

CASO “RECTORA DE LA UNIVERSIDAD DE AYSÉN”: CONTROLANDO LA DISCRECIONALIDAD PRESIDENCIAL

DOMINGO POBLETE ORTÚZAR

RESUMEN: El comentario analiza la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Rectora de la Universidad de Aysén” (Rol N° 3598-2017, de 19 de junio de 2017), que acogió una acción de protección interpuesta en contra del decreto presidencial que removió a la rectora de dicha casa de estudios. El fallo es destacable porque afirma el control judicial de actos administrativos de carácter discrecional dictados por la máxima autoridad de la Administración. La Corte Suprema, revocando la sentencia de primera instancia y en contra de lo dictaminado por la Contraloría General de la República, estimó que, aun siendo dictado en ejercicio de una potestad discrecional, el acto de destitución era ilegal por carecer de fundamentos: la autoridad no señaló todas las razones que lo motivaron, y las que señaló resultan incoherentes. El comentario desarrolla estas reflexiones, identificando criterios para el control de la discrecionalidad administrativa a partir del juzgamiento de la motivación del acto.

PALABRAS CLAVE: Discrecionalidad administrativa, motivación del acto administrativo, control judicial de la Administración.

SUMARIO: 1. Introducción 2. El caso, la defensa de la administración y las sentencias contradictorias de los tribunales superiores: dos formas de entender la motivación ante el control judicial. 3. Comentario del fallo de la Corte Suprema: lecciones valiosas en el control de la discrecionalidad administrativa. 4. El problema del “mérito”, la sustitución y el control de la discrecionalidad administrativa a través del examen de la motivación del acto. 5. El factor temporal de la motivación administrativa: ¿puede complementarse la motivación de un acto administrativo en sede de control judicial? 6. La solución del caso y la medida adoptada por la Corte. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La conflictiva remoción de la rectora de la recientemente inaugurada Universidad de Aysén en 2016 nos deja una valiosa lección acerca de la intensidad y profundidad del control judicial que puede recaer respecto de una decisión discrecional de la Administración del Estado.

Recordemos que, luego de haber emitido declaraciones críticas hacia la política educacional del gobierno, la rectora no solo resistió las peticiones de renuncia voluntaria provenientes desde el Ministerio de Educación, sino que, una vez destituida, reclamó judicialmente en contra del decreto supremo de remoción por medio de una acción de protección. Alegó, enfáticamente, que las razones que había expresado formalmente el decreto de remoción eran inexistentes y que las reales (puramente políticas) no fueron siquiera mencionadas.

La defensa fiscal invocó a su favor la norma expresa que facultaba a la Presidenta de la República a remover a los rectores de las nuevas universidades estatales por “motivos fundados” y argumentó que el decreto indicaba con precisión dos razones que justificaron la decisión.

El caso presenta, así, una de las clásicas problemáticas del control judicial de la Administración: la intensidad con que los tribunales pueden indagar en los motivos invocados por la autoridad para adoptar una decisión de carácter discrecional¹. Sabemos que desde la dictación de la Ley N° 19.880 (2003) existe un deber legal de motivar las decisiones administrativas, esto es, indicar las razones de hecho y derecho que les sirven de justificación. Así lo exigen expresamente los artículos 11 y 41. Pero estas normas plantean una inquietud crítica para el control judicial: ¿basta con que el acto administrativo contenga expresamente razones concretas para justificar la decisión discrecional? En otros términos, listar formalmente las razones que explican la actuación administrativa ¿inmuniza al acto frente al control judicial de sus fundamentos?

¹ La doctrina especializada suele invocar el debate entre tres grandes autores de la doctrina española –Luciano Parejo Alfonso, Miguel Sánchez Morón y Tomás Ramón Fernández– para ejemplificar esta disputa. Ver: PAREJO (1993), SÁNCHEZ (1995) y FERNÁNDEZ (2008).

2. EL CASO, LA DEFENSA DE LA ADMINISTRACIÓN Y LAS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES: DOS FORMAS DE ENTENDER LA MOTIVACIÓN ANTE EL CONTROL JUDICIAL

Según anticipamos, el caso en análisis presenta marcadamente las posturas contradictorias respecto a las facultades del juez en el control de la discrecionalidad administrativa. Precisamente, como veremos, el fondo de la discusión radica en la validez de las razones que ha dado la autoridad para ejercer la potestad legal de destitución.

2.1. El contexto fáctico: la discrepancia política entre la rectora y el gobierno como trasfondo de la decisión de destitución.

Tras un año en ejercicio del cargo, la rectora de la Universidad de Aysén criticó públicamente el proyecto de ley de reforma a la educación superior que envió el gobierno de la Presidenta Bachelet al Congreso. En una columna de opinión publicada por un medio de comunicación regional, la rectora mostró su disconformidad con los lineamientos del proyecto propuesto por el gobierno².

Días después, reaccionando ante estas críticas, la Ministra de Educación comunicó personalmente a la rectora la decisión presidencial de solicitar su renuncia al cargo, entregándole además una carta formal que describía los fundamentos de tal petición³. Este primer intento de la Administración de forzar la renuncia será relevante para la decisión del caso, pues algunas de las explicaciones que ahí

² En el diario *El Divisadero*, en columna del día 13 de julio de 2016, la rectora sostuvo que: "Lo que inquieta y genera rechazo es la mantención del mercado de la educación superior. Baste saber que se anuncia la continuación del CAE, ese nefasto instrumento de financiamiento a la demanda que es el corazón del actual esquema. Nos ha sorprendido a muchos que en el proyecto de ley, se incluyan articulados que aseguran un impedimento insalvable para alcanzar la gratuidad". Disponible en: <http://www.eldivisadero.cl/redac-38964>. Fecha de consulta: 25 de abril de 2018.

³ En la referida carta, fechada 26 de julio de 2016, acompañada al proceso, la Ministra de Educación listaba cuatro secciones con razones que justificaban la petición, finalizando de la siguiente manera: "Atendida la necesidad de alinear el proceso de puesta en marcha de la nueva universidad estatal de Aysén, con los planteamientos efectuados por el gobierno en materia de educación superior, así como a las políticas públicas que se encuentran en etapa de implementación, me veo en la obligación de solicitar a usted su renuncia...".

se dieron, y que apuntaban directamente a una discrepancia de carácter político, fueron omitidas luego en la fundamentación del decreto de destitución.

Ante la negativa de la rectora de presentar su renuncia voluntaria⁴, el Vicepresidente de la República, subrogando a la Presidenta, dictó el decreto de remoción⁵. La potestad de destitución fue atribuida a la autoridad presidencial por el inciso final del artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.842, con un carácter marcadamente discrecional: *“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”*.

La Contraloría General de la República tomó razón del decreto, rechazando las observaciones que presentó la rectora. Específicamente respecto de la alegación de falta de fundamentación, la Contraloría descartó que pudiese existir ilegalidad o arbitrariedad, concluyendo que *“el decreto en análisis se encuentra debidamente motivado conforme a lo expresado en sus considerandos, respecto de lo cual es útil prevenir que el legislador no explicitó razones particulares para ejercer la potestad en cuestión”*⁶.

