

*Consulta y participación ciudadana en el proceso de adopción de reglamentos administrativos en Puerto Rico**

William Vázquez Irizarry
*Profesor de Derecho Administrativo,
Universidad de Puerto Rico*

Resumen: *Consulta y participación ciudadana en el proceso de adopción de reglamentos administrativos en Puerto Rico.*

En Puerto Rico la adopción de reglamentos administrativos provee una oportunidad para que la ciudadanía participe en dichos procesos a través de la presentación de comentarios escritos en torno a propuestas de reglamentación. El trabajo explica los requisitos procesales para la adopción de reglamentos y dedica particular atención a cómo opera el mecanismo de comentarios escritos. Se analiza un fallo emitido por el Tribunal Supremo de Puerto Rico donde se interpreta la Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme del país en el sentido de requerir que la administración pública tenga que explicar qué hizo con aquellos comentarios de los ciudadanos que no adoptó. El escrito discute entonces las implicaciones positivas de esta decisión judicial sobre el proceso de reglamentación y los escollos que puede encontrar su desarrollo.

Palabras Clave: *Reglamentos, potestad reglamentaria, participación ciudadana, consulta ciudadana.*

Abstract: *Consultation and citizen participation in the rulemaking process of Puerto Rico.*

In Puerto Rico the rulemaking process provides an opportunity for citizens to participate through the submission of written comments. This paper explains the procedural requirements to create rules and regulations and pays particular attention on how the mechanism of comments actually works. Particular emphasis is given to a case decided by the Supreme Court of Puerto Rico interpreting the Uniform Administrative Procedure Act of the country as requiring agencies to explain their reasons for not adopting important comments submitted by citizens through the process. The paper then discusses the positive implications of this ruling on the rulemaking process and the pitfalls that its future development may encounter.

Key words: *Rules and regulations, rulemaking power, citizen participation, citizen consultation.*

* Este trabajo fue presentado en el Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo de El Salvador, celebrado del 28 al 30 de septiembre de 2011. Agradezco la colaboración de mi asistente de investigación María de Lourdes Martínez Cordero en la revisión del escrito. Comentarios pueden ser enviados a wvazquez@law.upr.edu

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS
- III. CONSULTA CIUDADANA Y OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO A LA MISMA
- IV. IMPLICACIONES DE OBLIGAR A LA ADMINISTRACIÓN A REACCIONAR: CONSIDERACIONES EN TORNO AL “REGLAMENTO MOTIVADO”
- V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCION

Este escrito aborda el tema de espacios de consulta ciudadana al momento de aprobar reglamentos administrativos desde la experiencia de Puerto Rico. Esto de por sí supone algunas aclaraciones importantes para los lectores de Iberoamérica. Si bien en temas de derecho privado Puerto Rico tiene un entronque jurídico civilista, en temas de derecho público, por razón de nuestra relación histórica y política con Estados Unidos, es el modelo de éstos el que impera.

El resultado es un derecho administrativo que gira alrededor de los grandes temas desarrollados en el derecho norteamericano durante el pasado siglo: la figura de la agencia administrativa reguladora,¹ las garantías constitucionales del debido proceso de ley y la existencia de un estatuto que impone uniformidad en los principales procesos administrativos: la adjudicación y la reglamentación. Aunque las preocupaciones y soluciones en muchos temas guardan similitud con lo que es la tradición continental, son variadas las explicaciones y enfoques donde hay marcada diferencia.

No obstante, nos parece que los problemas de entendimiento serán muy reducidos por cuanto el tipo de proceso administrativo objeto de examen, la potestad reglamentaria, suele responder a desarrollos histórico-políticos simultáneos durante el pasado siglo. Si bien terminó con grandes controversias respecto al rol del Estado en variadas actividades económicas y una profunda huella ocasionada por el movimiento privatizador y de contratación de servicios públicos, no cabe duda de que el Siglo XX vio la consolidación del Estado Administrativo en prácticamente todo el mundo occidental. Dentro de las variadas manifestaciones de este desarrollo, la delegación de la facultad reglamentaria al poder ejecutivo fue un elemento definitorio.

De ahí que sea principio general en prácticamente cualquier sistema legal la noción del reglamento como norma escrita con rango inferior a la ley y que es dictada por un órgano administrativo estatal. Las preocupaciones respecto al cumplimiento con procedimientos de elaboración específicos y el control de reglamentos ilegales son igualmente temas comunes. Esto no quita que al profundizar un poco más, afloren diferencias, algunas de ellas de carácter estructural. A modo de ejemplo, no hay en Estados Unidos ni en Puerto Rico, tribunales especiales y distintos a los jueces ordinarios. No se opera con nada parecido a una jurisdicción contenciosa-administrativa.

Como marco de referencia al tema principal de este escrito basta apuntar dos componentes de nuestro sistema de derecho administrativo que guardan relación con desarrollos simila-

¹ A través del escrito intercambio el uso de “administración pública” y “agencia administrativa” para referirme al organismo público que sirve como unidad de acción del procedimiento administrativo.

res en otros países. Me refiero, primero, a la existencia de una ley de procedimiento administrativo uniforme o común y, segundo, a mecanismos que habilitan la oportunidad de consultar a los ciudadanos al momento de elaborar reglamentos administrativos.

En Puerto Rico, las principales funciones administrativas se rigen por la Ley de Procedimientos Administrativos Uniformes² (LPAU) aprobada en el 1988 y que tuvo precisamente el propósito de uniformar los procesos relacionados a agencias administrativas en cinco grandes renglones. Estos son: reglamentación, adjudicación, control judicial de las adjudicaciones, permisos y licencias y facultades de investigación. Salvo contados casos donde se privilegia la excepción, prácticamente todo tipo de organismo público dentro del poder ejecutivo debe seguir los requisitos establecidos en la LPAU al momento de descargar alguna de las funciones descritas.

En el caso de la consulta ciudadana, el proceso de elaboración de reglamentos dispuesto en la LPAU incluye como pieza fundamental la oportunidad de que los ciudadanos presenten, durante un término definido, comentarios escritos en reacción a la propuesta de reglamento redactada por la administración. Más adelante explicaremos en detalle cómo funciona este mecanismo y el desarrollo que ha tenido jurisprudencialmente. Me permito aclarar ahora varios aspectos básicos que lo diferencian de la experiencia de espacios de consulta en otros países.

En primer lugar, la oportunidad de consulta no tiene base constitucional. Su existencia responde a una determinación de política pública a nivel legislativo, de modo que el ordenamiento no está imposibilitado de prescindir por la misma vía del proceso de consulta. De hecho, es importante señalar como elemento fundamental del proceso administrativo en Puerto Rico el énfasis del reglamento como determinación de carácter general. Por esa razón, es principio reiterado que los ciudadanos no tienen un derecho constitucional a ser escuchados de forma individualizada como parte de un proceso de reglamentación. En términos constitucionales y contrario a una adjudicación, a las personas no se les reconoce un interés propietario que active las garantías de un debido proceso de ley.³

De otra parte, el principio de participación en procesos de reglamentación que discutiremos opera en relación a toda la ciudadanía. Con esto nos diferenciamos de aquellos países donde este tipo de consultas son exigidas en procesos puntuales relacionados muchas veces a la prestación de servicios públicos. No existe pues, pretensión alguna de situar a quien participe, en la posición de persona jurídicamente afectada. No hay ni requisito, ni supuesto alguno, parecido a la legitimación activa.

