

ENTREVISTA AL ASESOR PARA EL PROCESO
CONSTITUYENTE EN LA SECRETARÍA GENERAL DE LA
PRESIDENCIA, DON TOMÁS JORDÁN DÍAZ
¿CAMBIO EN LA CONSTITUCIÓN JUDICIAL?

1. **Para empezar, me gustaría que se refiera a algunos aspectos de su carrera profesional. Por ejemplo:**
- a. **¿Qué fue lo que lo llevó a estudiar Derecho y luego realizar estudios de posgrado en materia constitucional?**

El tema vocacional está íntimamente ligado a una identidad familiar. Mi padre, en la ciudad de Linares, fue abogado de asociaciones campesinas para la reforma agraria y luego se desempeñó en los consejos de guerra bajo la dictadura militar, defendiendo personas que habían sido detenidas por militares. Crecí en un ambiente donde los temas jurídicos estaban estrechamente ligados a los asuntos públicos y el aporte a la sociedad.

En lo profesional, mi primer trabajo importante fue ser asesor legislativo para la reforma de salud durante el gobierno del ex Presidente Lagos, entre los años 2002-2004. Junto con co-escribir proyectos de ley y tramitarlos en el Congreso, me correspondió asesorar en la resolución de los problemas constitucionales que iban apareciendo durante la tramitación legislativa. A partir de ahí, el derecho público, y en particular el derecho constitucional, se transforma en mi especialidad.

- b. **¿En qué áreas se ha desempeñado?**

Mi mundo preeminente ha sido el público, ligado a derecho constitucional y administrativo. He sido asesor de seis ministros de Estado en estas materias. También soy profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Alberto Hurtado. Hoy, luego del segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, volví a ejercer privadamente en una oficina especializada en derecho regulatorio.

Como señalé antes, asesoré legislativamente la reforma de salud impulsada en el gobierno del ex Presidente Lagos. Luego, fui asesor constitucional y administrativo y jefe de la División Jurídica del Ministerio del Interior en el primer mandato de la Presidenta Bachelet. Ya en su

segunda administración, asesoré al Ministerio Secretaría General de la Presidencia en el diseño y ejecución de diversas reformas político-legales que modificaron las reglas del sistema de partidos y su financiamiento. El año 2014 fui miembro de la Comisión Asesora Presidencial que buscó elaborar una propuesta de reforma al sistema privado de salud, y en 2015 fui secretario ejecutivo de la Comisión Anticorrupción, conocida como Comisión Engel. Además, desde el año 2014 hasta marzo de 2018, coordiné el diseño y ejecución del Proceso Constituyente impulsando por la Presidenta Bachelet.

En el mundo privado he ejercido en materias de derecho público, informes y litigación constitucional y administrativa.

c. ¿Cuál ha sido su trayectoria y principales logros profesionales?

Entre los 27 y 30 años me tocó participar en la co-redacción y trámite en el Congreso de la ley que creó el Sistema de Garantías Explícitas en Salud y la nueva Superintendencia de Salud. El GES vino a establecer por primera vez una lógica de seguridad social a la salud en Chile y como derecho social exigible. En especial, me tocó participar en el diseño del modelo de exigibilidad de dichas garantías explícitas que tiene un nivel administrativo y otro jurisdiccional. Este modelo ha sido replicado posteriormente en otras normas y superintendencias. En la misma ley me correspondió crear las reglas de responsabilidad extracontractual del Estado en materia sanitaria, norma que permite cerrar la discusión entre responsabilidad objetiva o falta de servicio. El texto sigue el segundo modelo.

El otro logro fue la reforma política del gobierno pasado. Me tocó participar en el diseño y tramitación de los proyectos de ley vinculados a nuevas reglas del juego para los partidos y su financiamiento público; más democracia interna, y mayores niveles de control, transparencia y fiscalización por medio de un nuevo SERVEL como autonomía constitucional. Establecer nuevas reglas sistémicamente fue un desafío de proporciones y lo más importante en los últimos 40 años.