2.2. La acción de protección y la defensa presidencial: la pretensión de inmunidad de control de las razones invocadas.

Una vez publicado, la rectora interpuso una acción de protección en contra del decreto, alegando principalmente el vicio de desviación de poder en la decisión administrativa. En este sentido, argumentó que el decreto de destitución habría invocado razones falsas, inexistentes, para encubrir una motivación meramente política para alejarla de su cargo.

⁴ En una declaración pública de fecha 27 de julio de 2016, ampliamente difundida por los medios de prensa, la rectora informó su decisión de mantenerse en el cargo: *“Por el respeto al carácter del cargo de Rectora de una universidad estatal y a la autonomía que estas tienen, por los fundamentos esgrimidos en la referida solicitud, por mi compromiso con la Región de Aysén y la construcción de su propia universidad, y por mis convicciones respecto de la reforma del sistema de educación chileno, me veo imposibilitada de acceder a tal solicitud”*. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/07/28/rectora-u-de-aysen-yo-no-voy-a-renunciar/>. Fecha de consulta: 15 de mayo de 2018.

⁵ Decreto N° 229 de 2016.

⁶ Dictamen N° 59.669 de 2018.

Como se advierte, el núcleo de la impugnación apunta directamente a las razones que la Administración ha invocado para ejercer la potestad discrecional de destitución. El recurso de protección planteó que al esconderse las verdaderas motivaciones de la destitución, se estaría utilizando la potestad para una finalidad diversa de aquella que previó el legislador, configurando así el vicio de desviación de poder.

Lógicamente, esta línea de argumentación supone que el juez puede indagar en la veracidad o efectividad de las razones que la Administración invoca a su favor.

La defensa presidencial, por el contrario, planteó como uno de sus pilares una especie de inmunidad ante el control judicial, precisamente respecto de las razones que dio en el decreto. En efecto, sostuvo que la motivación de la decisión sería una exigencia "formal", de modo que habiéndose listado expresamente motivos en el acto administrativo, se cumple el requisito y ello clausura las posibilidades de control judicial de la decisión discrecional⁷.

De esta forma, queda planteada la controversia respecto del rol que corresponde al juez en el control de la potestad discrecional.

2.3. Las sentencias contradictorias de los Tribunales Superiores de Justicia.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso, enfocándose principalmente en la apariencia formal del acto administrativo impugnado. Así, consideró que "*los recurridos han justificado la actuación que se acusa de ilegal y arbitraria*", "*expresándose los motivos tenidos en consideración para su dictación*"⁸.

⁷ Dice el informe: "*es necesario aclarar, tal como ha sostenido la doctrina, que la motivación del acto administrativo constituye un aspecto formal, por lo cual basta con que estos consten en el acto impugnado. La calificación del fondo o mérito de estos argumentos es algo que no puede ser cuestionado en cuanto constituye un acto dictado en virtud de las facultades discrecionales de la Administración*", en página 11. Más adelante, concluye el informe que: "*la exigencia de la motivación es un requisito formal, y no material, del decreto de remoción, pues la ley no señaló las causales por las que esta potestad podía ser ejercida*", en página 53. Nótese aquí la similitud entre este razonamiento y el que fundó el dictamen de la Contraloría al tomar razón del decreto de destitución: si la ley no señaló las causales precisas que detonarían la destitución, queda ello enteramente a la discreción de la autoridad presidencial.

⁸ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017a).

Como se advierte, el fallo de primera instancia parece inclinarse por la tesis fiscal de restricción al control judicial a la mera constatación de la exteriorización de razones que justificarían la decisión discrecional. De hecho, la Corte de Apelaciones rechaza abiertamente tener la competencia para indagar acerca de la veracidad o coherencia lógica de la motivación expresada, al afirmar que “*no pueden pretender los recurrentes que por esta vía sean los tribunales de justicia los que revisen el mérito y la suficiencia de las motivaciones que sirvieron de sustento a una decisión*”⁹. Así, el fallo invoca la recurrente idea de imposibilidad de controlar el “mérito” de una decisión administrativa para blindar el acto ante el control judicial. Examinar la “suficiencia” de las razones expresadas sería, bajo este criterio, controlar el “mérito” de la decisión administrativa, lo que excedería de la competencia propiamente jurisdiccional.

La Corte Suprema refuta de modo directo esta visión reduccionista del control judicial de la motivación¹⁰. En este sentido, y tras destacar la función esencial que cumple el deber de motivación del acto administrativo, señala expresamente que “*al contrario de lo esgrimido por los recurridos, no es suficiente que las razones sean formalmente expresadas, sino que deben existir*”¹¹.

Es decir, el Máximo Tribunal rechaza limitar su competencia a una revisión mecánica del acto, cuya misión sería únicamente asegurarse de que este contenga o enumere razones. Y lo hace luego de calificar la potestad como una de carácter nítidamente discrecional, atribuida a la máxima autoridad administrativa del país. Este es precisamente uno de principales aportes del fallo, que conviene destacar como lección.

Sin perjuicio de lo anterior, y ya que la Corte se reconoce competente para indagar en los motivos de la actuación administrativa discrecional, resulta interesante atender a los criterios que aplica en tal examen. En este sentido, el fallo debe analizarse desde dos perspectivas. En primer lugar, en cuanto a la extensión del control, la Corte examina rigurosamente la coherencia jurídica de las razones

⁹ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017a).

¹⁰ Resulta interesante destacar que el fallo se sustenta en parte importante en profusas citas al libro *Lecciones de Derecho Administrativo* del profesor Luis Cordero, en relación a la potestad discrecional y su control. Ver: CORDERO (2015).

¹¹ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

expuestas. Este examen permite advertir valiosos criterios de control de los actos que se dictan en ejercicio de un poder discrecional. En segundo lugar, en cuanto a cuáles son las razones que se pueden (deben) controlar, el fallo sugiere que podría resultar admisible complementar la motivación parcial o defectuosa de un acto administrativo en sede de impugnación judicial del mismo. Este razonamiento, que el fallo exhibe pero no aplica, merece también algún comentario especial.

3. COMENTARIO DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA: LECCIONES VALIOSAS EN EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Como se advirtió, el fallo que comentamos es valioso por reconocer acertadamente el rol que cabe al juez en el control de una potestad discrecional, y aportar ciertos criterios que deben guiar dicha tarea, que revisamos a continuación.

3.1. Breves precisiones conceptuales: potestad discrecional, supuesto de hecho como elemento reglado y conceptos jurídicos indeterminados.

Antes de entrar en el análisis del fallo, recordemos que la discrecionalidad consiste en el margen de apreciación que la ley reconoce a la autoridad para adoptar una determinada decisión, permitiéndole elegir entre dos o más alternativas válidas¹². Se opone, así, a la denominada "potestad reglada", en la cual la actividad administrativa se limita a la "*constatación (accertamento, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente*" (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 2013, p. 503)¹³.

¹² El profesor Cordero explica que la "discrecionalidad supone la creación de un ámbito de indiferencia relativa: en los supuestos remitidos a su decisión, la Administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas igualmente válidas". CORDERO (2015), p. 85.

¹³ En otras palabras, Sánchez Morón explica que "la actuación está predeterminada por las normas jurídicas aplicables, de forma que, constatada la concurrencia del supuesto de hecho previsto por la norma jurídica de aplicación, no hay más que una decisión posible y lícita en derecho". SÁNCHEZ (2012) p. 92

En lo que interesa a este comentario, la potestad de destitución que ejerció la autoridad presidencial está estructurada como una potestad típicamente discrecional: el verbo rector facultativo “podrá” indica un ámbito de libertad en la valoración de la decisión a adoptarse¹⁴. La Corte Suprema la calificó de este modo expresamente¹⁵.

