

El retiro de los fondos previsionales y la protección de los derechos fundamentales en Chile: ¿Otra vez la “propietarización”?

The withdrawal of pension funds and the protection of fundamental rights in Chile: "Proprietarization" again?

Jorge LARROUCAU TORRES*

RESUMEN: La protección de los derechos fundamentales que se creó en Chile a mediados de los años setenta tuvo un claro sesgo hacia la tutela judicial de la propiedad. Este rasgo cobró relieve con la estrategia argumentativa de la “propietarización” a partir de los años noventa, para ampliar esta tutela de urgencia hacia otros derechos. El retiro de los fondos previsionales de los trabajadores que se comenzó a discutir ante las Cortes a partir del año 2019 no solo reveló, una vez más, esta inclinación por la propiedad, sino que, además, mostró la conexión interna entre esta tutela judicial de los derechos fundamentales y el fomento del debate público.

PALABRAS CLAVE: Protección de los derechos fundamentales; justicia civil chilena; fondos previsionales; propiedad.

* Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. ORCID: 0000-0001-9893-5450. Contacto: <jorge.larroucau@pucv.cl>. Este trabajo es parte de una investigación financiada mediante un proyecto Fondecyt Regular (N° 1200389: “La aplicación preferente, alternativa o residual de la protección de derechos fundamentales: Un estudio dogmático de los efectos procesales del art. 20 inciso 1° in fine de la Constitución de 1980”, 2020-2022) cuyo apoyo agradezco. Fecha de recepción: 03/03/2021. Fecha de aprobación: 10/06/2021.

ABSTRACT: The protection of fundamental rights created in Chile in the mid-seventies had a clear preference for judicial protection of property. The strategy of “propietarización” (“ownership of a right”) emphasized this feature from the nineties to extend this emergency protection to other rights. The withdrawal of worker’s pension funds discussed in the Courts from the year 2019 not only did he reveal this preference for property, but also show the internal connection between this judicial protection of fundamental rights and the promotion of public debate.

KEYWORDS: Protection of fundamental rights; Chilean civil justice; Pension fund; property.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del año 2019, el debate judicial sobre el retiro de los fondos previsionales dejó en evidencia, una vez más, la importancia que ha tenido la propiedad a la hora de hacer efectiva una tutela judicial de los derechos fundamentales en Chile.

Este artículo analiza esta circunstancia desde tres puntos de vista. En primer lugar, se contextualiza a la protección como una vía judicial pensada para recurrir ante una Corte con el fin de proteger la propiedad, en lugar de otros derechos fundamentales, especialmente ante una acción u omisión ilegal o arbitraria de origen público.

En segundo término, se expone la estrategia de la “propietarización” y uno de sus principales correlatos en el juicio de protección, cual es la prueba de que dispone la Corte, la cual suele limitarse a la información documental.

En último lugar, se revisan las seis respuestas judiciales que dieron las Cortes chilenas ante el reclamo de las trabajadoras y de los trabajadores por acceder a sus fondos de pensión entre los años 2019 y 2020.

La conclusión de este trabajo es que el debate judicial sobre los fondos previsionales no es solo un nuevo caso de “propietarización”, sino que un ejemplo de cómo esta tutela judicial de urgencia participa de un debate público mayor; en este caso, sobre el sistema de pensiones que rige en Chile y el que debería reemplazarlo.

II. PROTEGER LA PROPIEDAD

A pesar de la amplitud de sus términos, la protección de los derechos fundamentales del art. 20 de la Constitución de 1980 –sim-

plemente protección en lo que sigue¹– habría tenido un propósito

¹ Art. 20 de la Constitución de 1980: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º [“derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”], 2º [“igualdad ante la ley”], 3º inciso quinto [“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”], 4º [“respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales”], 5º [“inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”], 6º [“libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”], 9º inciso final [“el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”], 11º [“libertad de enseñanza”], 12º [“libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa”], 13º [“derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”], 15º [“derecho de asociarse sin permiso previo”], 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º [“derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley”], 21º [“derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”], 22º [“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”], 23º [“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”], 24º [“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”], y 25º [“La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie”] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo

muy concreto al momento de su creación, en medio de la dictadura cívico-militar encabezada por Pinochet: ser “un instrumento de lucha política [...] con una clara impronta elitista y autoritaria”², para resguardar la propiedad del empresariado y los terratenientes ante el temor que les causó el gobierno del presidente Salvador Allende (1970-1973)³.

