

EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN NEGOCIADA DE REGLAMENTOS EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

Jesús del Olmo Alonso

Universidad de Alcalá

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.52.1998.13>

SUMARIO: I. Introducción. II. Legislación vigente. III. Fundamentos para la utilización de la negociación en la elaboración de reglamentos. IV. Diferencia entre convocante y facilitador. 1. La figura del convocante. 2. La figura del facilitador. V. Procedimiento para la elaboración negociada de reglamentos: Traducción del subcapítulo III del capítulo V del título V del Código de los Estados Unidos. VI. El ejemplo de su utilización por la Agencia de Protección del Medio Ambiente.

I. Introducción

El presente trabajo (1) tiene por objeto dar una visión general sobre la utilización de la negociación en la elaboración de reglamentos con el fin de conseguir una norma consensuada entre las partes que van a resultar principalmente afectadas por su aplicación. Estudiamos aquí el caso de la legislación de los Estados Unidos, al ser éste el país donde el estudio del tema está más avanzado y donde la aplicación práctica de la legislación que existe al respecto cuenta con una experiencia de ocho años, aunque, con anterioridad a la puesta en vigor de la legislación aplicable, ya se utilizaban en la práctica técnicas de participación en la elaboración de normas reglamentarias (2). Únicamente queremos llevar a cabo un pequeño esbozo de la cuestión, pues su estudio en profundidad requiere una larga e intensa dedicación debido a la enorme cantidad de documentación que, al respecto, existe en el país norteamericano.

(1) Este trabajo es fruto de una estancia de investigación llevada a cabo en la Harvard Law School durante el primer semestre de 1998. Quiero expresar mi agradecimiento hacia la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que me permite disfrutar de una de sus becas predoctorales, y al Real Colegio Complutense.

(2) Véase al respecto Juan José LAVILLA: *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*. Civitas. Madrid, 1991. Según datos del Prof. Charles Koch, entre 1983 y 1995, 17 agencias negociaron aproximadamente 28 reglamentos con los intereses afectados. Véase KOCH, Charles H. Jr.: *Administrative Law and Practice*. West Publishing Co. 2.ª edición. St. Paul, Minnesota, 1997, p. 431 y bibliografía allí citada.

Aunque la organización de la Administración Pública estadounidense no se ajuste totalmente a las previsiones del ordenamiento jurídico-administrativo español, pensamos sin embargo que las razones que han llevado a utilizar técnicas de negociación en la elaboración de reglamentos también se dan en nuestro país y que, por ello, la aplicación de estas técnicas en la confección de dichas normas sería totalmente conveniente cuando el reglamento particular lo hiciese adecuado. Hay que precisar que no todos los reglamentos deben ser objeto de elaboración mediante la utilización de técnicas de negociación. Existen una serie de criterios que deben evaluarse para ello (la necesidad de un reglamento, los riesgos del retraso debido a la utilización de este tipo de proceso, que las partes afectadas resulten plenamente identificables y su número sea el adecuado para permitir una negociación, etc. (3)). Sin embargo, el que dicho reglamento pueda elaborarse mediante la negociación de las partes afectadas dependerá del caso concreto.

Mediante el ejemplo del sistema de Estados Unidos, que exponemos a continuación, se pretende dar un pequeño impulso para empezar a plantar un paso más en ese camino hacia la mayor participación pública que está recorriendo en estos momentos nuestro Derecho Administrativo.

II. Evolución histórica y legislación vigente

Exigencias prácticas y de sentido común han llevado a fomentar, desde todos los sectores que participan del Derecho Administrativo estadounidense (agencias del gobierno, abogados, profesores universitarios, entidades privadas...), el uso de la negociación entre las partes afectadas como base para la elaboración de normas reglamentarias (4). De acuerdo con este procedimiento, las agencias, ayudadas por un convocante para organizar las negociaciones y por un facilitador para llevarlas a cabo, identifican y reúnen a los representantes de los intereses afectados para negociar el texto del reglamento propuesto, que será después publicado

(3) Véase, en el epígrafe V de este trabajo, lo dispuesto en la sección 563.a del título V U.S.C. Véase también, en el epígrafe IV, los criterios que el convocante debe evaluar para determinar si la elaboración negociada de un reglamento resulta apropiada.