Aunque este esquema puede parecer más abierto y con un alcance más amplio en términos de participación, el asunto requiere una perspectiva crítica. De un lado es de esperar que como cuestión de realidad quien termine participando es quien se sienta afectado. Además, que el proceso esté organizado bajo la noción de que cualquier ciudadano puede participar, podría crear expectativas irreales e infundadas respecto al nivel y tipo de participación que se debe esperar. A través del trabajo, abordaremos algunos de estos asuntos.

² Ley Núm. 170 de 12 de agosto de 1988, 3 LPRA §§ 2101-2201.

³ Véase el fallo en *Eastern Sugar Associates v. Junta Azucarera*, 77 DPR 374 (1958) y Demetrio Fernández Quiñones, *Derecho administrativo y ley de procedimiento administrativo uniforme*, Forum, Colombia (2000); p. 317-320.

La organización del escrito es sencilla. A continuación, la Parte II explica el procedimiento en Puerto Rico para la adopción de reglamentos administrativos con las puntualizaciones de rigor sobre cómo opera el mecanismo para solicitar comentarios escritos. La Parte III aborda el asunto más específico de qué tipo de obligación tiene la administración pública respecto a los comentarios recibidos. En específico, discutiremos la manera en que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha abordado este asunto y la doctrina jurisprudencial mediante la cual creó lo que para todos los efectos es un requisito de motivar los reglamentos. Las implicaciones positivas y negativas de este desarrollo son examinadas en la Parte IV, luego de lo cual esbozamos algunos planteamientos finales a modo de conclusión. Confiamos que los procesos y desarrollos que aquí se explican pueden resultar de interés para lectores de otros países y sirvan como contribución a la discusión de temas comunes como es la relación ciudadano-administración en el contexto de nuevas formas de enfocar la toma de decisiones públicas.

II. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS

1. *La publicación de un aviso*

La LPAU dispone como punto de partida del procedimiento de reglamentación la publicación por parte de la agencia administrativa de un aviso en un periódico de circulación general en Puerto Rico. Sección 2.1 de LPAU, 3 LPRA § 2121. Este aviso debe tener dos versiones, una en español y otra en inglés, que serán publicadas en el periódico y “en la red de internet”. Este requisito debe ser visto en el contexto de la inexistencia en Puerto Rico de un boletín oficial donde se publiquen documentos formales y oficiales por el Estado. El principio de publicidad es atendido de ordinario mediante requerimientos de este tipo para la publicación en periódicos de circulación general. El requisito de la publicación en internet descansa en el hecho de que la agencia en efecto tenga una página cibernética. Como cuestión de hecho, casi todas la poseen. Hacemos la aclaración para distinguir de otros países donde el esquema de notificación vía publicación en internet esté centralizado en una sola página al servicio de todas las agencias administrativas. Este no es el caso en Puerto Rico.

En cuanto al objetivo esencial del aviso, éste pretende notificar a la ciudadanía en general que la agencia se propone “adoptar, enmendar o derogar una regla o reglamento”. El aviso indica que existe un borrador del reglamento y brinda la oportunidad para que todo aquel interesado presente comentarios escritos en un término de treinta (30) días. Es preciso enfatizar que no se trata de un proceso necesario sólo para la adopción de un nuevo reglamento o enmiendas a uno existente. Aun para dejar sin efecto un reglamento vigente, sin que ello requiera la aprobación de uno nuevo, es necesario cumplir con todo el procedimiento descrito.

Además del aviso general, la ley dispone un procedimiento más particularizado cuando el reglamento en cuestión afecte de forma específica a una comunidad de residentes. En tales casos, la agencia debe realizar dos gestiones adicionales. La primera es publicar el mismo aviso pero esta vez en un periódico regional que circule en el área donde ubique la comunidad afectada. La segunda es pautar un anuncio radial en una emisora de difusión local de mayor audiencia o mayor cercanía a la comunidad afectada. La ley llega al detalle de disponer que el referido anuncio radial será pautado en por lo menos dos ocasiones en el horario entre las siete de la mañana y las siete de la noche. Valga señalar que el anuncio en la radio debe indicar la fecha en que se publicó el aviso en el periódico de modo que los radioescuchas tengan una noción precisa del término disponible para presentar comentarios.

2. *El contenido del aviso*

La ley es muy específica al momento de indicar el contenido del aviso. El mismo debe incluir los siguientes cuatro elementos: 1) un resumen o explicación breve de los propósitos de la propuesta acción, 2) una cita de la norma que autoriza la acción, 3) la forma, el sitio, los días y las horas en que se podrán someter comentarios por escrito o por correo electrónico o solicitar por escrito una vista oral sobre la propuesta y 4) el lugar físico y la dirección electrónica donde estará disponible el texto completo de la reglamentación a adoptarse. Veamos cada uno de estos requisitos.

El objetivo de la explicación breve debe ser obvio. Recordemos que se trata de la única oportunidad que el ordenamiento le reconoce a la mayor parte de la ciudadanía de tener conocimiento de la acción propuesta y colocarla en posición de determinar si desean participar del proceso mediante la presentación de comentarios. Para tomar una determinación de este tipo, el ciudadano tiene que conocer si la acción propuesta le interesa. Esto es un asunto elemental de suficiencia de información en el aviso. La explicación podrá ser breve, pero debe ser lo suficientemente informativa como para posibilitar que una persona prudente y razonable comprenda la naturaleza de la reglamentación propuesta. Claro está, dependiendo del grado de especificidad del aviso puede ser completamente normal que la decisión final de participar dependa en última instancia de un examen del reglamento íntegro propuesto. En tales circunstancias, el aviso sirve como punto de partida para gestiones adicionales por parte de los ciudadanos.

La cita de la disposición legal conforme a la cual la agencia está actuando es una referencia sencilla al principio de *ultra vires*. El mismo dispone que un organismo administrativo sólo puede actuar descansando en una autorización dispuesta por ley.

El tercer requisito tiene que ver con la manera en que se pueden presentar comentarios escritos al reglamento propuesto en términos de tiempo y espacio: dónde enviarlos y de qué manera. Esto incluye no sólo el envío o presentación de un documento impreso, sino también la posibilidad de remitir los comentarios por correo electrónico. En este último caso, la ley exige que la agencia acuse recibo de los comentarios sometidos vía electrónica dentro de dos días laborables de recibidos los mismos.

Es importante resaltar que en ese renglón, además de los comentarios escritos, el aviso debe orientar también sobre la oportunidad para solicitar por escrito una audiencia. Lo cierto es que salvo que una ley especial así lo disponga, no existe tal cosa como un derecho a audiencia o vista oral como parte del proceso de aprobación de reglamentos. Los ciudadanos pueden, sin embargo, presentar una solicitud a tales efectos, la cual estará debidamente fundamentada en cuanto a las razones que hacen meritoria la concesión de dicha audiencia.