De este modo, la protección puso al alcance de los propietarios, especialmente de los dueños de las tierras, una vía judicial rápida –que no impide un juicio declarativo posterior– para resguardar sus bienes ante las actuaciones de la Administración del Estado. Fue así como, al poco andar, la protección pasó a ser entendida como “un contencioso-administrativo urgente para dar tutela a la propiedad”⁴.

La Corte Suprema reguló su tramitación judicial, por primera vez, en abril de 1977. Esto fue posible gracias a que el Acta Constitucional de 1976 (art. 2 inciso 2º) la autorizó para hacerse cargo de la “tramitación” de la protección, algo que un año antes –en 1975– también había sido dispuesto por el Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (art. 20 inciso 3º).

Esta autorización a la Corte Suprema para regular una tutela judicial actualizó una práctica que viene desde la Colonia, en cuanto a que dicho tribunal haga uso de sus autos acordados, no solo para la gestión judicial interna del trabajo judicial, sino que también para regular procedimientos, una cuestión que ha sido

19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

² BORDALÍ, Andrés, “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, núm. 2, vol. 19, 2006, pp. 208-211.

³ SOTO, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 23-30.

⁴ BORDALÍ, Andrés, *op. cit.*, pp. 208-211.

polémica en Chile, pero sobre la cual no es necesario detenerse en esta oportunidad⁵.

En otras palabras, aunque en los años setenta se hizo alusión a la necesidad de crear una tutela de urgencia para los derechos que no estaban resguardados por el amparo o *habeas corpus*, el centro del debate estuvo puesto en la propiedad. Un ejemplo de esto fue lo que sostuvo Pedro PIERRY, en el año 1977, en cuanto a que esta nueva tutela de urgencia solo procedía ante una “vía de hecho” en los términos de la jurisprudencia francesa, o sea, si la Administración del Estado violaba de forma grosera la propiedad (u otra “libertad pública”), eliminando con ello la presunción de legalidad del acto administrativo (hoy en el art. 3 inciso final, Ley N° 19.880 de 2003)⁶.

No es de extrañar, entonces, que el primer fallo de protección fuese uno relativo a la propiedad, “Hexágono con Servicio de Impuestos Internos”, dictado en el mismo año 1977, a raíz de una empresa importadora de vehículos que se vio afectada por una decisión de la autoridad competente⁷.

Ahora bien, tanto los importantes cambios institucionales que ha habido en Chile a partir de los años noventa como la práctica jurisprudencial de las Cortes en las décadas siguientes, difuminaron esta marca de origen de la protección, pero no la borraron del todo. Fue así como ella reapareció con fuerza en los últimos años del siglo XX bajo el rótulo de la “propietarización”.

⁵ LARROUCAU, Jorge, *Judicatura*, Santiago de Chile, DER Ediciones, 2020, pp. 90-93.

⁶ PIERRY, Pedro, “El recurso de protección y lo contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 1, 1977, pp. 159-161.

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de abril de 1977, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, núm. 21 y 22, pp. 226-232 analizada en OTERO, Miguel, “El recurso de protección: Fines, requisitos y naturaleza jurídica”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, núms. 21 y 22, 1977, pp. 219-225.

III. LA “PROPIETARIZACIÓN”

La Constitución de 1980 no contempló una protección judicial para todos los derechos fundamentales. El derecho a la protesta, por ejemplo, no fue mencionado en su art. 20, una ausencia que se ha hecho evidente en múltiples ocasiones durante este siglo, especialmente a propósito del control del orden público con gases lacrimógenos por parte de la policía durante las manifestaciones callejeras. En estos casos, la protección solo parece haber servido para resguardar aquellos bienes afectados por el empleo de aquellos gases; en definitiva, la propiedad privada o pública que resulta dañada en las protestas⁸.

Lo mismo se puede decir de otros derechos fundamentales, como la igual remuneración entre trabajadoras y trabajadores por labores del mismo valor⁹ o la identidad cultural de los pueblos originarios¹⁰, que tampoco fueron incluidos en el catálogo del art. 20 de la Constitución de 1980 y solo han podido ser tutelados por esta vía gracias al modo oblicuo que ofrece la “propietarización”.