La doctrina ha profundizado y discutido largamente sobre la discrecionalidad, sus variantes y características¹⁶. Una de sus polémicas notas distintivas consiste en la imposibilidad de controlar judicialmente la decisión discrecional, en cuanto la ley precisamente ha atribuido a la Administración el espacio de libertad para adoptarla¹⁷.

Ahora bien, la doctrina ha precisado que no existe en realidad un poder que sea enteramente discrecional, sino que siempre habrá elementos determinados por la ley, de carácter “reglado”¹⁸. Dentro de los elementos que siempre serán reglados la doctrina identifica el supuesto de hecho que habilita a ejercer la potestad¹⁹. Estos elementos, que la ley debe precisar al atribuir la potestad discrecional, naturalmente pueden ser controlados por el juez en un examen de legalidad propiamente tal.

¹⁴ PONCE DE LEÓN (2014) pp. 213-215.

¹⁵ Dijo la Corte: “*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...*”. PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

¹⁶ En un interesante trabajo, Corvalán sintetiza las tres principales tesis desarrolladas en el derecho alemán en relación a la discrecionalidad: una primera teoría, llamada “reduccionista”, la entiende limitada únicamente al ámbito de la decisión que debe adoptar la autoridad; la segunda, denominada “unitaria”, aprecia la existencia de discrecionalidad no solo en la determinación de la decisión, sino que además en la apreciación de los supuestos de hecho habilitantes que ha fijado el legislador; la tercera, por último, identifica la discrecionalidad exclusivamente en este último ámbito. Ver: CORVALÁN (2017), pp. 6, 10-20.

¹⁷ PIERRY (2017) p. 386.

¹⁸ Cordero señala que “*la discrecionalidad no es una característica que pueda predicarse de una potestad, sino de algunos de sus elementos o condiciones de ejercicio: no hay potestad íntegramente discrecionales, sino potestades donde algunos de sus elementos son discrecionales*”. CORDERO (2015) p. 84.

¹⁹ Ver: SÁNCHEZ (2012) p. 98 y CORDERO (2015) p. 84.

La Corte Suprema hace suyas estas reflexiones doctrinarias al afirmar que: *“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”*²⁰.

El caso que nos ocupa presenta una complejidad adicional, consistente en que el supuesto de hecho que habilita al ejercicio del poder de destitución es un concepto jurídico indeterminado (“motivos fundados”). Según explica la doctrina española, el concepto jurídico indeterminado *“hace referencia a los casos en que la ley describe el supuesto de hecho que permite una decisión de la Administración (más raramente su consecuencia jurídica) a través de conceptos abstractos, que solo pueden ser concretados en su aplicación práctica”* (SÁNCHEZ, 2012, p. 96)²¹.

En este punto, conviene precisar que un sector de la doctrina distingue enfáticamente entre la potestad discrecional y la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados como técnicas de habilitación de actuación a la Administración²². Bajo esta visión, la diferencia resulta importante en materia de control judicial, ya que aun reconociendo que la decisión discrecional misma no sería controlable, pues implica una opción entre alternativas igualmente válidas ante el derecho²³, la verificación del concepto jurídico indeterminado en el caso concreto es siempre susceptible de control²⁴.

²⁰ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

²¹ Atienza los describe como *“conceptos que padecen de una vaguedad radical”*. ATIENZA (1995) p. 2.

²² La doctrina española advierte esta diferencia, explicando que *“si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación solo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”*. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2013) p. 503. Matizando esta diferencia conceptual ver: CORDERO (2015) p. 89; LAGUNA DE PAZ (2017) pp. 86-87.

²³ PIERRY (2017) p. 397.

²⁴ Cassagne explica que la aplicación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados por parte de la doctrina española persiguió precisamente reducir el espacio de la discrecionalidad, ampliando la esfera de control judicial, en CASSAGNE (2009) pp. 184-185.

Como se advierte, la dualidad potestad discrecional - concepto jurídico indeterminado como supuesto de hecho plantea, *a priori*, un escenario complejo para el control judicial. Ello seguramente explica el criterio que inspiró las decisiones de la Contraloría y la Corte de Apelaciones de limitarse a un examen formal del acto mismo, inmunizando sus razones ante un escrutinio de fondo.

3.2. La gran lección del fallo: el control de la discrecionalidad administrativa exige del juez una revisión rigurosa y exhaustiva de la motivación del acto

La primera lección del fallo consiste en fijar la motivación como el objetivo principal del control judicial de un acto dictado en ejercicio de un poder discrecional. Será ahí, en la exposición de las razones por parte de la autoridad, donde el juez podrá verificar si se ha cumplido o no con el mandato legal que otorgó y configuró la potestad.

En nuestro caso, como se indicó, concurre la habilitación discrecional –consistente en la opción entre destituir a la rectora o mantenerla– y la utilización de un concepto jurídico indeterminado como supuesto habilitante. Así, la ley está reconociendo a la jefa de la Administración un poder que no se encuentra definido con precisión en cuanto a su supuesto de hecho: corresponde a la autoridad definir y precisar qué motivos estima “fundados” para decidir la remoción.

Sabemos que desde el año 2003 la ley exige señalar los fundamentos de hecho y derecho de un acto administrativo (arts. 11 y 41 de la Ley N° 19.880). También hemos explicado que el decreto de destitución exponía motivos, al señalar dos razones para justificar la medida.

La Corte de Apelaciones, al rechazar la acción, estimó que no podía examinar las razones entregadas por la Administración, sino que únicamente le correspondía verificar que se hubiesen exteriorizado en el acto. Entendió que juzgar si los motivos son o no suficientes entraría en el “mérito” de la decisión, lo que tradicionalmente constituye un límite absoluto a la competencia judicial²⁵. Así, el fallo de

²⁵ Esto explica que el examen aplicado por la sentencia de la Corte de Apelaciones se haya limitado a una revisión formal del acto, enfocándose en la verificación de la competencia de la autoridad: “*de la sola lectura del inciso final de la disposición trascrita en el considerando precedente, fluye de manera prístina que el Decreto Supremo N° 229 de 2016, del Ministerio de Educación, de fecha 28 de julio de 2016, que motivó el presente*”

primera instancia concluyó que: *“no pueden pretender los recurrentes que por esta vía sean los tribunales de justicia los que revisen el mérito y la suficiencia de las motivaciones que sirvieron de sustento a una decisión administrativa, efectuando para ello una nueva valoración de aquéllas, puesto que, tal supuesto excede en exceso la finalidad de esta acción cautelar y significaría, en la práctica, arrogarse competencias que no son propias”*²⁶.

Esta visión, me parece, encoge excesivamente el control judicial de la Administración. Bastaría la configuración de una potestad discrecional para clausurar el poder de revisión del juez, debiendo limitarse únicamente a un examen visual del acto: si advierte motivos, sería legal. Este es precisamente el criterio que promueve la defensa fiscal, al indicar que estaríamos ante un requisito de carácter “formal”.

La Corte Suprema, acertadamente, rechazó esta idea. Verificar que el acto señale uno o más motivos es solo el primer paso de un análisis que busca determinar si este tiene o no fundamentos suficientes. En este sentido, tras reproducir los razonamientos que contiene el decreto, el fallo afirma que: *“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”*²⁷.