El último componente del aviso es la información indicativa de dónde el ciudadano interesado puede encontrar el texto del reglamento propuesto. La ley original en el 1988 requería especificar el lugar físico. Hoy día no es de extrañar que se incluya la alternativa de encontrar el documento en la página de internet de la agencia.

3. *Aprobación final por la agencia administrativa*

Publicado el aviso y asumiendo que la agencia recibe comentarios escritos, la ley es algo vaga en qué se hará con los mismos. Lo más concreto que indica al respecto es el mandato de que la agencia tome “en consideración, además de los comentarios escritos y orales que le hayan sometido, su experiencia, competencia, técnica, conocimiento especializado, discreción y juicio”. Sección 2.4, 3 LPRA § 2124.

En todo caso estamos en el momento preciso en que la agencia realiza su determinación final en cuanto al contenido del reglamento y lo adopta. Sin embargo, su eventual vigencia está todavía supeditada a un trámite donde el reglamento es enviado al Departamento de Estado de Puerto Rico. Allí, el Secretario de Estado, quién está facultado en la ley para adoptar requisitos de forma para todos los reglamentos, pasa juicio en torno al cumplimiento del reglamento correspondiente con los mismos. De haber sido el documento presentado conforme a las normas establecidas, el Secretario de Estado procede a publicar en dos periódicos de circulación general y dentro de los veinticinco días siguientes a su presentación, “una síntesis del contenido de cada reglamento”. Sección 2.8 de LPAU, 3 LPRA § 2128. Esta parte de la LPAU atiende la necesidad de que la norma reglamentaria que está siendo adoptada con fuerza de ley cumpla con criterios básicos de publicidad.

Este último requisito de publicación hay que observarlo en conjunto con lo dispuesto en la ley en torno a la vigencia del reglamento. Como regla general, los reglamentos en Puerto Rico comienzan a regir a los treinta (30) días de ser presentados en el Departamento de Estado. Se contemplan, sin embargo, tres excepciones: 1) que una ley especial disponga un término distinto, 2) que una ley especial permita que la agencia adopte un término distinto en el reglamento y 3) que el reglamento sea uno de “emergencia”. Esto último se refiere a la Sección 2.13 de LPAU, 3 LPRA § 2133, la cual contempla que un reglamento tenga vigencia inmediata cuando el Gobernador así lo certifique debido a una emergencia o a “cualquier otra circunstancia que lo exija”. Esta acción puede ocurrir en cualquier momento, incluso antes del mismo aviso. Es por eso que la ley se encarga de aclarar que aún cuando el reglamento esté vigente producto de una certificación como la descrita, la agencia debe completar posteriormente cualquier procedimiento omitido al momento de la vigencia inmediata.

Aunque antes indiqué que no existe en Puerto Rico el equivalente a un boletín oficial del Estado, es menester señalar que, de todos modos, la LPAU contempla la publicación de todos los reglamentos compilados en una obra bajo el nombre de “Reglamentos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”. Sección 2.15 de LPAU, 3 LPRA § 2135. Esta publicación existió por varios años y dejó de ser actualizada hace mucho tiempo. El problema que esto representa en términos de difusión de las normas reglamentarias se ha visto en gran parte mitigado por el internet. La LPAU fue enmendada en el año 2008 a los efectos de ordenar al Secretario de Estado mantener, de forma permanente, copia de todos los reglamentos en la página cibernética de dicho departamento de gobierno.⁴ La información está disponible en un formato que no sólo hace disponible al público los reglamentos vigentes, sino incluso los derogados, lo cual facilita el examen histórico de estos documentos públicos.

Por último, la LPAU contempla un procedimiento especial para la impugnación de reglamentos supeditado a su vigencia. Conforme a la Sección 2.7 de la LPAU, 3 LPRA § 2127, dentro de los treinta días siguientes a la vigencia del reglamento se puede presentar ante el foro judicial una acción dirigida a impugnar la validez de su faz de un reglamento por el incumplimiento sustancial con las disposiciones de la ley. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha interpretado que esta acción de impugnación está disponible durante esos treinta días para cualquier persona, independientemente de que reclame verse afectado o no por el reglamento aprobado. Esto es, no hay requisito de fundamentar la legitimación activa de quien inste la acción.

⁴ Disponibles en <http://www.estado.gobierno.pr/>.

III. CONSULTA CIUDADANA Y OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO A LA MISMA

1. *Consideraciones generales*

Al momento de discutir el espacio para la consulta ciudadana que brinda la ley en Puerto Rico, es preciso puntualizar varios aspectos. Lo primero fue adelantado ya en la introducción: se trata de un mecanismo mandatorio para todo proceso de reglamentación. Esta aclaración es importante si consideramos que en otros países la consulta ciudadana en el ámbito administrativo se ata a contextos de servicios públicos y nuevos entes reguladores producto de los procesos de privatización durante las pasadas décadas.⁵

En Puerto Rico, ese no es el caso y, sin importar la naturaleza ni el alcance de la reglamentación a ser aprobada, cada agencia administrativa debe cumplir con el proceso descrito en la sección previa. Esto puede enfocarse de varias maneras. De un lado se puede aplaudir como una política pública mucho más amplia de participación ciudadana y que representa un convencimiento de que las aportaciones de los ciudadanos a las determinaciones de política pública pueden y deben celebrarse sin importar la materia que se trate. Del otro lado, sin embargo, hay quien indicaría que hay temas de ínfimo interés para la ciudadanía y que responden a consideraciones sumamente técnicas. En tal caso hay quien reclama que lo necesario son expertos, no ciudadanos.⁶

De otra parte, debemos enfatizar que el mecanismo principal de participación que contempla la ley es el de comentarios escritos. Como indicamos, la LPAU reconoce la posibilidad de una audiencia en dos circunstancias: 1) a solicitud de parte y 2) cuando sea dispuesto en una ley especial. Sección 3.11 de LPAU, 3 LPRA § 2161. Este esquema sin duda alguna tiene sentido en el contexto de un procedimiento de participación que aplica por igual a todas las agencias administrativas. Requerir de forma compulsoria la realización de audiencias públicas para cada reglamento administrativo aprobado por el Estado supondría una inversión de recursos en extremo onerosa y en ocasiones innecesaria.

Dicho eso, debemos reconocer que, por otro lado, en muchos casos la relevancia pública del tema hace insuficiente la mera presentación de comentarios escritos. Después de todo, si comparamos ambos mecanismos, las limitaciones de los comentarios es obvia. Al final, se trata de una comunicación unidireccional donde cada participante transmite información a la administración. Esto de por sí no contempla un intercambio donde la administración pueda aclarar el contenido de los comentarios. La ventaja de una audiencia pública en este renglón es clara pues brinda un espacio para preguntas y aclaraciones. De otra parte, el esquema de comentarios escritos tampoco propicia que la administración se beneficie de las reacciones que un participante pueda tener en torno a los comentarios de otro participante. En temas altamente controvertibles o en escenarios de competidores en un mercado reglamentado, la oportunidad de contar con ese insumo puede tener gran valor para la agencia y el proceso ordinario no provee para ello. Es por ello que el diseño de la LPAU provee un balance adecuado entre ambos instrumentos de participación.