(4) Muchos autores habían propuesto la elaboración negociada de reglamentos como cura para muchos de los problemas de la actividad normativa reglamentaria. Véase HARTER, Philip: «Negotiating regulations: a cure for malaise», *Georgetown Law Journal*, n.º 71, pp. 1 y ss., 1982. Véase también PERRITT, Henry: «Negotiated rulemaking before federal agencies: evaluation of recommendation by the Administrative Conference of the United States», *Georgetown Law Journal*, n.º 74, pp. 1.625 y ss., 1986.

para observación pública (5). El concepto de elaboración negociada de reglamentos arranca de la insatisfacción con el proceso de elaboración de reglamentos, el cual se ha convertido desde los años 60 en demasiado contradictorio y formalista, frente al breve y sencillo procedimiento que preveía la sección 553 de la Ley de Procedimiento Administrativo (codificada principalmente en el subcapítulo II del capítulo V del título V del Código de los Estados Unidos (6)).

Consecuencia de esta tendencia, la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos (7) emitió en 1982 su recomendación 82-4 que llevaba por título «*Procedimientos para negociar regulaciones propuestas*» (8). En ella se intentaba fomentar el uso de la elaboración negociada de reglamentos por las agencias federales en situaciones apropiadas. Conforme la propia recomendación 82-4 dispone en su introducción:

«La premisa de la recomendación es que la provisión de oportunidades e incentivos para resolver asuntos durante la elaboración de un reglamento, a través de negociaciones, tendrá como resultado una mejora del procedimiento y unos mejores reglamentos. Tales reglamentos serán probablemente más aceptados por los intereses afectados, debido a su participación en las negociaciones. El propósito de esta recomendación es establecer un procedimiento de elaboración de reglamentos de carácter experimental y supletorio que pueda ser usado en las cir-

(5) POU, Charles Jr.: *Federal agency use of ADR: The experience to date*, en el libro *Sourcebook: federal agency use of alternative means of dispute resolution*. Office of the Chairman. Administrative Conference of the United States. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1987, p. 107.

(6) En adelante U.S.C.

(7) La Conferencia Administrativa de los Estados Unidos (en adelante A.C.U.S.) fue establecida por ley en 1964 como una agencia independiente del gobierno federal. Su propósito y función era promover mejoras en la eficiencia, aptitud y justicia de los procedimientos por los cuales las agencias federales llevan a cabo sus programas, administran subvenciones y beneficios y ejercen las funciones relacionadas con el gobierno. Para este fin, la A.C.U.S. llevó a cabo investigaciones, emitió informes relativos a aspectos varios del proceso administrativo y, cuando existía justificación, realizaba recomendaciones al Presidente, al Congreso, a departamentos particulares y agencias, y al poder judicial sobre la necesidad de reformas procedimentales. Sin embargo, el Congreso norteamericano ha dado por terminadas las funciones de esta agencia en el título IV de la *Treasury, Postal Service and General Government Appropriations Act* de 1995 (Ley Pública 104-52, de 19 de noviembre). Las razones argumentadas para ello, de carácter presupuestario, no resultan convincentes dado que la labor que la A.C.U.S. realizaba era fundamental para la implantación de estas mejoras que se estaban efectuando en el procedimiento administrativo estadounidense. El volumen 30, n.º 1, de la revista estadounidense *Arizona State Law Journal* está dedicado monográficamente a la A.C.U.S. y a las razones de su supresión.

(8) Administrative Conference of the United States; *Recommendation 82-4: Procedures for negotiating proposed regulations*. Office of the Chairman. Administrative Conference of the United States. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1982.

cunstancias adecuadas para permitir la directa participación de los intereses afectados en el desarrollo de reglamentos cuya elaboración ha sido propuesta».

