

Santiago, diecinueve de junio de dos mil diecisiete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los fundamentos séptimo a undécimo, que se eliminan.

Y teniendo además presente:

Primero: Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de carácter cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma carta magna se contemplan, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, perturbe o amenace ese ejercicio.

Segundo: Que se ejerce la presente acción de cautela de garantías constitucionales, en representación de Roxana Pey Tumanoff, en contra del Ministro Secretario General de Gobierno y de la Ministra de Educación, impugnando el Decreto Supremo N° 229 de 2016, del referido ministerio, publicado el 13 de agosto de 2016, que la removió del cargo de rectora de la Universidad de Aysén, acto que se acusa, amén de ilegal y arbitrario, vulnera las garantías fundamentales previstas en los numerales 1, 2, 4, 11 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.



Tercero: Que, como antecedentes de contexto, se expone que la Ley N° 20.842 creó la Universidad de Aysén, haciendo realidad el anhelo de contar con una Universidad Pública en la zona, con sello y arraigo regional. Continúa refiriendo que a través del Decreto Supremo N° 367 del mismo año se nombró a la recurrente rectora de esa casa de estudios superiores, por un periodo de cuatro años, a partir del 1° de septiembre de 2015. Sin embargo, sostiene, en virtud de críticas surgidas en el seno del Consejo de Rectores, compartidas particularmente por la recurrente, en relación al proyecto de Ley de Educación Superior, la Ministra de la cartera le solicitó la renuncia voluntaria, entregándole una misiva en que se destaca que la razón es la falta de alineamiento de la actora con la política gubernamental relacionada con el proceso de puesta en marcha de la nueva Universidad estatal y con los planteamientos efectuados por el gobierno en materia de educación superior.

Añade que no accedió a dicha petición, toda vez que conforme con el artículo 40 de la Ley N° 18.575, los Rectores de Instituciones de Educación Superior no son cargos de exclusiva confianza. Con posterioridad, se dictó el decreto impugnado por la presente vía, aduciendo dos motivos que no son reales: a) Imposibilidad de lograr acuerdo en torno al futuro estatuto de la Universidad, en cuanto a reiteradas observaciones al proyecto que no fueron



adecuadamente atendidas, y b) Las respuestas efectuadas por la rectora respecto del ingreso de los estudiantes a la Universidad, que no se condicen con los requisitos que prescriben la Ley N° 20.129 y N° 20.903. Enfatiza que en este acto no se reproducen los argumentos expresados en la carta.

Asentado el contexto, en lo medular, sostiene que el acto que emana de la Administración es ilegal y arbitrario, toda vez que carece de motivos fundados, pues si bien el artículo 3° Transitorio de la Ley N° 20.842, faculta a la Presidenta de la República a remover al rector durante el periodo que media entre la designación y la publicación de los estatutos, aquello sólo puede realizarse por motivos fundados, que en la especie no existen, cuestión que se verifica desde una doble perspectiva:

A.- No es efectivo que no haya existido acuerdo en torno a la dictación de los estatutos de la Universidad como tampoco que las observaciones realizadas no fueran atendidas, toda vez que no existieron, a no ser aquellas entregadas en una minuta sin firma, que decían relación con un proyecto de ley que a esa fecha ni siquiera había sido ingresado al Congreso, sin perjuicio que lo relevante es que éste no puede ser un motivo para cesar en el cargo a la rectora, toda vez que los estatutos los fija la Presidenta, por lo que se le puede presentar un proyecto y ella



promulgar otro, que fue aquello que sucedió con la Universidad creada en la Región de O'Higgins.

Enfatiza que los estatutos fueron elaborados en conjunto y aprobados por la Universidad tutora, esto es la Universidad de Chile, en cumplimiento de lo establecido en el artículo cuarto transitorio de la Ley N° 20.842.

Tampoco es cierto que realizara una propuesta de ingreso de estudiantes que vulnerara la ley, puesto que realizó presentaciones ante el Consejo de Rectores en orden a atender a las particularidades de los estudiantes de Aysén, materializando el fin que la ley asigna a la casa de estudios, esto es que las personas de la región estudien ahí, priorizando el ranking por sobre el resultado de la PSU, en atención a la realidad educacional de la región. Por otro lado, en relación a la propuesta de impartir la carrera de pedagogía, aquello tampoco puede ser considerado como una propuesta que vulnera la ley, máxime si aquello incluso fue ratificado por la autoridad, implementándose además con posterioridad a su salida la propuesta de ingresos especiales.

Agrega que el acto impugnado vulnera la Autonomía Universitaria, al no entregar motivos fundados exigidos en la ley, pues éstos deben corresponder a razones relacionadas con un deficiente desempeño, cuestión que no se ha esgrimido en la especie.