⁵ Gustavo Cresta (2003), "Consulta y Regulación", en el libro colectivo *Regulación y control*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires (2003); p. 29.

⁶ Suzzana Sherry, "Democracy and the Death of Knowledge", *University of Cincinnati Law Review*, vol. 75 (2007); p. 1053-1069.

Regresemos ahora al asunto medular. Como antes explicamos, la ley no impone obligación específica sobre la administración en relación a los comentarios escritos que presenten los ciudadanos. No existe un deber de contestar o reaccionar a los mismos. Si una sugerencia es acogida se sabrá porque aparecerá en el documento que finalmente apruebe la agencia. Si un comentario crítico o una sugerencia es rechazada, se sabrá porque el texto final permanecerá inalterado respecto al originalmente propuesto. ¿Debemos sentirnos conforme con esto?

Cualquier juicio que se haga sobre lo explicado debe considerar el contexto en que se desarrolla este tipo de mecanismo en Puerto Rico. Aunque la LPAU se aprobó en Puerto Rico en 1988, este mecanismo de consulta dentro del proceso de reglamentación lo que realmente hace es incorporar el modelo adoptado en 1946 por el gobierno de los Estados Unidos al momento de aprobar su propia Ley de Procedimiento Administrativo (el “Administrative Procedure Act”). 5 USC §§ 500-584.

Lo anterior merece énfasis pues puede resultar un tanto erróneo juzgar el origen de este mecanismo al amparo de la visión contemporánea sobre participación ciudadana. Más que adelantar principios de democracia participativa como respuesta a un modelo representativo agotado, en el 1946 los comentarios escritos de los ciudadanos servían el propósito de auxiliar a las autoridades públicas mediante el suministro de información y perspectivas que mejorarían la calidad de la norma reglamentaria. Esto no quiere decir que estos objetivos originales impidieran el eventual desarrollo de otros adicionales.

2. *Asociación de farmacias*

El Tribunal Supremo de Puerto Rico emitió en el año 2002 un dictamen trascendental para el tema que estamos discutiendo. La controversia en *Asociación de Farmacias v. Secretario de Salud*, 156 DPR 105 (2002), gira alrededor de un proceso de permisos para la operación de facilidades de salud. En el año 1975 se aprobó una ley que otorga al Secretario de Salud de Puerto Rico la autoridad para conceder este tipo de permiso a base de criterios de planificación y necesidad. Al amparo de dicha autoridad legal y para enmarcar el ejercicio de discreción al momento de evaluar permisos, la agencia administrativa aprobó un reglamento en el 1986 con criterios muy específicos y restrictivos. Una década después, y bajo la administración de un gobierno con un enfoque más favorecedor de las fuerzas del mercado, la agencia aprobó un nuevo reglamento con criterios liberales y generosos a la entrada de competidores.

Estos eventos administrativos surgieron en el contexto del intento de poderosas cadenas de farmacias en los Estados Unidos de entrar en el mercado de Puerto Rico. Lo estricto del reglamento de 1986 les presentaba una barrera que fue entonces superada con un nuevo reglamento en 1997. Todo esto afectaba de manera directa a las farmacias existentes en Puerto Rico, quienes, agrupadas bajo la organización Asociación de Farmacias, impugnaron el nuevo reglamento. El ataque al reglamento de 1997 se dio tanto en el ámbito procesal como en el sustantivo. Para propósitos de este escrito nos concentraremos en uno de los planteamientos procesales.

La LPAU dispone en su Sección 2.5, 3 LPRA § 2125, que todo reglamento debe contener “una explicación breve y concisa de sus propósitos o de las razones para su adopción o enmienda”. En esta ocasión, el reglamento de 1997 incluía la siguiente explicación:

El propósito del presente reglamento lo constituye el deseo del Departamento de Salud de agilizar y expeditar el proceso de consideración y análisis de las solicitudes de concesión de Certificados de Necesidad y Conveniencia así como el atemperar dicho proceso a la actual política pública en torno a la prestación de servicios de salud en Puerto Rico según definida en las disposiciones de las leyes número 190 del 5 de septiembre de 1996 y la número 72 del 7 de septiembre de 1993, según enmendadas.

Quienes impugnaron el reglamento, argumentaron que lo anterior no era suficiente para cumplir con el requisito de la ley. El Tribunal Supremo avaló dicha posición. Para ello, examinó disposiciones análogas en el derecho de los Estados Unidos e incorporó la manera en que los tribunales norteamericanos han interpretado el requisito de una explicación breve y concisa. Para comenzar, en Estados Unidos, la doctrina justifica el requisito como una forma de “garantizar que los tribunales podamos ejercitar nuestra función revisora de una manera efectiva”. *Asociación de Farmacias*, 156 DPR en la p. 125. Se trata, pues, de un claro fin de propiciar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sobre el desarrollo de esta doctrina jurisprudencial, el dictamen judicial del Tribunal Supremo indica lo siguiente:

Los tribunales federales [de los Estados Unidos] han interpretado que esta disposición requiere que la agencia incluya una declaración de hallazgos y razones como parte de la regla final. [...] Esta declaración permite que un tribunal revisor pueda determinar qué asuntos importantes de política pública fueron ventilados en los procedimientos, y por qué la agencia reaccionó a dichos asuntos con esa reglamentación.

En lo que se denomina por el Tribunal Supremo [de los Estados Unidos] como la doctrina de las cuestiones vitales, se exige entonces que la explicación breve y concisa “contenga respuestas a los comentarios significativos e importantes que hicieron los ciudadanos, y que explique por qué esas sugerencias no fueron adoptadas y cómo los problemas mencionados por los ciudadanos fueron resueltos”. *Asociación de Farmacias*, 156 DPR en las pp. 125-126.

Las implicaciones de esto son dramáticas. De un requisito para incluir una explicación breve y concisa de por qué se aprueba el reglamento, se pasó a la exigencia de que la agencia administrativa indique qué hizo con los comentarios más importantes y significativos que recibió durante el proceso. Más aun, la omisión de brindar dichas explicaciones tendría la consecuencia de invalidar el reglamento. De hecho, eso fue precisamente el resultado final de lo decidido en *Asociación de Farmacias*.

¿Por qué se adopta una doctrina de “cuestiones vitales” estableciendo un requisito que no parece desprenderse directamente del texto de la ley de Puerto Rico? La explicación supone entender el desarrollo del derecho administrativo en Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo pasado. De un entusiasta respaldo al surgimiento del Estado Administrativo durante las primeras décadas del Siglo XX, ya en los 70's había un claro agotamiento respecto a las promesas que en su momento representaba la acción reguladora de las agencias administrativas. Se planteaba por muchos que los órganos reguladores estaban “capturados” por los entes reglamentados y que realmente respondían a los intereses y a la lógica de acción de los últimos. Reconocer que los procedimientos administrativos pudieran no estar funcionando al servicio del interés público supuso revisar el tema de los controles a la actuación administrativa.⁷

⁷ Peter Strauss, “From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking”, *Wake Forest Law Review*, vol. 31 (1996); p. 745 y Richard B. Stewart, “The Reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, vol. 88 (1975); pp. 1667-1813.

