

Entrevista al doctor Jorge Danós

ANA TERESA REVILLA

Ana Teresa Revilla: *Doctor Jorge Danós, usted fue designado presidente de la comisión del Ministerio de Justicia que tuvo el encargo de elaborar una propuesta de la Ley de Procedimiento Administrativo General y que, tengo entendido, fue recogida en un 95% en la ley 27444?*

Jorge Danós: Realmente la ley es el 99% de la propuesta, solamente hay tres aspectos muy puntuales en los que se apartó del proyecto que elaboro la comisión. En primer lugar, a sugerencia de INDECOPI se incorporaron cuatro o cinco principios del procedimiento administrativo adicionales a los que preveía el proyecto, con lo que se enriqueció la relación de principios consagrados en el artículo IV del título preliminar de la Ley vigente. En segundo lugar —y lamentablemente—, en el congreso decidieron modificar el texto del artículo 48 para recortar las potestades que tenía la comisión de barreras burocráticas de INDECOPI de declarar directamente la ilegalidad de las ordenanzas municipales que contuvieran barreras burocráticas de acceso al mercado. Para esto, argumentaron equivocadamente que los gobiernos locales democráticamente elegidos con el voto popular no podían ser revisados por un organismo administrativo como INDECOPI, que no contaba con el mismo respaldo electoral que un consejo municipal. A todas luces, este es un criterio radicalmente errado y que simplemente llevó a que, hace tres años, se le restituyera dicha potestad a INDECOPI, cuya constitucionalidad ha sido reconfirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y, en tercer lugar, se redujeron los plazos establecidos en el artículo 202 de la ley para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos, porque mientras que en el proyecto de ley se proponía un plazo de dos años para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa y de tres adicionales para que la entidad pudiera solicitar la declaratoria de nulidad ante el poder judicial vía un proceso contencioso administrativo, en el congreso decidieron reducirlos, y establecieron el plazo de un año para declarar la nulidad de oficio por la propia entidad administrativa que lo emitió, a cuyo vencimiento se cuenta con un plazo adicional de dos años para pedir que los jueces declaren la nulidad del acto administrativo cuestionado. Estos fueron, hasta donde recuerdo, los únicos tres temas muy puntuales —pero obviamente importantes— que se diferenciaron de la propuesta que elaboró la comisión.

ATR: *¿Qué tipo de problemas propusieron solucionar con la propuesta de ley? ¿Cómo estaba regulada la administración?*

JD: Como sabemos, la primera norma de procedimiento administrativo general que se dictó en el Perú, para ser utilizada por todas las entidades

de administración pública, fue el decreto supremo 006-67-SC, llamado Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, expedido durante el primer gobierno del arquitecto Belaúnde e inspirado en la Ley de Procedimiento Administrativo Española de 1956. De ese modo, el Perú se convirtió en el primer país de América Latina que se agenció a una norma que establecía la regulación del procedimiento administrativo para toda la administración pública en general, aunque fuese a nivel reglamentario. Esa ha sido la norma que ha estado en lo sustancial vigente hasta antes de la actual ley 27444, dispositivo que posteriormente fuera elevado de jerarquía jurídica mediante un decreto ley dictado en diciembre de 1992 que, a la vez, modificó algunos de sus preceptos. Finalmente, fue compilada en un texto único ordenado aprobado mediante el decreto supremo 002-2004-JUS, con el título de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

ATR: *¿Pero cuál era el problema?*

JD: El problema consistía en que no era una norma que estuviera sola en el ordenamiento jurídico, porque desde finales de la década de los ochenta —y a comienzos de los noventa— se dictaron dos normas legales que también tuvieron un fuerte impacto en la regulación del procedimiento administrativo general. Estas normas posteriores se explican porque, como usted comprenderá, desde el año 1967 —en que se dictó el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos— y la década del noventa habían transcurrido muchos años. La sociedad se había transformado, el Estado había recibido nuevos cometidos y, para tal efecto, se le otorgaba a la administración pública nuevas prerrogativas y potestades. Se producía un mayor intervencionismo en la vida social a partir de la década del setenta, etcétera. Todas esas realidades trataron de ser recogidas, en un momento determinado, a través de otras dos normas legales que operaban en paralelo al citado reglamento. Una de ellas era la Ley de Simplificación Administrativa del año 1989 —reglamentada en el año 1990— y cuya finalidad era facilitar las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos al establecer reglas que no se incorporaron entonces al reglamento, sino que, por razones políticas y de oportunidad, se consagró en una norma de mayor jerarquía: una ley.

ATR: *¿Cuál fue la lógica de aquella ley de simplificación administrativa?*

JD: Mejorar los términos de las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos, para lo cual aprobó tres o cuatro grandes principios con la finalidad de modificar, reorientar y facilitar dicha relación.