B.- Se configura además la falta de fundamentación porque hay una desviación de poder de la autoridad recurrida, puesto que aquella persigue una finalidad diversa a la expresada en el acto y al interés general que debiera impulsar el actuar de las autoridades públicas. En la especie, la autoridad ejerció una decisión de carácter político, según se expresa en la carta entregada por la Ministra de Educación por no alinearse con la política del gobierno en materia de educación, cuestión que fue blanqueada a través del decreto impugnado utilizando la figura de remoción.

En razón de lo expuesto pide que se acoja el recurso y se deje sin efecto el Decreto Supremo N° 229 de 2016, declarándolo arbitrario e ilegal, como también todo acto administrativo posterior que suponga la validez del citado Decreto, como el Decreto Supremo N° 234 o bien adoptando las medidas que se juzguen adecuadas para restablecer el imperio del derecho.

Cuarto: Que al informar los recurridos sostienen, en síntesis, que el régimen permanente de las Universidades estatales no es aplicable al caso que pretende la actora, toda vez que la Universidad de Aysén se rige por uno esencialmente transitorio, establecido en la Ley N° 20.842. Indican que el marco normativo citado, regula en forma expresa el procedimiento de nombramiento y remoción de



rectores, durante el periodo transitorio que va desde el nombramiento del primer rector hasta la publicación de los Estatutos. Agregan que mientras los estatutos no se publiquen el control del rector o rectora, según sea el caso, radica única y exclusivamente en la Presidente de la República, como lo indica el inciso final del artículo 3° transitorio de la Ley N° 20.842. En consecuencia, la remoción de la actora, contrariamente a lo que ésta sostiene, no infringe la mencionada autonomía universitaria, toda vez que la autoridad se encontraba habilitada por la ley para ejercer esta atribución discrecional prevista en el artículo tercero transitorio.

Exponen que el decreto que ordena su remoción, al contrario de lo expuesto por la recurrente, no constituye una sanción, enfatizando que sus críticas al proyecto de educación superior no son la causa de su destitución. En este contexto refiere que el acto es un decreto supremo fundado, que obedece al ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución.

A continuación en el informe se explica que las dos causales esgrimidas en el decreto impugnado son reales, toda vez que se realizaron observaciones a los estatutos, destacando que es necesario mantener coherencia entre proceso y acto fundacional en relación al gobierno universitario, cuestión que fue alterada al realizar una



propuesta de excluir a estudiantes de Aysén de los requisitos establecidos por el Consejo de Rectores que se estimó no estaba en concordancia de exigencias a establecidas para las universidades estatales.

Agrega que la motivación es requisito formal no material, pues no puede la recurrente impugnar el argumento esgrimido por la autoridad, basta con constatar que las motivaciones existen, tal como lo señaló la Contraloría General de la República al tomar razón del acto y desechar las observaciones de la recurrente, cuestión que determina además que se esté en presencia de un acto administrativo revestido de presunción de legalidad. Enfatiza que no se puede revisar a través de esta vía la conveniencia de la decisión.

Así, se refiere que el Decreto Supremo N° 229 de 2016 fue dictado por el Vicepresidente de la República, haciendo uso legítimo de una potestad discrecional para remover al rector de la Universidad de Aysén, de conformidad con el marco normativo que regula dicha institución y al fin de la norma que la consagró.

Añade que no se dan los requisitos de desviación de poder, al ajustarse el acto administrativo al fin de la norma, es decir, al artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842, materializando el control de la actividad del



rector en el periodo transitorio, hasta la creación de la estructura que da vida a la comunidad académica.

En cuanto al carácter arbitrario que se le atribuye, estima que esta consideración es errada, pues se trata de un acto fundado racionalmente. En la especie, existe una relación proporcionada entre el medio adoptado y el fin perseguido por la administración, descartándose la arbitrariedad, sin que por esta vía se pueda cuestionar el mérito de la decisión.

Puntualiza que se están cuestionando razones no expresadas en el decreto fundado en una misiva de carácter privado que entregó la ministro, cuestión que estima es improcedente, pues en este procedimiento no se pueden indagar o juzgar las razones políticas que sirven de contexto a la actuación de la Administración.

Quinto: Que constituye uno de los elementos del acto administrativo, la motivación del mismo, pues a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, consagra los principios de transparencia y publicidad, en cuanto permite y promueve el conocimiento del contenido y



fundamentos de las decisiones que adopten los órganos de la Administración del Estado, calidad que precisamente detenta el organismo demandado. Es así como el artículo 11 inciso segundo del referido texto legal, previene la obligación de motivar en el mismo acto administrativo la decisión, los hechos y fundamentos de derecho que afecten los derechos o prerrogativas de las personas. A su turno, también el artículo 41 inciso cuarto del aludido texto legal dispone que "las resoluciones que contenga la decisión, serán fundadas". Proceder que, por lo demás, se hace enteramente exigible por mandato del artículo 8° de la Constitución Política de la República.