En el contexto del derecho norteamericano éste es un tipo de tarea donde no es de extrañar que incluso los tribunales se hicieran partícipes de la toma de conciencia. Por ejemplo, esa es precisamente la época en que se desarrollaron por la jurisprudencia normas de legitimación activa muy liberales a los fines de ampliar el espectro de personas que podían participar del proceso administrativo o bien tener la capacidad de impugnar los actos administrativos en la esfera judicial.

Otro espacio de acción judicial fue la intensidad con que los tribunales asumieron su rol de control del acto administrativo. Si había desconfianza generalizada respecto a la adjudicación que realizaba la agencia, correspondía entonces examinar los recursos de impugnación de manera mucho más estricta o rigurosa. Claro, la realización real y efectiva de este ejercicio de revisión más intenso descansaba en que el proceso adjudicativo lo posibilitaba en términos estructurales. Me refiero a que, al momento de adjudicar, las agencias debían realizar sus determinaciones finales en un documento con requisitos básicos de forma que incluían explicitar las determinaciones de hechos y conclusiones de derecho. Esta formalidad en la manera de disponer del asunto posibilitaba que las resoluciones finales en casos de adjudicación fueran motivadas.

De entrada, no debe ser controvertible afirmar que ante actos motivados de la administración, los tribunales están en posición de ejercer una tutela mucho más rigurosa y efectiva. El problema es que dicho requisito sólo existía respecto al proceso adjudicativo, mientras que la desconfianza ante la posibilidad de actuaciones arbitrarias se extendía a toda actuación administrativa. Esto es, si se piensa que las acciones de la administración tenían un problema sistemático de no atender el interés público, no hay por qué pensar que esto se manifestara sólo en algunos renglones de actuación. Al contrario, si el problema lo permeaba todo, debía incluir la potestad reglamentaria. La aprobación de reglamentos planteaba, sin embargo, una limitación básica a cualquier esfuerzo de incrementar o intensificar la tutela judicial. Lo cierto es que no existe un principio general conforme al cual los reglamentos deban ser motivados. No hay un requisito estructural análogo a las determinaciones de hecho y conclusiones de derecho. Al adoptar un reglamento, una administración pública simplemente *hace*, no justifica su hacer ni reflexiona sobre el mismo. El reglamento meramente enuncia la norma.

Se trata, pues, de un escenario en extremo problemático para un poder judicial con interés en ser más estricto y riguroso al momento de pasar juicio sobre impugnaciones a reglamentos. La opción por la cual decantó el sistema judicial federal en Estados Unidos fue identificar una instancia procesal cuya naturaleza fuera apropiada para suplir su necesidad. Es así como se llega a la explicación breve y concisa.

Sería ese el requisito cuya verificación de cumplimiento el tribunal podría utilizar a manera de expresión motivada de la agencia administrativa en torno a su decisión de adoptar el texto final de un reglamento.⁸

La solución no deja de ser algo forzada. Por ejemplo, en el caso particular de Puerto Rico la explicación breve y concisa se recoge como parte de la Sección 2.5 de la LPAU, 3 LPRA § 2125, disposición que atiende aspectos de contenido, estilo y forma de los reglamentos.

⁸ Keith Werhan, *Principles of Administrative Law*, Thomson West, St. Paul (2008); p. 240-242 y Richard J. Pierce, Jr., *Administrative Law*, Foundation Press, New York (2008); p. 67-68.

Allí se indica que todo reglamento que sea adoptado debe contener la siguiente información:

- (a) una cita de la disposición legal que autoriza su adopción o enmienda;
- (b) una explicación breve y concisa de sus propósitos o de las razones para su adopción o enmienda;
- (c) una referencia a todas las reglas o reglamentos que se enmienden, derogan o suspendan mediante su adopción;
- (d) la fecha de su aprobación, y
- (e) la fecha de vigencia.

Visto en el contexto de la sección completa, parecería razonable afirmar que el objetivo de la explicación breve y concisa es dar una oportunidad a quien lea el reglamento de conocer el objetivo y las razones de la agencia para adoptarlo. Su justificación dentro del esquema de organización de la ley no lo vincula en modo alguno a los comentarios escritos. Sin embargo, como ya antes explicamos, el objetivo del Tribunal Supremo no era tanto hacer una exégesis de esta disposición procesal, como anclar en terreno firme un requerimiento que garantizara una tutela judicial más efectiva donde antes no la había.

IV. IMPLICACIONES DE OBLIGAR A LA ADMINISTRACIÓN A REACCIONAR: CONSIDERACIONES EN TORNO AL “REGLAMENTO MOTIVADO”

El fallo *Asociación de Farmacias* es probablemente la decisión más importante emitida por el Tribunal Supremo de Puerto Rico durante la pasada década en el área de derecho administrativo. En un ordenamiento jurídico que usualmente concentra la atención en problemas de adjudicación y de debido proceso de ley, la decisión supone situar en el mismo nivel de relevancia el proceso de adopción de reglamentos. No obstante, ello de por sí no significa que el saldo final es favorable. De hecho, en Estados Unidos esta doctrina tiene algunos detractores quienes reclaman un efecto pernicioso producto de su aplicación. Veamos los argumentos desde ambas perspectivas.

1. *Implicaciones positivas*

Que el Estado tenga que fundamentar sus determinaciones de política pública que afectan a la ciudadanía pareciera ser siempre una ganancia. Por un lado, ello fomenta el cumplimiento con el principio de legalidad de toda actuación pública por cuanto la fundamentación tendrá como punto de referencia la debida adecuación con el estado de derecho. En ese sentido, hacer saber las razones para actuar es el instrumento esencial para el control de la arbitrariedad por parte de la administración pública. La premisa fundamental es que no todo es justificable en términos de interés público, por lo que el mero hecho de exigir razones puede evitar que se incurra en conductas lesivas.

Esto es importante no sólo al momento de la agencia motivar el reglamento, sino que cumple el objetivo esbozado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico de facilitar y adecuar el posterior ejercicio de revisión por parte del poder judicial. No olvidemos que el requisito de motivación se da so pena de que el reglamento sea invalidado.

Desde un punto de vista de ciencias de la administración, la participación ciudadana puede tener dos tipos de valores: el intrínseco y el instrumental.⁹ Para el proceso administrativo, la prioridad es claramente el último. La participación garantiza mayor información, lo cual tiene el efecto de mejorar la calidad del proceso decisional final por parte de la agencia. De otra parte, más allá del contenido cualitativo de la norma, los comentarios permiten atender escollos que podrían entorpecer la eficacia posterior del reglamento. No todo es conflicto ni controversia. En ocasiones, la participación no pretenderá cuestionar el fin que persigue la administración pública y más bien señalará medios menos onerosos para alcanzarlo.

Otro valor instrumental de la participación es la legitimidad con la que inviste el proceso en tanto los ciudadanos lo perciban como una oportunidad justa de contribuir al trámite decisional de asuntos públicos. Al fin y al cabo, el planteamiento es uno elemental de equidad procesal.

