

EL PROCESO CONSTITUYENTE A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS¹

**Jaime Gajardo
Tomás Vial²**

- 1 Agradecemos la colaboración en la investigación de este capítulo de las alumnas de Derecho UDP, Catalina Paz Ramírez Marchant, Tamara Francisca Lara Salvatierra y María Paz Díaz Ramos.
- 2 Jaime Gajardo es miembro del Centro de Derechos Humanos UDP y profesor de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Tomás Vial es profesor de derecho constitucional en las facultades de derecho de la Universidad Diego Portales y la Universidad Andrés Bello.

SÍNTESIS

El presente capítulo sintetiza los principales hitos del actual proceso constituyente en Chile, aplicando a ellos los estándares de derechos humanos, en particular respecto a derechos políticos, con el fin de determinar si esos estándares se han cumplido por parte del Estado, en especial respecto a grupos históricamente discriminados, como mujeres, pueblos indígenas, personas con discapacidad, niños, niñas y adolescentes y personas LGBTIQ+.

PALABRAS CLAVES: discriminación estructural, derechos políticos, Convención Constitucional, participación política pueblos indígenas.

INTRODUCCIÓN

El inicio del proceso constituyente en Chile es una ocasión histórica para el reconocimiento, garantía y satisfacción de los derechos humanos. Este capítulo analiza, hasta la fecha de cierre,³ bajo estándares de derechos humanos, cómo se ha llevado a cabo este proceso, concentrándose en sus dos etapas principales –el plebiscito y la elección de la Convención Constitucional–, con el propósito de presentar recomendaciones sobre el funcionamiento de la propia Convención. Para estos efectos, la primera sección desarrolla los estándares del derecho internacional de los derechos humanos sobre participación política. La segunda sección describe el proceso constituyente, analizando en particular de qué manera se reguló la participación de las mujeres, los pueblos indígenas y demás colectivos históricamente discriminados, como en el caso de las personas con discapacidad y LGBTIQ+.⁴ En este punto es relevante señalar que realizaremos una revisión, en especial, de la forma en que se configuró, en términos normativos y prácticos, el proceso constituyente en relación con los pueblos indígenas y cómo dichos términos han permitido una participación e inclusión especial, en el marco de las elecciones y la deliberación constitucional. Lo anterior, es importante ya que por primera vez en la historia constitucional de nuestro país se incorpora a los pueblos indígenas de forma directa en el órgano que elaborará la nueva Constitución.

1. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS PARA LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Los derechos humanos tienen un rol central en el funcionamiento de los Estados democráticos y de derecho en el contexto actual. Asimismo, tal y como lo plantea la Guía sobre los derechos humanos y

3 15 de agosto de 2021.

4 Para mayor información sobre la situación de las personas migrantes en el proceso constituyente, revisar capítulo sobre migración y asilo del presente *Informe*.

procesos constituyentes, de la Oficina del alto comisionado para los derechos humanos de las Naciones Unidas, los derechos humanos tienen un papel relevante durante los procesos de reforma constitucional y, especialmente, en el marco de procesos constituyentes.⁵

Los estándares, de que daremos cuenta, tienen que ser la base para la construcción de un proceso deliberativo que considere el pluralismo consustancial de nuestra sociedad. Para ello, la deliberación constitucional debe tener como idea central la realización de un diálogo respetuoso, en pie de igualdad y en cuyo centro esté el principio de no discriminación, especialmente, con aquellas personas que forman parte de los grupos que han estado histórica y estructuralmente excluidos de la deliberación política. Así, las normas del reglamento que aseguren lo anterior, serán claves para que el proceso se oriente hacia el respeto de los derechos humanos.

1.1. Derecho a la autodeterminación de los pueblos

Considerando que el proceso de cambio constitucional, que se está llevando a cabo, implica el reemplazo total de la actual Constitución y el mecanismo para ello es el de una Convención Constitucional, los estándares en materia de derechos humanos se revisarán conforme a ello.⁶ En este sentido, un principio fundamental y basal de todo Estado democrático –establecido en el artículo 1 tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– es que los pueblos tienen el derecho a la libre determinación.

Al respecto, ambos pactos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, señalan que:

“Artículo 1: 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”

En este sentido, la Guía sobre los derechos humanos y procesos constituyentes del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (ACNUDH, en adelante) plantea que el derecho a la libre determinación de los pueblos implica que las normas constitucionales que se redacten en el marco de un proceso constituyente sean asumidas por parte de la población como propias.⁷ Además, la Guía sostiene que las disposiciones organizativas del proceso constituyente deben asegurar el “carácter inclusivo del mismo y mitigar el peligro de marginar a determinados grupos o comunidades”.⁸

5 ACNUDH, *Derechos humanos y procesos constituyentes*, Nueva York y Ginebra, 2018.

6 Sobre mecanismos de cambio constitucional en el mundo, ver: PNUD, *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada*, octubre de 2015.

7 ACNUDH, *Derechos humanos*, op. cit., pp. 12-13.

8 *Ibid.*, p. 13.

Para la Oficina del Alto Comisionado, el derecho a la libre determinación contenido en el artículo 1 de los tratados internacionales ya señalados, es relevante por tres aspectos. En primer lugar, por el efecto general que tiene la Constitución en la vida y cohesión social de los países. En segundo lugar, por el papel que tiene la Constitución en la consolidación y cultura social en torno a los valores y principios que regirán a todos los órganos de poder, autoridades del Estado y personas. En tercer lugar, por la vinculación que tiene con la eficacia que tendrá la nueva Constitución, ya que “así como de los sistemas políticos y jurídicos que se fundan en ella, dependen de que el pueblo reconozca que la constitución es un producto de su voluntad y refleja sus valores, intereses y aspiraciones”.⁹

Por otra parte, tanto el ACNUDH como el Comité de Derechos Humanos de la ONU,¹⁰ han afirmado que el derecho que tienen las personas a participar en los asuntos públicos comprende los procesos constituyentes. En ese sentido, los procesos de participación ciudadana en los procesos constituyentes permiten que la Constitución adquiera un mayor grado de legitimidad, apoyo y cohesión social.¹¹

En particular, la Nota orientativa del secretario general de las Naciones Unidas sobre la asistencia técnica de la ONU en los procesos constituyentes señala que: “La implicación nacional debería incluir a los actores oficiales, los partidos políticos, la sociedad civil y la población en general, y se debería dar voz a los defensores de derechos humanos, las asociaciones de profesionales del derecho, los medios de comunicación y otras organizaciones de la sociedad civil, incluidas las que representen a las mujeres, los niños, las minorías, los pueblos indígenas, los refugiados, y las personas apátridas y desplazadas, y los trabajadores y las empresas en procesos inclusivos y participativos de preparación de una constitución”.¹²

1.2. Derechos humanos en el proceso constituyente

Otro aspecto relevante para que el proceso constituyente se realice conforme a estándares de derechos humanos, tiene relación con el respeto y promoción de la protección de los derechos humanos y, en particular, aquellos que permiten la participación política de las y los ciudadanas/os durante la realización del proceso. En este sentido, la Oficina del alto comisionado para los derechos humanos de la ONU, ha señalado como fundamental que, durante la realización del proceso, se promuevan y garanticen la libertad de expresión, la libertad de reunión, la libertad de asociación y los derechos políticos vinculados al ejercicio del derecho a

9 Id.

10 Comunicación núm. 205/1986, Marshall con Canadá (CCPR/C/43/205/1986).

11 ACNUDH, *Derechos Humanos*, op.cit., pp. 15-17.

12 Nota orientativa del secretario general sobre asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes (2009), p. 4.

sufragio activo y pasivo durante los eventos de elección de las personas que redactarán la Constitución y en el plebiscito de aprobación de la nueva Constitución.

La normativa del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es clara en establecer las normas básicas respecto a participación política, en su artículo 25, asegurando que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los derechos y oportunidades a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Las normas señaladas han sido precisadas por la Observación General 25, del Comité de Derechos Humanos. En ella, entre otras exigencias, se señala que “El derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos. Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios para presentar su candidatura deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura.”¹³

En el contexto continental la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, en los artículos 1, 2 y 23, consagra un conjunto de derechos políticos que deben ser la piedra angular que se debe resguardar durante el proceso constituyente y, especialmente, en el marco de los procesos electorales y plebiscitarios que se desarrollen a su alero. Sobre la importancia que tienen estos derechos para el funcionamiento de los Estados democráticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante) ha señalado:

“Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.”¹⁴

13 Comité de Derechos Humanos, Observación General 25, párr. 17.

14 Corte IDH, *caso Castañeda Gutman contra México*, sentencia 6 de agosto de 2008, párr. 140.

1.3. Proceso constituyente y grupos históricamente discriminados

Para la Corte IDH, es deber del Estado generar las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva por todos los integrantes de la sociedad y, especialmente, por aquellos grupos e individuos que han sido histórica y estructuralmente excluidos de la deliberación política.