Sexto: Que, la exigencia de motivación de los actos administrativos, atendido los contornos de la cuestión puesta en conocimiento de la judicatura, se relaciona directamente con el ejercicio de las potestades con las que está revestida la Administración. En efecto, en doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades discrecionales, en las primeras toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, por lo que la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación a la situación fáctica que



la origina. En cambio, en el ejercicio de las facultades discrecionales, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. Interesa destacar que en este último caso, indudablemente concurren etapas regladas, toda vez que debe existir norma expresa que entregue a un órgano determinado la libertad para decidir, ante precisos supuestos de hecho.

En este aspecto, Luis Cordero Vega, citando a Menéndez, señala: "En términos simples podemos decir que la potestad discrecional se dará en los casos en que el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicte en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión, sino en criterios que quedan a la libre consideración de la Administración." (Luis Cordero Vega, "Lecciones de Derecho Administrativo", Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, 2015, p 83)

Séptimo: Que se debe destacar, que tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional, está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura. En efecto, no existe mayor discusión respecto del control que debe efectuarse respecto del ejercicio de



la facultad reglada; sin embargo, existen discrepancias en cuanto al control que corresponde desplegar respecto del ejercicio de la potestad discrecional. En este aspecto, es efectivo que no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la administración realizando una nueva ponderación de los antecedentes que determinan la decisión; sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. Tal materia, puede y debe ser controlada por la judicatura en tanto exista un conflicto que ha sido puesto en su conocimiento, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

Asentado lo anterior corresponde precisar, además, que igualmente los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para realizar un control de los actos que tienen su origen en el ejercicio de facultades discrecionales, en tanto se debe verificar que exista norma que en forma expresa entregue a la Administración una amplia facultad para decidir y que los presupuestos de hecho que determinan



el ejercicio de tal facultad existan, como asimismo que el fin que ha sido previsto por el ordenamiento jurídico al otorgar la facultad jurisdiccional, se cumpla.

Se ha dicho, que son elementos básicos del ejercicio de una potestad discrecional que están sujetos al control, los siguientes:

“(a) A través del control de los elementos reglados que integran la discrecionalidad. Un acto concebido como discrecional puede ser anulado si se dicta sin el amparo en potestad alguna (falta de potestad), o por un órgano que no es concretamente habilitado para el ejercicio de la potestad (incompetencia) o para supuestos de hecho no comprendidos en el ámbito de la potestad, o adoptando medidas no integradas en el contenido material de la potestad, o infringiendo las normas de procedimiento establecidas para el empleo de la potestad, o utilizando la potestad para fines distintos de aquellos para los que la norma la atribuyó (...).

(b) Control de los hechos determinantes, esto es de la existencia y realidad del supuesto de hecho que habilita para el empleo de la potestad, pues estos son supuestos reglados de la potestad que habilitan su ejercicio y por lo tanto siempre sujetos a control judicial.(...)

(c) Control del fin, esto es el ejercicio de la potestad discrecional, por amplia que esta hubiese sido



concebida, sólo puede ser ejercida para los fines públicos para los cuales fue conferida la potestad, de lo contrario incurre en la denominada *desviación de fin o de poder* (...).

(d) Control de razonabilidad de la decisión, esto es que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse". (Obra citada, pp. 86-88)

Finalmente, interesa destacar, que en el control de la discrecionalidad se debe atender al principio de proporcionalidad, que es un elemento que determina "la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos de contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad), una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que ésta sólo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se dan fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas". (Obra citada, p. 93).



Octavo: Que, asentado el marco normativo y doctrinario, que determina el análisis que debe realizar esta Corte, resulta útil exponer los términos del acto administrativo impugnado, esto es el Decreto Supremo N° 229, publicado el 13 de Agosto de 2016, por el que se remueve a Roxana Pey del cargo de Rectora de la Universidad de Aysén.

Señala la parte considerativa, que se hará uso de la facultad concedida en el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842. En lo concreto, al fundar las razones que justifican la decisión se señala: *"Que, entre otras razones fundadas para ejercer la facultad de remoción establecida en la ley N° 20.842, se encuentra la imposibilidad de lograr un acuerdo en torno al texto del futuro estatuto de la Universidad, en cuanto las observaciones planteadas de manera reiterada por este Ministerio no fueron adecuadamente atendidas. Esta dicotomía produce una incongruencia insalvable toda vez que el mencionado estatuto debe ser dictado por la Presidenta de la República;*

Que, por otra parte, las propuestas efectuadas por la rectora, respecto al ingreso de los y las estudiantes a la Universidad, no se condicen con los requisitos legales que prescriben las leyes N° 20.129 y 20.903".