Una vez adoptada la recomendación 82-4, los procedimientos que recomendaba fueron adoptados cuatro veces por las agencias federales y en tres de ellos se alcanzó un acuerdo que sirvió de base a la elaboración del reglamento (9). Tras esta experiencia y para proponer algunas mejoras en los procedimientos, la A.C.U.S. llevó a cabo su recomendación 85-5, cuyo título era el mismo que el de la anterior recomendación 82-4. Además, para facilitar el estudio de la elaboración negociada de reglamentos, la A.C.U.S. editó en 1992 y actualizó en 1995 un libro fuente (10) en el que recopilaba todos los artículos científicos, conferencias celebradas y algunos documentos prácticos existentes sobre el tema.

Todo ello ha servido de base para elaborar la legislación vigente. Dicha legislación vigente se encuentra en el subcapítulo III del Capítulo V del título V U.S.C. (11), que es el resultado de la promulgación de tres leyes federales:

- a) En 1990 y teniendo como base las recomendaciones de la A.C.U.S. se promulgó la *Negotiated Rulemaking Act* (Ley Pública 101-648, de 29 de noviembre). Esta Ley, tras una exposición de motivos prevista en su sección 2, viene a introducir en su sección 3 el procedimiento de elaboración negociada de reglamentos (que pasará a insertarse en el subcapítulo III del capítulo V del título V U.S.C.). Con ello, pasa a regularse por ley un fenómeno que durante los últimos años acontecía en la práctica administrativa norteamericana. Su sección 4 contempla una asignación de fondos para que la A.C.U.S. pueda llevar a cabo lo dispuesto en la Ley. Finalmente y de manera sorprendente para la técnica legislativa española, que no para la estadounidense, está la cláusula contenida en la sección 5 en la que, siguiendo lo dispuesto en el apartado 2 de la recomendación 82-4, se establece, a modo de prueba, un plazo de vigencia de 6 años, contados a partir de la fecha de promulgación de la Ley, exceptuándose únicamente para aquellos procedimientos

(9) Véase el segundo párrafo de la introducción en la recomendación 85-5. Administrative Conference of the United States; *Recommendation 85-5: Procedures for negotiating proposed regulations*. Office of the Chairman. Administrative Conference of the United States. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1985.

(10) Véase PRITZKER, Davis M. & DALTON, Deborah S.: *Negotiated rulemaking sourcebook*. Office of the Chairman. Administrative Conference of the United States. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1995.

(11) Véase el epígrafe V de este trabajo.

de elaboración negociada de reglamentos que se encuentren pendientes y se hayan iniciado con anterioridad a la fecha de finalización de la vigencia de la Ley.

- b) En 1992 se promulgó la *Administrative Procedure Technical Amendments Act* de 1991 (Ley Pública 102-354, de 26 de agosto), que modifica la numeración de las secciones y subcapítulos del capítulo V del título V U.S.C., así como de sus epígrafes, haciendo una exposición más sistemática de sus contenidos. También realiza pequeñas modificaciones y correcciones de errores en la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 y en la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990 (Ley Pública 101-552, de 15 de noviembre).
- c) La última ley federal que afecta al tema objeto de estudio es la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996 (Ley Pública 104-320, de 19 de octubre), que en su sección 11 realiza una reautorización de la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990, al derogar la sección 5 de dicha Ley. La mayor modificación introducida por la sección 11 consiste en una reelaboración de la sección 569 del título V U.S.C. como consecuencia de la supresión de la A.C.U.S. También, en su apartado c), esta sección 11 agiliza la contratación de los servicios de convocantes y facilitadores. La sección 11.d) introduce la sección 570.a) en el título V U.S.C. autorizando asignaciones de fondos para llevar a cabo los propósitos de la Ley. Finalmente, la sección 11.e) impone dos deberes al Director de la Oficina de Administración y Presupuestos: por un lado, dentro de los 180 días contados a partir de la fecha de promulgación de la Ley, le impone la obligación de llevar a cabo las acciones necesarias para poner en marcha las comisiones para la elaboración negociada de reglamentos y simplificar el registro de los estatutos de la comisión conforme a la sección 9 de la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales (12), así como llevar a cabo el anuncio de la creación de tal comisión conforme a la sección 564 del título V U.S.C.; por otro lado le obliga, dentro de un año contado desde la fecha de promulgación de la Ley, a someter recomendaciones al Congreso sobre cualquier cambio legislativo que considere necesario.

