

Derechos Humanos

de las Minorías Sexuales

Los derechos de las minorías sexuales no ha sido un tema que haya estado presente en la agenda pública de manera particular en los últimos años. Al igual como aconteció con otras temáticas que involucran “cuestiones valóricas”, como suele denominarse a los temas en los que las personas han de tomar opciones relevantes para la adopción de políticas públicas, el retorno a la democracia no trajo consigo una apertura significativa para los problemas de las minorías sexuales. Por lo mismo, los homosexuales, lesbianas, transgéneros, travestis y demás personas que forman parte de este colectivo han debido soportar no solo la discriminación que suele acompañarlos, sino, además, una permanente situación de invisibilidad y marginación, no obstante vivir situaciones a diario que son atentatorias a sus derechos fundamentales y que por lo mismo deberían ser confrontadas por el Estado para darles solución.

Con todo, durante el año 2003 los sucesos que han involucrado a las minorías sexuales han sido, en comparación con lo que venía ocurriendo desde la vuelta a la democracia, mucho más significativos, en particular debido a la mayor exposición pública del tema. Lo anterior dice relación, según dan cuenta publicaciones especializadas de las minorías sexuales aparecidas durante el año –como el periódico *Opus Gay*– no tanto a que han acontecido más hechos que, a la luz de los estándares que rigen a Chile en la materia, importan violaciones a derechos fundamentales básicos, sino, antes bien, a una progresiva visibilización de los problemas y cuestiones propias de las minorías sexuales.

Como ya se ha visto en el capítulo sobre libertad de expresión de este Informe, el caso del juez Calvo, denunciado por el

ex regente de un sauna gay ilegal de asistir a ese lugar estando, de esa manera, impedido de conocer del caso sobre pedofilia y la red de protección en torno a Claudio Spiniak, fue detonante no solo de un profuso debate sobre los alcances del derecho a informar versus la privacidad de las personas, la situación de extremo abandono y abuso en que se encuentran niños en Chile, sino, también, de la relevancia de la orientación sexual de las personas que ejercen cargos públicos.

En cuanto a la discriminación que sufren las minorías sexuales, en particular los homosexuales y lesbianas, de acuerdo con una encuesta de la División de Organizaciones Sociales (DOS), del Ministerio Secretaría General de Gobierno, en conjunto con la Fundación Ideas y la Universidad de Chile, dada a conocer en julio, el 50% de los chilenos considera que las causas de la homosexualidad debieran ser investigadas, a efectos de poder evitarla¹.

Junto con ello, de acuerdo al II Informe de Derechos Humanos de las Minorías Sexuales Chilenas, publicado por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), la Corte Suprema encabeza la lista de instituciones homofóbicas y su actual presidente, el ministro Marcos Libedinsky, el tercer lugar en el ranking de personas públicas homofóbicas (seguido del ministro del máximo tribunal, José Benquis). A la Corte se le atribuye esa condición por abrir un cuaderno de remoción en contra del magistrado basado en su "mal comportamiento", aun cuando con posterioridad, en enero de 2004, no se obtuvo el quórum necesario para expulsarlo del Poder Judicial, mientras que al ministro Libedinsky se le acusa de mantener actitudes contradictorias en torno a la condición sexual de los jueces.

Lo anterior toda vez que el presidente de la Corte Suprema declaró a la prensa que la condición homosexual de un juez solo era compatible si es que este no la hacía pública, de modo que, entendieron los grupos de minorías sexuales, se condenaba a la invisibilidad la homosexualidad nada menos que desde uno de los Poderes del Estado y, en particular, el encargado de proteger los derechos de las personas. Marcos Libedinsky señaló, ante la pregunta acaso puede un juez ser homosexual, que ello sí podía ser pero "que no trascienda (...) como si uno pu-

¹ Con todo, según da cuenta la misma encuesta, esta cifra en 1996 ascendía al 71% y en 2000 al 59% del total consultado.

diera decir ‘ya usted puede ser homosexual, mientras yo no sepa’².

Por su parte, el ministro de la Corte Suprema José Benquis en una declaración citada en el *II Informe* fue todavía más explícito, y afirmó que “[s]i yo no quiero que ninguno de mis nietos sea homosexual, tampoco me gustaría que mi otra familia, la judicial, estuviese integrada por homosexuales. (...) A ver, para ponerlo en un terreno más vulgar. Yo soy fanático de la Universidad de Chile y no me gustaría que en el Poder Judicial hubiera jueces colocolinos”³.