Noveno: Que, la exposición del acto deja en evidencia los problemas de motivación que lo afectan, toda vez que se establece que se hace uso de la facultad entregada por el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842, "entre otras razones", por dos que se exteriorizan. Es decir, no se señala, en concreto, cuáles son todas las razones que determinan el ejercicio de la potestad, incorporando incertidumbre respecto de los motivos que llevaron a remover a la Rectora Pey, cuestión que no se condice con las exigencia previstas para un acto de tal naturaleza, pues la fundamentación del acto administrativo es un elemento de su esencia, cuya existencia siempre está bajo el control de la judicatura. Así, la fórmula, "entre otras razones", vulnera gravemente los principios de publicidad y transparencia que debe regir la actuación de la Administración, que hacen exigible la exposición clara y concreta de los motivos del acto administrativo.

En este aspecto, se debe precisar que al informar el recurso, enfáticamente se ha negado por los recurridos la existencia de otras motivaciones, a no ser las expresadas en el acto impugnado, construyendo desde esa perspectiva el rechazo de las imputaciones relacionadas con que las verdaderas razones para remover del cargo a Roxana Pey son aquellas entregadas en la misiva en que se solicita su renuncia voluntaria, esto es, su falta de alineamiento con



la política educacional impulsada por el Gobierno en el proyecto de reforma a la Ley de Educación.

Así, aún cuando en estrados se señaló que aquellas razones tampoco son idóneas para establecer la ilegalidad del acto impugnado, pues son lícitas, en tanto se está en presencia de una potestad discrecional, lo cierto es que ante la negativa de los recurridos en relación a que las "otras razones" fueran aquellas entregadas en la carta en que se pide la renuncia voluntaria, esta Corte se encuentra impedida de analizar si eventualmente es factible complementar ambos actos administrativos para efectos de determinar la adecuada motivación. Es decir, no se puede analizar la validez de las razones que fueron entregadas en la aludida carta, en atención a que en la especie la Universidad de Aysén se encontraba en un periodo previo a la autonomía universitaria y que, por lo mismo, la autoridad gozaba, al alero del aludido artículo tercero transitorio, de una facultad discrecional para remover a la rectora por motivos fundados, pues como se señaló, los recurridos enfáticamente han referido que los motivos son exclusivamente aquellos que son expuestos en el acto administrativo.

Décimo: Que, sin perjuicio de las falencias del acto administrativo en cuanto esgrime "otras razones", que son desconocidas no sólo para la recurrente, sino que, atendido



los términos del informe, también lo son para esta Corte, se debe proceder a analizar si aquellas dos razones esgrimidas expresamente para remover a la rectora Pey, son verdaderas, toda vez que, al contrario de lo esgrimido por los recurridos, no es suficiente que las razones sean formalmente expresadas, sino que deben existir.

En el inciso tercero del artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842, dispone: "Desde su nombramiento y hasta la publicación de los estatutos de la universidad, el Presidente de la República podrá, por motivos fundados, remover al rector. En tal caso, nombrará un nuevo rector por el plazo que le hubiera restado al removido".

No cabe duda que, atendido los términos de la norma, se está en presencia de una potestad discrecional, toda vez que se entrega a la Presidenta de la República la facultad de remover al rector de las dos universidades que fueron creadas a través de la Ley N° 20.842, durante un periodo concreto que va desde su nombramiento y hasta la dictación de los estatutos, siendo este último el hito que determina la plena vigencia de la Autonomía Universitaria de la respectiva casa de estudios, rigiéndose desde ese momento, la permanencia de la autoridad, por lo establecido en el estatuto respectivo, quedando la actividad de aquella sujeta al control de los órganos internos de la universidad.



Undécimo: Que, como se anunció, la circunstancia que un acto administrativo nazca a la vida del derecho producto del ejercicio de una potestad discrecional no implica que los órganos jurisdiccionales deban inhibirse de su control. En efecto, si bien la revisión que se ejerce jamás puede determinar una nueva apreciación de los antecedentes sustituyendo la decisión de la Administración, lo cierto es que sí se debe controlar el acto ciñéndose a los parámetros expuestos en el fundamento séptimo.

Lo anterior determina que se debe verificar no sólo la existencia de la ley que habilite para ejercer la potestad discrecional, sino que además se debe constatar que se configuren los supuestos de hecho, el cumplimiento del fin previsto en la norma y se cumpla con el requisito de razonabilidad, estrechamente vinculado a la exigencia de proporcionalidad.

Duodécimo: Que no existe discusión respecto a que en la especie existe una norma que habilita para remover a la rectora Pey Tumanoff, esto es, el aludido artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842 y que, al menos uno de los presupuestos de hecho previsto en la norma, se configura, toda vez que se realizó la remoción en el periodo que media entre su designación y la publicación de los estatutos de la Universidad.



Sin embargo, lo anterior no es suficiente para determinar la legalidad del acto, toda vez que expresamente se dispone en el artículo tercero transitorio que se deben entregar "razones fundadas". Si bien se puede pensar que aquello no es más que la reiteración de la necesidad de motivar los actos administrativos, lo cierto es que esto determina un examen riguroso de las razones esgrimidas en el acto, toda vez que no es suficiente que se entreguen razones formales, si los supuestos de hecho en que se fundan, no son efectivos, cuestión que se encuentra íntimamente relacionada con el control de existencia de los supuestos de hecho que hacen procedente ejercer la facultad discrecional. En consecuencia, corresponde analizar concretamente las razones esgrimidas por la Administración.