ATR: *¿Cuáles son esos principios?*

15

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JORGE DANÓS

JD: De un lado, el principio de presunción de veracidad, en virtud del cual la administración debe presumir que el particular que acude ante ella para instarla a tramitar un procedimiento administrativo le dice la verdad, porque dicho privado —mediante los escritos que presenta con carácter de declaración jurada— se compromete por lo que está declarando. El otro principio aprobado fue el de «eliminación de exigencias costosas e innecesarias», que tenía por objeto evitar que la administración pública le exigiera a todo el mundo la presentación de documentos originales, copias legalizadas notarialmente, fotos, certificado de antecedentes policiales y otros documentos innecesarios o que podrían ser sustituidos por sucedáneos documentales. El tercer principio aprobado por esa ley fue el denominado «desconcentración de procesos decisorios», mediante el cual se disponía que fueran los órganos de línea los que decidieran directamente los asuntos de su competencia, a fin de que no se concentrara todo, cual cuello de botella, en los jefes de las entidades. En síntesis, estos tres grandes principios fueron establecidos por la Ley de Simplificación Administrativo con el carácter de principios rectores de la actuación procedimental de la administración pública, pero contenidos en un cuerpo legal ajeno al que precisamente desarrollaba la regulación del procedimiento administrativo general. Hoy en día lo esencial del contenido de la Ley de Simplificación Administrativa ha sido incorporado a la ley 27444 tras una lógica modernización.

La segunda norma legal que existía en paralelo, y formaba parte del trípode de normas que regulaban el procedimiento administrativo general en el Perú, era la denominada Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada mediante el decreto legislativo 757. Dicha ley contenía un capítulo cuyo título proclamaba su objetivo de suprimir las trabas de carácter administrativo que impidieran el acceso de los agentes económicos al mercado, con la finalidad de facilitar el desarrollo de la libre empresa y de la iniciativa privada. Se trató de una norma aprobada en un contexto de cambio del rol del Estado en la economía y de promoción de la inversión privada, por ello se buscó generar condiciones para que las actividades económicas no fueran lastradas por requisitos meramente burocráticos, exigencias formales que impidieran o restringieran el acceso al mercado y perjudicaran la actividad económica.

ATR: *¿Qué novedad contenía el decreto legislativo 757?*

JD: Estableció que todas las entidades estatales que desarrollaban funciones administrativas debían tener TUPA, es decir un Texto Único de Procedimientos Administrativos. *¿Con qué finalidad?* Pues para facilitar el acceso de los particulares —agentes económicos— ante la administración. Por dicha razón, toda entidad estatal que ejerciera funciones administrativas debía clasificar los procedimientos administrativos que estaba obligada a iniciar a pedido de los particulares, a fin de ejercer las

competencias asignadas legalmente en dos tipos principales de procedimientos administrativos. Por un lado, en procedimientos de aprobación automática, en virtud de los cuales el peticionario obtenía lo que solicitaba con la mera presentación de su solicitud acompañada de los documentos o requisitos consignados en el respectivo TUPA, lo cual en verdad es una mera comunicación, porque no se produce ninguna aprobación ni ningún acto de decisión por parte de la administración pública. Y, en segundo lugar, las entidades podían clasificar los procedimientos administrativos a su cargo como procedimientos de evaluación previa, lo que implicaba que, cuando los particulares acudían a la administración para plantear alguna solicitud, tenían que esperar un plazo prudencial que la ley estableció en treinta días para que la entidad que tramitaba su solicitud se pronunciara. Si la administración no se pronunciara vencido el plazo, debía aplicarse el silencio administrativo positivo o, en otros supuestos, podía aplicarse el silencio administrativo negativo, de modo que el particular, si quería, esperaba el pronunciamiento de la administración o continuaba impugnando en el procedimiento administrativo. La obligación de que toda entidad administrativa debía aprobar su TUPA así como la clasificación de los procedimientos administrativos fueron las principales novedades del decreto legislativo 757, cuyo contenido esencial ha sido incorporado y modernizado en la ley 27444.

ATR: Recapitulando, ¿cuál era el contexto a finales del siglo XX, cuando se elabora el proyecto de ley que posteriormente fuera aprobado por el congreso como la Ley del Procedimiento Administrativo General?