El contraste con el fallo de primera instancia es notorio: la Corte expresamente se propone indagar en las razones expresadas por la autoridad, asegurándose de su veracidad y suficiencia. Solo de esa forma podrá cerciorarse de que la potestad discrecional se ha ejercido en conformidad a derecho. En efecto, como veremos, de no existir las razones invocadas en el acto, o de no ser suficientemente convincentes, el acto adolecerá de un vicio de nulidad.

recurso, ha sido dictado por la autoridad competente, dentro del ámbito de sus atribuciones, haciendo uso de una facultad discrecional que le fue legalmente conferida. De tal manera, que resulta descartable una manifestación de ilegalidad en ello. Además, dicha facultad se ejerció conforme a los presupuestos legales, a saber, previo a la publicación de los estatutos de la Universidad de Aysén, expresándose los motivos tenidos en consideración para su dictación”. PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017a).

²⁶ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017a).

²⁷ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

Esta es la primera lección relevante del fallo, que conviene destacar: el control judicial de la discrecionalidad administrativa requiere de un análisis riguroso de los motivos que ha invocado la autoridad para ejercerla.

En este examen, la Corte desarrolla interesantes razonamientos acerca de lo que resulta exigible a la autoridad que ejerce una potestad discrecional. A partir de estas reflexiones, identificamos dos criterios relevantes que la Corte plantea como aspiraciones de principio general en la materia, y que sirvieron de base para acoger la acción de protección.

3.3. Primer criterio de control: integridad de la motivación

Un primer criterio que el fallo desarrolla de modo certero es el que llamaremos de *integridad* de la motivación: el acto administrativo debe indicar y desarrollar todos y cada uno de los motivos de hecho y derecho que le sirven de sustento; no se admiten indicaciones parciales ni fraccionamiento de motivos. El omitir u ocultar uno o más motivos detonará irremediablemente un vicio de ilegalidad en la actuación administrativa.

La Corte Suprema desarrolla este criterio a partir del texto mismo del decreto impugnado, que comienza la exposición de los motivos señalando 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...*”²⁸.

Como se advertirá, la fórmula utilizada es en sí misma deficiente, pues inevitablemente reconoce que hay otras razones, no expresadas, que explicarían la actuación administrativa. Naturalmente, ello genera incertidumbre acerca del fundamento real del acto.

Así lo apreció la Corte, detectando aquí un primer vicio de ilegalidad, por fallar en la exposición de todos y cada uno de los motivos que la autoridad consideró y valoró al adoptar la decisión. En este sentido, el fallo explica que: “*la exposición del acto deja en evidencia los problemas de motivación que lo afectan, toda vez que se establece*

²⁸ Decreto N° 229 de 2016.

*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"*²⁹.

En este punto conviene recordar que un argumento central del recurso presentado por la rectora consistía en que el decreto de remoción replicó solo dos de los argumentos con que la Ministra de Educación le había solicitado la renuncia voluntaria, omitiendo otros dos de carácter puramente político. Con ello se buscaba demostrar que la remoción de la rectora obedeció únicamente a un móvil político, teniendo como causa real las críticas al proyecto de educación superior enviado por el gobierno al Congreso.

La Corte presenta aquí, como primer vicio de legalidad en la actuación administrativa, un argumento con aspiración de principio general: *"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"*³⁰.

Como se advierte, el fallo objeta directamente la exposición parcial de motivos, vinculándola a los principios de publicidad y transparencia, de fuente constitucional y reconocimiento profuso en las leyes de bases administrativas³¹.

²⁹ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

³⁰ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

³¹ Como sabemos, desde 2005 la Constitución consagra dentro de las bases de la institucionalidad el principio de publicidad (art. 8°, inciso segundo). Asimismo, la Ley N° 19.880 eleva la transparencia y publicidad al rango de principios del procedimiento administrativo (arts. 4 y 14). Por su parte, la Ley N° 18.575 reitera ambos principios como rectores de toda actuación administrativa (arts. 3 y 13). La conexión entre motivación completa y transparencia es una tendencia en el derecho comparado. *"La motivación del acto administrativo es ante todo, como se entiende en el Derecho Europeo, una manifestación y una exigencia del principio de transparencia"*. SÁNCHEZ (2012) p. 544.

3.4. Segundo criterio: coherencia de la motivación.

Sin perjuicio de declarar la ilegalidad del acto por falta de integridad en la motivación, la Corte analiza también la suficiencia de las dos razones expresadas en el decreto. Es aquí donde el fallo desarrolla una visión amplia del control judicial de la potestad discrecional y de la apreciación del supuesto de hecho por parte de la Administración.

En efecto, la Corte Suprema insiste en refutar directamente la idea de la motivación como requisito puramente “formal”. Tras reconocer que la norma legal confiere la potestad de remoción en términos discrecionales, señala que: *“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”*³².

Así, la Corte considera que la referencia legal expresa a “motivos fundados” exige del órgano que actúa un esfuerzo adicional de motivación³³. Esta reflexión se enmarca en una tendencia jurisprudencial que distingue diversos grados en el deber de motivación, aún sin norma expresa que así lo disponga. En otros casos, se han considerado la materia en que incide el acto y el número de destinatarios

³² PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

³³ La doctrina identifica la existencia de discrecionalidad o supuestos de hecho consistentes en conceptos jurídicos indeterminados como un detonante de una exigencia agravada de motivación: *“Cuanto mayor es el margen de apreciación, mayor debe ser la exigencia de motivación”*. BOCANEGRA Y HUERGO (2001) p. 426.

afectados³⁴, o si implica un cambio de criterio³⁵, como criterios para determinar la exigibilidad de una motivación especial.

Volviendo a nuestro caso, y bajo este criterio de exigibilidad agravada de fundamentación, la Corte analiza separadamente las dos razones invocadas en el decreto de remoción.

En primer lugar, el decreto justificaba la remoción de la rectora en la "*imposibilidad de lograr un acuerdo*"³⁶ respecto de los estatutos de la Universidad, lo que se habría manifestado en "*reiteradas*"³⁷ observaciones por parte del Ministerio, no atendidas por la rectora. Analizando este primer motivo, la Corte reconoce que efectivamente existió un desacuerdo entre las autoridades. Es decir, el hecho mismo –el desacuerdo respecto del texto de los estatutos– existió y el fallo no pretende desconocerlo.

Pero la Corte realiza un análisis más profundo, y derechamente aborda las consecuencias jurídicas de tal desacuerdo, a fin de verificar si ello puede servir de justificación para la medida de destitución. Así, el fallo indaga primero acerca de cuáles eran los deberes legales de la rectora, concluyendo que únicamente se encontraba obligada a elaborar una propuesta de los estatutos con la participación de la comunidad, para ser presentados ante la Presidenta de la República, a quien la ley reconoce plenos poderes para decidir el texto final³⁸.

³⁴ En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido: "*Que tal como antes ya se asentó, todos los actos administrativos requieren ser fundamentados, pero esta exigencia de fundamentación es más intensa e implica un estándar más alto o exigente en cuanto concierne a actos administrativos que pueden significar, por ejemplo, una disminución de la protección ambiental, requiriendo por lo mismo, de una motivación especial, o bien, menos intensa, si lo que se debe resolver, concierne a un único interesado, dependiendo asimismo de los intereses jurídicos sobre los que recaerá la decisión. Existen, pues, distintos grados de motivación tratándose de distintos tipos de actos administrativos*". MORAGA CON SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2017).