Décimo tercero: Que la primera razón esgrimida, se relaciona con la imposibilidad de lograr un acuerdo en torno al texto del futuro estatuto de la Universidad, en cuanto las observaciones planteadas de manera reiterada por el Ministerio no fueron adecuadamente atendidas, dicotomía que produce una incongruencia insalvable toda vez que el mencionado estatuto debe ser dictado por la Presidenta de la República.

Pues bien, en la especie, el artículo primero transitorio de la Ley N° 20.842 entrega a la Presidenta de la República la facultad para fijar los estatutos de las



Universidades creadas por ese cuerpo normativo. Dispone la mencionada disposición: "Facultase al Presidente de la República para que, dentro del plazo de un año contado desde la fecha de publicación de esta ley, mediante uno o más decretos con fuerza de ley expedidos a través del Ministerio de Educación, los que también deberán ser suscritos por el Ministro de Hacienda, dicte las normas estatutarias que regularán la organización, las atribuciones y el funcionamiento de la Universidad de O'Higgins y de la Universidad de Aysén".

Agrega el artículo segundo transitorio que para efectos de lo señalado en el artículo anterior, dentro de los primeros doscientos diez días del plazo que allí se establece, el rector de la universidad respectiva presentará al Ministerio de Educación el proyecto de estatuto de la universidad, el que deberá contar con el acuerdo de la universidad tutora a que se refiere el artículo cuarto transitorio de esta ley y contener, a lo menos, las disposiciones relativas a trece materias que se individualizan.

El artículo tercero, en su inciso segundo, dispone que el rector, deberá considerar la participación de la comunidad regional en la elaboración del proyecto de estatutos, para lo cual podrá crear consejos integrados por



personalidades destacadas de diversos ámbitos a nivel regional, nacional e internacional.

Es decir, el primer rector nombrado, debe avocarse a la confección del estatuto respectivo, considerando la participación de la comunidad regional, el que debe ser presentado ante la máxima autoridad del país, esto es, la Presidenta de la República, quien se encuentra facultada para realizar todas las modificaciones que estime pertinentes. Así, las únicas obligaciones que se deben cumplir por parte del rector son: a) Confeccionar estatutos permitiendo la participación regional, a través de creación de concejos consultivos, requisito que fue cumplido; b) Contar con el acuerdo de la Universidad tutora, que en el caso concreto es la Universidad de Chile, entidad que informó que trabajó en conjunto con la Universidad de Aysén en la confección de los estatutos que fueron presentados a la Presidenta de la República y que fueron aprobados en su calidad de universidad tutora, cuestión que además está acreditada con el ordinario N° 123, de 3 de marzo de 2016, emanado del Rector de la casa de Bello, guardado en custodia; c) Entrega de la propuesta de estatutos dentro del plazo establecido en el referido artículo segundo transitorio y contemplar las trece materias exigidas, requisitos que la Rectora Roxana Pey cumplió, toda vez que consta en los antecedentes acompañados que el proyecto de



estatutos fue enviado al Ministerio de Educación el 3 de marzo de 2016, según da cuenta el Ordinario N° 7, remitido con idéntica fecha.

En este orden de consideraciones es relevante destacar que, los recurridos no esgrimen el incumplimiento de las obligaciones reseñadas en los párrafos precedentes, sino que manifiestan que no se logró acuerdo con la rectora en relación a los estatutos, pues ésta no se hizo cargo de las reiteradas observaciones que se formularon. Sin embargo, soslayan que no es necesario que exista acuerdo en relación a los estatutos, pues la rectora cumple su misión al elaborarlo ciñéndose a las exigencias previstas en la ley. Así, la Administración no reprocha que el proyecto presentado exhibiera alguna inconsistencia que denotara desprolijidad en el cumplimiento de las labores de la rectora. Lo anterior es relevante, pues de la normativa que rige la materia se desprende que se contempló la posibilidad que el proyecto presentado contenga materias o regulaciones que no fueran compartidas por la Administración, razón por la que se entrega a la Presidenta de la República la facultad exclusiva de fijar los estatutos.

Asimismo, se debe precisar que el acto impugnado refiere que existieron reiteradas observaciones; sin embargo, la documental acompañada en autos sólo da cuenta



de la existencia de una minuta, en que se establecen cinco puntos relacionados con los órganos y el gobierno universitario. Así, no está acreditada la pretendida reiteración de observaciones, cuestión que determina la inexistencia del supuesto de hecho invocada por la Administración, deslegitimándose la decisión adoptada.