JD: Se tenía una norma de procedimiento administrativo general, es decir el Texto Único Ordenado de la ley de normas generales del procedimiento administrativo, que no era sino el antiguo reglamento con unas cuantas reformas, pero acompañado de otras dos normas legales que, en paralelo, también disciplinaban el procedimiento administrativo, lo cual obviamente tenía un grave problema de predictibilidad y de seguridad jurídica para los funcionarios y servidores públicos que, como usted sabe, no tienen por qué ser necesariamente abogados. Precisamente, en este aspecto hay una diferencia importante entre los procesos judiciales que están siempre dirigidos por profesionales del Derecho como es el caso de los jueces y de los fiscales y aquellos que son operados, ejecutados o desarrollados no necesariamente por abogados, sino por quienes ejercen funciones públicas, cualquiera sea su profesión. La experiencia demostraba que era complicado para los funcionarios y servidores públicos manejar tres cuerpos legales; es decir, tres leyes y dos reglamentos a los que debían sumar probablemente normas especiales de procedimiento administrativo. La situación descrita generaba que muchos de los funcionarios y servidores de la administración pública encargados de tramitar procedimientos administrativos percibían que no encontraban

17

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JORGE DANÓS

en el marco legal entonces vigente todas las respuestas que necesitaban, porque no entendían —como los abogados sí entendemos— que una ley jamás puede comprender todos los supuestos que la compleja y rica realidad determina, más aún en un tema como el administrativo y en un país como el nuestro, donde —además— el ordenamiento jurídico le reclama al Estado cumplir distintas funciones no para ahogar la iniciativa privada, sino para tutelar los intereses de la sociedad. Estamos hablando de temas muy diversos, de temas muy amplios, en los cuales es imposible que el legislador pueda acotar o regular todo, y por eso los principios que la ley 27444 recoge son importantes, pues, en primer lugar, colaboran en la correcta interpretación de las normas de procedimiento, y, en segundo lugar, permiten llenar vacíos, lagunas y todo aquello que el legislador no ha podido prever.

En el contexto descrito, la realidad administrativa, la práctica, la organización administrativa y los nuevos roles que tenía asignado eran factores que habían cambiado, lo que hacía indispensable contar con un nuevo régimen legal que regulase el procedimiento administrativo general y que, además, cumpliera un rol modernizador que permitiera mejorar los términos de la relación entre la administración pública con el ciudadano y del ciudadano con la administración pública. Conviene tener en cuenta que una ley de procedimiento administrativo general es una norma que regula los términos de la relación entre administración y ciudadanos; es decir, que no está regulando la organización de la administración y que no va a regular el funcionamiento interno de la administración. En cambio, sí va a regular lo externo de la administración, aquella actividad de la administración que tiene repercusión sobre los ciudadanos y sobre los agentes económicos, por tanto, una norma de esta naturaleza tenía que ser una ley reformadora, una ley que, si bien recogiera lo mejor de lo anterior, también apuntara al cambio, a mejorar decididamente el funcionamiento de la administración pública. Creo que hay una constante en nuestra sociedad que le demanda al Estado mejorar, ponerse a tono con los tiempos, facilitar la competitividad, mejorar en su actuación y ser mucho más efectivo, porque los recursos económicos siempre son escasos para todas las necesidades que se requiere satisfacer. Todos dependemos y necesitamos del Estado y particularmente de su brazo ejecutor, que es la administración pública.

Un tercer factor importante con el contexto en que se elaboró el proyecto de ley que dio lugar a la vigente ley es que, en nuestro país, se habían dictado durante la década de los noventa una serie de normas de procedimientos especiales mucho más modernas, como, por ejemplo, el Código Tributario, las normas de procedimiento nuevas en materia de contrataciones, las disposiciones que desarrollaban las funciones de INDECOPI en materias de libre competencia y de protección al consumidor, o las normas de procedimiento administrativo dictadas por organismos

reguladores que, de alguna forma, comenzaron a experimentar en temas de procedimiento administrativo.

Entonces, cuando se elabora el proyecto de ley, a finales de los años noventa, no solamente se toma en cuenta los antecedentes de la regulación del procedimiento general, sino que también se toma otros referentes nacionales y modernos en materia de procedimiento administrativo. Además, obviamente, del Derecho comparado, porque se tuvo como referente la legislación de países cercanos al nuestro como Argentina —cuya norma data de 1971—, Colombia y, en el caso europeo, la nueva ley española de procedimiento administrativo general aprobada mediante la ley 30/92 y reformada mediante la ley 4/1999, así como normas de procedimiento administrativo otros países.