Al respecto, en el caso de los pueblos indígenas, la Corte IDH ha señalado que:

“(...) de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.¹⁵

Esta obligación está también contemplada en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas, en particular el artículo 6º, que establece el deber de consulta cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles en forma directa. Asimismo, plantea la obligación de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. En este caso, según el Convenio 169, el proceso de consulta va más allá de contar con convencionales con escaños reservados, precisión sin duda significativa, porque la participación de los pueblos originarios no se limita a esta instancia.

En relación con el derecho a participación de las mujeres, el estándar internacional es claro en las obligaciones que se imponen al Estado. Así, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ellas están especificadas en los artículos 1 y 7. Este último señala que los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres, ese derecho.

15 Corte IDH, *caso Yatama contra Nicaragua*, sentencia 23 de junio de 2005, párr. 127. En el mismo sentido: *Caso Chitay Nech y otros contra Guatemala*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 25 de mayo de 2010, párr. 106.

Estas obligaciones están precisadas en la Recomendación General N° 23, sobre vida política y pública, del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, donde se señala que “La eliminación de las barreras jurídicas, aunque necesaria, no es suficiente. La falta de una participación plena e igual de la mujer puede no ser deliberada, sino obedecer a prácticas y procedimientos trasnochados, con los que de manera inadvertida se promueve al hombre.” Para superar ello, el Comité propugna que “Los Estados Partes deben idear y ejecutar medidas temporales especiales para garantizar la igualdad de representación de las mujeres en todas las esferas que abarcan los artículos 7 y 8.”¹⁶

El derecho a la participación política tampoco está restringido solo a los adultos. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en sus artículos 12 y 13, resguarda el derecho de niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, y a la libertad de expresión, respectivamente.

Por su parte, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, especialmente su artículo 29, dispone que los Estados Partes garantizarán a esas personas los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán, entre otras cosas, a que esas personas puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, en forma directa o a través de representantes libremente elegidos. Esto implica, por cierto, la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y a ser elegidas. Adicionalmente, la misma Convención autoriza, en su artículo 5, a los Estados parte –con el fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación– a que adopten todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables, agregando que no se considerarán discriminatorias, en virtud de la Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad. Algo similar plantean en sus documentos de trabajo los colectivos de personas con discapacidad, en que se exigen medidas de consulta, ya reconocidas actualmente como Consultas Ciudadanas, es decir, instancias de participación realizadas de manera informada, pluralista y representativa para conocer la opinión de esas personas sobre materias de interés ciudadano.

Respecto a las personas LGBTIQ+, si bien no hay un tratado internacional específico que se refiera a sus derechos, es claro que las normas generales se aplican con especial fuerza, tal como lo ha dicho expresamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) al indicar que: “tanto bajo el régimen de la Declaración (artículo II, “sin distinción [...] ni otra alguna”), como el de la Convención Americana (artículo 1.1, “sin discriminación alguna por [...] cualquier

16 Recomendación General 23, párr. 43.

otra condición social”), los derechos reconocidos en dichos instrumentos deben ser respetados independientemente de la orientación sexual, identidad o expresión de género o diversidad corporal de las personas.”¹⁷ Dada su condición de grupo históricamente discriminado, la CIDH señala que “la participación efectiva de las personas LGBTIQ+ es fundamental para asegurar la efectividad de la legislación, políticas y programas destinados a mejorar las condiciones para el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos, y la realización de sus proyectos de vida”,¹⁸ concluyendo, sobre este tema, “que los Estados deben crear las condiciones para que las prioridades e intereses de las personas LGBTIQ+ se vean representadas en la agenda pública, y que el involucramiento de dicha población fortalece la democracia, promueve la inclusión, y es una condición sine qua non para garantizar sociedades más igualitarias y consolidar la democracia representativa en las Américas.”¹⁹

1.4. Resumen de ámbitos de aplicación de los estándares

En síntesis, tanto en el sistema internacional de protección de los derechos humanos como en el interamericano, hay un conjunto de normas de tratados, de jurisprudencia de la Corte IDH y guías de acción de los organismos de ambos sistemas, que establecen estándares de derechos humanos en tres ámbitos diferentes. El primero tiene relación con el ejercicio del derecho a la libre determinación en el proceso para la generación de una nueva Constitución. Así, mientras más amplio sea el ejercicio de este derecho y, por ende, las reglas que determinan la forma y fondo del proceso limiten en menor medida el funcionamiento del órgano que redacte la nueva Constitución, mayor será el resguardo a este derecho.

El segundo ámbito está relacionado con la protección y promoción de los derechos humanos durante el proceso y, específicamente, con los derechos vinculados a la libertad de expresión, reunión, asociación y el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo. En esta esfera se debe tener especial consideración con las restricciones a las libertades públicas y las condiciones sociales y políticas que se generen para que el proceso constituyente se dé en un contexto que permita la amplia deliberación y expresión pública y social. En este punto, es de vital importancia que la reglamentación y los procedimientos al interior de la Convención respeten de forma amplia la libertad de expresión, permitiendo que todas las perspectivas que se encuentran representadas en la Convención se puedan expresar y que aquellas que no lograron una representación cuenten con mecanismos adecuados para que puedan dar cuenta de sus opiniones y visiones.

17 CIDH, *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*, diciembre de 2018, párr. 119.

18 *Ibíd.*, párr. 111.

19 *Ibíd.*, párr. 130.

Finalmente, el tercer ámbito, se refiere a la participación constitucional de los diversos sectores de la población en la deliberación constituyente y, en particular, por parte de los grupos e individuos que han estado excluidos de forma histórica y estructural de este tipo de instancias y procesos, como los pueblos indígenas, mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y personas LGBTIQ+. Aquí el rol del Estado y del órgano que lleve adelante el proceso constituyente es crucial. Para ello, no solo se tienen que diseñar, en sentido amplio, las instancias que permitan la participación social en la discusión constitucional, sino que se deben asegurar los medios económicos y estructurales para ello.

2. EL PROCESO CONSTITUYENTE

2.1. Aspectos generales

Las amplias y masivas manifestaciones sociales, iniciadas en octubre de 2019, y su represión, mayormente por parte de las fuerzas policiales –aunque no solo por ellas–, que causó miles de casos de violaciones a los DDHH,²⁰ tuvieron como una de sus consecuencias la apertura de un proceso de discusión y negociación entre los partidos representados en el Congreso Nacional a fin de dar una respuesta institucional a las demandas ciudadanas y a la situación de crisis política. Esas negociaciones culminaron en un acuerdo, el 15 de noviembre de ese año, firmado por 11 partidos de todo el espectro político, denominado Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución.²¹ Este acuerdo, entre otras materias, estableció que se realizaría un plebiscito, en abril de 2020, para preguntar a la ciudadanía si desea o no una nueva Constitución y si ella debía ser escrita por una Convención Mixta Constitucional (parlamentarios/as y ciudadanos/as elegidos/as) o una conformada solo por ciudadanos/as, enteramente elegida, denominada Convención Constitucional. Luego, se disponía la elección de los convencionales para octubre de 2020, en conjunto con las elecciones de autoridades municipales y gobernadores regionales, bajo las mismas reglas –y distritos– utilizadas para las elecciones de diputados. Se señalaba, también, que ese órgano constituyente debía aprobar las normas del nuevo texto constitucional por dos tercios de sus miembros en ejercicio. El acuerdo dispuso que se crearía una Comisión Técnica para redactar una reforma constitucional que implementara el itinerario constitucional.

A raíz de ello, se presentó y aprobó una reforma constitucional, por medio de la Ley 21.200, del 23 de diciembre de 2020, que establecía y detallaba el itinerario constitucional. Este itinerario incluyó, además,

20 *Informe 2020*, pp. 83-117.

21 Véase, Acuerdo por la paz social y la nueva Constitución.

en el artículo 142 de la Ley 21.200, que una vez aprobado por la Convención Constitucional el texto de la nueva Constitución, se debería convocar a un plebiscito (llamado “plebiscito de salida”), por parte del Presidente de la República, para que la ciudadanía apruebe o rechace ese texto. En ese plebiscito el voto será obligatorio. De aprobarse el nuevo texto, se entenderá derogada la actual Constitución.