Esta técnica argumentativa no hace otra cosa que suponer que el acto u omisión ilegal o arbitrario afecta el dominio de la persona sobre un derecho fundamental que puede estar o no en el catálogo del art. 20 de la Constitución de 1980. Así, por ejemplo, se puede recurrir de protección por los disparos de un policía hacia la puerta de una casa durante una manifestación pública porque tal

⁸ MUÑOZ, Fernando, “El uso de gases lacrimógenos en Chile: Normativa internacional y nacional vigente y jurisprudencia reciente”, en *Estudios Constitucionales*, núm. 1, vol. 14, 2016, pp. 234-243.

⁹ ROJAS, Irene, “Los instrumentos jurídicos ante la discriminación remunerativa entre mujeres y hombres en Chile”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, núm. 2, vol. 33, 2020, pp. 147-161.

¹⁰ FAÚNDEZ, Juan y LE BONNIEC, Fabien, “Cultura jurídica chilena, derecho a la identidad cultural y jurisprudencia, un acercamiento metodológico interdisciplinario”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (Universidad Católica de Temuco), núm. 1, vol. 11, 2020, pp. 142-171.

acción perturba el dominio del dueño del inmueble, más que por la amenaza que representa a su derecho a la vida o a su integridad física y psíquica o bien porque impide su derecho a la protesta.

Este giro fue considerado como “la gran singularidad chilena”¹¹ de la tutela judicial de los derechos fundamentales, ya que permitió ampliar su esfera de cobertura en múltiples direcciones¹².

Esto explica, además, que el derecho de propiedad haya sido la garantía constitucional más invocada por las Cortes chilenas al tomar una decisión en el marco de esta tutela de urgencia¹³.

Para citar un solo dato a este respecto: en el año 2011, la Corte Suprema acogió cerca de cuatro mil protecciones en base a la propiedad sobre diversos bienes¹⁴. Uno de los ámbitos en donde más se le aplicó fue el de la salud. Así, por ejemplo, si una aseguradora de prestaciones médicas niega la cobertura ante una enfermedad catastrófica solo porque el paciente no se atendió en una de las clínicas designadas por la empresa que vende el seguro, las Cortes acogen la protección por la propiedad del asegurado sobre su crédito (art. 19 N° 24 de la Constitución de 1980), incluso cuando quien recurre funda el caso en otros derechos más atingentes,

¹¹ VERGARA, Alejandro, “La propietarización de los derechos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 14, 1991, p. 284.

¹² PAREDES, Felipe, *La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2014, pp. 154-155.

¹³ NAVARRO, Enrique, “La justicia constitucional chilena después de la reforma de 2005 (notas sobre la inaplicabilidad de las leyes y el recurso de protección)”, en NOGUEIRA, Humberto y BORDALÍ, Andrés (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Santiago de Chile, CECOCH, Librotecnia, 2009, pp. 222-226.

¹⁴ NAVARRO, Enrique, “35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa”, en *Estudios Constitucionales*, núm. 2, vol. 10, 2012, p. 625.

como la salud (art. 19 N° 9), vida, integridad física y psíquica (art. 19 N° 1) e igualdad ante la ley (art. 19 N° 2)¹⁵.

De allí que la “propietarización” abriese la puerta para que esta tutela de urgencia comenzase a ser profusamente utilizada en escenarios contractuales, como los arrendamientos de cosas y los seguros de prestaciones médicas¹⁶ o, incluso, para controlar el derecho a un debido proceso (que tampoco fue considerado por el artículo 20 de la Constitución de 1980) en contra de los propios fallos judiciales¹⁷.

A) SU CORRELATO PROBATORIO

La estrechez del art. 20 de la Constitución de 1980 en cuanto a los derechos que tutelados y su sesgo hacia la propiedad coincidieron con el hecho de que las Cortes exigiesen al afectado un requisito ausente en aquel texto constitucional: que el derecho cuya tutela se reclama sea “preexistente e indubitado”¹⁸.