En general, en la elaboración del proyecto de ley se tomaron como referentes todas las normas existentes de procedimiento administrativo que pudimos ubicar, pero conviene enfatizar que partimos de una base nacional, pues tomamos como insumo fundamental las normas de procedimiento administrativo nacionales que contenían instituciones que —de alguna manera— habían experimentado o se habían fogueado en lo relacionado al procedimiento administrativo. Teníamos claro que esta nueva ley debía insertarse en un proceso de modernización, de reforma, de mejora continua de la administración, de simplificación administrativa para que pudiera cumplir el objetivo de mejora de la administración. Para esto había que ser conscientes, asimismo, de que en la década del noventa los procesos de reforma habían sido muy desiguales; es decir, había entidades nuevas y modernas, como los reguladores, INDECOPI o SUNAT, mientras que a otras entidades administrativas, como las municipalidades, las habían dejado de lado.

Por dicha razón, uno de los propósitos de la comisión que elaboró el proyecto de ley era definir cómo hacer una norma que pudiera ser utilizada por todas las entidades administrativas del país sin dejar de tener en cuenta que, a la vez, debería servir de referente para la aplicación de las normas de procedimiento especiales, porque es indudable —la experiencia lo demuestra— que los que se familiarizan con la aplicación de este marco legal echan de menos que las normas especiales no tengan las garantías de la Ley de Procedimiento Administrativo General cuando van a aplicar marcos especiales de procedimiento administrativo. Esta, entonces, se ha convertido en los últimos años en un referente obligado, en un mínimo común denominador de los aspectos garantísticos del procedimiento administrativo que los ciudadanos tienen frente a la administración. Esto ocurre permanentemente.

ATR: Ha mencionado que la norma de alguna manera es una respuesta al funcionamiento en las reglas del mercado o, podríamos decir, de la orientación política de nuestro país. ¿Este cambio podría requerir de algún ajuste si es que

19

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JORGE DANÓS

el actual gobierno, por ejemplo, se inclina hacia una situación más de fortalecimiento de las entidades del estado? ¿Cuál es el nivel de flexibilidad de la norma y cuáles son los principios que pueden ser atemporales —por así decirlo— o independientes dada la coyuntura marco que puede vivir el país?

JD: Para contestarle hay que tomar en cuenta dos aspectos. En primer lugar, que el Derecho administrativo es por esencia cambiante, porque siempre tiene que adecuarse a los contextos del país. Por eso es que el reglamento de procedimientos administrativos general de 1967 requería modificarse al iniciar el siglo XXI, porque por más que el régimen del procedimiento administrativo general en el Perú había sido objeto de reformas mediante las leyes de simplificación administrativa —y del crecimiento de la inversión privada que hemos reseñado—, requería urgentemente ponerse a tono con las nuevas funciones asignadas a la administración y las demandas ciudadanas. El segundo aspecto es que una ley de procedimiento administrativo general regula a una administración dinámica; es decir, a la administración en funcionamiento. No es una ley que regule la estructura de la organización administrativa ni tampoco que regula actividades específicas, como es el caso de la normativa sectorial de telecomunicaciones, pesca, minería o eléctrica o las normas sobre programas sociales, etcétera.

Lo que hace una norma de procedimiento administrativo es regular a la administración en funcionamiento, definir cómo debe actuar la administración cuando es competente. El cometido de una entidad administrativa lo va a establecer una ley especial y, al haber un interés público, va a normar sus competencias. Dichas materias no son propias del procedimiento administrativo, el cual es un cauce, una carretera o una vía, sino que establecen cómo debe actuar la administración para poder ejercer las competencias que le han sido asignadas por otras normas. Por eso la lógica de este cauce cumple dos objetivos, los cuales a veces pueden parecer contradictorios pero que deben ser armonizados. En otras palabras, definir cómo hacer para que ese cauce cumpla con dichos dos objetivos. Debe permitir a la administración actuar eficazmente, cumpliendo con tutelar los intereses públicos que le han sido encomendados. Para esto, una norma legal define qué entidad administrativa va a ejercer las competencias, a efecto de resguardar, garantizar y promover estas materias. Entonces, lo que la ley hace es reconocerle a la administración las prerrogativas, potestades, facultades y competencias para poder actuar, a la vez que debe equilibrarlo y armonizarlo con los derechos de los ciudadanos, porque de lo contrario estaríamos hablando de una administración arbitraria, que perjudica los derechos. Esa es la razón por la cual la Ley de Procedimiento Administrativo General ha tenido en cuenta el sustento constitucional de las relaciones administración-ciudadanos. Este es el núcleo fundamental, y esto ha sido puesto en evidencia por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual ha

potenciado el fundamento constitucional de principios como el debido procedimiento, el derecho a la defensa y una serie de garantías para el ciudadano frente a la administración, bajo las cuales esta tiene deberes, competencias y obligaciones, y por eso se le dota de potestades, prerrogativas y una serie de poderes exorbitantes que los privados no tenemos. En tal sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo es esta suerte de cauce mediante la cual la administración actúa. Su objetivo es regular a la administración dinámica no de manera estática, sino en su relación de acción con los ciudadanos. Todo esto en búsqueda del equilibrio permanente entre las prerrogativas otorgadas a la administración para cumplir eficazmente sus funciones y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