La reforma estableció las condiciones básicas para que las alternativas a decidir en el plebiscito tuvieran igualdad de oportunidades. Así, se disponía que los canales de televisión de libre recepción deberían destinar gratuitamente treinta minutos diarios de sus transmisiones a propaganda electoral sobre este plebiscito, debiendo dar expresión a las dos opciones contempladas en cada cédula, conforme a un acuerdo que adoptara el Consejo Nacional de Televisión y que fuera publicado en el Diario Oficial, dentro del plazo de treinta días contado desde la publicación de la convocatoria al plebiscito nacional, respetando una estricta igualdad de promoción de las opciones plebiscitadas.

Respecto a la Convención Constitucional, el artículo 135 introducido dispone que el texto de nueva Constitución, que se someta a plebiscito, deberá respetar el carácter de república del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sin perjuicio de la discusión sobre la posibilidad de que el poder constituyente derivado establezca límites materiales a la labor de la Convención, desde el punto de vista del derecho a autodeterminación de los pueblos antes mencionado, parece relevante que el trabajo de la Convención sea conforme con el derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, con los tratados sobre derechos humanos que ha suscrito y ratificado Chile. Hay que observar, eso sí, que este límite impuesto a la Convención no tiene efectos jurídicos pues no es posible reclamar por infracciones a ellos, ya que la misma reforma constitucional, expresamente en su artículo 136, señala que se podrá reclamar ante la Corte Suprema por infracciones a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, pero que en ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración. Además, en ese mismo artículo, en sus incisos finales, dispone que ninguna autoridad ni tribunal podrá conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera del caso antes mencionado, y expresamente se señala que no podrá interponerse la reclamación ante la Corte Suprema respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución, es decir, el que impone los límites sustantivos.

La fecha de abril, dispuesta originalmente para el plebiscito de entrada, tuvo que ser modificada en razón de la pandemia ocasionada por la Covid-19, y fue cambiada para el 25 octubre de ese año, por medio de la Ley de reforma constitucional –Ley 21.221– del 26 de marzo de 2020.

La votación de ese plebiscito fue la mayor en la historia de la república, al menos en número total, con 7.562.173 votos, lo que correspondería al 51% de universo electoral. Entre las opciones propuestas la alternativa por una nueva Constitución obtuvo 78,27% de las preferencias y la opción rechazo el 21,73%. A su vez, en relación al órgano que redactará la nueva Constitución, la Convención Constitucional obtuvo un 78,99% y la Convención Constitucional Mixta un 21,01%.²²

2.2. Elecciones de convencionales constituyentes

Luego del plebiscito, de octubre de 2020, se debía llevar a cabo la elección de las personas que integrarían la Convención Constitucional. Dichas elecciones estuvieron previstas, en un comienzo, para el 10 y 11 de abril del año en curso,²³ sin embargo, debido a la grave situación sanitaria que atravesaba el país, el Congreso Nacional aprobó la reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República y postergó las elecciones para los días 15 y 16 de mayo del presente año.²⁴ En esas elecciones constitucionales pudieron emitir su sufragio todas/os las/os ciudadanas/os que se encuentran y tienen residencia en Chile, más los extranjeros avecindados en el país por más de 5 años. Participaron un total de 6.184.594 personas, que representaron el 41.51% del padrón electoral y resultó ser una votación considerablemente menor que la del plebiscito constitucional de octubre de 2020.

Así, conforme con la reforma constitucional que abrió el camino del proceso constituyente,²⁵ podían ser candidatas/as a la Convención Constitucional aquellas personas que reunieran las condiciones contempladas en el artículo 13 de la Constitución, es decir, todas y todos los ciudadanos/as que hubieren cumplido 18 años y no hubiesen sido condenados a pena aflictiva. No se planteó en la reforma prohibición o inhabilidad alguna, salvo aquellas establecidas para las personas que se encontraban afiliadas a un partido político y quisieran haber inscrito sus candidaturas como independientes sin que hubieran cumplido el plazo de desafiliación que establece la ley.²⁶

Para el caso de las candidaturas independientes, la Ley 21.216, promulgada el 20 de marzo de 2020, estableció que dos o más candidatos

22 Véase Información oficial del Servel, Servel.cl: "Plebiscito Nacional 2020 fue la mayor votación de la historia de Chile", octubre de 2020.

23 Ver, Decreto Exento Nº 1.886 de 24 de noviembre de 2020, dictado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por medio del cual se convoca a la elección de los miembros de la Convención Constitucional.

24 Al respecto, véase, Biblioteca del Congreso Nacional, Ley 21.234.

25 Ver artículo 132 de la Constitución Política de la República, incorporado por la Ley 21.200, del 24 de diciembre de 2019.

26 Conforme lo informado por el Servicio Electoral, para la elección de constituyentes las personas que inscribieran sus candidaturas como independientes debieron haber renunciado a la afiliación a su partido político hasta el 26 de octubre de 2019.

independientes podían formar un pacto electoral, para lo cual cada uno de los candidatos debía reunir un número de firmas equivalente al 0,4 % de los votantes que participaron en la última elección parlamentaria en el distrito por donde competiera y para el caso de las listas de independientes debían reunir el 1,6 % de firmas.

Sin embargo, tras la aprobación de la Ley 21.216 surgieron críticas, principalmente desde la ciudadanía, debido al alto umbral de firmas que se requería y la dificultad que tenían muchos ciudadanos para cumplir con las formalidades solicitadas en un contexto de pandemia y restricciones a la movilidad y el desplazamiento, producto del Estado de Excepción Constitucional. A causa de lo anterior, un grupo de diputados presentó un proyecto de reforma constitucional para reducir las firmas al 0,2% de los “electores que hubiesen sufragado en el respectivo distrito electoral” en la última elección de diputados, y en el caso de las listas independientes se reduciría al 0,5%.²⁷ El proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados, el 14 de octubre de 2020, siendo despachado por el Senado el 3 de diciembre para su promulgación.²⁸ Así, se estableció un piso de 300 firmas para candidaturas individuales y de 500 para las listas de independientes. Luego, el 15 de diciembre de 2020, el Servicio Electoral de Chile (en adelante, Servel) habilitó un sistema en su sitio web para recibir de manera virtual los patrocinios de ciudadanos para las candidaturas independientes.

En el marco del proceso electoral, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, Ley 18.700, el plazo para la presentación de la declaración de las candidaturas a convencional constituyente ante el Servel, vencía el 11 de enero de 2021. Luego, el 12 de enero de 2021, el Servicio Electoral informó un total de 3382 postulaciones para la Convención Constitucional, de las cuales 2213 correspondían a independientes y 199 a representantes de los pueblos indígenas, lo que dio cuenta de un alto interés por la presentación de candidaturas en el marco del proceso. La amplia participación desbordó a los partidos políticos formados con anterioridad al 18 de octubre de 2019.

Una vez presentada la declaración de las candidaturas, según el artículo 19 de la Ley 18.700, el Consejo del Servicio Electoral cuenta con 10 días para declarar su aceptación o rechazo, analizando si cumplieron o no con los requisitos establecidos en los artículos 25, 48 y 50 de la Constitución Política de la República y con las exigencias contempladas en los párrafos 1, 2 y 3 del Título Primero de la Ley 18.700.

27 El proyecto de reforma constitucional fue presentado por los siguientes diputados: Pepe Auth Stewart, Fernando Meza Moncada, Juan Luis Castro González, Francisco Undurraga Gazitúa, Gabriel Boric Font, Matías Walker Prieto, Carlos Abel Jarpa Wevar, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Andrés Longton Herrera y Víctor Torres Jeldes.

28 Biblioteca del Congreso Nacional, Ley 21.296, 10 de diciembre de 2020.

En el caso de que una candidatura a convencional constituyente fuera rechazada por el Consejo del Servel, conforme con el artículo 20 de la Ley 18.700, los partidos políticos y los candidatos independientes podían, dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la resolución, a que nos referimos en el párrafo anterior, reclamar ante el Tribunal Calificador de Elecciones. Este organismo fallaría en el término de diez días contados desde la interposición del reclamo y su resolución se notificaría al director del Servicio Electoral y a los interesados por carta certificada. Solo una vez resuelto el reclamo, en el caso que lo hubiere, se considerará la nómina final de candidatos y candidatas que tienen la calidad de tales para todos los efectos legales.²⁹

Publicada la nómina final de candidatos y candidatas a convencionales constituyentes,³⁰ el 11 de febrero de 2021 se dio inicio al período de campaña con propaganda de brigadistas y medios de comunicación. Este período fue suspendido, entre el 8 y el 28 de abril, debido a la postergación de las elecciones por la crisis sanitaria originada por la pandemia de la Covid-19. Luego, el 28 de abril se reanudó la campaña hasta el 13 de mayo. De esta forma se realizaron las elecciones los días 15 y 16 de mayo, sin que se registrarán incidentes ni fueran objetadas por ninguna de las fuerzas políticas y personas que participaron en el proceso.

