

– La ausencia de jurisprudencia relevante sobre responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública que sirva de referente, para los justiciables y los jueces, como por el contrario si ha sucedido en otros países en los cuales la garantía de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración tiene plena funcionalidad, a diferencia del Perú.

## 5. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN TORNO A LAS GARANTÍAS JURÍDICAS Y CONVERGENCIAS GLOBALES

### 5.1 LA ADMINISTRACIÓN POST PANDEMIA. LA TENDENCIA A LA SOBRRERREGULACIÓN

Desde que en el Perú se comenzaron a adoptar medidas para afrontar la pandemia a mediados de mes de marzo del año 2020, uno de los aspectos que en esta parte del presente trabajo queremos referirnos es la constatación de la tendencia a la sobrerregulación por parte de algunos sectores de la administración pública.

La cantidad de normas sectoriales y el detalle con que desarrollan la regulación de las materias a su cargo parece indicar que las deficiencias que han podido ponerse en evidencia en el funcionamiento de la administración pública peruana han querido ser compensadas consciente o inconscientemente por un incremento en la regulación administrativa respecto de la actividad de los privados.

No obstante que en el ordenamiento jurídico administrativo peruano es de larga data la existencia de un procedimiento administrativo específico para la eliminación de exigencias y barreras burocráticas, incluidas las que obren en normas administrativas (103), y se vienen desarrollando los denominados procesos de mejora de la calidad regulatoria con el análisis de impacto regulatorio *ex ante* (104), se constata que desde que inició la pandemia, buena parte de las entidades administrativas han privilegiado la regulación mediante el dictado de dispositivos de carácter marcadamente reglamentarista como una manera de evidenciar supuestamente el cumplimiento de las funciones a su cargo.

---

(103) Nos hemos referido a dicho procedimiento en «El control de la administración pública en el Perú», publicado en el colectivo dirigido por DELPIAZZO, Carlos, *El control de la actividad administrativa, en la colección de derecho administrativo comparado*, dirigido por Libardo Rodríguez. Editorial Temis, IIDA, y Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2018, p. 405. Ver también TIRADO, José Antonio, *Eliminación de barreras burocráticas. Análisis del decreto legislativo 1256 que aprueba la ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017. Y GÓMEZ APAC, Hugo, «El análisis de impacto regulatorio y el régimen de control de las barreras burocráticas como herramientas para la modernización de la administración pública», publicado en AAVV, Juan Jiménez Mayor (director), *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Como entender y fortalecer al Estado en tiempos de pandemia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2021. pp. 499 ss.

(104) Regulado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1310, modificado por el Decreto Legislativo 1448 y reglamentado entre otras normas por el DS 063-2021-PCM que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de mejora de la calidad regulatoria y establece los lineamientos generales para la aplicación del análisis de impacto regulatorio *ex ante*.

En otras palabras, si ya antes que se produjera la pandemia era cuestionable que la solución adoptada por algunos niveles de gobierno para responder ante las necesidades públicas se restringiera al dictado de un marco legal, en lugar de adoptar medidas y proporcionar los medios materiales que permitieran realmente satisfacerlas, a partir de la pandemia esa tendencia a optar por las soluciones meramente normativas lamentablemente se ha acrecentado.

### 5.2 EL RELACIONAMIENTO ELECTRÓNICO CON LOS CIUDADANOS

El marco legal que regula en el Perú los modos de relacionamiento de la administración con los ciudadanos por medios electrónicos, especialmente en lo referido al procedimiento administrativo digital, tradicionalmente ha sido disperso y asistemático (105). No obstante la LPAG contiene preceptos que hacen referencia al régimen del procedimiento administrativo electrónico (art. 30), a los actos administrativos realizados a través del medio electrónico (art. 30.3), al expediente electrónico (art. 31) a la notificación electrónica (art. 20.4), la recepción documental por la administración de medios de transmisión de datos a distancia (arts. 134 y 136.6), lo cierto es que la operatividad de algunas de los citados dispositivos depende de la expedición de normas reglamentarias que dispongan su aplicación, seguramente en función de la disponibilidad de los medios personales y de equipamiento necesarios para que puedan desarrollarse y de que la normativa complementaria que regula aspectos complementarios, pero indispensables para que los procedimientos administrativos electrónicos puedan desarrollarse en su verdadera dimensión, como es el caso de: la firma digital, los mecanismos de seguridad de la información, la interoperabilidad, etc, lleguen también a funcionar y proporcionen el soporte interno que se requiere para que los procedimientos administrativos se puedan desarrollar por medios electrónicos (106).