En este mismo orden de consideraciones cobra relevancia, pues deja en evidencia la arbitrariedad con la que se actuó, el hecho que el rector de la Universidad de O'Higgins presentó un proyecto de estatutos que, al igual que en el caso de la Universidad de Aysén, exhibe claras diferencias en relación a la composición de los órganos de la universidad al compararlo con el texto definitivo aprobado por la Presidenta de la Republica; sin embargo, aquello no determinó la remoción del rector, cuestión que no podía ser de otra forma, pues como se señaló, en la orgánica dispuesta por la ley, la obligación del rector sólo se relacionaba con la confección dentro de plazo contemplando, además, las materias establecidas en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.842.

Décimo cuarto: Que corresponde ahora analizar el segundo motivo esgrimido por la autoridad para remover a la Rectora Pey, esto es, que las propuestas efectuadas por aquella, respecto al ingreso especial de los estudiantes a la Universidad, no se condicen con los requisitos legales



que prescriben las Leyes N° 20.129, que establece un sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación superior y N° 20.903 que crea el sistema de desarrollo profesional docente. Lo anterior, si bien no es explicitado directamente en el acto administrativo, cuestión que una vez más deja en evidencia la falta de fundamentación, se relaciona con la circunstancia de haber propuesto la actora al Consejo de Rectores (en adelante CRUCH) un sistema especial de ingreso a la Universidad de Aysén, para estudiantes que provengan de la región, incluyéndose en tal propuesta todas las carreras que a futuro se impartirían en la casa de estudios, según consta en el documento titulado "Solicitud de flexibilización de Ponderación de Instrumentos". En síntesis, la propuesta implicaba entregar una bonificación de un 20% a la PSU de Lenguaje y Matemáticas, para igualar la brecha de aprendizaje de los alumnos de la región en atención a las condiciones especiales que se exponen; asimismo se propone que la ponderación del NEM y ranking sea de un 70% y excluir la ponderación de pruebas específicas, todo ello por un periodo transitorio de cuatro años.

Para resolver este punto, se debe tener presente que el artículo 4° de la Ley N° 20.842 dispone que la Universidad de O'Higgins y la Universidad de Aysén, tienen como misión, además de contribuir al desarrollo cultural,



material y social de la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins y de la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, respectivamente, la de propender a la incorporación de estudiantes provenientes de las regiones respectivas considerando las necesidades específicas de cada zona, a través, por ejemplo, de programas de ingreso especial, el que podrá establecerse en la reglamentación interna de la universidad.

Asentado lo anterior, resulta que, al proponer la actora al Consejo de Rectores un sistema especial de ingreso para los estudiantes de la Región de Aysén, estaba cumpliendo con uno de los objetivos que tuvo en cuenta el legislador al crear esta Universidad Estatal, razón por la que aquello no puede ser considerado un supuesto fáctico que configure un motivo fundado para remover a la rectora. En este aspecto, se debe enfatizar que esta Corte de modo alguno está ponderando las circunstancias que ameritaron la decisión, sino que se está controlando que el supuesto fáctico que esgrimido por la Administración para ejercer la facultad discrecional exista.

En este mismo orden de ideas, se debe destacar que lo que hizo la rectora fue plantear ante el CRUCH un sistema especial que debía ser evaluado por el Consejo, manifestándose al interior de aquel, ante la formulación de la propuesta, la dificultad de implementación que



representaba, abriéndose a analizar la propuesta y a explorar otras alternativas, cuestión que fue analizada en sesiones posteriores. Es así como la sucesora de la actora, esto es, la Rectora María Teresa Marshall, presenta igualmente un proyecto en que se considera una admisión regular y una especial. Destaca en este último caso, el ingreso especial de estudiantes vulnerables. Finalmente, en Sesión N° 557 de 25 de Agosto de 2016, a través del Acuerdo N° 55, se aprueba el sistema de admisión de la Universidad de Aysén, instaurando una mayor bonificación por Ranking y estableciéndose una vía de ingreso especial en diez casos, no replicándose la propuesta de la rectora Marshall y contemplando, entre otros, el ingreso especial para alumnos que hayan realizado sus estudios en comunas ubicadas geográficamente en territorios extremos.

De modo que, si bien la propuesta original de la rectora Pey no prosperó, lo cierto es que ésta no tenía otra función más que cumplir con la misión central de la Universidad prevista en el artículo cuarto de la Ley N° 20.842, razón por la que no se puede estimar que era ilegal, siendo necesario precisar que tal propuesta debía ser estudiada por el órgano correspondiente, cuestión que en la especie sucedió, lográndose así un acuerdo que contempla formas distintas de ingresos a la Universidad Estatal.