Todo lo anterior es relevante, debido a que, en términos formales y fácticos, proporciona el soporte normativo para la realización de un proceso que estuvo atravesado tanto por la incertidumbre de la crisis política, social e institucional que le precedió y acompaña, como por las modificaciones de calendario y restricciones que tuvo debido a la pandemia. Además, en términos prácticos, nos permite revisar algunos aspectos del proceso como, por ejemplo, el nivel de participación en la inscripción de candidaturas y en las elecciones, para contrastarlos con los estándares de participación que requiere un proceso constituyente para alcanzar niveles adecuados de legitimidad.

Así, en los párrafos que siguen revisaremos conforme a los estándares en derechos humanos para la participación política, ya analizados en el primer apartado de este capítulo, el proceso de elección de convencionales constituyentes. El análisis se realizará considerando la configuración constitucional y legal del proceso constituyente y su impacto en el derecho al sufragio activo y pasivo. Asimismo, se revisará la práctica de los órganos electorales (Servicio Electoral y Tribunal Calificador de Elecciones) y cómo afectó el derecho a la participación política.

En primer lugar, para las elecciones de convencionales constituyentes el derecho al sufragio activo se limitó a las personas que reunieran los

29 Ver artículo 21 de la Ley 18.700.

30 Servel.cl: "Resoluciones de aceptación y rechazo de candidaturas Elecciones abril 2021", 23 de enero de 2021.

requisitos contemplados en los artículos 13 y 14 de la Constitución y que se encontraran en el territorio nacional, dejando fuera a los y las ciudadanos/as chilenos/as que se encuentran en el extranjero. En ese sentido, es importante tener en consideración que un grupo de diputadas y diputados, el 28 de septiembre de 2020, presentó un proyecto de reforma constitucional para crear tres distritos electorales en el extranjero, a fin de permitir que los ciudadanos chilenos residentes fuera del país pudieran elegir convencionales constituyentes.³¹ A pesar de que la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputadas y Diputados aprobó el 1 de diciembre de 2020 el proyecto, siendo despachado a la sala de dicha cámara, este terminó siendo rechazado –el 3 de diciembre– debido a que no obtuvo el quorum requerido, habiendo recibido 93 votos afirmativos.

Otro aspecto que limitó la participación y el ejercicio del derecho al sufragio activo tiene relación con las personas que no han perdido la ciudadanía, pero se encuentran privadas de libertad por orden judicial y que por aspectos prácticos y administrativos relacionados con el Servicio Electoral y Gendarmería de Chile, no pueden ejercer su derecho constitucional. Al respecto, cabe destacar la presentación de dos recursos de protección por parte de la ONG Asociación Pensamiento Penal, en contra del Servicio Electoral y de Gendarmería de Chile. En el primero de los recursos se acciona para que 147 personas privadas de libertad puedan ejercer su derecho a voto en el plebiscito constitucional realizado el 25 de octubre de 2020 (Rol de Ingreso Corte de Apelaciones de Santiago N° 93.268-2020). En el segundo recurso, se pretende que 80 personas privadas de libertad puedan ejercer su derecho a sufragio en los diversos procesos electorarios de 2021 (Rol de Ingreso Corte de Apelaciones de Santiago N° 95.967-2020). Ambos recursos fueron acumulados y rechazados en la sentencia emitida por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, el 16 de junio de 2021.³² Actualmente, los recursos se encuentran en acuerdo en la Tercera Sala de la Corte Suprema (Rol de Ingreso N° 41.320-2021) a la espera de la dictación del fallo definitivo.

Además, un grupo de migrantes, avocados en Chile por más de 5 años y que cuentan con residencia y derecho a sufragio, conforme con el artículo 14 de la Constitución, denunciaron que el Servicio Electoral no les permitió patrocinar candidaturas de personas independientes a la Convención Constitucional, debido a que estas no serían ciudadanos

31 El proyecto de reforma constitucional (Boletín N° 13813-07) fue presentado por las y los diputados/as: Gabriel Boric, Natalia Castillo, Ricardo Celis, Marcelo Díaz, Maya Fernández, Carmen Hertz, Vlado Mirosevic, Jaime Mulet, Joanna Pérez y Pablo Vidal. Los distritos propuestos eran: 1° Distrito Internacional, compuesto por América del Norte, Central y Sur, que elegiría 4 convencionales; 2° Distrito Internacional, compuesto por Europa y África, que elegiría 2 convencionales; 3° Distrito Internacional, compuesto por Asia y Oceanía, que elegiría 2 convencionales.

32 La sentencia de la Tercera Sala de la Corte Apelaciones de Santiago, en los recursos de protección Rol N° 93.268-2020 y 95.967-2020.

y ciudadanas chilenos/as. Dichas denuncias, en su mayoría, fueron recepcionadas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH, en adelante), durante el período que se abrió a finales de diciembre de 2020, para el patrocinio de candidaturas de personas independientes y, con el aval de dicha institución, se interpusieron recursos de protección en contra del Servicio Electoral por vulneración al derecho a la igualdad ante la ley (contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución). Entre otros, el INDH presentó un recurso de protección, el 6 de enero del presente año, el cual fue fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 27 de mayo de 2021. Esa Corte rechazó el recurso de protección y, una vez interpuesta la apelación por el INDH, el fallo fue confirmado por la Corte Suprema.³³ En este sentido, es importante destacar, en primer lugar, que las personas migrantes carecieron de una vía de impugnación idónea y oportuna que les permitiera resolver su denuncia de forma útil. En segundo lugar, los fallos, de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago dieron cuenta de una interpretación restrictiva de los derechos constitucionales de las personas migrantes, reduciendo sus derechos políticos y posibilidades de participación en dicha etapa del proceso constituyente.^{34, 35}

En segundo lugar, un aspecto importante a tener en cuenta en el marco del proceso tiene relación con el hecho de si las personas tuvieron —o no— amplias posibilidades, formales y prácticas, para poder ejercer su derecho al sufragio pasivo, es decir, si pudieron inscribirse libremente como candidatos y candidatas para la elección. En ese sentido, se puede verificar que las normas electorales aprobadas para el proceso tuvieron una especial deferencia y flexibilidad con las personas que querían inscribir sus candidaturas de forma independiente. Sin embargo, el principal problema que se pudo observar en el proceso tiene relación con el alto número de candidaturas, especialmente independientes, que fueron rechazadas por los organismos electorales, a saber el Servicio Electoral y el Tribunal Calificador de Elecciones.

Según las cifras informadas por el Servicio Electoral, el 23 de enero de 2021, hubo un total de 1463 candidaturas declaradas para convencionales constituyentes generales, de las cuales 1191 fueron aceptadas, 177 rechazadas y 95 declaradas inadmisibles. Las candidaturas

33 Una acción de protección de similares características fue interpuesta por la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (UDP) en representación de una de nuestras académicas de la Facultad de Derecho de la UDP (Rol de Ingreso N° 155-2021 de la Corte de Apelaciones de Santiago). Dado el resultado del recurso de protección interpuesto por el INDH y la falta de oportunidad en la resolución del mismo, la recurrente tomó la decisión de desistirse de la acción constitucional.

34 Al respecto, véase la Sentencia de la Corte Suprema en el Rol de ingreso N° 39.114-2021.

35 Para mayor información sobre esta temática, revisar capítulo sobre migración y asilo del presente Informe.

inadmisibles corresponden a 15 de las 21 listas de candidaturas independientes presentadas por la empresa de asesoría previsional “Felices y Forrados”. Respecto a esta última lista, se presentó una denuncia en el Servel por parte de la ONG Chile Transparente, dado que incumplía las normas de financiamiento de la política al exigir una membresía en su sitio web para poder ser inscrito como candidato en sus listas, a través de una plataforma denominada “FyF Vota Feliz”.