ATR: *¿Qué le falta a la Ley de Procedimiento Administrativo, digamos, a futuro?*

JD: Me parece necesario incorporar la regulación de las denominadas medidas correctivas. Ahora bien, ¿qué son las medidas correctivas? Consisten en una potestad que tienen algunas entidades asignadas por ley específica, como es el caso de los organismos reguladores, INDECOPI y otras entidades que, cada vez en mayor número, se dan cuenta de la enorme potencialidad de las medidas correctivas para disponer de inmediato, ante una inconducta de los privados, a que se corrija dicha situación, de modo que para poder atender y proteger los intereses públicos más importante que sancionar es disponer que los infractores corrijan sus conductas. Por estas razones es necesario incorporarlas a la Ley de Procedimiento Administrativo General, pues hoy en día las medidas correctivas se encuentran reguladas en forma dispersa y asistemática por normas especiales de procedimiento administrativo, y la experiencia acumulada sobre la materia demuestra que se trata de una prerrogativa muy útil para que la administración cumpla su cometido de tutela de los interés públicos, pero que requiere de un marco regulatorio general que establezca las pautas básicas para su utilización, en orden a la necesidad de procurar el equilibrio con los derechos de los particulares.

Otro tema que hace falta para mejorar el aspecto de la regulación es el de la responsabilidad de la administración y sus funcionarios, porque si bien la Ley de Procedimiento Administrativo General innovó colocando un capítulo final sobre responsabilidad patrimonial, esta consiste en la parte más esotérica que puede existir en la citada ley, pues casi no tiene aplicación en la práctica.

ATR: *¿Este tipo de normas no hacen que se aleje a las personas que quieran entrar a trabajar a la administración pública? Porque lo que hacen es trasladarles responsabilidades...*

21

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JORGE DANÓS

JD: Me parece indispensable tener presente que en casi todos los ordenamientos administrativos cercanos al nuestro, como es el caso de Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Venezuela y en toda Europa, existen tres grandes garantías de los ciudadanos frente a la administración pública. Una de ellas la constituye la existencia de un régimen legal que establece las reglas de tramitación de los procedimientos administrativos para poder controlar a la administración. Otra constituye que en el respectivo ordenamiento jurídico se prevea la existencia de procesos judiciales eficaces —caso del proceso contencioso administrativo— para poder controlar judicialmente a la administración, de modo que el particular afectado por una actuación irregular de la administración está constitucionalmente facultado para acudir ante otro poder del Estado —como es el caso del Poder Judicial— para demandar la tutela de sus derechos afectados por la administración. Y, finalmente, la tercera garantía es la responsabilidad patrimonial de la administración pública para que el particular afectado pueda actuar contra la administración y solicite que se le indemnice por el daño injusto o que no ha debido recibir. En nuestro país, la primera de las garantías mencionadas se encuentra en la ley 27444, la segunda en la regulación legal del proceso contencioso administrativo, y la tercera, a pesar de que está nominalmente desarrollada en la Ley de Procedimiento Administrativo, en la realidad no opera, porque quienes podrían demandar la responsabilidad patrimonial de la administración no lo hacen por desconfianza en obtener resultados positivos.

ATR: *¿Cómo que no existe?*

JD: Los jueces no la conocen y los particulares no la entienden, lo que hace que, en la práctica, no exista.

ATR: *¿No se está aplicando?*

JD: No. Solo se imputa, hasta la fecha, responsabilidad patrimonial por el actuar irregular de la administración cuando la condena proviene a través de un tribunal internacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha condenado varias veces al Estado peruano a pagar indemnizaciones por violaciones de los derechos humanos. Asimismo, a través de las responsabilidades que determinan los tribunales arbitrales en los casos de controversias sobre la responsabilidad contractual entre el Estado y sus contratistas.

ATR: *¿Y esta por qué no opera?*

JD: Por desconocimiento absoluto del régimen de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a pesar de que se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Pero era la pregunta reside en estimar si un cambio de orientación del gobier-

no —como el ocurrido recientemente— puede impactar en el régimen del procedimiento administrativo. Mi impresión personal es que los cambios van a incidir, en primer lugar, en el orden organizativo, por el tema de competencias. Solo cuando las reformas organizativas no sean suficientes para asegurar que las entidades administrativas cumplan los objetivos públicos asignados, se realizarán cambios para mejorar los procedimientos administrativos en dichos sectores. Considero que en el momento actual no se vislumbra una necesidad imperiosa de modificaciones importantes a la Ley de Procedimiento Administrativo General o que pueda tener como origen la nueva orientación política del gobierno, lo cual no niega —insisto— que los ordenamientos jurídicos más propensos para efectos de tener que adaptarse a las variaciones de los contextos son, sin lugar a dudas, las normas administrativas.