³⁵ Así, ha dicho la Corte Suprema que: "*en el caso de un acto de la Administración que suprime exigencias de índole ambiental que han estado vigentes por años se requiere que, para que ellas puedan ser dejadas sin efecto, el estándar de motivación ha de ser altísimo y en el presente caso la motivación es absolutamente insuficiente, particularmente porque no se explica cómo es que se haya podido dictar semejante norma en el pasado ni tampoco se da cuenta –en el acto administrativo impugnado– de datos certeros que avalen una medida de indudable efecto sobre toda la comunidad*". DOUGNAC Y OTROS CON BENÍTEZ (2015).

³⁶ Decreto N° 229 de 2016.

³⁷ Decreto N° 229 de 2016.

³⁸ El artículo 1 transitorio de la Ley N° 20.842 dispone al respecto: "*Facúltase 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*

Luego, el fallo concluye que tal discrepancia o falta de acuerdo, si bien existió, no puede ser considerada un motivo suficiente para remover a la rectora. Es decir, y a pesar de negarlo, como veremos más adelante, la Corte está realizando una valoración jurídica del hecho invocado por la autoridad como motivo de su actuación. Y es precisamente tal valoración jurídica la que le permite desechar esta discrepancia como un motivo válido de remoción. Si la ley no requería que se produjese un acuerdo, y la Presidenta pudo lícitamente modificar el texto estatutario a su discreción, luego no resulta razonable que el desacuerdo, previsto precisamente como una posibilidad por la ley, sea la causa de la remoción de la rectora. Este hecho, a juicio de la Corte, no puede ser un motivo válido para fundar el decreto de destitución.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte también refuta que hayan existido “*observaciones planteadas de manera reiterada*”³⁹ –como imputó el decreto– pues en el expediente constaba una sola comunicación al respecto. Sobre la base de lo anterior, el fallo concluye que “*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*”⁴⁰.

En segundo lugar, el decreto argumenta que las propuestas de ingreso de estudiantes que presentó la rectora “*no se condicen con los requisitos legales*”⁴¹ aplicables. Esta divergencia, según explica el fallo, tendría relación con los intentos de la rectora de flexibilizar los requisitos de ingreso a fin de promover y facilitar la admisión de estudiantes provenientes de la región. Luego, argumenta la Corte, si bien la rectora efectivamente propuso y promovió criterios de admisión diversos de aquellos señalados en la ley, ello sería armónico con los objetivos legales de las universidades estatales recientemente creadas: “*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*

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”.

³⁹ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

⁴⁰ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

⁴¹ Decreto N° 229 de 2016.

considerado un supuesto fáctico que configure un motivo fundado para remover a la rectora"⁴².

Como se aprecia, nuevamente la Corte formula una valoración jurídica del motivo concreto invocado por la Administración –del hecho de haberse presentado una propuesta que no calzaba íntegramente con la regulación legal de las exigencias de ingreso a la universidad– rechazando que pueda fundar una decisión de destitución como la que se ha adoptado, pues precisamente tuvo por objeto cumplir otro mandato legal.

En estos dos razonamientos resulta posible identificar el criterio que llamaremos de *coherencia* de la motivación: la Corte Suprema exige que los motivos que fundan el acto administrativo tengan lógica y coherencia jurídica, que resulten persuasivos. Los fundamentos expresados en el acto deben permitir reproducir un razonamiento comprensible y apreciable como razonable por un tercero observador. El motivo que no cumpla este estándar será jurídicamente inexistente y por ende inapto para sustentar una actuación administrativa⁴³.

Adicionalmente, dentro del examen de coherencia, el fallo aplica un interesante examen de igualdad. En efecto, respecto del primer motivo, además de descartarlo por las razones explicadas más arriba, la Corte constata que similares desavenencias respecto del texto de los estatutos se produjeron respecto del rector de otra universidad. Sin embargo, la autoridad no consideró tal desacuerdo como un "motivo fundado" para removerlo⁴⁴. Ello sirve, a juicio de la Corte, para desacreditar la validez de la razón invocada, pues revela una incoherencia en la justificación: de estimarse que la discrepancia constituía

⁴² PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

⁴³ Despojado así de razones "verdaderas" para justificarlo, el acto deviene en mero ejercicio de la voluntad de quien lo emite: "*a falta de razones en que apoyarse, la decisión de que se trate no tendrá otro soporte que la mera voluntad o el simple capricho de quien la adopta, y eso es, precisamente, la esencia misma de la arbitrariedad*". FERNÁNDEZ (2008) p. 125.

⁴⁴ El fallo señala al respecto que: "*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 República; sin embargo, aquello no determinó la remoción del rector*". PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

un “motivo fundado”, debió haber acarreado la destitución en ambos casos. De la misma forma, la Corte constata que la sucesora de la rectora destituida también presentó una propuesta de admisión especial, de modo que el segundo motivo invocado por la autoridad también concurriría en su caso.

Este tratamiento disímil entre situaciones similares, al no haberse justificado, demuestra la incoherencia de los motivos de la destitución.

Como se advierte, en ambos casos los hechos invocados por la autoridad son analizados rigurosamente bajo un criterio de coherencia jurídica. Este es el sentido en que debe entenderse la exigencia de que las razones expresadas sean “verdaderas”; no basta que los hechos que se mencionan en el acto efectivamente existan o hayan ocurrido, sino que, consistiendo el supuesto de hecho en un concepto indeterminado, la justificación de que en tales hechos se verifica el concepto debe ser lógicamente convincente y coherente.

4. EL PROBLEMA DEL “MÉRITO”, LA SUSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DEL EXAMEN DE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO

Probablemente temiendo que pueda imputársele intervenir en el “mérito” del acto, la Corte advierte que “*de modo alguno está ponderando las circunstancias que ameritaron la decisión, sino que se está controlando que el supuesto fáctico que (fue) esgrimido por la Administración para ejercer la facultad discrecional exista*”⁴⁵. Ya al comienzo del fallo, al sentar sus bases teóricas, la Corte había formulado una advertencia similar, en relación a la imposibilidad de sustituir el criterio de la Administración⁴⁶.

⁴⁵ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

⁴⁶ Dice la Corte: “*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...*” PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

Si bien en principio puede resultar comprensible la inclusión de esta advertencia en el fallo, a modo de blindaje frente a críticas, me parece que puede generar confusión respecto del rol del juez en el control de la discrecionalidad, empañando así, aunque sea mínimamente, un razonamiento hasta entonces impecable.

En efecto, el juez puede ciertamente valorar o ponderar jurídicamente las circunstancias que invoca la autoridad para ejercer una determinada potestad⁴⁷. En esta labor, lo que corresponde al juez es determinar si la calificación de los hechos por parte de la autoridad, para subsumirlos en el supuesto normativo, puede estimarse razonable. Es decir, la revisión judicial consiste en verificar si concurre en el caso concreto aquel supuesto de hecho que el legislador consideró como detonante de una determinada potestad⁴⁸.

En nuestro caso, la pregunta que se presenta al juez, y que debe poder responder, es: ¿puede considerarse que los hechos invocados en el decreto constituyen un "motivo fundado" para remover a la rectora?