Para el presente capítulo analizamos en detalle las candidaturas rechazadas en la Región Metropolitana y las razones esgrimidas por los organismos electorales para ello. Podemos dar cuenta de un total de 82 candidaturas rechazadas, de las cuales 46 no presentaron ninguna reclamación ante los órganos electorales y, por ende, no fueron aceptadas sus candidaturas en esa Región. En este punto, es importante señalar que de las 46 candidaturas rechazadas que no presentaron reclamación alguna, un alto número de ellas (36) corresponde a candidatos independientes, quienes presumiblemente tienen menos acceso a los recursos y medios necesarios para interponer las reclamaciones respectivas ante el Servicio Electoral o el Tribunal Calificador de Elecciones.

Por otra parte, las causales por las cuales el Servicio Electoral rechazó las candidaturas se pueden agrupar en incumplimientos de requisitos de fondo y de forma. En el caso del incumplimiento de requisitos de fondo son, principalmente, dos los motivos por los cuales las candidaturas fueron rechazadas: i) La candidatura fue declarada como independiente, pero registraba afiliación en algún partido político dentro del plazo legal (18 casos); ii) el pacto electoral o lista entre independientes, por el cual es presentada la candidatura, no cumplía con el equilibrio de género (39 casos).

En cuanto a los requisitos de forma, las candidaturas fueron rechazadas por los siguientes motivos: i) No se realizó la declaración de intereses y patrimonio al momento de la declaración (cinco casos); ii) no reunió la cantidad mínima de patrocinantes hábiles que exige la Ley (ocho casos); iii) no acompañó la autorización que faculta al director del Servicio Electoral para abrir una cuenta bancaria única a su nombre y cargo para recibir aportes de campaña (dos casos); iv) no acompañó declaración jurada que acredite cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales (un caso); v) no acompañó declaración jurada suscrita ante notario o ante oficial del Registro Civil (dos casos).

En relación con el incumplimiento de requisitos de forma, se puede evidenciar una deficiencia en la entrega de información por parte del Servicio Electoral, especialmente en lo referido a la comunicación y relación que tiene la entidad con las personas independientes que presentaron candidaturas. En este punto, es especialmente delicado el caso de Alan González Collao, cuya candidatura fue rechazada por el Servicio Electoral y luego por el Tribunal Calificador de Elecciones, por no

haber presentado la declaración de intereses y patrimonio al momento de inscribir su candidatura. Al respecto, ante el Tribunal Calificador de Elecciones, Alan González indicó que tiene una severa discapacidad sensorial y que no recibió del Servicio Electoral una comunicación que le informara cuáles eran los documentos que debía presentar, de una manera adecuada que le permitiera acceder a la información. Agregó que, el 23 de enero de 2021, presentó su declaración de patrimonio e intereses al Servicio Electoral y la acompañó de su credencial de discapacidad. Sin embargo, el Tribunal Calificador de Elecciones rechazó su reclamación argumentando que González Collao no acompañó prueba alguna para acreditar sus aseveraciones y desvirtuar lo señalado por el Servicio Electoral.³⁶

Como se puede apreciar, en el caso precitado, los órganos electorales violaron la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, especialmente el artículo 29, que dispone que los Estados Partes garantizarán a dichas personas los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y promoverán su participación “en las actividades públicas y cívicas, como el derecho a votar, a ser elegidas o a participar en organizaciones políticas”. Para lo anterior, requieren, entre otras cosas, tener acceso sin restricciones a la información necesaria para participar en igualdad de condiciones.

2.3. Participación de grupos históricamente excluidos

El Acuerdo constitucional del 15 de noviembre de 2019,³⁷ que estableció las bases del sistema electoral y la composición para la elección de la futura Convención Constitucional (o una mixta, en su caso), no incluyó la participación expresa de mujeres, pueblos indígenas y otros colectivos. La reforma constitucional que da pie al proceso constituyente –Ley 21.200, del 24 de diciembre de ese año, que establece el proceso constitucional–, al disponer quienes integrarán la Convención, en el artículo 141 que se incorpora a la Constitución, señaló que ella estaría compuesta por 155 ciudadanas y ciudadanos electas/os, empleando los distritos electorales y el sistema electoral dispuesto en la Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, Ley 18.700, en lo referido a las elecciones de diputados. La inclusión de mecanismos participativos para mujeres, pueblos indígenas y otros colectivos

36 Además, Alan González presentó un recurso de protección en contra del Servicio Electoral ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 1915-2021), el que fue declarado inadmisibles (23 de febrero de 2021), porque, a juicio de la Primera Sala de esa Corte, “los hechos descritos en la presentación y las peticiones que se formulan a esta Corte exceden las materias que deben ser conocidas por el presente recurso atendida su naturaleza cautelar, por lo que no será admitido a tramitación”.

37 Acuerdo por la paz social y la nueva Constitución, 15 de noviembre de 2019.

fue fruto de una negociación y movilización política y de la dictación de sendas reformas constitucionales posteriores, tal como veremos a continuación.

En el caso de la participación de las mujeres, desde un comienzo hubo una fuerte demanda, en particular de las organizaciones feministas³⁸ y parlamentarias y de organizaciones políticas, porque el proceso constituyente fuera paritario. Ello llevó a que, finalmente, en marzo de 2020, se aprobara la ley de reforma constitucional, Ley 21.216, que establece la paridad de género en órgano constituyente y, además, facilita la participación de independientes. La ley introduce varias normas transitorias en la Constitución actual, estableciendo el siguiente régimen para la elección de los convencionales. Se señala que las listas presentadas por partidos e independientes deben estar encabezadas por mujeres y luego alternar entre ambos sexos (artículo trigésimo). Para el sistema de elección, se dispone que el sistema electoral para la Convención Constitucional se orientará a conseguir una representación equitativa de hombres y mujeres. Con este objetivo, en los distritos que repartan un número par de escaños, deben resultar electos igual número de hombres y mujeres, mientras que en los distritos que repartan un número impar de escaños, no podrá resultar una diferencia de escaños superior a uno, entre hombres y mujeres. Si de la aplicación del sistema electoral no resulta una elección paritaria, se estableció un mecanismo corrector. Como consecuencia de estas normas, las mujeres obtuvieron el 52,2% de los votos válidamente emitidos y 49,3% de los escaños, 68 en total, mientras que los hombres obtuvieron 47,8% de votos, quedando con 50,7% de los escaños. Si a lo anterior se agregan los convencionales indígenas, la Convención quedó integrada por 78 convencionales hombres (50,3%) y 77 mujeres (49,7%).³⁹

Estas cifras contrastan de forma importante con los resultados en las elecciones parlamentarias de 2017, donde se empleó el mismo sistema electoral y distritos, por lo que son comparables. En esos comicios, por primera vez, las normas exigían a los partidos no tener ningún sexo con representación de más de un 60% en sus listas de candidatos. En aquella ocasión, con un 40% de candidatas mujeres, ellas obtuvieron el 31% de los votos válidamente emitidos, pero, finalmente, solo el 22% de la Cámara estuvo compuesta por mujeres, al no haber reglas para modificar el resultado de la elección en favor de las mujeres.

El establecimiento de la paridad, tanto en candidaturas como en la composición de la Convención, constituye una novedad desde el

38 Ver, por ejemplo, El Mostrador Braga: "Cuáles son las demandas de las mujeres que se deberían considerar en la nueva Constitución?", 4 de diciembre de 2019; Oge.cl: "Paridad irrenunciable", 23 de diciembre 2019.

39 Ciper.cl: "Convención Constitucional: mecanismos de paridad redujeron a 2,9% la brecha de representatividad de las mujeres", 17 de mayo de 2021.

punto de vista de las asambleas constitucionales a nivel mundial, siendo Chile el primer país en establecerla para este propósito. Bajo la perspectiva de los estándares de derechos humanos antes descritos, la paridad es un mecanismo, una de las posibles medidas especiales temporales, que busca enmendar la histórica exclusión de las mujeres en la toma de decisiones políticas y, en particular, en un momento de importancia histórica como es la redacción de una nueva Constitución.