UNIÓN CIVIL ENTRE HOMOSEXUALES

Se estima que en Chile alrededor de 300 mil personas viven como pareja homosexual⁴. Aun cuando estas personas llevan una vida en común, adquiriendo bienes en conjunto, contratando y contrayendo obligaciones patrimoniales, la ley no les reconoce derechos civiles –como derechos de herencia o alimentos– ni de índole social, como los derechos previsionales, o beneficios tributarios a los que las parejas heterosexuales casadas sí pueden acceder.

Ante esta situación, se ha dejado ver que, en muchas ocasiones, una de las personas que conforman la pareja fallece y el sobreviviente queda prácticamente en la calle, en tanto son los familiares quienes, por derecho sucesorio, pueden adquirir los bienes que dejó la persona. Como lo ha señalado el presidente del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, Rolando Jiménez, “[c]uando una pareja ha acumulado bienes y uno de ellos muere, a pesar de haber adquirido esos bienes de manera conjunta, viene la familia y arrasa con los bienes”⁵.

Por ello, en junio de 2003, los diputados oficialistas María Antonieta Saa (PPD), Fulvio Rossi (PS), Enrique Accorsi (PPD),

² Entrevista a Marcos Libedinsky, Presidente de la Corte Suprema, en Revista *Siete +7*, 26 de diciembre de 2003, p. 18.

³ Entrevista al ministro José Benquis, citada en *II Informe de Derechos Humanos de las Minorías Sexuales Chilenas*, p. 32.

⁴ Información entregada por la diputada María Antonieta Saa, en “Presentan proyecto para permitir unión civil entre homosexuales”, *La Nación*, 11 de junio de 2003.

⁵ “Proponen reconocer legalmente uniones entre homosexuales”, *El Mostrador.cl*, en www.elmostrador.cl, 19 de mayo de 2003.

Carolina Tohá (PPD), Ximena Vidal (PPD), Antonio Leal (PPD), Gabriel Ascencio (DC) y el opositor Osvaldo Palma (RN), patrocinando la iniciativa de la organización de minorías sexuales, presentaron un proyecto de ley a la Cámara de Diputados que pretende revertir esta situación que se ha estimado como una discriminación institucionalizada, en tanto las parejas homosexuales se encuentran en una clara desventaja frente a las uniones legales de los heterosexuales⁶.

El proyecto de ley establece la figura de un contrato de unión civil que implica deberes y derechos similares a los del matrimonio, aun cuando no habilita para la adopción de hijos y los firmantes conservan el estado civil de 'solteros'. Para ello, se requiere acreditar dos años de convivencia, estando impedidos de acceder a este sistema los parientes, personas ligadas por vínculo de adopción y los menores de edad.

El propio Rolando Jiménez, presidente del MOVILH, ha señalado que este no es el primer paso hacia la legalización del matrimonio entre homosexuales toda vez que, a pesar de que algunos han sostenido que en Chile sí estaría permitido el matrimonio entre homosexuales por medio de un contrato innominado⁷, las realidades son distintas, por lo que no les "interesa trasladar mecánicamente los efectos de la ley civil de matrimonio a las parejas homosexuales"⁸. En un sentido similar, a pesar de denunciar la desigualdad que se produce en esta situación, la presidenta de la Cámara de Diputados, Isabel Allende (PS), reconoció que Chile no está, como país, preparado para reconocer el matrimonio entre homosexuales⁹.

El proyecto ingresó a la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados y se espera que en 2004 comience la discusión, para la cual existen grandes expectativas en tanto servirá para medir, según se indica, el grado de discriminación aún existente en la institucionalidad chilena.

Lo anterior en cuanto, con el anuncio de su presentación, hubo parlamentarios que manifestaron su rechazo a la iniciativa, como, por ejemplo, el diputado oficialista Patricio Walker

⁶ Boletín 3283-18, en trámite.

⁷ Véase Cox, Francisco, "El matrimonio entre homosexuales" en *Academia de Derecho* N° 3. Universidad Diego Portales, Santiago, 1994, pp. 23-31.