Esta tarea, naturalmente, es diferente a un control acerca del mérito del acto, es decir, de la conveniencia o inconveniencia de la actuación⁴⁹. No corresponde al juez pronunciarse acerca de si la destitución es o no la medida más óptima en consideración a las circunstancias que se invocan. Así, si a criterio del juez los motivos invocados resultan jurídicamente suficientes, termina ahí su labor y competencia. Más aún, en este examen no corresponde al juez definir aquello que puede considerarse como un "motivo fundado", sino que únicamente revisar la calificación que realizó la Administración y aceptarla o rechazarla⁵⁰.

⁴⁷ En este sentido, un sector de la doctrina afirma que en tal ejercicio no se estaría controlando en realidad la discrecionalidad administrativa, sino que simplemente la existencia los hechos determinantes (elemento reglado del acto), que se ubica temporalmente en una etapa previa a la decisión discrecional propiamente tal. Ver: FERNÁNDEZ (2008) pp. 124-125.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2013) p. 503.

⁴⁹ El profesor argentino Tawil explica en este sentido que "*no diremos nunca, en el análisis del mérito, que un acto es legítimo o ilegítimo, sino que es conveniente o no, que la solución resulta adecuada o no, que es bueno o malo, mejor o peor que otro*". TAWIL (2012) p. 58.

⁵⁰ En un reciente trabajo de análisis de la jurisprudencia española, Bouazza señala que "*El juez, en efecto, podrá controlar el ejercicio de las potestades discrecionales por parte de la Administración, pero una vez realizado el examen del sometimiento de la actuación*

Desde la perspectiva de la estructura de la potestad, puede advertirse que el legislador decidió entregar a la Administración la determinación, en cada caso concreto, de que será un “motivo fundado” para remover a la rectora. Así, esta calificación corresponde que la haga la autoridad –la Presidenta de la República en nuestro caso– y ahí la ley, legítimamente, le reconoce un margen de apreciación⁵¹. Pero, lógicamente, no cualquier razón será un motivo “fundado”; la autoridad no puede invocar cualquier hecho o circunstancia para ejercer la potestad. La función judicial, entonces, radica en resguardar que la calificación del supuesto de hecho que habilita el ejercicio de la potestad, en el caso concreto, se justifique razonablemente⁵².

De esta forma, la distinción entre apreciar el mérito y la legalidad de la actuación, categorías que muchas veces se entremezclan⁵³, es en este caso nítida. Luego, no hay razón para desconocer un válido análisis de calificación jurídica de las circunstancias invocadas por la autoridad, precisamente para revisar su adecuación al supuesto de hecho fijado por el legislador⁵⁴.

5. EL FACTOR TEMPORAL DE LA MOTIVACIÓN ADMINISTRATIVA: ¿PUEDE COMPLEMENTARSE LA MOTIVACIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO EN SEDE DE CONTROL JUDICIAL?

de la Administración a la ley, se encontrará con el límite de que la facultad de definir la actuación, de decidir la concreta aplicación de conceptos jurídicos determinados, compete al poder ejecutivo, no al judicial. El juez podrá decir que la Administración se ha excedido en el ejercicio de la discrecionalidad y anular su actuación, pero no podrá predeterminedar otra actuación, sino que el hueco deberá rellenarlo después la propia Administración”. BOUAZZA (2017) p. 178.

⁵¹ LAGUNA DE PAZ (2017) p. 94.

⁵² En este sentido, la doctrina explica que: “La ilegalidad del acto por existencia de un error fáctico que vicie su causa puede provenir tanto de la falsedad en los hechos, como de la apreciación errónea de ellos en tanto ambas situaciones conducen –inevitablemente– a una aplicación errónea del derecho” TAWIL (2012) p. 358. En el mismo sentido, ver: BOUAZZA (2017) pp. 202-203; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2013) p. 507; PIERRY (2017) p. 397. Aplicando un criterio más restrictivo, Sánchez señala que: “la Administración goza de un margen de apreciación para la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. Ese margen no es absoluto, pues en ocasiones es posible concluir en virtud de pruebas suficientes o de argumentos de razón que la Administración se ha equivocado al aplicar el concepto al caso concreto (certeza negativa). En consecuencia, su decisión será contraria a Derecho por contravenir lo querido por la norma”. SÁNCHEZ (2012) p. 97.

⁵³ TAWIL (2012) p. 352.

⁵⁴ LAGUNA DE PAZ (2017) p. 93.

Según advertíamos, el fallo que comentamos y que merecidamente elogiamos en este comentario, presenta una reflexión adicional que conviene abordar, aun cuando la Corte misma deja abierta la interrogante. Se trata del asunto de la temporalidad de la motivación de la actuación administrativa. ¿Puede la autoridad entregar nuevas razones para justificar un acto administrativo en sede de revisión judicial del mismo? ¿Puede el juez atender a dichas razones al pronunciarse acerca de la validez del mismo?

Recordemos que en nuestro caso la recurrente de protección fundó su acción en que las verdaderas razones de su remoción, expresadas en una comunicación informal previa, fueron ocultadas en el acto administrativo.

Ante esta situación de hecho, la Corte coquetea con la idea de indagar en aquellas razones, en la suficiencia de las mismas, y en su aptitud para sostener la decisión administrativa de remoción. No lo hace, finalmente, argumentando que la propia autoridad, al defenderse del recurso, negó la existencia de otras razones diferentes a aquellas expresadas en el decreto.

En este sentido, la Corte explica que: *“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”*⁵⁵.

⁵⁵ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

Así, es la estrategia procesal de la defensa fiscal consistente en negar que existiesen otros motivos la que, a juicio de la Corte, impide atender a otras razones, extrañas al acto administrativo, pero circunstancialmente conexas a este.

Este razonamiento, si bien inconcluso, no me parece acertado. En primer lugar, ya que resulta contradictorio con el criterio de integridad de la motivación, que el mismo fallo desarrolla y aplica como estándar para juzgar la suficiencia de justificación de la actuación administrativa. Si resultase admisible que la autoridad complementara la motivación de un acto en sede de impugnación judicial, entonces no podría reprocharse que el acto no indique precisamente todas las razones que lo sostienen.

En segundo lugar, creo que admitir una motivación tardía contradice los deberes legalmente impuestos a la Administración. En efecto, una interpretación sistemática de las normas que imponen el deber de motivación así lo demuestra. El inciso segundo del artículo 11 de la Ley N°19.880 mandata a expresar los hechos y fundamentos de derecho “en” el acto que pueda afectar derechos. El artículo 41, inciso cuarto, de la misma ley, al precisar el contenido de la resolución final, requiere que esta contenga “la decisión, que será fundada”. Estas dos normas permiten comprender sin mayores problemas que el legislador exige que la motivación se entregue al momento de emitirse la decisión administrativa, en el acto mismo, en la decisión, y no después. Esta conclusión se confirma atendiendo a la consagración legal del principio de transparencia y publicidad del procedimiento administrativo, en el artículo 16 de la misma ley, en cuanto le exige que “permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”. Naturalmente, no se “promueve” el conocimiento del fundamento de una decisión si la autoridad omite u oculta parte de las razones que han llevado a adoptarla. A esta reflexión suma una potente cobertura la consagración constitucional del principio de publicidad (art. 8°).