Respecto a las personas con discapacidad, luego de iniciado el proceso constituyente con la dictación de la Ley 20.200, se comenzó a discutir la participación de estas personas en el mismo. De acuerdo al II Estudio Nacional de la Discapacidad, de 2015, realizado por el Ministerio de Desarrollo Social,⁴⁰ en Chile había un 11,7% de personas en situación de discapacidad leve y un 8,3% de discapacidad severa, lo que en conjunto daba un 20% a nivel nacional. Por medio de la Ley 21.298, publicada el 23 de diciembre de 2020, la misma que estableció los escaños reservados para pueblos indígenas, se introdujo una nueva norma transitoria, la cuadragésimo séptima, que disponía que para efectos de la elección de los convencionales, de la totalidad de las declaraciones de candidaturas de las listas conformadas por un solo partido político o pactos electorales de partidos políticos, debían tener un porcentaje mínimo del 5% del total respectivo de candidaturas, para personas con discapacidad. Ellas se identificaban de acuerdo a la calificación hecha en el artículo 13 de la Ley 20.422, la ley de inclusión de las personas con discapacidad, es decir por las Comisiones de medicina preventiva e invalidez, dependientes del Ministerio de Salud, las que debían facilitar al Servicio Electoral los datos debidamente actualizados de las personas con discapacidad certificada. Asimismo, podía acreditarse la discapacidad a través de la calidad de asignatario de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, a la fecha de presentación de candidaturas, conforme a los registros disponibles en el Sistema nacional de información de seguridad y salud en el trabajo de la Superintendencia de Seguridad Social. A consecuencia de esta norma, hubo 47 personas en situación de discapacidad que fueron candidatas dentro de listas de partidos y pactos de partidos, pero solo una de ellas fue elegida.⁴¹ Este magro resultado, unido a lo tardío de la reforma que introdujo esa cuota, prácticamente a solo tres meses de la elección de convencionales, dan cuenta de que al Estado aún le falta mucho por hacer para asegurar una efectiva incorporación de las personas con discapacidad en los

40 Ver en Senadis.org.cl, *II estudio nacional de la discapacidad*, 2015.

41 El Mostrador.cl: “¿Chile país inclusivo? Solo una candidata en situación de discapacidad fue electa como constituyente”, 19 de mayo de 2021.

procesos de participación política, como exige la Convención de derechos de la personas con discapacidad.

Junto a este derecho al voto pasivo, las normas permanentes de la Ley 18.700, orgánica constitucional de votaciones populares y escrutinios implementan el llamado voto asistido para personas con discapacidad, permitiéndose que la persona vaya acompañada a votar, lo que ha facilitado el derecho de voto desde que se introdujo por la Ley 20.183, del 8 de junio del 2007.⁴²

Respecto a niños, niñas y adolescentes (en adelante, también, NNA), tal como indica la Defensoría de la Niñez en su Informe Anual 2020, en el proyecto de reforma que dio paso al proceso constitucional no se mencionó en ninguna oportunidad la posibilidad de incluir a NNA en aquel,⁴³ ni tampoco en momentos posteriores se consideró esta alternativa. Esto pese a la expresa petición de la Defensoría la Niñez, de rebajar la edad del voto a 16 años para efectos de la votación del plebiscito de octubre del 2020.⁴⁴ En el Senado se rechazó, el 27 de noviembre de 2019, una reforma constitucional que proponía rebajar la edad de votación a los 16 años y que hubiera permitido ampliar el rango de participación en las elecciones constituyentes y en el proceso en general. El proyecto fue tramitado en la Comisión de Derechos Humanos del Senado y contaba con un amplio apoyo de organizaciones de jóvenes, estudiantiles y vinculadas con la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.⁴⁵ Por su parte, la Defensoría realizó en ese informe anual una serie de recomendaciones respecto a la metodología para hacer efectiva la participación de NNA en el proceso constituyente, que deben servir de pauta para cualquier iniciativa en esta materia.

Sobre el punto anterior, es importante considerar que, conforme a los estándares de derechos humanos para la participación política, se debe contemplar amplios mecanismos de participación en este ámbito durante el proceso y, en particular, para aquellos grupos que han sido histórica y estructuralmente excluidos de la deliberación política, como es el caso de los NNA. Por ello, el hecho de que no se haya considerado, de ninguna forma la participación de los NNA en las etapas previas al funcionamiento de la Convención es contrario a los estándares de derechos humanos para la participación política.

En relación a personas LGBTIQ+, la elección de constituyentes fue una ocasión importante para que un mayor número de ciudadanos/

42 Véase, al respecto, *Informe 2010*, p. 352.

43 Defensoría de la Niñez, *Informe Anual 2020*, p. 543.

44 El Mostrador.cl: "Incongruencias del sistema electoral chileno", 27 de agosto de 2020. Como se sabe, en Chile la ciudadanía, condición para poseer derecho a voto, se alcanza a los 18 años, según dispone el artículo 13 de la Constitución.

45 Al respecto, véase, Senado.cl: Boletín N° 8680-07.

as se postularan autodefiniéndose como pertenecientes a ese colectivo. Según un estudio de Les Constituyentes, al menos hubo 52 *candidates*,⁴⁶ siendo elegidas ocho personas,⁴⁷ lo que representaría un 5,2% de los 155 convencionales. Es pertinente destacar que no hubo una representante trans elegida. La participación de *candidates* abiertamente representativos/as de la diversidad sexual y de género, y su visibilización, significó un paso importante para el pleno ejercicio de los derechos de las personas LGBTIQ+. Sin embargo, el porcentaje ínfimo que representaron –alrededor de un 1,5% de los candidatos a la Convención–, en particular las personas trans, da cuenta de que son necesarias más medidas para lograr lo que la CIDH señala al respecto: “La participación efectiva de las personas LGBTIQ+ es fundamental para asegurar la efectividad de la legislación, políticas y programas destinados a mejorar las condiciones para el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos, y la realización de sus proyectos de vida”.⁴⁸

2.4. Participación política de los pueblos indígenas en el proceso constituyente

Las personas que se auto reconocen como parte de un pueblo indígena en Chile alcanzan, según el Censo 2017, un total de 2.158.792, lo que representa a un 12,8% del total de la población nacional.⁴⁹ Tal y como señalábamos en *Informes* anteriores,⁵⁰ la relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile ha estado marcada por una profunda desconfianza, principalmente, debido al incumplimiento de los acuerdos y promesas por parte de los gobiernos y la falta de diálogo político. Asimismo, las administraciones de las últimas tres décadas, en su mayoría, han focalizado la política pública relativa a los pueblos indígenas en aspectos relacionados con la pobreza y el desarrollo, en vez de avanzar en el respeto y reconocimiento de sus derechos humanos, reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile. Una prueba de lo anterior es el hecho de que Chile

46 Les Constituyentes, Observatorio Nacional LGBTIQ+, *Les candidates LGBTIQ+ frente al Proceso Constituyente*, 30 de abril de 2021.

47 Movilh.cl: “Histórico: 8 personas abiertamente LGBTIQ+ son electas como constituyentes”, 17 de mayo de 2021.

48 CIDH, *Reconocimiento de derechos de personas LGTBI*, diciembre de 2018, párr. 111.

49 Según el Instituto Nacional de Estadísticas, la distribución de las personas que se auto reconocen como parte de un pueblo indígena es la siguiente: El grupo más grande de población pertenece al pueblo mapuche con 1.754.147 personas que corresponde al 9,9% del total de población nacional. Luego, lo siguen quienes se reconocen como parte del pueblo aimara con un total de 156.754 personas, diaguitas con 88.474 personas, quechuas con 33.868 personas y atacameños o licán antai con 30.369 personas. Finalmente, se encuentran las personas que pertenecen al pueblo Colla (20.744), polinésico rapanui (9.399), kawashkar (3.448) y yagán o yámana (1.600 personas).

50 Ver *Informe 2018*, pp. 135-168; *Informe 2019*, pp. 157-191; e *Informe 2020*, pp. 243-277.

aún no reconoce constitucionalmente a los pueblos indígenas y sus derechos, siendo una excepción a nivel comparado y, especialmente, en el contexto latinoamericano.⁵¹

En el *Informe 2020* señalábamos que el proceso constituyente en curso era una oportunidad para recomponer el vínculo de los pueblos indígenas con el Estado y para avanzar en el respeto y reconocimiento de sus derechos humanos a través del reconocimiento constitucional. Para ello, planteamos que resultaba de vital importancia que el proceso contemplara escaños reservados para los pueblos indígenas en el órgano constituyente. En ese sentido, sostuvimos que los escaños reservados que se discutían en el Congreso, para cumplir con el contenido normativo de los tratados internacionales que ha suscrito Chile en la materia y la legislación indígena, debían tener las siguientes características: i) que el número de escaños reservados representara un 12,8% del total de escaños del órgano constituyente, para que su representación fuera similar al porcentaje que se autoreconoce como parte de un pueblo indígena; ii) que para definir las personas que podrían votar por los escaños reservados primara la auto identificación y no se restringiera su participación al padrón de la Corporación Nacional Indígena; iii) que se incluyera en los escaños a todos los pueblos indígenas y a los afrodescendientes; iv) que las candidaturas fueran individuales para evitar una posible cooptación de los partidos políticos; v) que el número de escaños fuera adicional al número de escaños ya contemplados por la reforma constitucional para la Convención Constitucional; vi) que todos los pueblos indígenas tengan asegurado al menos un representante y que se le dé mayor preeminencia a la representación del pueblo mapuche; y vii) que se establezca un mecanismo de corrección de paridad de género en la elección de los representantes indígenas.