De otro lado, y con un enfoque quizás más cercano a la teoría política, está quien aprecia la participación ciudadana por su valor intrínseco. Se plantea que el mero hecho de propiciar la participación tiene un beneficio para quien participa. Esto, por razón de que se entiende positivo una ciudadanía más responsable, informada y dispuesta a contribuir en la toma de decisiones dentro de espacios públicos.

En caso de que se presenten comentarios escritos y que la agencia explique qué hizo respecto a los mismos, le brinda un significado totalmente distinto a la mera oportunidad que tenían los ciudadanos de expresarse. Es cierto que la autoridad todavía descansa en el órgano público legalmente competente para aprobar el reglamento y que en modo alguno los ciudadanos que participan ostentan un poder de veto sobre lo que finalmente se decida. Esto no significa, sin embargo, que los participantes deban meramente conformarse con consignar su posición. Conocer la reacción de la administración sirve el propósito de educar a los afectados sobre las consideraciones de la agencia para la toma de decisiones.

Ninguno de los dos valores se alcanza, sin embargo, con la mera existencia de un espacio para la participación. Ambos suponen que haya participación real, ya sea para mejorar el reglamento que finalmente se aprueba o bien para promover una ciudadanía que sea participe de manera efectiva e informada del proceso administrativo que le afecta. Si ello en efecto ocurre, exigir luego a la administración que responda a lo presentado permite valorizar la efectividad de los comentarios específicos, así como del proceso mismo de elaboración del reglamento.

2. *Implicaciones negativas*

Algunas de las objeciones a la doctrina en discusión son inherentes a cómo la misma es articulada y presentan dudas en cuanto a su efectividad real. El primer punto es bastante obvio. La administración pública no está obligada a reaccionar a todos los comentarios escritos recibidos, sólo a los “importantes” o que versen sobre “cuestiones vitales”. Es preciso, por tanto, discernir qué procede atender y qué puede ser simplemente obviado, para lo cual no existen criterios del todo claros. Recordemos por otro lado, que si la agencia identifica un comentario como no importante y opta por no expresarse sobre el mismo, corre el riesgo de una impugnación judicial donde se alegue que, por el contrario, sí lo era. No sería extraño que muchas agencias opten entonces por reducir el factor de riesgo atendiendo no sólo los

⁹ Tome esta distinción de Archon Fung, “Varieties of Participation in Complex Governance”, *Public Administration Review* December, Vol. 66, Sup. s1 (2006); p. 66-75.

comentarios que consideran importantes, sino también los que alguien pudiera argumentar con un mínimo de razonabilidad que lo son. Es un escenario donde la falta de certeza propicia un resultado potencialmente ineficiente en la medida que la agencia conteste comentarios que legítimamente hubiera podido obviar.

En términos de contenido, la dificultad es procurar que el control al que aspira la doctrina sea real. Después de todo, cumplir con el requisito puede convertirse en un ejercicio mecánico que se recoja en una tabla donde la primera columna identifica los comentarios y la segunda consigna la reacción a cada uno. El asunto es, ¿cuán rigurosa debe ser la agencia administrativa al momento de reaccionar a cada comentario? Después de todo, si bien la agencia está haciendo algo que excede lo requerido por ley, la misma no deja de caracterizar la explicación como “breve y concisa”. En última instancia, el escenario es uno de impugnación donde se deberá adjudicar si la explicación de la administración es suficiente. En ese momento el alcance de la doctrina dependerá del grado de intensidad de control que el poder judicial ejerza.

El tribunal podrá ser riguroso y requerir explicaciones sustanciales donde no sólo se expongan las razones para no incorporar un comentario, sino que se analice de forma comparativa las ventajas y desventajas de la opción seleccionada versus la rechazada. Al contrario, el tribunal puede ser en extremo deferente y sostener el reglamento siempre que la administración haga un esfuerzo razonable de articular sus fundamentos. Se trataría de un escrutinio más leve donde esencialmente se velaría por la existencia de una motivación en el reglamento. En Puerto Rico es de esperar que ese sea el caso puesto que la revisión judicial descansa en una política de alta deferencia a las determinaciones de las agencias administrativas, sin distinción particular hacia el tipo de actuación que esté en controversia.

Al menos en Estados Unidos la crítica se centra más bien en el efecto que ha tenido esta doctrina. De un lado, se argumenta que el primer escenario que antes explicamos de agencias atendiendo más comentarios de los estrictamente necesarios como mecanismo de reducir el riesgo de impugnación, es una realidad. El efecto ha sido un procedimiento de elaboración de reglamentos que a nivel del gobierno federal puede tomar hasta cinco años en ser completado.¹⁰ El planteamiento no es meramente descriptivo del tiempo que toma, sino que supone una preocupación por lo excesivamente largo que resulta adoptar una norma que en principio asumimos respondía a la identificación de una necesidad de interés público.

Hay quien plantea, sin embargo, que en ocasiones el efecto ha sido otro. Se aduce que el proceso de reaccionar a los comentarios es tan complicado que las agencias administrativas simplemente han optado por dejar de elaborar reglamentos que tengan que cumplir con la doctrina. Preciso es decir que a nivel del gobierno federal en Washington, D.C., los procesos relativos a la aprobación de reglamentos controvertibles podrían generar en ocasiones cientos sino miles de comentarios.¹¹ Cumplir con la doctrina en tales circunstancias no sólo implica un factor de tiempo, como ya antes mencionamos, sino también que afecta la propia naturaleza del texto.

¹⁰ Se ha llamado a esto la osificación del proceso de elaboración de reglamentos. Thomas O. McGarity, “Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process”, *Duke Law Journal*, Vol. 41 (1992); p. 1385-1462.

¹¹ Jeffrey S. Lubbers, “The Transformation of the U.S. Rulemaking Process – For Better or Worse”, *Ohio Northern University Law Review*, Vol. 34 (2008); p. 469-482 y Jim Rossi, “Participation Run Amok: The Cost of Mass Participation for Deliberative Agency Decisionmaking”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 92 (1997); p. 173-249.

Es común examinar reglamentos finales donde el contenido sustantivo de la norma aprobada se encuentra en varios párrafos, mientras que la “explicación breve y concisa” puede extenderse a siete u ocho páginas.

Si es cierto que el efecto final es que las agencias abandonan la adopción de reglamentos, ¿cómo enfrentan sus responsabilidades reguladoras? Aquí es necesario introducir una distinción del derecho administrativo norteamericano entre reglas legislativas y las no-legislativas. Las primeras deben cumplir con el proceso de elaboración que incluye los comentarios escritos, las segundas son actuaciones de las agencias que en general no están sujetas a requisitos procesales de adopción. El trato distinto descansa en los objetivos diferentes de cada una. Las reglas legislativas pretenden afectar derechos y obligaciones de los ciudadanos, son adoptadas con “fuerza de ley”. Mientras, las reglas no-legislativas suelen atender asuntos internos de la administración pública o meramente sirven como guías interpretativas de las normas con fuerza de ley.¹²

Veamos un ejemplo más concreto. Supongamos que existe una ley para regular la profesión de la ingeniería donde se dispone como requisito para ejercer la misma el contar con “experiencia básica” en internados con ingenieros licenciados. Un reglamento legislativo podría disponer que sólo se concederá una licencia a los practicantes de ingeniería que acrediten cuatro años de internado. Una persona que sólo cuente con tres años no podría obtener su licencia por cuanto se lo impediría una norma con fuerza de ley. La agencia podría, sin embargo, adoptar unas guías donde se indique que el requisito de “experiencia básica” será interpretado como un mínimo de cuatro años. En este segundo escenario, la persona que cuenta con tres años de internado no está impedido de solicitar una licencia pues no existe una norma con fuerza de ley que así lo imposibilite. Sin embargo, ya está advertido de que con toda probabilidad su solicitud será denegada pues a través de las guías la administración pública adelantó su criterio de cómo interpretaría el requisito de la ley.