Esta condición que impuso la jurisprudencia tuvo un correlato probatorio que resulta coherente con el interés por tutelar la

¹⁵ HENRÍQUEZ, Miriam, “¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006-2009”, en *Estudios Constitucionales*, núm. 1, vol. 8, 2010, pp. 403-411 y 421.

¹⁶ JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos, *El recurso de protección y contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 157-230, BARROS, Enrique, “El recurso de protección como medio de amparo de los contratos”, en *Instituciones modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1996, p. 333.

¹⁷ PINOCHET, FRANCISCO, *El recurso de protección. Estudio profundizado. Actualización sobre sus orígenes, evolución, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado*, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial El Jurista, 2020, pp. 534-548.

¹⁸ Por todas, “Vargas con Productora Etnomedia y Consultora Limitada y otros”, Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 13 de febrero de 2018, Rol N° 737-2017, cons. 5° y 6° (Primera Sala: redacción de la ministra María Isabel San Martín).

propiedad, ya que el juicio de protección pasó a ser entendido como “un proceso de carácter inminentemente documental”¹⁹.

Tal como lo ha sostenido Priscila MACHADO, la protección sería un “procedimiento que no permite la verificación de cuestiones litigiosas cuya complejidad probatoria no pueda ser resuelta exclusivamente por la prueba documental”²⁰:

La expresión «preexistente e indubitado» quiere decir que el requirente tiene el *onus* o la carga procesal de probar su pretensión documentalmente en conjunto con la presentación de la demanda de protección, pues en los procedimientos de naturaleza sumarísima no hay término probatorio [de modo que] debe ser titular de un derecho expreso en ley y debe ser posible demostrarlo de plano, o sea, las pruebas de su existencia deben ir aparejadas a la demanda²¹.

En otras palabras, la exigencia jurisprudencial de un derecho “preexistente e indubitado” resultó afín con el uso de una evidencia que es típica del derecho real de dominio, sobre todo de las cosas inmuebles, como lo es la prueba documental.

No obstante, los autos acordados que han regulado el procedimiento de la protección se han referido siempre, en términos generales, a los “antecedentes” disponibles y no han limitado los medios de prueba admisibles a la información documental²².

¹⁹ MACHADO, Priscila, “La prueba en el recurso de protección”, en Santibáñez, María Elena (dir.), *La prueba en los procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, p. 409.

²⁰ MACHADO, Priscila, “La cosa juzgada material *secundum eventum probationis* en la acción constitucional de protección”, en *Revista Chilena de Derecho*, núm. 3, vol. 46, 2019, p. 759.

²¹ *Ibidem*, pp. 750-751.

²² LARROUCAU, Jorge, “La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, núm. 2,

Por último, cabe señalar que la protección ostenta un diseño que es “procesalmente avanzado”²³, pero solo si se la compara con el resto del ordenamiento procesal civil chileno, en donde el propietario no ha contado con herramientas eficaces y oportunas frente a las decisiones de la autoridad o bien ante algunas interferencias de particulares que afectan el ejercicio de su dominio²⁴. Este déficit en la regulación procesal civil ha contribuido a que se prefiera recurrir de protección ante una Corte, en lugar de seguir otras vías que tutelan el dominio.

En síntesis, la “propietarización” hizo explícito, en los años noventa, aquello que, a mediados de los setenta, era relativamente implícito entre quienes llevaron a cabo el diseño del art. 20 de la Constitución de 1980: que, al hablar de la tutela judicial de los derechos fundamentales, de lo que se hablaba era de proteger la propiedad.

IV. EL RETIRO DE LOS FONDOS PREVISIONALES

La “propietarización” no solo tuvo beneficios, en términos de ampliar el ámbito de cobertura de la protección, sino que también costos para la tutela judicial de los derechos fundamentales, pues agudizó la preferencia por el razonamiento legal, en desmedro de la reflexión constitucional²⁵ y contribuyó a “preterir” la genuina

2020, pp. 496-498.

²³ CAZOR, Kamel, “El fenómeno de la constitucionalización del derecho: Cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales”, en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 50.

²⁴ LARROUCAU, Jorge, “La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Externado de Colombia, núm. 37, 2019, pp. 252-254 y 261-263.

²⁵ GÓMEZ, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, p. 77, PALO-

tutela de los derechos fundamentales cuyo centro es la dignidad humana²⁶.