El 23 de diciembre de 2020, luego de una tramitación contra el tiempo, se publicó la Ley 21.298 que incorporó al proceso constituyente la forma de participación de los pueblos indígenas en la elección de convencionales constituyentes. Sin duda, la incorporación de escaños reservados para los pueblos indígenas en el proceso es, en sí misma, una medida que permite avanzar en el respeto y reconocimiento de los derechos humanos de estos y facilita que en el proceso de deliberación del nuevo texto constitucional se incorpore a los pueblos indígenas, quienes han estado histórica y estructuralmente excluidos de la deliberación política. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación,

51 Al respecto, entre otros, véase: Gonzalo Aguilar et al, "The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America", *Pace International Law Review Online Companion*, Nº 2, 2010, pp. 44-104; Raquel Yrigoyen, "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en César Rodríguez, ed., *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 139-159.

analizaremos el contenido de la Ley 21.298, en base a los criterios que señalamos en el *Informe* del año pasado, en cuanto a la necesidad de que debía contener una reforma que incorporara escaños reservados en el proceso y tuviera en consideración el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En primer lugar, la Ley 21.298 estableció que los pueblos reconocidos en la Ley 19.253 (Ley Indígena) contarían con 17 escaños que formarían parte de los 155 que componen la Convención Constitucional. De esta forma, el número de escaños reservados representa el 10,96% de los integrantes de la Convención, siendo un porcentaje de representación levemente inferior al porcentaje de personas de la población que se autoreconoce como parte de un pueblo indígena (12,8%). Sin embargo, uno de los aspectos que considerábamos importante es que los escaños reservados se adicione a las 155 personas que componen la Convención, para no modificar el criterio de proporcionalidad territorial de la elección de representantes por distritos y evitar alterar los acuerdos ya tomados en la reforma constitucional realizada por la Ley 21.200.

En segundo lugar, la Ley 21.298 elaboró una compleja reglamentación para determinar el padrón de personas que podían votar por los candidatos o candidatas indígenas, en donde el criterio rector estuvo dado por los registros indígenas existentes y no por el principio de autoidentificación, como establece el artículo 1.2 del Convenio N° 169 de la OIT. Así, el Servicio Electoral confeccionó el padrón de electores con las siguientes reglas: i) nómina de aquellas personas que estén incluidas en el Registro nacional de calidades indígenas; ii) datos administrativos que contengan los apellidos mapuche evidentes; iii) nómina de apellidos indígenas de bases de postulantes al Programa de beca indígena (de enseñanza básica, media y superior) desde el año 1993; iv) registro especial indígena para la elección de consejeros indígenas de la Corporación Nacional Indígena; v) registro de comunidades y asociaciones indígenas; vi) registro para la elección de comisionados de la Comisión de desarrollo de Isla de Pascua. Además, tuvieron derecho a votar en las elecciones de convencionales constituyentes indígenas quienes, no figurando en la nómina elaborada con los criterios precitados, se identificaron como electores indígenas previamente al día de la elección y obtuvieron una autorización del Servicio Electoral. Dicha autorización se otorgó cuando las personas acreditaron su calidad de indígena mediante un certificado de la Conadi o con una declaración jurada, elaborada por el Servicio Electoral, donde indicaron, expresamente, que cumplen con cualquiera de las condiciones que establece la Ley 19.253.

En tercer lugar, la Ley N° 21.298 incorporó con escaños reservados en la Convención Constitucional a todos los pueblos indígenas reconocidos en la Ley 19.253, esto es, el pueblo mapuche, aimara, rapa nui, atacameño, quechua, colla, diaguíta, kawashkar, yagán y chango

(último en ser reconocido legalmente a través de la Ley 21.273, del 17 de octubre de 2020). Sin embargo, y pese a que también cuenta con reconocimiento legal,⁵² la Ley 21.298 no incorporó al pueblo afrodescendiente con escaños reservados en la Convención Constitucional, manteniendo la exclusión histórica y estructural de dicho pueblo en la deliberación política.

En cuarto lugar, es importante considerar que la Ley 21.298 sí contempló que las candidaturas fueran individuales y, además, para reforzar su vínculo comunitario, exigió que estas contaran con el patrocinio de un número de comunidades u organizaciones indígenas. Asimismo, todos los pueblos indígenas tenían asegurado al menos un representante y se les dio una mayor representación a los dos pueblos indígenas mayoritarios, con dos escaños para el pueblo aimara y ocho para el pueblo mapuche. Además, se estableció un mecanismo de corrección de paridad de género en la elección de los representantes indígenas.

Así las cosas, el Servicio Electoral configuró el padrón indígena de electores que registró un total de 1.239.295 personas. Sin embargo, en las elecciones convencionales para la elección de los escaños reservados solo participó el 22,81% del padrón indígena, votando un total de 283.473. La distribución de votación por pueblos fue la siguiente: i) Pueblo mapuche: 237.237 personas; ii) pueblo aimara: 20.092 personas; iii) pueblo diaguíta: 11.518 personas; iv) pueblo atacameño: 7.016 personas; v) pueblo colla: 2.209 personas; vi) pueblo quechua: 2.165 personas; vii) pueblo rapa nui: 1.963 personas; viii) pueblo chango: 956 personas; ix) pueblo kawashkar: 250 personas; x) pueblo yagán: 67 personas. Consideramos que la baja participación de los pueblos indígenas en la elección tiene que ver, principalmente, con el hecho de que la Ley 21.298 se promulgó en una fecha muy cercana a las elecciones, afectando la preparación y difusión del mecanismo entre los pueblos indígenas y, por cierto, mermando su convocatoria electoral.

La creación de escaños reservados para los pueblos indígenas debe ser vista, sin duda, como un paso histórico en el reconocimiento de aquellos como sujetos de derecho a la autodeterminación. Sin perjuicio de esto, las falencias en el diseño y en la implementación, mencionadas antes, deben ser corregidas para asegurar efectivamente ese derecho.

2.5. Convención Constitucional: reglamento de la Convención y su relación con los estándares en derechos humanos

El 20 de junio de 2021, el Presidente de la República dictó el Decreto N° 1684 convocando a la primera sesión de instalación de la Convención Constitucional, para el 4 de julio de 2021, en la sede del Congreso

52 La Ley 21.151, publicada en el Diario Oficial el 16 de abril de 2019, otorgó reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno.

Nacional, en la ciudad de Santiago.⁵³ En dicha jornada histórica, junto con la instalación de la Convención Constitucional, se eligió a la mesa directiva de la misma, siendo electa presidenta Elisa Loncon Antileo, que es convencional constituyente representante de los escaños reservados para el pueblo mapuche. Por su parte, para el cargo de vicepresidente se eligió a Jaime Bassa Mercado, que es convencional constituyente electo por el distrito 7.

A la fecha del presente *Informe* (agosto de 2021) la Convención Constitucional ha dictado normas provisorias para su funcionamiento, ha conformado comisiones para su trabajo y ha tenido que lidiar con un conjunto de aspectos prácticos para su funcionamiento.⁵⁴ En ese sentido, en el presente apartado, analizaremos, en particular, las propuestas que se han formulado en torno al reglamento de la Convención y relevaremos algunos aspectos que consideramos importantes que queden consagrados en dicho reglamento, conforme con los estándares de derechos humanos que detallamos al comienzo del capítulo.