⁸ "Diputados ingresan proyecto sobre unión entre homosexuales", *El Mostrador.cl*, en www.elmostrador.cl, 11 de junio de 2003.

⁹ "Proponen reconocer legalmente...", citado.

(jefe de bancada de su partido, la Democracia Cristiana), quien señaló que la idea le producía un “rechazo absoluto (...) francamente inaceptable [toda vez que] de legitimarse legalmente este tipo de situaciones, adquiriría un aspecto de normalidad que podría generar una cierta masificación de este tipo de uniones”¹⁰. En el mismo sentido, el diputado opositor Pablo Galilea (RN) sostuvo que este proyecto no tenía sentido, ya que se trataba de una iniciativa “innecesaria”, pues, según él, los problemas patrimoniales de los *gay* pueden superarse mediante la creación de sociedades. Lo mismo que el jefe de la bancada del PS Fidel Espinoza, quien afirmó que “en la bancada hay muchos parlamentarios que vamos a manifestar oposición rotunda. Creemos que no son temas que hoy día no requieren ser revisados siquiera”¹¹.

Al ser consultado sobre esta cuestión, el entonces presidente de la Corte Suprema, Mario Garrido, declaró que “el matrimonio partió históricamente como una noción de unión entre hombre y mujer para crear la familia en esta sociedad. Si se quieren crear otras instituciones, ¡no mintamos!, creemos otras instituciones, pero no le demos nombres falsos que llevan a equívoco”¹², agregando que en Chile “no se puede hablar de discriminación [en contra de los homosexuales sino] de estadios culturales”, aun cuando sostiene que no se puede “juzgar a un ser humano por lo que es, sino por lo que hace. Si es homosexual es respetable, tan respetable como cualquiera que es heterosexual”¹³.

EL CASO “DIVINE”

Para el movimiento homosexual, este caso representa uno de los hitos más significativos en la lucha que han desplegado desde hace más de una década, época en que comenzaron a organizarse aprovechando la apertura que el retorno a la democracia traería aparejada.

¹⁰ “El backstage de los gay”, *La Nación domingo*, 22 de junio de 2003.

¹¹ Declaraciones citadas en II Informe...

¹² “Al gay lo que es del gay”, entrevista al ex presidente de la Corte Suprema, Mario Garrido, en *La Nación domingo*, 15 de junio de 2003.

¹³ *Idem*.

El 4 de septiembre de 1993, casi una veintena de personas fallecieron a causa de un incendio en la discoteca gay *Divine*, de la ciudad de Valparaíso. El hecho dio origen, como ocurre en todos los casos de incendio, a una investigación judicial a cargo del 7° Juzgado del Crimen de esa la ciudad porteña, el cual sobreyó temporalmente la causa en marzo de 1994, esto es, solo seis meses después de ocurrido el hecho, sin que se determinaran responsabilidades de ningún tipo.

De acuerdo con los informes de peritos tenidos a la vista por el juez de la causa, Jorge Gándara, el siniestro se debió a un desperfecto eléctrico, conclusión que la comunidad homosexual nunca ha compartido. Para esta, en efecto, la verdadera causa de la muerte de estas personas fue un atentado preparado por motivos homofóbicos, en el que habrían participado sujetos más o menos identificados que el tribunal no se esmeró en ubicar para hacerlos declarar.

Aún más, de acuerdo con un informe que preparara el MOVILH, y que se tuvo a la vista para ordenar la reapertura del caso en 2003, la cantidad de antecedentes proporcionados por organismos de derechos humanos más los documentos de prensa de la época, junto con la existencia de los sospechosos aludidos que no fueron nunca pesquisados, y las permanentes indagaciones del juez sobre la orientación sexual de quienes eran citados a declarar ante el tribunal, son, en conjunto, una demostración de que la Justicia actúa con negligencia en su deber de aclarar lo sucedido la noche de septiembre de 1993¹⁴.

De acuerdo con las conclusiones que extrae el Informe especial del MOVILH, el incendio se habría registrado producto del lanzamiento de un objeto incendiario al interior del local, en medio de la noche, cuando decenas de personas, hombres y mujeres, se encontraban en su interior. Allí se indica que el tribunal no actuó con la debida diligencia para ubicar a sospechosos respecto de los cuales existen varios testimonios de personas que habrían presenciado cómo una persona que llevaba una bolsa en su mano, con un tarro de combustible, lo arrojó hacia adentro, provocando de esa manera el incendio.