La pandemia ha forzado a la administración pública peruana para incrementar las posibilidades de relacionarse con los privados por medios electrónicos, a través del establecimiento de lo que a veces se tiende a denominar mesas de partes virtuales, aunque en ocasiones solo se trata de una dirección de correo electrónico para recibir escritos, comunicaciones y documentación remitida por los privados, y a través de las notificaciones electrónicas de sus decisiones (actos administrativos); en resumen mediante la recepción y respuesta por medios digitales a los administrados, pero a pesar de ello manteniendo muchas veces el

---

(105) Ley 27269 de firmas y certificados digitales (2000), DS 052-2008-PCM reglamento de la ley de firmas y certificados digitales, Decreto Legislativo 1412 que aprueba la ley de gobierno digital (2018), DS 033-2018-PCM crea la plataforma digital única del estado peruano y establecen disposiciones adicionales para el desarrollo del Gobierno digital; Decreto de Urgencia 006-2020 que crea el sistema nacional de transformación digital, Decreto de Urgencia 007-2020 que aprueba el marco de confianza digital y dispone medidas para su fortalecimiento, entre otras normas.

(106) Sobre el tema: MORÓN, Juan Carlos, «Derechos de los administrados y nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la buena administración electrónica en el Perú», *Gestión pública & control*, Gaceta Jurídica, Lima, 2020. También: HUAPAYA TAPIA, Ramón, «Reflexiones para el tránsito de una administración electrónica hacia una administración digital en el ordenamiento jurídico peruano», publicado en AAVV, Diego Zegarra (Coordinador), «La proyección del Derecho Administrativo Peruano», *Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Palestra, Lima, 2019, pp. 43 ss.

modelo papel, porque en su tramitación al interior de la administración los documentos que se reciben y los que se produce la propia administración durante la tramitación del procedimiento son convertidos a papel para formar un expediente tradicional, solo que su resultado (el acto administrativo) es digitalizado para ser comunicado al destinatario.

La pandemia también ha puesto en evidencia que hace falta un cambio cultural en la administración pública peruana y en los niveles políticos de gobierno para entender que la digitalización del procedimiento administrativo: i) no se restringe a las comunicaciones con los privados al comenzar y al concluir el respectivo procedimiento, conservando en esencia el modelo papel (107); ii) que la digitalización debe servir para mejorar los servicios al ciudadano, simplificar los procedimientos administrativos, hacerlos más ágiles y potenciar la comunicación de los ciudadanos con la administración, y que no esta diseñada solo para facilitar el trabajo de los funcionarios, sin importar las garantías de los ciudadanos, como hoy día parece ser el criterio predominante en el Perú; iii) que en un país con grandes desigualdades sociales, culturales como el Perú, es imperativo garantizar que se facilite el acceso a la población que no tenga acceso a los medios digitales o no tenga el conocimiento suficiente para utilizarlos, de modo que no se genere la paradoja que los medios digitales les restrinjan el acceso a los servicios de la administración pública.

En febrero de este año se ha aprobado mediante Decreto Supremo núm. 029-2021-PCM el reglamento de la Ley de Gobierno Digital que establece disposiciones sobre las condiciones, requisitos y uso de las tecnologías y medios electrónicos en el procedimiento administrativo, que es hasta la fecha el dispositivo que en buena medida ha desarrollado con mayor grado de precisión los aspectos claves del marco normativo del procedimiento administrativo digital, como es el caso del régimen del documento electrónico (art. 35 ss.), el expediente electrónico (art. 39 ss.), la recepción documental (art. 46 ss.), la gestión archivística digital (art. 49 ss.), la casilla única electrónica como domicilio digital para que los privados reciban comunicaciones de todas las entidades de la administración pública (art. 53 ss.) y la notificación digital (art. 59 ss.), además de establecer reglas sobre las reuniones digitales de los privados con la administración (art. 63 ss.), entre otras materias que también regula y que componen lo que podría denominarse la fase interna de la digitalización en la administración cuyo desarrollo en forma previa constituye condición indispensable para que la administración pueda desarrollar externamente la digitalización en sus relaciones con los ciudadanos a través de los procedimientos administrativos, como es el caso del régimen de: la denominada identidad digital del Estado Peruano (art. 9 ss.), los servicios digitales del estado peruano, incluyendo la plataforma digital única del estado peruano para la orientación al ciudadano (art. 23 ss.), el marco de gobernanza y gestión de datos del estado peruano (art. 66 ss.), el marco de interoperabilidad del estado peruano (art. 79 ss.), y el marco de seguridad digital (art. 94 ss.), entre otros varios temas.

---

(107) Un clamoroso ejemplo lo constituye la ley 31170 publicada el pasado 21 de abril del presente año que establece un plazo de 12 meses para que todas las entidades de la administración pública implementen la mesa de partes digital y la notificación electrónica, es verdad que respetando los principios, derechos y garantías de los administrados, pero en el fondo con una visión reduccionista de los alcances de la digitalización de los procedimientos administrativos.

Consideramos que el citado reglamento constituye un indudable avance a nivel normativo para establecer las orientaciones que deberían regir el desarrollo de los procedimientos administrativos electrónicos en el Perú, aunque podamos discrepar de algunos aspectos de su contenido, en los que nos parece que no se privilegia en su adecuada dimensión opciones que debería permitir mayores garantías a los ciudadanos en sus relaciones digitales con la administración pública. Sin embargo conviene llamar la atención que se trata de una norma cuyo contenido es esencialmente prospectivo, es decir que, como es usual en todos los procesos de digitalización de la administración pública a nivel comparado, establece plazos y un verdadero cronograma para que la mayor parte de los procesos que regula puedan llegar a implementarse en la realidad.