El debate judicial sobre el retiro de los fondos previsionales entre los años 2019 y 2020 ha sido un reflejo más de esta circunstancia, algo que, en este último caso, se acentuó debido a que el sistema de “pensiones” vigente en Chile durante las últimas cuatro décadas es, más bien, un modelo de ahorro forzado en donde cada trabajador es dueño de sus cotizaciones, con un mínimo de solidaridad y sin seguridad social²⁷.

Es por este motivo que, en un sentido estricto, estas protecciones no pueden ser vistas como un escenario más de “propietarización”, ya que los trabajadores no necesitaron acudir a un discurso oblicuo para pedir que se protegiese su propiedad, ya que en Chile los trabajadores son dueños de sus fondos previsionales.

Sin embargo, estos casos sí pueden considerarse una expresión de la “propietarización” de los derechos fundamentales en un sentido amplio, porque, tal como lo muestran los fallos de las Cortes y del Tribunal Constitucional chileno, la respuesta judicial se redujo casi por completo a un análisis del derecho de propiedad

MO, Diego, “Recurso de protección en Chile: luces, sombras y aspectos que requieren cambios”, en NOGUEIRA, Humberto y BORDALÍ, Andrés (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Santiago de Chile, CECOCH, Librotecnia, 2009, p. 393.

²⁶ ALDUNATE, Eduardo, “La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 20, 1999, p. 227.

²⁷ RIESCO, Manuel, *Parto de un siglo. Una mirada al mundo desde la izquierda de América Latina*, Santiago de Chile, Editorial USACH, 2012, pp. 381-385, RIESCO, Manuel, *Nueva Previsión. Para restituir el derecho a pensiones dignas en Chile*, Santiago de Chile, Editorial USACH y Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo, 2014, pp. 67-109.

sobre las cotizaciones, sin ahondar en las circunstancias que expusieron los trabajadores.

A pesar de esto, la discusión que provocaron estas protecciones muestra la conexión interna entre esta tutela judicial de los derechos fundamentales y el debate público, el cual se vio enriquecido con los casos y los argumentos que presentaron las trabajadoras y los trabajadores ante las distintas Cortes a lo largo de todo el país.

A) UNA JUSTICIA EN SEIS ACTOS

Las peticiones ante los tribunales para retirar los fondos previsionales se intensificaron a fines del año 2019 cuando los trabajadores comenzaron a recurrir de protección en contra de las AFP (administradora de fondos de pensiones) por negarse a la entrega anticipada de sus fondos de capitalización individual. La reacción de las Cortes se desglosa en seis respuestas distintas y, se resume, en su rechazo al retiro.

La primera respuesta provino de las Cortes de Apelaciones y fue declarar inadmisibles las protecciones en contra de las AFP. El motivo para aplicar este filtro fue la imposibilidad de brindar una tutela cautelar²⁸, dado que no habría ningún peligro para la titularidad del dominio por el hecho de no entregar todos los fondos al trabajador²⁹.

La segunda respuesta, en tanto, la dio la Corte Suprema al revocar estas declaraciones de inadmisibilidad y permitir que las protecciones en contra de las AFP fuesen conocidas por las Cortes, ya que los hechos relatados por los trabajadores “even-

²⁸ LARROUCAU, Jorge, “Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, núm. 1, vol. 27, 2020, pp. 21-24.

²⁹ Por todas, “Barraza con AFP Cuprum S.A.”, Corte de Apelaciones de Iquique, 24 de julio de 2019, Rol N° 314-2019.

tualmente” podían constituir una vulneración de algunos de los derechos fundamentales protegidos en el catálogo del art. 20 de la Constitución de 1980³⁰.

No obstante, una vez que la Corte de Apelaciones conocían estas protecciones, las rechazaban³¹. Este rechazo en primera instancia fue el tercer modo en que las Cortes enfrentaron este asunto.