Por último, desde una visión de funcionamiento adecuado de la Administración, me parece que permitir justificaciones tardías de un acto administrativo resulta contradictorio con la función misma

que debe cumplir la motivación, como exigencia básica de explicación de las razones de un acto⁵⁶.

Lo anterior es relevante no solo para el interesado o afectado por el acto respectivo, quien necesita conocer estas razones, con el mayor grado de especificidad posible, a fin de verificar la racionalidad de la actuación y ejercer los derechos que estime pertinentes⁵⁷. Esta exigencia también es relevante para la Administración y la ciudadanía. Exigir de razones contemporáneas a la acción administrativa debiese tender a una actuación más reflexiva, y con ello a mejores decisiones⁵⁸.

Considerando lo anterior, se vislumbra que una señal de apertura de la Corte hacia las justificaciones *ex post* de la actuación administrativa podría generar diferentes impactos negativos. Por una parte, desde la perspectiva de la Administración, esta señal puede interpretarse como una relajación en el rigor y detalle con que se revisará la motivación de sus resoluciones a futuro. Si existe la posibilidad de complemento posterior, bien podría un órgano administrativo limitarse proveer el mínimo de justificación posible, o derechamente ninguna, sabiendo que, de impugnarse el acto en cuestión –lo que perfectamente podría no suceder– tendrá posibilidades de ampliar y complementar la motivación del modo que estime más adecuado y conveniente a la defensa judicial. Una práctica de este tipo me parece negativa, por atentar al pleno cumplimiento de los objetivos de la motivación coetánea a la actuación, que indicamos más arriba⁵⁹.

⁵⁶ En este sentido resulta ilustrativa la ya clásica sentencia de Tomás Ramón Fernández: “*Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario*”. FERNÁNDEZ (2008) p. 81. En un sentido similar, ver: CASSAGNE (2009) p. 205; ATIENZA (1995) p. 19.

⁵⁷ En este sentido, suele destacarse la íntima vinculación entre los deberes legales de motivación del acto administrativo y el derecho de impugnación que asiste a las personas que estimen afectados sus derechos. En simple, se explica que solo conociendo plenamente los motivos de la actuación administrativa podrá el particular afectado ejercer adecuadamente su derecho a la acción. La doctrina denomina llama “*atributo defensivo*” a esta función que cumple la motivación respecto del principio de impugnación. Ver: CORDERO (2015) p. 91.

⁵⁸ Fernández desarrolla certeramente esta idea: “*exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigidas por la Administración obliga a esta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias e efectos...*”. FERNÁNDEZ (2008) p. 126.

⁵⁹ En este sentido, resulta interesante la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, que rechaza las justificaciones *ex post* de la Administración, estimándolas racionalizaciones posteriores a los hechos, de las cuales desconfía. Desde los famosos casos *Chenery I* de 1943 (*SEC v. CHENERY CORP.* (1943)) y *Chenery II* de 1947 (*SEC*

Por otra parte, desde la posición del ciudadano, se estaría generando un verdadero incentivo a la impugnación judicial, como única vía posible para cerciorarse acerca de las razones de una determinada actuación administrativa. Esto ciertamente resulta ineficiente para todos los involucrados: el ciudadano deberá impugnar el acto, con los costos que ello conlleva; los tribunales deberán conocer la demanda, tramitarla y resolverla; y la Administración deberá defenderse, estresando así su funcionamiento corriente y desviando esfuerzos (y recursos) en tal ejercicio.

Considerando estas reflexiones, me parece que corresponde descartar la posibilidad de invocar nuevas razones para justificar un acto administrativo en sede de impugnación judicial⁶⁰. Naturalmente, ello no

v. *CHENERY CORP.* (1947)), la Corte Suprema ha considerado que para juzgar la validez de una actuación administrativa debe atender única y exclusivamente a las razones consideradas por la autoridad en el acto mismo, o en el expediente previo en caso de existir. El juez Murphy entregó la opinión de la Corte en el segundo fallo, explicando que “cuando este caso estuvo ante nosotros por primera vez, enfatizamos una simple pero fundamental regla de derecho administrativo. Esa regla consiste en que una corte, al revisar una decisión o juicio que una agencia administrativa está autorizada a hacer, debe juzgar la corrección (*propriety*) de esa actuación únicamente sobre la base de los fundamentos invocados por la agencia”. *SEC V. CHENERY CORP.* (1947) (traducción es nuestra). Esta regla se transformaría en un “principio fundamental” (*bedrock principle*) de derecho administrativo, consistente en que “una corte puede confirmar una actuación administrativa únicamente por las razones en que la agencia se basó expresamente cuando actuó”. STACK, (2007) p. 955, traducción es nuestra. Posteriormente, la Corte Suprema confirmaría este principio en los casos *Overton Park* de 1971, (*CITIZENS TO PRESERVE OVERTON PARK V. VOLPE*, 401 U.S. 402 (1971)) y *State Farm* de 1983 (*MOTOR VEHICLE MANUFACTURERS ASS'N OF THE UNITED STATES V. STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO.*, 463 U.S. 29 (1983)), al rechazar expresamente el intento de la defensa de una agencia administrativa de entregar razones adicionales durante el proceso judicial de revisión de una actuación. En este último caso, relativo a la regulación de medidas de seguridad en la industria automotriz, la defensa de la agencia presentó durante el juicio múltiples argumentos para complementar la motivación de su decisión. La Corte, en palabras del juez White, descartó considerarlas al resolver: “La breve —y suficiente— respuesta a las presentaciones de los reclamantes es que las cortes no deben aceptar las racionalizaciones *post hoc* de la actuación administrativa por parte de la defensa”. *MOTOR VEHICLE MANUFACTURERS ASS'N OF THE UNITED STATES V. STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO* (1983) (traducción es nuestra).

⁶⁰ En contra de esta posición, ver: SÁNCHEZ (2012) p. 546, quien admite que la Administración aporte la motivación *a posteriori*, durante el contencioso, a menos que ello “limite las posibilidades de defensa del interesado”. También HUERGO (1998) pp. 108-109, quien se allana a tal posibilidad, argumentando sobre la base de la ineficiencia que significaría anular judicialmente un acto, sobre la base de la ausencia de motivación, para que luego la Administración vuelva a dictarlo, invocando nuevos motivos que pudieron perfectamente haber sido evaluados por el juez en el primer proceso. Huergo reconoce, sin embargo, que la ausencia de motivación o motivación incomple-

excluye la posibilidad de profundizar aquellos motivos que, incluidos y explicados de modo breve en el acto mismo, admitan un desarrollo mayor a fin de ilustrar al juez acerca de su razonabilidad. La clave aquí, como lo reitera la doctrina, es que la motivación originaria —esto es, contemporánea a la dictación del acto— sea suficiente, en el sentido de aportar todos los elementos necesarios para reproducir el razonamiento lógico que inspiró la actuación administrativa⁶¹.

6. LA SOLUCIÓN DEL CASO Y LA MEDIDA ADOPTADA POR LA CORTE

Como hemos visto, la Corte declaró la ilegalidad del decreto de destitución por estimar que los motivos invocados eran inexistentes. En este sentido, tras el análisis y aplicación de los criterios reseñados, concluyó: *“Que, descartadas las dos circunstancias de hecho que fueron esgrimidas por la Administración, solo 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”*⁶².