Décimo quinto: Que, descartadas las dos circunstancias de hecho que fueron esgrimidas por la Administración, sólo cabe establecer que el acto impugnado, esto es el Decreto Supremo N° 229, es ilegal, pues no se cumplieron todas las exigencias previstas en el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842, como tampoco en los artículos 11 y 42 de la Ley N° 19.880, toda vez que no existen los "motivos fundados" esgrimidos por la autoridad, sin que, como se anunció, esta Corte se encuentre en condiciones de analizar aquellos fundamentos no expresados en el acto, toda vez que, esos son negados enfáticamente por los recurridos. En otras palabras, el acto es ilegal porque los motivos que se explicitaron y que habilitaban su dictación no existieron y, por consiguiente, aquel aparece desprovisto de la adecuada fundamentación.

Por otro lado, el control de razonabilidad y proporcionalidad que en el caso concreto debe realizar esta Corte, permite establecer la arbitrariedad del acto impugnado, pues no cumple con la exigencia de razonabilidad, estrechamente vinculada al ejercicio de una potestad discrecional por parte de la Administración, cuestión que, por lo demás, queda en evidencia ante la falta de motivación del mismo. Al respecto, señala la doctrina que "en el ámbito del Derecho administrativo la proporcionalidad constituye un principio general que cumple



una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos administrativos". (Eduardo Cordero, Los Principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno, Revista de Derecho Valparaíso, N° 42, julio 2014).

Décimo sexto: Que, prosiguiendo con el análisis, se debe señalar que el decreto impugnado, no sólo constituye un acto ilegal y arbitrario, sino que además éste vulnera el derecho de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, toda vez que se establece un tratamiento distinto entre el Rector de la Universidad de O'Higgins, que se mantiene en su cargo y la recurrente, que fue removida sin esgrimir motivos reales y fundados, razón por la que el recurso de protección debe ser acogido, en los términos que se dirán en lo resolutivo.

Décimo séptimo: Que, en este orden de ideas, al determinar las medidas que se deben adoptar, esta Corte no puede desconocer que, una vez que es removida la rectora Pey, se nombra a la rectora Marshall, quien no fue parte de este arbitrio constitucional, toda vez que el informe que se le pide en segunda instancia no es suficiente para entregarle tal carácter procesal.



Ahora bien, con independencia de lo anterior, resulta que una vez que asume la nueva rectora, se publican los estatutos de la Universidad de Aysén, el 4 de febrero de 2017, adquiriendo la casa de estudios en plenitud la Autonomía Universitaria, por lo que el nombramiento y remoción del rector ya no es una facultad de la Presidenta de la República, pues deben operar las instancias y órganos previstos en el referido instrumento.

Lo anterior es trascendente, toda vez que no obstante lo ya razonado, determina la improcedencia de ordenar la reincorporación de la actora en su calidad de Rectora de la Universidad de Aysén, pues tal decisión implicaría no sólo vulnerar el derecho de defensa de la rectora Marshall, sino que además se afectaría la Autonomía Universitaria de la casa de estudios superiores de Aysén.

Por otro lado, la medida que se decretará para proteger el derecho constitucional conculcado debe tener en consideración la naturaleza cautelar del arbitrio, que impide adoptar una decisión de fondo declarativa de derechos, razón por la que en atención a que la actora fue nombrada rectora de la Universidad de Aysén a través del Decreto Supremo N° 367, de 2015, por un periodo de 4 años, cuestión que determinó el cambio de las actividades laborales por ella desempeñadas hasta esa época, trasladándose a una zona austral del país, proyecto que fue



abruptamente terminado a través del acto cuya ilegalidad se ha constatado, se dispondrá el pago de seis meses de remuneraciones a contar del alejamiento del cargo, como medida paliativa de carácter alimenticio y sin perjuicio de las acciones ordinarias que la actora pueda impetrar.

Décimo octavo: Que, finalmente, en relación a la argumentación de que la materia discutida en autos es propia de un juicio de lato conocimiento, se debe precisar que en virtud de la competencia conservativa esta Corte puede adoptar todas las medidas que estime conducentes para otorgar la debida protección a quienes han visto amagados sus derechos constitucionales previstos en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituyendo la acción una medida de tutela urgente consagrada para dar remedio pronto a los atropellos de los derechos constitucionales producto de una acción u omisión que sea ilegal y arbitraria, cuestión que justifica una intervención jurisdiccional rápida que ampare suficientemente el derecho amagado, mientras se acude a la sede ordinaria o especial correspondiente, otorgando una tutela efectiva a los recurrentes, cuestión que se justifica en la especie.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la



materia, **se revoca** la sentencia apelada de once de enero de dos mil diecisiete, y en su lugar se decide que se acoge el recurso de protección presentado en favor de Roxana Pey Tumanoff, sólo en cuanto se deja sin efecto el Decreto Supremo N° 229, publicado el 13 de agosto 2016, y se ordena disponer el pago íntegro de seis meses de remuneraciones de la actora en los términos que han sido precisados en el fundamento décimo séptimo.

Se previene que la Ministro señora Egnem concurre a la revocatoria para el sólo efecto de declarar que el Decreto el Decreto Supremo N° 229 ha sido ilegal y arbitrariamente dictado, provocando la afectación ya descrita a la recurrente, por lo que concuerda con la medida pecuniaria dispuesta en tanto la entiende como cautelar de urgencia en atención a la naturaleza protectora de la acción constitucional incoada.