Esta regulación del procedimiento para la elaboración negociada de reglamentos, no parece que vaya a ser objeto de grandes cambios en el futuro, excepto para introducir pequeñas mejoras como consecuencia de

(12) En todo lo referente a esta Ley, véase la *Federal Advisory Committee Act* de 1972 (Ley Pública 92-463, de 6 de octubre), que regula el funcionamiento de los distintos comités, tribunales, comisiones y consejos de carácter consultivo que han sido creados para aconsejar a las agencias administrativas del Gobierno Federal. En concreto la sección 9 de dicha Ley establece las normas sobre establecimiento y propósitos de dichas comisiones y grupos.

su aplicación práctica (en función de las recomendaciones que el congreso reciba conforme a la sección 11.e).2) de la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996).

III. Fundamentos para la utilización de la negociación en la elaboración de reglamentos

Los motivos que dan lugar a una elaboración consensuada de las normas reglamentarias por parte de los intereses afectados aparecen recogidos principalmente en la sección 2 de la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990. Según esta sección, el Congreso establece los siguientes motivos para justificar la aparición de esta técnica de actividad normativa reglamentaria:

- a) La actividad reguladora del Gobierno se ha incrementado sustancialmente desde la promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo.
- b) Actualmente, las agencias usan procedimientos de elaboración de normas reglamentarias que pueden desanimar a las partes afectadas de conocerse y comunicarse las unas con las otras, y pueden causar que partes con intereses distintos asuman posiciones conflictivas y antagónicas y se introduzcan en procedimientos litigiosos, de gran consumo de tiempo y dinero, sobre las regulaciones de las agencias.
- c) La confección de reglamentos de manera contradictoria, priva a las partes afectadas y al público de los beneficios producidos por las negociaciones directas y por la cooperación en desarrollar y alcanzar un acuerdo sobre un reglamento. Ello les impide además disfrutar de los beneficios de compartir información, conocimientos, experiencia y aptitudes técnicas poseídas por las partes afectadas.
- d) La elaboración negociada de reglamentos, en la cual las partes que van a ser significativamente afectadas por ellos participan en su desarrollo, puede proveer ventajas significativas sobre la elaboración de reglamentos contradictoria.
- e) Dicha forma de elaboración de reglamentos puede aumentar la aceptación y mejorar el contenido de dichas normas, lo que hará improbable que las partes afectadas se resistan a su cumplimiento o las cuestionen ante los Tribunales. Además, ello puede acortar el período de tiempo necesario para emitir el reglamento final.
- f) Las distintas agencias tienen la autoridad para establecer comisiones para elaboración negociada de reglamentos de conformidad con las leyes que establecen tales agencias y sus actividades, y

conforme a la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales. Varias agencias han usado con éxito estos procedimientos. Aunque tales procedimientos no han sido usados de forma mayoritaria por otras agencias, ello se debe, sin embargo, a que tales agencias no estaban familiarizadas con el procedimiento o no conocían con seguridad si tenían o no autoridad para utilizar dicho procedimiento.

En definitiva, ante el aumento de la actividad normativa reglamentaria a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo norteamericana, la litigiosidad derivada de la emanación de dichos reglamentos ha provocado la necesidad de elaborar normas reglamentarias siguiendo un sistema más eficaz y cuyos resultados gocen de una mayor aceptación. El procedimiento normal de elaboración de reglamentos tenía un carácter contradictorio en el que las partes afectadas y la agencia encargada de la elaboración de la norma no trataban de forma directa acerca del reglamento en tramitación. En la elaboración de reglamentos de manera contradictoria se seguía un procedimiento en el que, de forma general, no se tenían en cuenta directamente los intereses afectados, algunos de los cuales podían estar encontrados entre sí y otros encontrados con las previsiones del reglamento. Todo esto traía como consecuencia el aumento de la litigiosidad sobre la norma propuesta. Esta nueva forma de elaborar reglamentos, puesta en práctica ya por algunas agencias con anterioridad a la Ley, da lugar a una mayor aceptación por los destinatarios de la norma y a una mejora de sus contenidos.