Junto con ello, pavimentamos el camino hacia el cambio constitucional que derriba el mito de que las democracias estables no pueden cambiar su Constitución, más aun a través de una etapa participativa única en la historia constitucional chilena, en que 204 mil personas discutieron sobre sus visiones constitucionales, quedando expresados en las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución.

d. ¿Cómo podría resumir su pensamiento en materia constitucional?

Republicano, democrático y social. La vida asociada se da en el espacio público, en los asuntos públicos y cultivando la amistad cívica. Creo fielmente en el juego de mayorías, el respeto a las minorías, y en el consenso y disenso político. Entiendo –como Hanna Arendt– que el pluralismo es la esencia de la política, no el antagonismo. El pluralismo, a través del diálogo deliberativo, nos permite ir en la búsqueda de los elementos constitucionales compartidos que regulan nuestra vida asociada. Esto forja lo que yo denomino “compromiso constitucional”. La Constitución es un acuerdo político y social, no una imposición de un sector sobre otro. A mi juicio, ese consenso comprende no solo las libertades (tesis clásica del liberalismo) sino también los derechos sociales.

e. ¿Cuáles son los hechos de la historia de nuestro país que más han influido en su visión constitucional?

Es muy interesante el periodo constitucional de la década de 1820-1830, en especial el proyecto constitucional liberal y federalista.

También todo el proceso democratizador que abarca desde la segunda mitad del siglo XIX hasta la década de los 70 en el siglo XX. El fortalecimiento de las instituciones democráticas y la ampliación del sufragio. Luego, la república democrática bajo la Constitución de 1925. El surgimiento del Estado social (la consagración de derechos sociales y la función social de la propiedad) y el afianzamiento de las libertades públicas. Me parece que el ciclo democrático y social que vivió Chile hasta 1973 formó, y nutre, gran parte de la cultura política y constitucional actual.

También influye el golpe de Estado y la ruptura constitucional. Este nos impone a los demócratas un compromiso inquebrantable, y sin dobleces, con el régimen democrático y los derechos humanos.

Usted se desempeñó como coordinador en el equipo programático del gobierno, que tenía por misión proponer una nueva Constitución para Chile.

f. ¿Qué función le correspondió realizar?

Me correspondió participar en dos ámbitos que están ligados. Por una parte, como asesor para el diseño y tramitación legislativa de las reformas políticas legales. En segundo lugar, fui asesor y coordinador del equipo que diseñó y ejecutó el Proceso Constituyente, es decir, la propuesta de la ex Presidenta Bachelet para el cambio constitucional.

Ambas reformas están vinculadas intrínsecamente, porque no es posible avanzar hacia una nueva Constitución sin un sistema de partidos y un Congreso re-legitimado. El Congreso tiene rol clave no solo en el sistema democrático sino que en todo cambio constitucional.

g. ¿Cómo llegó a desempeñar esa función?

En 2013 fui parte del equipo constitucional del comando presidencial de la ex Presidenta Bachelet. Este grupo, lamentablemente, no llegó a acuerdos en áreas tan importantes como el régimen político ni en el mecanismo de cambio a la Constitución. Ese fue su error.

Siendo así, se hizo necesario elaborar una nueva propuesta. Electo el gobierno, fui llamado por la ex ministra SEGPRES y actual senadora Ximena Rincón para hacerme cargo del diseño y ejecución de una fórmula para el cambio constitucional. Así nace el Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía.

h. ¿Qué podría comentarnos del trabajo realizado en este proceso constituyente?

Partimos de un diagnóstico que abarcaba tres cosas. Primero, que Chile estaba iniciando un nuevo ciclo político post-transicional que hoy vemos con mayor claridad. Segundo, que el cambio constitucional solo es posible en Chile si hay acuerdos políticos amplios y legitimidad social. La participación pública cumple un rol central en este segundo punto. Por último, y consecuencia de lo anterior, que nos falta un acuerdo constitucional fundante y compartido, cuestión que no hemos tenido, sino solo reformas parciales y coyunturales.