Respecto al reglamento de funcionamiento de la Convención, la Constitución deja amplio margen al órgano para su autorregulación, estableciendo algunas reglas para el desarrollo del proceso y que son las siguientes: i) en el artículo 133, inciso tercero, de la Constitución se establece que el quorum para la aprobación del reglamento deberá ser de 2/3 de los miembros en ejercicio; ii) la presidencia y la vicepresidencia de la Convención se elegirán en la sesión inaugural por mayoría absoluta de sus miembros (artículo 133 inciso segundo de la Constitución); iii) según el artículo 137 de la Constitución la Convención Constitucional tendrá un plazo inicial de 9 meses, contados desde su instalación, para la elaboración de la nueva Constitución, plazo que se puede prorrogar, solo por una vez, en 3 meses; iv) conforme con el artículo 133, inciso tercero, de la Constitución las normas del nuevo texto constitucional deben ser aprobadas por 2/3 de los miembros en ejercicio de la Convención; v) la Convención deberá constituir una secretaría técnica, la que será conformada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional, según el artículo 133, inciso 5, de la Constitución; vi) los y las convencionales se deberán regir por las normas que regulan la probidad en la función pública y la prevención de los conflictos de interés (Ley 20.880) y las normas para la regulación del lobby y las gestiones que representan intereses particulares ante autoridades y funcionarios (Ley 20.730); vii) el artículo 134, inciso final, de la Constitución establece que los integrantes de la Convención

53 Decreto N° 1684 de Instalación de la Convención Constitucional.

54 Para revisar las normas provisorias de funcionamiento y el trabajo de las Comisiones de la Convención Constitucional, se puede consultar el siguiente enlace: <https://www.chileconvencion.cl/documentos/>.

recibirán una retribución mensual de 50 UTM y otras asignaciones que se establezcan en el reglamento interno de la Convención, debiendo este regular un comité externo que las administre.

Como se puede apreciar, las normas constitucionales le entregan un amplio espacio a la Convención para regular su funcionamiento. Al respecto, consideramos que son cinco los ámbitos que, como mínimo, deberá considerar el reglamento de la Convención, a saber: i) Organización funcional interna de la Convención, incluyendo temas como la estructura y funciones de la mesa directiva, funciones y organización de la secretaría técnica, definición de las Comisiones y rol del pleno, procedimientos para los sistemas de reclamación, normas de asignaciones, establecimiento de comités y procedimientos de funcionamiento en relación con la mesa, normas de uso de la palabra, y políticas de inclusión al interior de la Convención; ii) mecanismo para la toma de decisiones, que incluye temas asociados al trámite de aprobación de las normas, plazos y mecanismos para presentación de mociones e indicaciones, definición de votaciones en comisión y plenario, función de comisiones, entre otros; iii) regulación de los mecanismos de participación ciudadana y social en la Convención, que incluye todas las regulaciones para asistir a la Convención por parte de individuos o instituciones, mecanismos para la participación y consulta indígena, y vínculo de convencionales con los territorios; iv) probidad y ética, que considera normas de probidad, lobby y conflicto de interés, así como las sanciones por la vulneración a estas normas; v) transparencia, que considera mecanismos de publicidad de las sesiones, establecimiento de excepciones a publicidad (sesiones secretas), y acceso a información.⁵⁵

Sobre el reglamento y su contenido, en primer lugar, es importante tener presente que, tanto en el sistema universal de protección de los derechos humanos como en el interamericano, hay un conjunto de normas de tratados, de jurisprudencia de la Corte de la Interamericana y guías de acción de los organismos de ambos sistemas, que establecen estándares de derechos humanos en tres ámbitos diferentes. El primero, tiene relación con el ejercicio del derecho a la libre determinación en el proceso para la generación de una nueva Constitución. Así, mientras más amplio sea el ejercicio de este derecho y, por ende, las reglas que determinan la forma y fondo del proceso limiten en menor medida el funcionamiento del órgano que redacte la nueva Constitución, mayor será el resguardo a este derecho. Ello es relevante para el quorum que se fije para la adopción de los acuerdos internos y los aspectos relacionados con las materias que se abordarán en la nueva Constitución.

55 La Biblioteca del Congreso Nacional realizó un estudio comparado con las propuestas de reglamento que existen a junio de 2021 y que se puede consultar en: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/debatenacional>.

En segundo lugar, es importante considerar que la reglamentación y los procedimientos al interior de la Convención respeten de forma amplia la libertad de expresión, permitiendo que todas las perspectivas que se encuentran representadas al interior de la Convención se puedan expresar. Asimismo, que aquellas que no lograron una representación cuenten con mecanismos adecuados para que puedan dar cuenta de sus opiniones y visiones, buscando fórmulas que permitan la más amplia deliberación posible.

Finalmente, el tercer ámbito, se refiere a la participación constitucional de los diversos sectores de la población en la deliberación constituyente y, en particular, por parte de los grupos e individuos que han estado excluidos de forma histórica y estructural de este tipo de instancias y procesos, como los pueblos indígenas, mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y personas LGBTIQ+. Aquí el rol del Estado y del órgano que lleve adelante el proceso constituyente es crucial. Para ello, no solo tienen que diseñar, en sentido amplio, las instancias que permitan la participación social en la discusión constitucional, sino que se deben garantizar los medios económicos y estructurales para ello. Para cumplir con esta dimensión será fundamental que el reglamento contemple una serie de mecanismos e instancias, con el fin de asegurar la mayor participación social, tales como: i) Audiencias públicas al interior de las comisiones, que sean de fácil acceso para los grupos y sectores en los que se organiza la sociedad civil; ii) iniciativa ciudadana de propuestas constitucionales; iii) amplia difusión y transparencia de los contenidos, votaciones y propuestas que surgen al interior de la Convención; iv) creación de mecanismos específicos de consulta en las comisiones permanentes para asegurar la participación de los grupos e individuos, ya mencionados con anterioridad, que han estado excluidos de forma histórica y estructural de este tipo de instancias y procesos; v) realización de un proceso de consulta y participación indígena, que cumpla, al menos, con el estándar contenido en el Convenio N° 169 de la OIT; vi) consideración de las propuestas y conclusiones que surjan de cabildos ciudadanos en las comisiones temáticas al interior de la Convención.

3. CONCLUSIONES

El proceso constitucional iniciado en Chile ha abierto la posibilidad de decidir, por primera vez, en una forma enteramente democrática una Constitución para el país, que sea fruto de un proceso amplio y participativo y en el que se incluyan, de forma expresa, tanto en el proceso como en el texto de la Constitución, a sectores históricamente excluidos de la deliberación política y del ejercicio del poder. El

proceso, hasta la fecha, ha permitido la participación a esos grupos de una forma inédita en nuestra historia, particularmente a las mujeres –con la introducción de la paridad–, a los pueblos indígenas –con la creación de los escaños reservados para los pueblos indígenas– y, también, por primera vez, a las personas con discapacidad, por medio de reglas especiales en cuanto a presentación de candidaturas. Sin embargo, en las instancias del derecho a voto siguen existiendo exclusiones incompatibles con los derechos garantizados por el sistema internacional, como sucede con las personas privadas de libertad, los niños, las niñas y adolescentes.

Respecto a los colectivos históricamente discriminados –como personas con discapacidad y colectivos LGBTIQ+– las características del régimen de participación actual, a pesar de haberse dado pasos positivos, tanto normativos como de práctica política, no son aún suficientes como para asegurar una efectiva participación y representación, y eliminar las discriminaciones estructurales todavía existentes.

Por otro lado, el funcionamiento de la Convención, cuyo reglamento, a la fecha de cierre de este *Informe*, no ha podido ser analizado, debe incluir una serie de principios, como transparencia, probidad, participación, inclusión, libertad de expresión, a fin de permitir a la Convención operar de acuerdo a estándares de derechos humanos.

4. RECOMENDACIONES

1. En la elaboración del reglamento de la Convención se debe considerar el más amplio respeto al derecho a la libre determinación de los pueblos, lo que implica que la Convención no tenga límites materiales diferentes al pleno respeto y consideración del derecho internacional de los derechos humanos para la elaboración de las normas de la nueva Constitución.
2. En la elaboración de la reglamentación y los procedimientos al interior de la Convención, se debe respetar de forma amplia la libertad de expresión, permitiendo que todas las perspectivas que se encuentran representadas se puedan manifestar. Asimismo, aquellas visiones que no lograron una representación en la Convención deben contar con mecanismos adecuados para plantear sus opiniones, garantizándose la más amplia deliberación posible.
3. En la elaboración del reglamento y en el funcionamiento de la Convención, se deben contemplar mecanismos de participación social, en particular respecto a grupos históricamente discriminados, para que tengan una efectiva incidencia y cuenten con el adecuado financiamiento.

4. Durante la elaboración de la Constitución se debe considerar la realización de un proceso de participación y consulta con los pueblos indígenas, que incluya al pueblo afrodescendiente y que se realice, al menos, con los estándares que contempla el Convenio N° 169 de la OIT.
5. En el plebiscito de salida se debería contemplar la posibilidad de incluir en el padrón electoral a las personas mayores de 16 años.
6. En el plebiscito de salida el legislador, en conjunto con el Servicio Electoral, debe tomar las medidas necesarias para que las personas privadas de libertad que no han perdido su ciudadanía, puedan ejercer su derecho al sufragio.