ATR: Si podemos hacer una evaluación de lo que han sido, además de lo que usted ha mencionado, los avances de juntar, aglutinar y recoger el conjunto de normas, ¿cuáles tres o cuatro cosas considera usted las cerezas del asunto?

JD: Haciendo el esfuerzo de sintetizar en tres ítems las reformas más importante que introdujo la Ley de Procedimiento Administrativo General, luego de basarse en la experiencia de su aplicación durante los diez años de su vigencia, yo le diría, en primer lugar, que ha sido muy importante la consagración de una relación de principios específicos del procedimiento administrativo, la cual —énfatiso— no son principios de organización, sino del procedimiento administrativo en sí. Se trata de principios que ayudan a los operadores —es decir, a toda la administración y a los privados que concurren ante ella— a, en primer lugar, orientar la interpretación de las normas administrativas y, en segundo lugar, a llenar los vacíos inevitables en una norma que regula a un conjunto tan complejo como la administración pública. Finalmente, en la práctica se erigen como parámetro, incluso para la interpretación de normas especiales, porque se constituye una suerte de mínimo común constitucional en buena parte de los aspectos del procedimiento administrativo.

Un segundo aspecto que debe resaltarse de la ley es el establecimiento de las bases legales para que la simplificación administrativa constituya un objetivo permanente de la administración pública, con el objeto de facilitar los términos de las relaciones entre administración y particulares (ciudadanos y empresas).

Considero que un tercer tema, de un enorme impacto, ha sido la regulación con carácter general de la potestad sancionadora de la administración. Esta potestad que se había incrementado enormemente a raíz del cambio del rol del Estado en la economía desde la década del noventa necesitaba el establecimiento de un marco general que consagrara un mínimo común denominador para su ejercicio —con fundamento en los preceptos constitucionales—, lo que ha sido puesto en evidencia por

23

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JORGE DANÓS

numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tan es así que, mediante el decreto legislativo 1029, se ha modificado el artículo 229 de la Ley de Procedimiento Administrativo General para establecer que, a diferencia de la regla general de que se aplique preferentemente la norma especial en lugar de la norma general —lo cual solo se aplica de manera supletoria en lo no previsto por la ley especial—, en materia sancionadora administrativa se aplique preferentemente los principios garantistas de la ley general en lugar de los principios o las reglas de las leyes especiales de la potestad sancionadora. Esto debido a que los principios de la ley general son garantistas y tienen un fundamento constitucional, como ha puesto en evidencia la numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Recapitulando, me ratifico en considerar que lo más importante lo constituyen, en primer lugar, los principios del procedimiento administrativo que constituyen una guía para los operadores de la ley, que sirven para llenar lagunas legales y que les permiten entender cómo poder interpretar las normas que regulan el procedimiento administrativo. Creo que, en segundo lugar de importancia, ubicaría las normas que regulan la simplificación administrativa contenidas en la ley, las cuales comprenden las normas sobre los TUPA, la clasificación de los procedimientos administrativos, las modalidades de los procedimientos de aprobación automática y de procedimiento evaluación previa con silencio administrativo —positivo o negativo— y otros temas. Finalmente, creo que, en tercer lugar, valoraría la regulación de la potestad sancionadora, la cual materialmente tiene la calidad de una suerte de parte general del código penal, pero que, a diferencia del penal, existen más de 1 800 entidades administrativas —es el caso de las municipalidades— con potestad para tipificar las infracciones y establecer las correspondientes sanciones. Esta era una realidad que hacía más que apremiante que se estableciesen, con carácter general, los principios comunes que disciplinan la potestad sancionadora, más aún con base constitucional.

ATR: *¿Podríamos decir que esta ley ha colaborado en acercar al ciudadano a la toma de decisiones de la administración pública?*

JD: Sí, porque ha potenciado la posición de los privados en sus relaciones con la administración al reconocerles una serie de derechos y garantías que los protegen de los posibles excesos o arbitrariedades en que puede incurrir la administración pública. Conviene recordar que la Ley de Procedimiento Administrativo General también contiene un capítulo dedicado a regular los mecanismos de participación de los administrados durante la tramitación de los procedimientos administrativos mediante audiencias públicas y procesos de información pública. Sin embargo, honestamente, la realidad demuestra que es en las disposiciones sectoriales o especiales donde se han desarrollado mecanismos más

intensos de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones administrativas, como es el caso de las normas en materia de aprobación de estudios de impacto ambiental, las de aprobación de tarifas de servicios públicos y otros casos.