Así, desde marzo de 2014, iniciamos el trabajo de diseño. Básicamente la propuesta comprendía tres momentos: una etapa participativa (nunca antes desarrollada en materias constitucionales), concretada en 2016. Luego, la discusión constitucional en la sede constituyente que determinará el Congreso Nacional y que tendría como insumo la propuesta de nueva Constitución que envió la ex Presidenta Bachelet. La tercera instancia, y última, sería el plebiscito final ratificatorio.

i. ¿Cuál es su opinión de los participantes en esta labor?

Quisiera referirme a la etapa participativa. Esta ha sido una de las experiencias constitucionales más relevantes que se han realizado. Participaron 204 mil personas. A nivel comparado no existe un proceso participativo similar en el mundo, ni en número de participantes ni en cuanto a deliberación pública. Hoy es estudiado en todo el mundo.

Estuvimos el año pasado con la presidenta del Consejo Constitucional de Islandia –país que admirábamos por su proceso participativo–, y ella expresó su plena admiración por la etapa participativa chilena tanto por la cantidad de personas como por la forma en que se realizó. También la OCDE realizó un análisis exhaustivo del modelo chileno y señaló, por ejemplo, que los encuentros locales auto-convocados –que es una creación de la SEGPRES– eran una forma de democracia directa y deliberativa.

j. **¿Cuál sería su diagnóstico personal acerca de las debilidades y fortalezas de la Constitución en vigor?**

Hay que partir de ciertas cuestiones que me parecen indubitadas. Llevamos 38 años de discusión constitucional, con 40 leyes de reforma constitucional (la última en julio de 2018). Si aun así el asunto constitucional no se ha podido cerrar, hay un hecho también claro: la Constitución actual no nos identifica a todos. Esto no es mero capricho, sino que no ha existido un consenso constitucional constituyente, sino un texto no consensuado que se ha ido parchando progresivamente.

En concreto, la Constitución tiene graves falencias en el diseño y operación del régimen político presidencialista y en el modelo de derechos fundamentales. Es decir, la columna vertebral de todo texto constitucional. Sobre el régimen político, los grandes defectos del sistema son cuatro: primero, no permite realizar un gobierno de mayorías, pues el Ejecutivo está amarrado a la minoría del Congreso y el Tribunal Constitucional opera como tercera cámara en favor de esa minoría. Segundo, el Congreso es sede de cacicazgos individuales y no de partidos políticos fuertes con quienes el gobierno pueda lograr acuerdos. La negociación siempre es con cada parlamentario individualmente. Tercero, el modelo no tiene mecanismos de salida frente a un conflicto entre poderes y crisis sistémica. Cuarto, la ciudadanía no tiene ningún rol en el sistema político.

Sobre el modelo de derechos fundamentales, resumiría sus defectos en tres: primero, hay derechos que faltan, como el libre desarrollo de la personalidad, los derechos de las mujeres, de los pueblos indígenas o de los niños y niñas y adolescentes, derechos parte de constituciones más modernas. Las constituciones deben expresar los cambios culturales de los países, modernizarse. Segundo, hay un desequilibrio en la tratativa de los derechos donde la constitución económica es preeminente por

sobre los derechos sociales. Tercero, ligado a esto último, el mecanismo de tutela de los derechos es parcial, es decir, solo ampara algunos derechos, lo que ha llevado a la judicialización extrema del derecho de propiedad, el cual debe extremar su significado para tutelar otros derechos tales como salud o trabajo.

2. ¿Cuál sería su diagnóstico personal acerca de las debilidades y fortalezas de la Constitución en las materias relativas al Poder Judicial y en general a la función jurisdiccional?

El poder judicial debe estar asentado en un texto constitucional con base a un valor principal y dos principios básicos: el valor de la libertad y los principios de independencia judicial e imparcialidad del juez. Todos están ligados. El juez, primeramente, debe ser libre, gozar de autonomía en su rol. Fallar de acuerdo a los hechos y el derecho aplicable. Así concurre la independencia judicial que se extiende a dos áreas, una externa, donde debe regir el principio de separación de poderes e interdicción de la arbitrariedad, es decir, que el Poder Judicial debe ejercer su labor sin interferencia de terceros. En este sentido, no me parece correcta la atribución constitucional actual que tiene el presidente(a) de la República de velar por la conducta de los jueces. En el interno, el sistema judicial debe garantizar la independencia del juez. Así, se debe garantizar la ausencia de presiones o temores a la jerarquía judicial, y eso me parece que tampoco está bien resuelto.