Una pregunta obvia es por qué habría la agencia de adoptar unas guías interpretativas si tiene disponible los mecanismos para alcanzar el mismo resultado con fuerza de ley. Aquí es donde la doctrina de reacción oficial a los comentarios escritos cobra particular importancia. En igualdad de circunstancias, la agencia podría preferir crear una norma con fuerza de ley, pero esa premisa no existe en la doctrina que estamos discutiendo. El entendido más bien es que tener que responder a los comentarios escritos importantes que se susciten durante el periodo de elaboración del reglamento, hace más oneroso insertarse en ese proceso. Si se puede lograr el mismo resultado mediante la guía interpretativa, se opta por esa vía. Después de todo puede lograrse en unos meses lo que tomaría vía reglamento legislativo cinco años.

Claro, lo anterior requiere afirmar que, en efecto, se puede lograr lo mismo mediante una guía interpretativa. La explicación de por qué es así trasciende las clasificaciones de tipos de reglamentos y la fuerza jurídica que tenga una actuación en comparación con la otra. Se trata simplemente de cuál es el comportamiento esperado de las personas objeto de reglamentación. La realidad es que una vez la persona con tres años de experiencia tiene conocimiento de que la administración pública sólo está inclinada a conceder una licencia con un mínimo de cuatro, es de esperar que en la mayoría de los casos opte por esperar el año adicional. Ello por consideraciones muy pragmáticas, incluyendo el costo básico de un proceso de solicitud, los costos de una posible impugnación y, ante la eventualidad de que la misma no prospere,

¹² Jacob E. Gersen, “Legislative Rules Revisited”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 74 (2007): p. 1705-1722 y el fallo del Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Tosado Cortés v. AEE*, 165 DPR 377 (2005).

la carga de tener que presentar una nueva solicitud posteriormente. En determinados sectores de la economía reglamentados por el Estado es altamente improbable que las personas o compañías quieran asumir ese tipo de riesgo. Lo harán sin lugar a dudas si el costo de lo prohibido supera por mucho el costo de la impugnación, pero para el devenir diario de sus operaciones es de esperar que acomoden su conducta a lo deseado por la agencia administrativa en su guía interpretativa.

Hay quien afirma entonces que la exigencia jurisprudencial de que las administraciones públicas contesten los comentarios escritos ha resultado en un incentivo perverso en tanto propicia que se utilicen guías interpretativas para situaciones que normalmente hubieran conllevado la elaboración de un reglamento. Adviértase que lo de perverso no es sólo porque este saldo final sea lesivo al principio de legalidad al menoscabar la manera en que el Legislador diseñó la delegación de la potestad reglamentaria a los organismos públicos. Es perverso si consideramos el efecto paradójico que tiene sobre el requisito de comentarios escritos como mecanismo de participación ciudadana. El razonamiento resulta sencillo: la ley exige participación ciudadana, los tribunales fortalecen dicho espacio al exigirle cuentas a la administración por la manera en que reacciona a dicha participación, el proceso de vuelve oneroso y la administración entonces opta por uno donde no tiene que dar espacio alguno de participación. La victoria de un mecanismo de participación ciudadana se convierte entonces en elemento causal para su eventual abandono.

Se han planteado variadas respuestas a este problema.¹³ Hay quienes han denunciado la improcedencia de que los tribunales hayan creado requisitos que no tienen respaldo en el texto legislativo. Otros han sugerido que la respuesta descansa en dotar a las guías interpretativas de algunos atributos básicos de transparencia y publicidad.¹⁴ Esto último con la esperanza de reducir el margen de actuaciones arbitrarias de las agencias y colocar a la ciudadanía en posición de gozar de un sistema que brinde mayor seguridad jurídica.

3. *El impacto de Asociación de Farmacias*

Esta discusión no podría estar completa sin aclarar el alcance real que ha tenido el dictamen del Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Asociación de Farmacias*. No me refiero realmente a los tribunales, donde al menos en las sentencias disponibles al público no hay constancia de impugnaciones exitosas que descansen en lo allí resuelto. En todo caso lo que puede resultar algo sorprendente es que las administraciones públicas de forma consistente han continuado aprobando reglamentos sin cumplir con lo resuelto en *Asociación de Farmacias*.

Esto puede tener varias explicaciones. La primera y más obvia es la ausencia en Puerto Rico de una instancia gubernamental que se encargue de supervisar o coordinar temas relacionados a los procedimientos administrativos. Si bien existe una política pública de uniformidad respecto a los procesos en todos los componentes de la administración, no existe un marco de responsabilidad institucional sobre el desempeño de las administraciones y el cumplimiento uniforme con las normas procesales aplicables.

¹³ David L. Franklin, "Legislative Rules, Nonlegislative Rules, and the Perils of the Short Cut", *Yale Law Journal*, Vol. 120 (2010); p. 277-326.

¹⁴ Paul R. Noe & John D. Graham, "Due Process and Management for Guidance Documents: Good Governance Long Overdue", *Yale Journal on Regulation*, Vol. 25 (2008); p. 103-112.

La segunda explicación es más sencilla pues va a la realidad extrajurídica del problema. Los potenciales conflictos respecto a la falta de una atención adecuada por la administración a comentarios escritos, suponen que, en efecto, en determinados procesos hubo comentarios críticos y fueron obviados por la administración. Lo cierto es que aunque no hay estudios empíricos al respecto, sería razonable afirmar que no existe en Puerto Rico una amplia cultura participativa en estos procedimientos administrativos.

Así, lo que pareciera constituir un gran adelanto normativo en democracia participativa realmente depende de que exista una sociedad civil lo suficientemente rica y activa que reclame un uso efectivo de estos espacios. Es por ello que varias de las implicaciones negativas que antes esbozamos según surgidas y discutidas en Estados Unidos, no han llegado a materializarse en Puerto Rico. Habrá que dar más tiempo para que la magnitud de lo decidido en *Asociación de Farmacias* repercuta en alguna controversia de impacto público y el propio Estado redescubra (¿o descubra?) sus nuevas responsabilidades.