Que los referidos plazos se puedan cumplir para que la administración pública inicie un proceso ordenado y homogéneo de digitalización de los procedimientos administrativos mediante los cuales se relacionan con los privados, dependerá que los niveles políticos de Gobierno tomen consciencia de que la digitalización no se reduce a recibir y remitir información por medios electrónicos y que se requiere inversión en capacitación y recursos para que las entidades y su personal puedan operar utilizando los nuevos medios tecnológicos, pero siempre teniendo como centro de su actuación a los ciudadanos.

Como en todos los aspectos de la regulación de los procedimientos administrativos, el proceso de digitalización de los mismos exige que a la par que se potencian las posibilidades de que la administración actúe de manera eficaz en el cumplimiento de las tareas que se asigna el ordenamiento jurídico para la realización de los cometidos públicos a su cargo, se preste especial atención a las garantías de los derechos de los ciudadanos, facilitándoseles el acceso y preservando los principios básicos que rigen las relaciones entre la administración y los destinatarios de la actividad administrativa (108).

### 5.3 LA REVALORIZACIÓN DE LA NECESIDAD DE QUE LA ADMINISTRACIÓN ACTÚE EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS

Finalmente, la experiencia de los últimos años en el funcionamiento de la administración pública peruana en relación a los procedimientos que tramita, permite apreciar que lamentablemente buena parte de los funcionarios públicos han perdido consciencia de que el norte o el principio base que debe guiar su actuación es la tutela de los intereses públicos que tienen a su cargo realizar.

El otro eje que rige la actuación de la administración que es la garantía de los derechos de los ciudadanos que se relacionan con la administración mediante un procedimiento administrativo, como se ha desarrollado en este trabajo es materia

---

(108) Como señala MENÉNDEZ SEBASTIAN, Eva M.<sup>a</sup>, «... la implementación de lo electrónico no puede ser el fin a perseguir, sino un medio en el logro de la satisfacción eficaz del interés general», en *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 16, y MARTÍN DELGADO, Isaac, «... el principal reto que se plantea en relación con el proceso de digitalización de la administración: lograr una mayor eficacia en el ejercicio de la función de administrar sin restringir el ámbito de protección de los ciudadanos frente al poder público», en AAVV, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*. IVAP-IUSTEL, Madrid, 2020. p. 24.

de profusa regulación en las normas que regulan dicho procedimiento, la mayor parte de las veces con fundamento en la Constitución y respaldados por la jurisprudencia, además de que los afectados por alguna vulneración en sus derechos utilizan los medios que el ordenamiento establece (recursos administrativos, demandas judiciales, etc.) para exigir la enmienda de la actuación administrativa que haya sido irregular y el restablecimiento de sus derechos.

Sin embargo, la necesidad de orientar la actividad de la administración en función de los intereses públicos que justifican su actuación, a pesar de constituir un dogma en el funcionamiento de cualquier administración pública en un estado democrático, se constata que en el Perú se ha venido progresivamente desnaturalizando.

No obstante que la LPAG contiene principios que disponen la necesidad que la administración pública desarrolle sus actividades en función de los fines públicos a su cargo, que asimismo constituye un requisito de validez indispensables de los actos administrativos y que se dispone que las entidades estatales deben interpretar toda norma administrativa en la forma que mejor atienda al fin público al cual se dirigen, siempre preservando los derechos de los administrados, la realidad que se viene experimentando en el funcionamiento de buena parte de los entes administrativos es que hace falta repotenciar en la administración pública peruana la cultura de servicio al ciudadano que se ha venido perdiendo entre otros motivos, por el mal entendimiento del procedimiento administrativo como una mera secuencia de actuaciones procedimentales que esta obligado a seguir, respetando en la medida de lo posible los derechos y garantías de los administrados que de lo contrario se lo exigirán por la vías y las instancias correspondientes, pero actuando en forma inconsciente o desconectado con las intereses públicos o de la colectividad a los que debe servir.

Lamentablemente la actuación de los órganos de control en los últimos años en el Perú (Contraloría, Ministerio Público, etc.) también ha puesto su cuota para la anotada desorientación de la administración pública, porque el desproporcionado énfasis puesto en la búsqueda de responsabilidades disciplinarias y penales para cuestionar decisiones de gestión administrativa, que no son necesariamente acciones delictivas, pero les generan imputaciones de responsabilidad disciplinaria, civil y hasta penal a los funcionarios públicos, hace que estos posterguen en sus prioridades la realización de los intereses públicos, para por el contrario privilegiar la disminución de los riesgos de ser sancionado mediante el cumplimiento estricto de las formalidades administrativa pero desconectados de los fines públicos que fundamentan las competencias que les han sido atribuidas.