Adicionalmente, la Corte estimó vulnerada la garantía constitucional de igualdad ante la ley de la rectora⁶³. Cumpliéndose así lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución, la Corte acogió la acción de protección.

ta es un vicio en un elemento esencial del acto, y que forzar al particular a impugnar el acto para conocer los motivos es una situación injusta. Luego, propone como solución que, en los casos en que la Administración se valga del contencioso de impugnación para motivar el acto, evitando así su declaración de invalidez, sea condenada en costas, resarciendo al particular que debió recurrir ante el juez. Ver en: HUERGO (1998) pp. 112-113. En la misma línea ver: BOCANEGRA (2012) p.88.

⁶¹ FERNÁNDEZ (2008) pp. 83-84.

⁶² PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

⁶³ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

Ahora bien, en cuanto a la medida de protección, resulta interesante constatar que la Corte estima improcedente ordenar la reincorporación de la rectora, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque ya se había nombrado a esa fecha a una rectora en el cargo, quien no fue parte de la acción. En segundo lugar, y más relevante aún, ya que habiéndose dictado los estatutos de la Universidad, el nombramiento y remoción de la máxima autoridad deja de ser una facultad presidencial, rigiendo plenamente el principio de autonomía universitaria.

Atendido lo anterior, la Corte Suprema ordena una “*medida paliativa*”⁶⁴, consistente en el pago de seis meses de remuneraciones a la rectora, advirtiendo expresamente que se trata de una decisión adoptada en virtud de su “*competencia conservativa*”⁶⁵.

7. CONCLUSIONES

El fallo que comentamos merece ser destacado como una lección acerca de la forma en que un tribunal debiese abordar el control judicial de un acto administrativo dictado en ejercicio de una potestad discrecional.

En efecto, la Corte Suprema identificó en la motivación del acto, en la expresión de las razones de la actuación, el eje de la misión de control de juridicidad que corresponde al juez. Para asumir esa tarea, el fallo nos deja valiosas enseñanzas:

- i. La motivación no es una exigencia puramente formal, cuyo control judicial deba limitarse únicamente a constatar, visual y mecánicamente, que se haya incluido o enumerado una o más razones en el acto administrativo respectivo.
- ii. Por el contrario, tratándose de una potestad en que se ha otorgado a la Administración un margen de apreciación, sea de la verificación del supuesto de hecho o respecto de la decisión a adoptar, el juez debe indagar rigurosamente en dicha motivación, a fin de verificar que las razones que se han invocado sean verdaderas.

⁶⁴ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

⁶⁵ PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017b).

- iii. En este examen, serán criterios relevantes los de integridad y coherencia de la motivación.
- iv. La integridad de la motivación, como criterio de control, exige que el acto administrativo indique todas las razones que le han servido de justificación; no resulta lícito ocultar u omitir razones. Cualquier indicio de una motivación parcial en el acto de tona, inevitablemente, incertidumbre acerca de su justificación real y, con ello, un vicio por defecto de motivación.
- v. La coherencia de la motivación, por su parte, exige que las razones provistas en el acto sean jurídicamente consistentes, lógicas y persuasivas. Aplicando este criterio, el juez puede legítimamente formular una calificación jurídica diversa de aquella que ha aplicado la Administración, respecto de los hechos que se invoquen, si estima que esta no resulta razonable. El principio de igualdad será un factor relevante al aplicar este criterio: la diversa calificación, por parte de la Administración, respecto de situaciones de hecho similares será un fuerte indicio de incoherencia en las razones.
- vi. Al aplicar ambos criterios, en un examen de la motivación del acto administrativo, el juez no estará apreciando el mérito o conveniencia de la actuación discrecional, ni tampoco sustituirá el legítimo ámbito de competencia de la Administración; sino que, simplemente, estará cumpliendo su trascendental rol de controlar la juridicidad, esto es, el sometimiento pleno a derecho de todo órgano de la Administración del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (1995): "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 85: pp. 5-26.
- BOCANEGRA, Raúl y HUERGO, Alejandro (2001): "Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar", *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 111: pp. 405-428.

- BOCANEGRA, Raúl (2012): *Lecciones sobre el Acto Administrativo* (Madrid, Editorial Aranzadi, cuarta edición).
- BOUAZZA, Omar (2017): “De nuevo sobre el control judicial de la discrecionalidad de la Administración. Al hilo de la infracción en el ejercicio de la jurisdicción como fundamento del recurso de casación”, *Revista de Administración Pública*, N° 202: pp. 169-203.
- CASSAGNE (2009): *El principio de legalidad y el control de la discrecionalidad administrativa* (Buenos Aires, Editorial Marcial Pons, primera edición).
- CORDERO, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición).
- CORVALÁN, Juan Gustavo (2017): “Estado actual de la dogmática de la discrecionalidad administrativa en Alemania”, *Revista de Derecho administrativo Económico*, N° 24: pp. 5-26.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008): *De la arbitrariedad de la Administración* (Madrid, Editorial Civitas, quinta edición).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2013): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Madrid, Editorial Civitas, decimosexta edición).
- HUERGO, Alejandro (1998): “La motivación del acto administrativo y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 145: pp. 89-115.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2017): “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista española de derecho administrativo*, N° 186: pp. 83-108.
- PAREJO, Luciano (1993): *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias* (Madrid, Editorial Tecnos, primera edición).
- PIERRY, Pedro (2017): *Derecho Administrativo*. Obra Reunida (Valparaíso, Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, primera edición).
- PONCE DE LEÓN, Sandra (2014): “Notas sobre la discrecionalidad en la Administración del Estado”, en SOTO KLOSS, Eduardo

(Coord.) *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 193-222.

SÁNCHEZ, Miguel (1995): *Discrecionalidad administrativa y control judicial* (Madrid, Editorial Tecnos, primera edición).

SÁNCHEZ, Miguel (2012): *Derecho Administrativo. Parte General* (Madrid, Editorial Tecnos, octava edición).

STACK, Kevin (2007): The Constitutional Foundations of Chenery, *Yale Law Journal*, N° 116: pp. 955-1020.

TAWIL, Guido (2012): *Estudio de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, primera edición).

JURISPRUDENCIA

SEC V. CHENERY CORP., 318 U.S. 80 (1943).

SEC V. CHENERY CORP., 332 U.S. 194 (1947).

CITIZENS TO PRESERVE OVERTON PARK V. VOLPE, 401 U.S. 402 (1971).

MOTOR VEHICLE MANUFACTURERS ASS'N OF THE UNITED STATES V. STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO., 463 U.S. 29 (1983).

DOUGNAC Y OTROS CON BENÍTEZ (2015): Corte Suprema, 30 de septiembre de 2015 (Recurso de casación en el fondo) en Vlex, rol N° 1.119-2015, Fecha de consulta: 25 de abril de 2018.

PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2017. (Recurso de protección), en Vlex, rol N° 103.327-2016, Fecha de consulta: 25 de abril de 2018.

MORAGA CON SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2017): Corte Suprema, 22 de marzo de 2017 (Apelación de recurso de protección) en Vlex, rol N° 95.016-2016, Fecha de consulta: 25 de abril de 2018.

PEY CON FERNÁNDEZ Y OTROS (2017): Corte Suprema, 19 de junio de 2017. (Apelación de recurso de protección), en Vlex, rol N° 3.598-2017, Fecha de consulta: 25 de abril de 2018.