Como se señaló, además de la falta de cuidado y el desinterés evidente que la Policía tuvo en el caso –lo que se demuestra,

¹⁴ “Informe Móvil-Divine: la justicia que merecen las víctimas”, disponible en <http://www.naciongay.cl/noticias/divine.htm>.

por ejemplo, en que las ordenes que el tribunal despachaba para dar con el paradero de uno de los principales sospechosos eran devueltas señalando que el sujeto se encontraba en el sur del país y que se esperaba su regreso para ubicarlo—, el documento del MOVILH da cuenta del trato homofóbico y vejatorio que sufrieron algunas personas que declaraban en el proceso. Se dice que tanto la Policía de Investigaciones como el propio juez de la causa indagaban acerca de la orientación sexual de los declarantes, siendo en muchas ocasiones golpeados violentamente por los funcionarios policiales. De hecho, se reproducen declaraciones de familiares de las víctimas del incendio, quienes, a fin de acelerar los trámites para dar sepultura a sus deudos, debían responder sobre las preferencias sexuales de sus parientes, cuestión que era irrelevante para el objeto de los testimonios.

Por medio de la recopilación de los nuevos antecedentes, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual logró que la Corte Suprema ordenara la reapertura del caso, generándose nuevas expectativas en que el tribunal, ahora sí, pueda establecer la comisión del delito y, además, las responsabilidades de los culpables del hecho.

TUICIÓN DE HIJOS POR MADRES LESBIANAS

A fines de octubre, el Juzgado de Letras de Menores de Villarrica (IX Región) dicta una sentencia que para los derechos de las minorías sexuales, en particular las lesbianas, es vista como un hito. El tribunal conoció de una demanda por tuición de los hijos presentada por un abogado de la Defensoría Pública de Temuco en contra de su ex mujer, que se desempeñaba como jueza. La demanda, que pretendía quitar el cuidado personal de las hijas del matrimonio, se fundaba en la supuesta falta de idoneidad para tener a su cargo a las niñas, toda vez que la madre había reconocido su lesbianismo llevando incluso a su pareja a vivir con ella y sus hijas.

El demandante consideraba que lo anterior estaba produciendo en las niñas serios perjuicios a su derecho a desarrollarse en un ambiente sano, induciéndolas a comportamientos desviados y exponiéndolas al escrutinio social de la comunidad por vivir en las circunstancias relatadas.

El caso, que por mucho tiempo se mantuvo en reserva, parecía ir a favor del demandante, toda vez que el juez que conocía del caso dispuso, mientras se tramitaba el mismo, que el marido demandante tendría el cuidado provisorio de los hijos, lo que de alguna manera parecía como un adelanto de la decisión final. De hecho, para materializar lo anterior el juez que sustanciaba la causa –y que posteriormente fue inhabilitado por anticipar su juzgamiento– señaló, en dicha oportunidad, “que el actor [demandante] presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, *argumentos que en el contexto de una sociedad heterossexual y tradicional cobra gran importancia*”¹⁵. La adhesión del juez de la causa a un tipo único de sociedad fue causal más que suficiente para que la Corte de Apelaciones de Temuco obligara al juez titular a inhabilitarse e inhibirse de seguir conociendo del asunto, siendo reemplazado por la jueza subrogante.

Así, a pesar de este primer escenario adverso, la mujer logró revertir el escenario judicial y obtuvo una sentencia que destaca por los alcances que hace en cuanto la condición sexual de una persona no es un elemento determinante por sí mismo de la idoneidad moral para cuidar a los hijos. Se dispuso por el tribunal que, después de terminar el año escolar, las menores tendrían que ser devueltas a su madre.

El fallo dictado es interesante, además, porque desecha alegaciones sobre maltrato y falta de cuidado hacia las niñas que el padre alegaba, reiterando una línea jurisprudencial poco asentada en los tribunales nacionales pero que, sin embargo, había sido ya expuesta por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, la cual sentó que “el buen o mal ejemplo para el menor o el peligro para la moralidad de este no depende de la circunstancia de encontrarse sus progenitores unidos o no por vínculos matrimoniales, sino de los atributos, cualidades o defectos que posean por su calidad de personas, por su desempeño en el medio ambiente que los rodea, sus costumbres, su trabajo y por el respeto, la armonía y la preocupación constante por los integrantes del grupo que se cobija bajo su mismo techo, todo lo cual sí influirá decisivamente en la vida de un menor”¹⁶.