Las siguientes dos respuestas judiciales tuvieron lugar en el mismo caso –“Ojeda con AFP Cuprum S.A.”–, a raíz de una protección interpuesta por una profesora jubilada que pidió a la AFP que le hiciera entrega de todos sus fondos de pensión (\$46 millones luego de tres décadas de cotizaciones) para pagar al banco un mutuo hipotecario en que debía \$25 millones y, de este modo, no perder su casa. Dado que su jubilación era solo el 10% de su sueldo como trabajadora, la recurrente pidió el retiro total de sus fondos para invertir el resto de su dinero y tratar de tener un ingreso mensual que fuera mayor al sueldo mínimo.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta requirió al Tribunal Constitucional para que se pronunciase sobre la constitucionalidad del DL N° 3.500 de 1980 que estableció como sistema de pensiones un esquema de ahorro forzado para cada trabajador³². Este requerimiento se falló junto con el del caso “Valenzuela con AFP Hábitat S.A.”, que presentó una trabajadora de la salud primaria

³⁰ Por todas, “Ortiz con AFP Hábitat S.A.”, Corte Suprema, 2 de octubre de 2019, Rol N° 26954-2019, cons. 3° (Tercera Sala: voto en contra del abogado integrante Diego Munita).

³¹ “Ñanculef con AFP Modelo S.A.”, Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de octubre de 2019, Rol N° 62673-2019, “Hernández y González con AFP Provida S.A.”, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de octubre de 2019, Rol N° 11260-2019, “Pinto con AFP Capital S.A.”, Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de mayo de 2020, Rol N° 4105-2020 (redacción del ministro Waldermar Koch).

³² Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17 de septiembre de 2019, Rol N° 2797-2019, cons. 4° (redacción del ministro Óscar Clavería).

municipal que, luego de cuatro décadas de trabajo, pidió el retiro de todos sus ahorros (\$50 millones), pues, según el cálculo de la AFP, su jubilación sería solo el 20% de su ingreso mensual como trabajadora³³.

El Tribunal Constitucional rechazó ambos requerimientos por dos motivos. Primero, porque a su juicio la modalidad de patrimonio de afectación que tienen estas cotizaciones no vulneraría el derecho de propiedad de las trabajadoras. Segundo, porque un sistema previsional no debería ser alterado por órdenes, ni judiciales, ni administrativas:

La única forma de asegurar que el Estado cumpla con su obligación de garantizar el acceso a una pensión mínima o a la que resulte de un monto superior por la cuantía de los fondos previsionales acumulados, es que la ley exija que los fondos destinados a financiar las prestaciones de la seguridad social tengan ese único objetivo³⁴.

A pesar de esta decisión del Tribunal Constitucional, la Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió la protección en contra de la AFP porque su rechazo, si bien se apegó a la ley, fue arbitrario. Por ende, ordenó entregar los fondos de pensión a la profesora:

No resulta coherente, ni proporcionado, que la recurrente con una capitalización individual no menor, continúe en un régimen que permita estas diferencias fuera de toda lógica, y que el patrimonio

³³ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 10 de julio de 2020, Rol N° 775-2019 (redacción del ministro Marcos Kusanovic).

³⁴ Tribunal Constitucional, 14 de mayo de 2020, Rol N° 7548-2019 INA, cons. 48° (redacción de la ministra María Silva y del ministro Miguel Fernández; votos de prevención del ministro Iván Aróstica y de los ministros Gonzalo García y Nelson Pozo).

que reservó para su vejez, no le asegure una solvencia elemental para sobrevivir y pagar los aspectos básicos de su existencia³⁵.

La sexta respuesta judicial, en tanto, la dio la Corte Suprema al revocar en segunda instancia lo resuelto en el caso “Ojeda con AFP Cuprum S.A.”. Para ello, su Tercera Sala se valió de una reforma constitucional aprobada aquel mismo año –la Ley N° 21.248 que permitió el (primer) retiro del 10% de los fondos de pensión en el marco de la crisis económica por la pandemia del covid-19– para afirmar que dicha reforma, “a contrario sensu, lleva a concluir que semejante retiro [por la vía de la protección] resulta impropcedente sin texto expreso –al menos legal– que lo autorice”³⁶.

En otros casos similares, en tanto, la Tercera Sala de la Corte Suprema hizo explícito lo que significa esperar una autorización legal para acceder a los fondos previsionales a través de la protección. Así, por ejemplo, en el caso “González con AFP Provida S.A.”, la Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Apelaciones de Talca que había acogido la protección interpuesta por un jubilado que tuvo que seguir trabajando porque solo recibía una pensión de \$164.000 y quien, durante este nuevo trabajo, sufrió un accidente laboral que le hizo perder un ojo³⁷.