Mientras, llamo la atención a un desarrollo posterior que de igual manera podría ser objeto de examen judicial en algún momento. Se trata de una enmienda a la Sección 2.19 de LPAU, 3 LPRA § 2142, aprobada en el año 2008 (Ley Núm. 4 de 11 de febrero de 2008) y que tiene el propósito de establecer un proceso de revisión periódica y sistémica de todos los reglamentos vigentes en Puerto Rico. En esencia, se establece una obligación de que toda agencia administrativa revise cada cinco años sus reglamentos para “evaluar si los mismos efectivamente adelantan la política pública de la agencia o de la legislación bajo el cual fue aprobado”. La legislación mencionada indica que al concluir dicho proceso de revisión, si la administración pública correspondiente concluye que no hay necesidad de enmendar el reglamento:

publicará un aviso en dos (2) periódicos de circulación general invitando a la comunidad interesada a emitir sus comentarios por escrito en un periodo de treinta (30) días contados a partir del último anuncio. Una vez sea final la determinación de que no hace falta enmendar el o los reglamento(s), la agencia o entidad administrativa le certificará al Departamento de Estado la vigencia del reglamento actual en o antes de diez (10) días de tomarse dicha decisión. De concluirse que se necesita enmiendas al o los reglamento(s) el proceso se hará de conformidad [al proceso ordinario de aprobación de reglamentos].

Nótese como el Legislador intenta reproducir el mecanismo de comentarios escritos que existe en la elaboración de reglamentos, pero incorporando ahora el mismo para un proceso de revisión periódica. Debemos preguntarnos entonces si lo decidido en *Asociación de Farmacias* podría o debería aplicarse al proceso de revisión. Esto es, si un ciudadano podría impugnar la validez de un reglamento por razón de que la agencia no respondió a comentarios importantes que éste sometiera durante el proceso de revisión periódica del mismo.

Después de todo, los argumentos para un caso sirven de igual aplicación para el otro. Si la revisión periódica es lo suficientemente relevante como para ameritar que los ciudadanos pasen juicio sobre lo decidido por la agencia, debería entonces ser lo suficientemente importante como para exigirle al Estado que motive su decisión de descartar dichos comentarios.

Ahora bien, hay dos escollos para una aplicación directa y efectiva de *Asociación de Farmacias* en este último caso de la revisión periódica. Lo primero supone recordar que el dictamen del Tribunal Supremo en aquel caso no descansó en la aplicación de un principio general de motivación de decisiones administrativas. Al fin y al cabo la ruta tomada fue la misma que en los Estados Unidos, invocar el requisito, en apariencia inocuo, de la explicación breve y sencilla. He ahí el problema en el caso del proceso de revisión de reglamentos. No hay un requisito de forma equivalente a la explicación breve y concisa al que señalar como fuente de una obligación de brindar razones y fundamentos. Cualquier pretensión de

los tribunales para exigir este tipo de requisito en el caso de las revisiones, debe descansar en un planteamiento más cándido sobre el carácter general del principio envuelto y descartar adscribirlo a una interpretación procesal forzada.

El segundo escollo apunta a la naturaleza misma de lo que decide la administración pública. Cuando la agencia inicia un proceso de aprobación de un reglamento, el acto mismo supone que ha tomado una determinación respecto a crear o modificar una norma. En estos casos, la eventual presentación de comentarios escritos por la ciudadanía se da en un proceso originado por una gestión afirmativa de la agencia. En la revisión periódica, la lógica de la actuación administrativa es otra. La agencia responde a un mandato de ley para examinar sus reglamentos y en tales circunstancias es perfectamente posible que opte por dejar muchas normas inalteradas. En tales circunstancias su determinación nació de una gestión reactiva a la ley y tuvo un resultado totalmente pasivo. El ciudadano que decida comentar por escrito razones importantes para que el reglamento en cuestión sea revisado, asume entonces el rol activo de producir un cambio.

Al comparar ambos escenarios se desprende que el de aprobación de reglamentos se presta a un escrutinio más riguroso que en el de revisión. Cuando la agencia es la proponente para crear una norma, es razonable que se le imponga el peso de la prueba respecto a por qué, si está convencida de que es necesario crear una nueva norma, no consideró lo que la ciudadanía tuvo que decir sobre una determinación con fuerza de ley que les afectaría. En la revisión, en cambio, la parte promovente puede bien ser un ciudadano por lo que debe ser a éste a quien más se exija en término de argumentos. No es que la agencia no deba explicar su posición respecto al comentario escrito, pero el nivel de suficiencia debe ser menor pues no ha asumido una posición que en principio afecte de forma afirmativa a la ciudadanía.

V. CONCLUSIÓN

Si existían importantes argumentos en el 1946 y en el 1988 para que las legislaturas en Estados Unidos y Puerto Rico crearan el mecanismo de comentarios escritos como componente fundamental del proceso de elaboración de reglamentos, hoy día sobran las razones para consolidar ese instrumento. Aunque hicimos mención de problemas que se han suscitado en la experiencia norteamericana, entendemos que el saldo final es positivo. Esto no lo afirmamos en función de resultados concretos y efectivos, pues ya explicamos que en Puerto Rico, el impacto de lo resuelto en *Asociación de Farmacias* ha sido muy reducido. Lo hacemos más bien como acto de convicción de que los nuevos paradigmas de gobernanza contemporánea cada vez requerirán más espacio de consulta de este tipo.¹⁵

En ese sentido, establecer un mecanismo que meramente recoja el parecer de las personas no resultará suficiente. Será inevitable que una ciudadanía cada vez más activa y organizada cuestione las premisas y el modo de operar de los espacios formales de participación que le sean reconocidos. Este tipo de proceso, con todas sus insatisfacciones y limitaciones, puede servir de referencia para el desarrollo de modelos de democracia participativa que medien entre la directa y la representativa.

¹⁵ Para un escrito que atiende este mismo tema desde la óptica de los debates en torno a participación, política e internet, véase William Vázquez Irizarry, "Participación ciudadana en la reglamentación administrativa en Estados Unidos y Puerto Rico: premisas y nuevos paradigmas", *Revista de Gestión Pública* (2011). (Chile. Pendiente de publicación).

La inclusión de la participación ciudadana en la redacción y formulación de reglamentos es pieza fundamental en el proceso administrativo. Por esa razón debe además, atemperarse a las tecnologías de uso frecuente hoy día. Como mencionamos, la legislación puertorriqueña contempla la publicación de reglamentos en internet y la posibilidad de que se envíen comentarios a través de correo electrónico. Eso de por sí es un buen inicio. Sin embargo, debe evaluarse el sistema electrónico como una nueva plataforma de participación ciudadana. Corresponde, pues, enfocar en nuevos diseños que utilicen el internet o la comunicación electrónica interactiva, donde los ciudadanos entablen comunicación directa con la agencia y haya retroalimentación de ambas partes e incluso entre los participantes del proceso.

Las objeciones respecto a lo oneroso y difícil que puede ser para el Estado cumplir con ofrecer explicaciones no son inmeritorias, pero igual deben ser tomadas con cautela. Después de todo, en áreas en que hoy día es común que las decisiones de las autoridades públicas sean motivadas, una vez no fue así y también hubo resistencias a dar razones. La respuesta no debe ser, por tanto, una de principio negando la posibilidad de acometer esta responsabilidad. Debe ser, en cambio, una actitud responsable de estar en posición de responder a las exigencias de un nuevo tipo de relación entre la ciudadanía y la autoridad.