¹⁵ Este pasaje está reproducido en una presentación hecha por el abogado de la demandada, Juan Pablo Olmedo, a quien la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos remitió un informe en derecho sobre la materia del caso.

¹⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 27 de julio de 1993, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XC, Sección II, p. 102.

De esta manera, la Justicia consideró, luego de una larga tramitación, establecer que la condición sexual de la madre no es una causa calificada *per se* para quitarle el cuidado personal de sus hijos, como lo pretendía el marido, al entender que el lesbianismo de ella provocaría daños irreparables a las niñas y sería causa de la desatención que tendrían. Pero tanto los informes sociales, psicológicos como jurídicos acompañados al proceso determinaron que, a diferencia del maltrato, la inducción a la prostitución o el abandono, la condición sexual de una madre (o padre) no puede ser tenida como elemento decisor para dar o quitar la tuición sobre los hijos. La sentencia dictada disponía, así, que la madre tendría a su cuidado las niñas.

Posteriormente, el padre impugnó la decisión del tribunal de menores, y la causa llegó hasta la Corte de Apelaciones de Temuco. Allí, a pesar de que se había decretado la inhabilidad del juez titular para conocer el caso, al trascender este a la prensa, la Corte designó como Ministro en Visita al magistrado Lenin Lillo para que investigara “los hechos que han sido puestos en conocimiento de la opinión pública a través del Diario ‘Las Últimas Noticias’ el día 1° de los corrientes [marzo de 2003] y que dicen relación con la vida privada” de la mujer demandada. Tras la visita (investigación) del Ministro, la Corte hizo “un severo llamado de atención” a la madre demandada toda vez que, de conformidad con la investigación efectuada, “su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la [demandada] como del Poder Judicial”¹⁷. Como se observa, hay en esta sanción a la mujer la consideración de que la condición sexual de lesbiana no puede ser expuesta al público porque ello daña la imagen no solo de la persona sino, también, la del propio Poder Judicial, algo similar a lo dicho por el presidente de la Corte Suprema, según se expuso páginas más atrás.

Conociendo de la apelación presentada, la Corte de Apelaciones acogió la solicitud presentada por el ex marido para que, mientras no se efectuara la vista de la causa, fuesen suspendidos los efectos de la sentencia recurrida (orden de no innovar), por lo que el padre seguía con la tuición personal de las hijas. Con todo, la mujer que había obtenido una sentencia favorable

¹⁷ Informe del Ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco, en visita extraordinaria, punto 14, en poder de los autores de este Informe.

presentó una queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco, Lenin Lillo y Archivaldo Loyola, ya que, a pesar de haber conocido de la orden de no innovar –esto es, haber presentes al momento de acogerse–, posteriormente, cuando debía verse el fondo del asunto, en enero de 2004, se inhabilitaron de oficio, quedando la causa sin tribunal, vale decir, sin la posibilidad de que se viera, como correspondía. Dicho de otra manera, la parte que representaba a la madre impugnó el hecho que estos Ministros, pese a tener conocimiento de la causal de impicancia y recusación que, según ellos, les afectaba, participaron de la resolución que suspendió el cumplimiento de lo dispuesto por el tribunal de primera instancia, esto es, la entrega a la madre de las hijas para su cuidado personal¹⁸.

Después de más de dos meses de espera, la causa fue alegada por los abogados de las partes, encontrándose su resolución final pendiente al momento del cierre de este Informe sobre Derechos Humanos y con el inconveniente práctico que el año escolar ya comenzó y las niñas, a pesar de que el tribunal ha decidido que deben estar con su madre, siguen bajo la tuición del padre, con el evidente daño que esta situación de incertidumbre puede provocar en ellas, desatendiendo realmente al interés superior de ellas.

¹⁸ La ley obliga a los jueces a declarar su inhabilidad para conocer de un asunto “tan pronto como tengan noticia de ello” (artículo 199 del Código Orgánico de Tribunales), lo cual no aconteció en este caso.