La imparcialidad también tiene que ver con la libertad, pero opera en concreto, que el juez no tenga ningún prejuzgamiento en una causa. Esto es una garantía para la labor del juez y las partes en juicio.

3. ¿Qué opina sobre el planteamiento de introducir un Consejo Superior de la Magistratura u otro órgano equivalente de gobierno judicial?

En primer lugar, me parece que algo falla hoy en el modelo que la Corte Suprema tiene la dirección disciplinaria y correccional de los jueces. Inhibe una carrera judicial libre. Este es un tema de diseño institucional, no de quienes ejercen de jueces en la Corte Suprema. El diseño no garantiza la libertad al radicar en el superior jerárquico el control sobre los jueces. Esto genera una tendencia al disciplinamiento. Ello es claro, pues son los propios jueces inferiores quienes no están de acuerdo en ello y tienen propuestas al respecto. Lo viven día a día.

4. En relación con la pregunta anterior, consta en diversas publicaciones acerca del debate académico en relación con el proceso constituyente

(ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coord.). *Nueva Constitución y momento constitucional, visiones, antecedentes y debates*. LegalPublishing y Thomson Reuters, Santiago, 2013; SIERRA IRIBARREN, Lucas (ed.). *Diálogos constitucionales. La Academia y la cuestión constitucional en Chile*. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2015, y SIERRA IRIBARREN, Lucas (ed.). *Propuestas constitucionales. La Academia y el cambio constitucional*. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2016) que una proporción importante de profesores de Derecho Constitucional y Administrativo de destacadas universidades del país comparten la propuesta de introducir un órgano de gobierno judicial, llámese Consejo Superior o General del Poder Judicial, de la Magistratura o la Judicatura. En ello se observan las experiencias de países de la región como Perú, Colombia o México, y de naciones europeas como España, Francia o Italia. La propuesta fue vertida en el Programa de la candidatura de la ex Presidenta Michelle Bachelet (p. 22, documento consolidado) en términos de entregar el gobierno del Poder Judicial a “un órgano integrado pluralmente y nombrado por los poderes públicos democráticos y con el cual se relacionarán la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Academia Judicial”. De hecho, se llegó a la redacción de un articulado en el Programa de reformas constitucionales que el pre candidato presidencial Andrés Velasco aportó para las elecciones primarias de junio 2013, en el que se encomienda la superintendencia disciplinaria y económica sobre los tribunales de la República a un Consejo de la Justicia, conformado por nueve miembros con derecho a voto, de los cuales cinco serán elegidos por los magistrados de Cortes de Apelaciones y jueces, y cuatro serán designados por el Presidente de la República con aprobación del Senado, previa selección técnica. Se expresa en la propuesta constitucional de Velasco, además, que dicho órgano no podrá invalidar resoluciones jurisdiccionales en ejercicio de sus facultades disciplinarias.

- a. Respecto de los académicos que se oponen a la incorporación del referido órgano de gobierno judicial sustentando que no contribuye a la independencia judicial o que derechamente acarrea un riesgo para la misma, ¿cómo evalúa ese parecer?

Cuando uno diseña instituciones debe considerar dos cosas: el objetivo y el mecanismo para su logro. Un Consejo de la Magistratura es un buen instrumento para la independencia judicial solo si se diseña bien, es decir, si cumple su finalidad y evita que se transforme en un órgano

que replique los problemas del actual modelo o cree otros. En este último caso, por ejemplo, hay que evitar la captura del órgano. Me explico. Si solo lo integran jueces, es probable que ello ocurra porque serán solo los intereses de los jueces que logren una mayoría en el Consejo los que probablemente se impongan. Debe ser un modelo mixto: jueces y abogados externos que se renueven progresivamente. También hay que tener claro otros aspectos, como los quórum para sus acuerdos, la relación con los tribunales superiores y las materias que conocerán y no conocerán.