La Tercera Sala de la Corte Suprema revocó este fallo porque, a su juicio, no es posible razonar por analogía en el marco de un juicio de protección:

³⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17 de junio de 2020, Rol N° 2797-2019, cons. 14° y 15°.

³⁶ Corte Suprema, 25 de agosto de 2020, Rol N° 76580-2020, cons. 7° (Tercera Sala: redacción de la ministra Ángela Vivanco; votos de prevención de la ministra Ángela Vivanco y del ministro Jorge Zepeda, de la ministra María Angélica Repetto, del abogado integrante Diego Munita y del abogado integrante Pedro Pierry).

³⁷ Corte de Apelaciones de Talca, 11 de marzo de 2020, Rol N° 9073-2019 (redacción del ministro Carlos Carrillo; voto en contra del abogado integrante Abel Bravo).

La circunstancia que el legislador haya previsto un sistema específico que posibilita el retiro de los fondos bajo determinadas circunstancias y modalidades, no implica que puedan los tribunales de justicia hacer una aplicación extensiva de tales disposiciones y concluir que se pueda acceder, atendidas las necesidades específicas que enfrentan determinadas personas, al retiro total o parcial de los dineros de una forma distinta a la prevista en el ordenamiento jurídico.³⁸

Este argumento es importante porque, de ser correcto, no solo iría en contra del activismo judicial –lo que es necesario–, sino que también de la posibilidad de que la protección actúe como una justicia de equidad, en los términos en que la contempló el Código de Ética Judicial Iberoamericano (CIEJ) del año 2006:

[un juez equitativo] es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes” (art. 37).

Por lo pronto, esta reticencia explícita de la Tercera Sala de la Corte Suprema a razonar por analogía, que es uno de los elementos que posibilita la justicia de equidad, se repitió en otros casos, como el de “Valenzuela con AFP Hábitat S.A.”³⁹, que fue aquel cuyo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se falló junto con el caso “Ojeda” ante el Tribunal Constitucional.

³⁸ Corte Suprema, 10 de agosto de 2020, Rol N° 33436-2020, cons. 6° (Tercera Sala: redacción del ministro Jorge Dahm).

³⁹ Corte Suprema, 1 de diciembre de 2020, Rol N° 85226-2020, cons. 7° (Tercera Sala: redacción de la ministra Ángela Vivanco: voto de prevención del abogado integrante Pedro Pierry).

B) LAS PREVENCIONES DEL CASO “OJEDA”

Los votos de prevención en el caso “Ojeda” permiten atisbar una serie de ideas en torno al juicio de protección que lo alejan de la posibilidad de servir como una justicia de equidad en la tutela de los derechos fundamentales y que es útil tener en consideración.

En efecto, para la ministra Ángela Vivanco y el ministro Jorge Zepeda, por ejemplo, la situación de la profesora no revestía “una gravedad o urgencia tal que amerite” acoger la protección; la ministra María Angélica Repetto, en tanto, sostuvo que la decisión de la AFP no era arbitraria, “ya que su conducta se limitó a aplicar la legislación vigente en la materia”; el abogado integrante Diego Munita, a su vez, señaló que este asunto “escapa a la naturaleza cautelar y de urgencia” de la protección; y, por último, el abogado integrante Pedro Pierry acotó que:

La función de los jueces es la de aplicar las leyes, aunque, en su personal opinión, sean injustas o socialmente inadecuadas [...] *«ay de los países en que los que gobiernan son los jueces».*

Estas prevenciones al fallo unánime del caso “Ojeda” revelan lo lejos que estuvo la Tercera Sala de la Corte Suprema de tener en cuenta la categoría de juez equitativo, en los términos del CIEJ, para tutelar los derechos fundamentales de la profesora Ojeda.

Sin contar aquellos casos en que la misma Tercera Sala se ha limitado a confirmar el rechazo de la decisión tomada por la Corte de Apelaciones⁴⁰, las cuatro prevenciones recién citadas representan los argumentos más usados por la Corte Suprema para rechazar las demás protecciones que se han presentado en este mismo debate. Así, por ejemplo, en el caso “Hernández y González con AFP Provida S.A.”, se resolvió que “los recurrentes no han planteado la existencia de circunstancias de hecho que revistan una

⁴⁰ Por todas, “Pinto con AFP Capital S.A.”, Corte Suprema, 17 de junio de 2020, Rol N° 58534-2020.

urgencia tal que ameriten la ponderación de los límites impuestos al derecho de dominio”⁴¹.