Se previene que el Ministro señor Aránguiz si bien concurre a la decisión del fallo, no comparte lo expuesto en el párrafo tercero del fundamento noveno y el considerando décimo séptimo. Asimismo, es del parecer de disponer el reintegro de la actora en el cargo de Rectora de la Universidad de Aysén y, consecuentemente, dejar sin efecto el Decreto Supremo N° 234, que nombra a la Rectora María Teresa Marshall, ordenando el pago íntegro de las remuneraciones devengadas desde su cesación en el cargo



hasta la reincorporación de la primera, en virtud de las siguientes consideraciones.

1) Que, a juicio de quien sostiene este voto particular, una vez establecida la inexistencia de los supuestos fácticos esgrimidos en el acto impugnado, cuestión que por sí sola determina la ilegalidad del acto, igualmente correspondía establecer los motivos reales de la Administración para remover a la rectora Pey.

2) Que, en este contexto, resulta evidente que los verdaderos motivos para remover de su cargo a la actora, que se ocultan en el acto Administrativo, son aquellos esgrimidos en la carta que le entregada la Ministra de Educación, en que se solicita su renuncia voluntaria. Específicamente se reprocha su falta de alineamiento con la política educacional impulsada por el gobierno, plasmada en diversos proyectos que se ingresaron al Congreso Nacional, que forman parte de la Reforma Educacional.

3) Que los recurridos han esgrimido que la Universidad de Aysén no gozaba de autonomía universitaria, toda vez que aquello sólo se alcanzaría una vez que se publicaran los estatutos, razón por la que la Presidenta de la República podía remover a la rectora, en atención a la facultad discrecional que le entrega el inciso final del artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842.

4) Que la autonomía universitaria comprende la



libertad de las casas de estudios para elegir la forma de gobierno y de designación de las autoridades académicas, como asimismo incluye el libre establecimiento de los programas y planes de estudio, las líneas de investigación y, en el ámbito económico y financiero, se contiene la determinación sobre el destino de las partidas presupuestales y de los ingresos autogenerado. Aquella le es reconocida por el ordenamiento jurídico en atención al rol fundamental que desarrollan en la sociedad, siendo un motor que impulsa el crecimiento cultural del país, sin que sea admisible que el proceso educativo, intelectual y científico a su cargo esté determinado por la autoridad política de turno.

5) Que, en este orden de consideraciones, cabe destacar que la falta de publicación de los estatutos, no faculta para prescindir de la naturaleza del establecimiento, esto es que se trata de una Universidad, que si bien no puede autodeterminarse, atendida la falta de estatutos que la regulen, debe gozar de una autonomía mínima en el quehacer de sus autoridades.

Lo anterior, a juicio de quien previene, fue contemplado en el inciso tercero del artículo tercero de la Ley N° 20.842, toda vez que expresamente se requiere, para remover a la rectora designada, en el periodo que media entre el nombramiento y la publicación de los estatutos, de



“motivos fundados”. Tal expresión, no puede entenderse como una reiteración irrelevante de la exigencia de motivación de los actos administrativos, sino que denota la intensión del legislador de exigir que los motivos relacionados con un fundamento cuya magnitud implique el ejercicio del control por parte de la Presidenta de la República. Es decir, deben existir motivos graves, relacionados con una desempeño negligente de quien ostenta el cargo de rector, cuestión que en la especie no se verifica.

En estas condiciones, es evidente que la autoridad política utilizó una potestad entregada por el legislador, apartándose del marco regulatorio. Así, no cabe sino consignar que se está en presencia de un acto ilegal, puesto que no es admisible que se destituya a una autoridad académica, por no compartir las políticas de gobierno en relación a la reforma educacional, pues aquello denota una grave intromisión en los asuntos internos de la Universidad.

6) Que, por otro lado, una vez constatada la ilegalidad y arbitrariedad del Decreto Supremo N° 229, es procedente reponer a la Rectora Pey Tumanoff en su cargo de rectora, dejando sin efecto el Decreto Supremo N° 234, que designó a la rectora Marshall, toda vez que sin mediar la actuación ilegal de la Administración, aquella se habría mantenido en su cargo por el periodo de cuatro años. Lo



anterior no implica vulnerar los derechos de la última rectora, toda vez que aquello fue solicitado en el recurso y, en estas condiciones, se le requirió informe para que expusiera lo que estimara conveniente en relación a la acción constitucional ejercida.

Acordado con el **voto en contra** del Ministro señor Valderrama, quien fue del parecer de confirmar la sentencia en alzada, sobre la base de sus propias consideraciones.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Valderrama y de la prevención, sus autores.

Rol N° 3598-2017.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con feriado legal. Santiago, 19 de junio de 2017.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a diecinueve de junio de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