Por tanto, el principal fundamento para la introducción de la negociación en la actividad normativa reglamentaria es, por un lado, confeccionar normas de mayor calidad en sus contenidos y, por otro, evitar futuros litigios sobre la norma propuesta, al haber sido ésta elaborada por acuerdo entre las partes afectadas, de manera que éstas estarán conformes con su contenido. Secundariamente, la utilización de este tipo de procedimientos permite que las partes afectadas se beneficien de los mecanismos de la negociación, tales como conocer de primera mano la razón de cada disposición contenida en la norma (lo que ayudará a su mejor comprensión y, en consecuencia, a una mayor aceptación), intercambios de experiencias e informaciones, etc.

Aunque en los procedimientos de elaboración de normas reglamentarias, las Administraciones Públicas españolas prevean fases de consultas con las partes afectadas o la participación de ciertos sectores representativos, estos motivos son plenamente trasladables a nuestro ordenamiento jurídico. Como veremos en el epígrafe V, hay ámbitos como el del medio ambiente en el que las infracciones de la normativa vigente son constantes y la introducción de técnicas de negociación ayudaría a facilitar su aceptación y cumplimiento.

IV. Diferencia entre convocante y facilitador

En el procedimiento para confeccionar negociadamente normas reglamentarias intervienen, en dos fases distintas, dos personas que hacen posible la realización de dicho procedimiento: por un lado está la figura del *convener* norteamericano, al que nosotros llamaremos «convocante» (13), y por otro lado la figura del *facilitator*, que nosotros traduciremos por «facilitador».

1. La figura del convocante

La sección 562.3) del título V U.S.C. establece que «*convener*» significa una persona que asiste imparcialmente a una agencia para determinar si la creación de una comisión para la elaboración negociada de reglamentos es factible y apropiada en la particular elaboración de un reglamento. De esta definición que nos da la legislación americana se desprende la función más importante de esta figura, aunque también tiene a su cargo otras funciones. Todas ellas las exponemos a continuación:

- a) Conforme a dicha sección 562.3) del título V U.S.C. la primera y más importante función de un convocante es llevar a cabo una evaluación en orden a determinar si debería crearse una comisión negociadora para establecer los contenidos de una norma reglamentaria. Es decir, evaluar si la elaboración de una norma reglamentaria en proyecto es susceptible de hacerse utilizando este procedimiento negociado. Esta es la función principal del convocante al servicio de la cual se encuentran el resto de las funciones que tiene encomendadas. Tras estudiar las cuestiones a regular por reglamento, el convocante debe considerar los riesgos propios de toda negociación (por ejemplo los retrasos que toda negociación produce, los gastos que conlleva, el problema de la selección de los participantes...), y, entre otros, debe tener en cuenta los siguientes factores en orden a tomar su decisión (14):
 1. Los asuntos a debatir en el procedimiento deben estar lo suficientemente avanzados, definidos y maduros para poder to-

(13) No existe, en nuestro Derecho Administrativo, una figura similar a la del *convener* norteamericano. Aunque el *convener* realiza las funciones propias de un conciliador, al poner de acuerdo a las partes para el inicio de las negociaciones, también lleva a cabo otras muchas funciones. Hemos optado por traducir *convener* como convocante, pero cualquier otra acepción que se adopte puede resultar igualmente válida.

(14) Seguimos en este punto lo dispuesto en la *Recommendation 82-4: Procedures for negotiating...*, *op. cit.*, apartado 4.

marse una decisión sobre ellos. Lo ideal sería establecer un plazo de tiempo para emitir el reglamento, por lo que la decisión de la comisión sobre la norma reglamentaria debería poder tomarse dentro de un período de tiempo determinado.