Por último, además de las seis respuestas judiciales que se acababan de reseñar y de las prevenciones al caso “Ojeda”, es necesario aludir a un escenario más: el de las protecciones interpuestas por los miembros de las fuerzas armadas y de orden y seguridad. Esta alusión es importante porque estas protecciones sí tienen lugar en el contexto de un genuino sistema de pensiones y no en uno de ahorro forzado.

En el caso “Sáez con AFP Hábitat S.A.”, por ejemplo, el recurrente recibía su jubilación desde mediados de los años noventa por CAPREDENA (Caja de Previsión de la Defensa Nacional) y pidió la entrega de los fondos de pensión que cotizó en la AFP cuando trabajó en una empresa privada. Su argumento fue que no se le puede obligar a tener dos pensiones.

La Corte de Apelaciones de Valdivia acogió esta protección porque “la retención de fondos para pensionarse, respecto de quien ya está pensionado, carece de los necesarios fundamentos y en tal sentido deviene en arbitraria”⁴². Sin embargo, la Corte Suprema revocó este fallo porque consideró que lo pedido no podía ser resuelto en un juicio de protección:

No es una materia que corresponda ser dilucidada por medio de la presente acción cautelar de urgencia, en cuanto ésta no constituye una instancia de declaración de derechos, sino que de

⁴¹ Corte Suprema, 3 de julio de 2020, Rol N° 33773-2019, cons. 9° (Tercera Sala: redacción del ministro Juan Pardo; votos de prevención de la ministra María Angélica Repetto y del abogado integrante Pedro Pierry).

⁴² Corte de Apelaciones de Valdivia, 10 de julio de 2020, Rol N° 1620-2020, cons. 13° (redacción del ministro Julio Kompatzki; voto en contra del ministro Julio Kompatzki).

protección de aquellos que, siendo preexistentes, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria.⁴³

Este último retrato del juicio de protección es habitual en la jurisprudencia de las Cortes, aunque discutible por varios motivos que exceden al objetivo de estas páginas. Lo que no se le escapa al lector, por cierto, es la trascendencia que tiene aquel requisito añadido por la jurisprudencia a la protección, en cuanto a que el derecho sea “preexistente e indubitado”, tal como suele serlo la propiedad cuando se recurre por las limitaciones a su ejercicio, que fue lo que motivo la creación de esta tutela de urgencia a mediados de los años setenta.

V. CONCLUSIONES

Las Cortes chilenas respondieron de múltiples maneras –y, en último término, rechazando las protecciones– en el marco de un reclamo ciudadano que se intensificó a contar del año 2019 y que cuestionó el sistema de pensiones vigente en el país.

Si bien estas protecciones no son una expresión más de la estrategia discursiva de la “propietarización” en un sentido estricto, sí la evocan en un sentido más amplio, ya que reducen la tutela judicial de los derechos fundamentales al resguardo de la propiedad.

No obstante, en su mejor versión estas protecciones pueden ser vistas como una muestra clara de la conexión interna entre esta tutela de urgencia y el debate público acerca de los derechos fundamentales. Por lo mismo, los argumentos de que los recurrentes han presentado a lo largo de las Cortes del país han de servir como insumos acerca del sistema de pensiones en el “procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la

⁴³ Corte Suprema, 9 de octubre de 2020, Rol N° 79637-2020, cons. 4° (Tercera Sala: redacción del ministro Sergio Muñoz).

República”, el cual también comenzó a fines del año 2019 (art. 135 inciso final de la Constitución de 1980 reformado por Ley N° 21.200).

Uno de sus primeros logros ha sido la ley que dictó el Congreso para autorizar el retiro de los fondos previsionales a los trabajadores que sufren una enfermedad terminal (Ley N° 21.309 de 1 de febrero de 2021). Para las demás situaciones, en tanto, la discusión pública sigue abierta, tanto dentro como fuera de las Cortes.