A propósito de vuestra pregunta, me parece conveniente llamar la atención sobre cómo la Ley de Procedimiento Administrativo General ha empoderado al ciudadano para que pueda reclamar ante la propia administración el respeto a las normas de procedimiento administrativo. No ha sido infrecuente para mí y para otros profesores de la disciplina que cuando vamos a dar conferencias nos encontremos con algún asistente que diga «oiga, entre lo que establece la ley y la realidad de cómo opera la administración pública existen sensibles diferencias que ponen en cuestión el cumplimiento de la ley», y no me cabe duda que dicha afirmación debe ser cierta, porque una ley no necesariamente modifica o corrige automáticamente el comportamiento de la administración. Por esa razón, la Ley de Procedimiento Administrativo General empodera al ciudadano para que cuestione las conductas irregulares de la administración, para así poder exigir el cumplimiento de la norma. En mi opinión, lo grave sería que se dicte una norma que establezca reglas para mejorar el funcionamiento de la administración pública pero que no establezca qué tiene que hacer el particular perjudicado para hacerlas cumplir.

Finalmente, sobre el tema de participación de los privados en el procedimiento administrativo, uno de los aspectos más importantes de la regulación de la potestad sancionadora de la ley es que establece una regla básica del procedimiento sancionador administrativo que hoy día, ya vencida la primera década del siglo XXI, parece algo aceptado universalmente, sobre el que existe un consenso casi unánime. Sin embargo, esto no era así antes del año 2001, cuando entra en vigencia la nueva Ley de Procedimiento Administrativo General, y es que la administración no puede sancionar ni ejercer su potestad sancionadora si es que primero no escucha al imputado. Esta regla se funda en el más elemental derecho a la defensa —que es parte del debido proceso— y consiste un procedimiento universalmente aceptado. Sin embargo, esta regla elemental no se cumplía en el Perú, pues las entidades administrativas pensaban que el derecho a la defensa se ejercía recién después que la administración pública aplicaba la correspondiente sanción. Algo así como que primero le pego y que luego se defienda. Por esa razón, la Ley de Procedimiento Administrativo General estableció como regla básica del procedimiento administrativo sancionador que la entidad administrativa no podría aplicar sanción alguna si previamente no permitía el ejercicio de su más derecho elemental de defensa al imputado. Desde entonces, si bien considero que en nuestro medio la sensibilidad jurídica ha evolucionado notablemente y ha obligado a la administración a que escuche al administrado antes de adoptar una decisión que puede

25

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JORGE DANÓS

afectar sus derechos o intereses, lamentablemente todavía existen algunas entidades administrativas —sobre todo municipalidades— cuyas normas aprobadas mediante ordenanza consagran la existencia de sanciones de plano que se aplican sin escuchar al imputado. Eso me parece contrario a toda regla de derecho, porque lo que ha querido la Ley de Procedimiento Administrativo General es que el derecho al descargo sirva también como un mecanismo de participación, como una manera de hacer ver a la administración que el ciudadano no es el enemigo. Porque el ciudadano es el destinatario de la actividad administrativa, un colaborador que ayuda al funcionario a tener criterios adicionales que constituyen insumos para la decisión que debe adoptar. Es también un mecanismo para democratizar la administración, para que actúe mejor, para que tome conciencia de los distintos intereses que hay en juego, de tal manera que pueda resolver de la mejor manera posible para los intereses de la colectividad —el objetivo central de la administración pública—.

ATR: *Transcurridos estos diez años de vigencia de la norma, ¿qué cambios había que hacer en la ley?*

JD: Entiendo que, por ejemplo, en algunos principios del procedimiento administrativo podría introducirse reformas para mejorar su enunciado, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y para facilitar el trabajo de los operadores. Asimismo, estimo que tal vez habría que modificar algunos temas vinculados a notificaciones.

ATR: *Podrían ser notificaciones electrónicas...*

JD: Yo creo que sí en algunos temas, pero teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico ya existen normas especiales sobre la materia. De nuevo en este tema me parece importante resaltar que la notificación electrónica esencialmente debe ser considerada como una facilidad para el privado que solicita ser notificado mediante dicho medio, porque la lógica es garantizar que llegue a su conocimiento la decisión administrativa. Un tema diferente es evaluar si nuestra administración está en capacidad para poder notificar por vía electrónica. Hasta donde tengo entendido, solo algunas entidades administrativas han venido utilizando la notificación electrónica. Es el caso de Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en algunos temas de contrataciones estatales, o de Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) en temas relacionados a cuando el privado acude a la administración. En esos casos, las normas aplicables le previenen al particular que, cuando en determinadas situaciones acuda ante la administración tributaria, la respuesta que esta le dará se cursará por vía electrónica. Pero si mañana la administración tributaria quiere multar o liquidar una deuda de alguien actuando de oficio, tiene que notificarle sus actos administrativos por las vías previstas legalmente;

es decir, mediante notificación al domicilio fiscal que señaló el propio interesado, lo cual constituye una garantía para el particular.