2. La resolución de los asuntos no debe requerir que los participantes en las negociaciones comprometan sus principios y posiciones fundamentales, debido a que es improbable que en tales circunstancias se alcance un acuerdo.
 3. Los intereses afectados significativamente deben ser tales que hagan posible seleccionar a los individuos que representen adecuadamente dichos intereses. Además de que las partes afectadas deban resultar fácilmente identificables, debido a que una negociación no puede ser llevada a término con un elevado número de participantes, debe existir un número limitado de intereses que vayan a ser significativamente afectados por el reglamento y que, por tanto, deban estar representados en tales negociaciones. La sección 565.a.2 del título V U.S.C. limita el número de participantes a veinticinco.
 4. Debe existir un número de diversas cuestiones que los participantes puedan clasificar de acuerdo con sus propias prioridades y sobre las que, tras la oportuna discusión, se alcance un acuerdo, intentando respetar en la medida de lo posible las posiciones de todos los participantes.
 5. Ningún interés personal debe ser capaz de dominar las negociaciones.
 6. Los participantes en las negociaciones deben estar dispuestos para negociar de buena fe el diseño del reglamento cuya elaboración se propone. Recordemos que uno de los principales inconvenientes de toda negociación es el riesgo de su utilización fraudulenta por alguna de las partes intervinientes.
 7. La agencia debe estar dispuesta para designar un apropiado representante, pero tal representante debe dejar claro a los otros participantes que no está autorizado para vincular a la agencia.
- b) Conforme a la sección 563.b.1 del título V U.S.C., la segunda función de un convocante es la de identificar a los intereses que van a ser afectados significativamente por el reglamento propuesto, incluyendo residentes de áreas rurales.
- c) Identificados los posibles intereses afectados y las personas que los representarán, debe conducir las discusiones con dichas personas para identificar los asuntos que resultan de interés y asegurarse sobre si la creación de una comisión para negociar el contenido del reglamento es factible y apropiada en el caso concreto.

Analizando los asuntos que preocupan a las partes, podrá establecer las cuestiones sobre las que centrar las negociaciones, facilitándole así la labor al facilitador y la negociación en sí.

- d) El convocante deberá informar de los resultados y podrá hacer recomendaciones a la agencia. A petición de la agencia, el convocante deberá asegurarse de los nombres de las personas que están dispuestas y cualificadas para representar los intereses que vayan a ser significativamente afectados por el reglamento cuya elaboración se propone, incluyendo residentes de áreas rurales (sección 563.b.2 del título V U.S.C.). En este informe, el convocante aconsejará a la agencia sobre la posibilidad de convocar a los representantes de dichos intereses para negociar el contenido del reglamento.
- e) Si la agencia lo considera conveniente y decide iniciar el procedimiento para elaborar negociadamente el contenido del reglamento, el convocante debe asistir a la agencia en reunir a las partes para iniciar las negociaciones, asegurándose que la representación de los intereses afectados en la comisión es equilibrada.

Destaquemos que, conforme indica la sección 562.3 del título V U.S.C., la labor del convocante debe estar presidida por la más absoluta imparcialidad. Por otra parte, el convocante debe tener una elevada cualificación técnica, tanto en los aspectos sobre los que verse el reglamento, como en lo que a técnicas de negociación se refiere. Como este tipo de cualificadas personas no es fácil de encontrar, las agencias norteamericanas tratan de formar a su propio personal o requieren los servicios de instituciones públicas o privadas especializadas como, por ejemplo, el Servicio Federal de Mediación y Conciliación.

2. La figura del facilitador

La sección 562.4) del título V U.S.C. entiende que «*facilitator*» significa una persona que ayuda imparcialmente en las discusiones y negociaciones entre los miembros de una comisión para la elaboración negociada de reglamentos para desarrollar el reglamento propuesto. El facilitador puede ser una persona perteneciente o ajena al Gobierno Federal, pero nunca puede ser la persona que la agencia designe como representante en la comisión. El facilitador ayuda en las discusiones y negociaciones intentando lograr un acuerdo de las partes. Por tanto, intenta facilitar el desarrollo de las mismas, pero sin implicarse de manera directa en ellas como hace el mediador (salvo que las partes así se lo soliciten expresamente).

