas en el Nuevo Proceso Penal Chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, 4, 197-209.
- PEÑA, C., CORREA Y VARGAS, J.E. (2001). El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia. *Cuadernos de análisis jurídico*, 42.
- RIEGO, C. (1999). Las reformas judiciales y la seguridad ciudadana. *Perspectivas*, 3 (1), 43-61.
- SALANIÉ, B. (2005). *The Economics of Contracts. A primer*, Cambridge: MIT.
- SOTO, M. (2002). En torno a los denominados estándares básicos que debe cumplir la defensa penal pública. *Revista de Estudios de la Justicia*, 1, 215-231.
- STOCK, J. y WATSON, M. (2007). *Introduction to Econometrics*, Boston: Pearson Education.
- STREETER, J. (2002). Ciencia del Derecho, *Estudios Públicos*, 86.
- TAVOLARI, R. (2002). Estándares básicos de actuación de la defensa penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, 1, 233-257.