Aprovecho para comentar que, en mi opinión, deberían reincorporarse a la Ley de Procedimiento Administrativo General las normas que inútilmente se aprobaron fuera del cuerpo de ella para regular el silencio administrativo de una manera antitécnica, razón por la cual —para evitar la dispersión— deberían regresarse a la regulación los supuestos en los que los procedimientos administrativos de evaluación previa se aplica el silencio administrativo positivo o negativo.

ATR: O sea, ahí se podría hacer un summum...

JD: Así es, incorporarlas no es complicado.

ATR: Y quizás incorporar algunos de los principios que estaría recomendando el Tribunal Constitucional...

JD: Sí, pero me parece que en lugar de incorporar principios adicionales es preferible el potenciamiento de los alcances de algunos de los principios que ya se encuentran en la ley. Recuerde usted que el proyecto de ley se elabora hacia el año 1999 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —digamos la jurisprudencia correcta y enriquecedora del Tribunal Constitucional— se restablece recién con el cambio de conformación del Tribunal durante el gobierno de transición. Es decir, a partir del año 2001. Por lo tanto, la ley recoge un conjunto de principios de los cuales la mayor parte tiene fundamento constitucional, pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que potencia sus fundamentos constitucionales se dicta posteriormente. Entonces, para que los funcionarios no tengan que buscar en cada caso, es necesario que la jurisprudencia actualice los principios y recoja los desarrollos de la jurisprudencia constitucional generada en los últimos años.

Considero que también es posible actualizar las normas sobre participación ciudadana en los procedimientos administrativos, al tener en cuenta que las normas especiales han desarrollado mucho más estos temas. Asimismo, se debe modernizar las normas sobre procedimientos administrativos trilaterales, que fue una innovación en la ley, ya que estableció un marco legal para aquellas modalidades de procedimientos que ya existían por normas especiales y en los cuales la administración resolvía controversias entre dos privados en ejercicio de funciones meramente administrativas y no jurisdiccionales —las cuales estaría constitucionalmente impedida de ejercer en nuestro país—.

Creo que también hay normas especiales que en algunos temas han evolucionado más que la Ley de Procedimiento Administrativo General y, por tanto, corresponde que esta ley recoja lo aprendido y lo establezca como marco general. Tal es el caso, como comenté hace un momento,

27

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JORGE DANÓS

del tema de las medidas correctivas que permitan tutelar con mayor efectividad los intereses de los privados afectados por alguna actuación irregular de otros privados. Por otra parte, lo sancionador administrativo también puede enriquecerse con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero sin lugar a dudas el régimen de la responsabilidad patrimonial de la administración amerita una revisión profunda, a efectos de que pueda operar y de que la administración responda por los daños injustos que inflige a los privados, ya que la responsabilidad patrimonial es un mecanismo que sirve para estimular la buena actuación de los funcionarios.

ATR: ¿Consideraría conveniente que se forme ahora una comisión de expertos para recoger opiniones de la nueva administración?

JD: El Ministerio de Justicia tiene en sus manos la posibilidad de recoger propuestas para reformar la ley, pero yo prefiero esperar un tiempo para tener en claro si el gobierno va a promover otras reformas administrativas que necesiten tener un correlato o un reflejo en la Ley de Procedimiento Administrativo General. La última reforma a la ley se realizó mediante el decreto legislativo 1029 del año 2008, que formaba parte del paquete de normas dictadas para adecuar el ordenamiento jurídico a la entrada en vigencia del TLC. Dicho decreto legislativo se inspiró en gran parte en unas propuestas elaboradas por una comisión designada por el Ministerio de Justicia a comienzos de 2006, la cual elaboró algunas propuestas de reforma de la ley.

Considero que la ventaja de la ley, en términos generales, es que ha servido para modernizar a la administración y para establecerle al funcionario reglas mucho más precisas, sin llegar al extremo de la ultra regulación que genera burocratismo. El marco legal del procedimiento administrativo debe permitir que el ciudadano pueda exigir a la administración que cumpla eficientemente las tareas asignadas en beneficio de la colectividad y sin afectar sus derechos fundamentales.