- b. **¿A qué atribuye la pérdida de la propuesta referida en el curso del proceso que culmina con el Boletín N° 11.617-07 que conduce el “Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República para modificar la Constitución Política de la República”?**

El proyecto de Nueva Constitución optó por habilitar al legislador para que este determine el mejor modelo para el gobierno judicial. Dispone que una LOC (que exigirá la mayoría absoluta en el proyecto de ley, no los 4/7 actuales) es la que regulará esta materia. Me parece que hay un asunto no resuelto entre la Corte Suprema y los jueces que debe ser tratado y deliberado en la discusión constitucional que se produzca, y ahí se examinará si el modelo de Consejo Superior tiene el consenso político suficiente para radicarse en la Constitución o será una ley que lo establezca.

- c. **¿Faltó compromiso ciudadano con el levantamiento de información en la llamada “Etapa Participativa” del proceso? ¿Qué podría haberse mejorado sobre este punto en relación con el diseño gubernativo del Poder Judicial?**

El Poder Judicial fue considerado como muy relevante en la Etapa Participativa. En el 4º lugar en los Encuentros Locales Autoconvocados y Cabildos. Pero también hay que señalar que hay aspectos muy técnicos, propios e internos de la institución judicial que la gente no conoce y no pudo pronunciarse. Así, deben ser particular y específicamente diseñados. Tal es el caso de cuál es el mejor gobierno judicial.

- d. **Según su parecer, ¿en qué fallamos los jueces en este nuevo capítulo de la lucha por separar las funciones de juzgamiento y gobierno judicial?** Creo que hay que comprender que el cambio constitucional es un asunto que ha estado en nuestro debate público por 38 años y que seguramente lo estará por un tiempo más. También que no es una cuestión

únicamente jurídica, sino parte del proceso político. De este modo, más que fallar en algo, mi análisis es que hay que seguir construyendo un consenso jurídico y político sobre su necesidad. No solo con los abogados constitucionalistas, sino también con los partidos políticos, las organizaciones vinculadas al tema judicial, con los tribunales superiores y con el gobierno de turno. La Constitución futura se ordenará en torno a los elementos mínimos compartidos, y el desafío es que el gobierno judicial sea uno de ellos.

5. ¿Fueron convocados al proceso jueces o la asociación gremial que los agrupa? ¿Por qué?

Se utilizó para la sociedad civil una metodología que podemos denominar de “recepción abierta”, bajo la cual todos los actores interesados hicieron llegar sus propuestas. Universidades, centros de estudios, partidos políticos, etc. Es así que la Asociación de Magistrados se reunió con diversos ministros, instancias en las cuales entregó sus propuestas sobre modificaciones al capítulo del Poder Judicial.

6. ¿Cuál sería su mensaje a los jueces chilenos en relación con el proceso constituyente?

Que el proceso de cambio constitucional, si logramos un acuerdo básico compartido sobre los asuntos constitucionales, solo puede dispensar un afianzamiento del principio de certeza en materia constitucional, cuestión que no ha sido posible hasta ahora. Tener reglas claras, estables (no controvertidas) y no arbitrarias se instituyen como elementos clave para el ejercicio de la judicatura.

7. Para terminar, ¿cuál es el presente y futuro del proceso constituyente, pues pareciera que no es una prioridad para el Presidente Sebastián Piñera?

Los cambios constitucionales en democracias estables tienen una característica común: son procesos progresivos, pausados, donde se van construyendo acuerdos ponderadamente, pero son procesos inevitables una vez que se inician. En cambio, las constituciones creadas en momentos de transición son coyunturales y, por ende, más breves. El momento constituyente coyuntural chileno ya pasó, debió ser en 1988-1989. Así, nuestro proceso constituyente seguirá su curso con base al primer modelo, el de las democracias estables.

Gracias.