La sección 566.d) del título V U.S.C. nos enumera las tres funciones principales de todo facilitador:

1. Presidir las reuniones de la comisión de una forma imparcial.
2. Asistir imparcialmente a los miembros de la comisión en la realización de los debates y negociaciones.
3. Supervisar la elaboración de actas y documentos conforme a los requisitos de la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales.

Para llevar a cabo su cometido, el facilitador debe tener la adecuada formación tanto en sus labores de facilitador como en los aspectos técnicos de la normativa en elaboración. Al igual que ocurre con los convocantes, ante la falta de personal especializado en estas funciones, las agencias acuden a la formación de su propio personal o a la contratación de especialistas de instituciones públicas o privadas que mantienen listas de neutrales especializados (como ocurre en los casos de la A.C.U.S. o del Servicio Federal de Mediación y Conciliación). La nota de imparcialidad, que tanto recalca la legislación norteamericana, es más importante, si cabe, en este caso.

Por tanto, la elaboración negociada de reglamentos se produce en dos fases: una usando un convocante y la otra utilizando un facilitador. En la primera fase, un neutral llamado convocante estudia los asuntos a regular por reglamento y evalúa si dicho reglamento puede ser elaborado a través de este procedimiento, intenta identificar a los posibles intereses afectados y posteriormente aconseja a la agencia sobre la posibilidad de convocar a representantes de dichos intereses para negociar un reglamento propuesto. Si la agencia decide emprender las sesiones de negociación, el convocante asiste a la agencia en reunir a las partes y en tratar de determinar las cuestiones más conflictivas sobre las que deban centrarse las negociaciones. En la segunda fase, un neutral llamado facilitador dirige las reuniones y coordina las discusiones entre las partes. Cuando las partes lo solicitan, el facilitador puede actuar como mediador, interviniendo en las negociaciones con el fin de lograr el acuerdo sobre el contenido del reglamento objeto de elaboración. Las funciones de convocante y facilitador se solapan en ocasiones y a menudo ambas funciones son ejercidas por la misma persona o grupo de personas. Ni el convocante ni el facilitador tiene autoridad para tomar decisiones que resulten vinculantes para la agencia o para partes no participantes en la negociación (15).

(15) Administrative Conference of the United States; *Recommendation 86-8: Acquiring the Services of «Neutrals» for Alternative Means of Dispute Resolution (Glossary)*. Office of the Chairman. Administrative Conference of the United States. United States Government Printing Office. Washington D.C., 1986.

A continuación pasaremos a realizar la traducción del vigente subcapítulo III del capítulo V del título V U.S.C., que contiene la regulación existente sobre la utilización de técnicas de negociación en la fase de elaboración de los contenidos de normas reglamentarias.

V. Procedimiento para la elaboración negociada de reglamentos: traducción del subcapítulo III del capítulo V del título V del Código de los Estados Unidos

Código de los Estados Unidos

Título V. Capítulo V. Subcapítulo III

Procedimiento de elaboración negociada de reglamentos (16)

- 561. Propósito.
- 562. Definiciones.
- 563. Determinación de la necesidad de una comisión de elaboración negociada de reglamentos.
- 564. Publicación del anuncio; solicitudes para ser miembro de las comisiones.
- 565. Creación de la comisión.
- 566. Modo de actuación de la comisión.
- 567. Finalización de la comisión.
- 568. Servicios, prestaciones y pago de los gastos de los miembros de la comisión.
- 569. Fomento de la elaboración negociada de reglamentos.
- 570. Revisión judicial.
- 570.a) Autorización de asignaciones de fondos.

561. Propósito

El propósito de este subcapítulo es establecer un marco general para el procedimiento de elaboración negociada de reglamentos, de acuerdo

(16) Recordemos que el vigente subcapítulo III del Capítulo V del título V del U.S.C. es el resultado de la promulgación de tres leyes federales: la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 (Ley Pública 101-648, del 29 de noviembre), la *Administrative Procedure Technical Amendments Act* de 1991 (Ley Pública 102-354, de 26 de agosto de 1992) y la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996 (Ley Pública 104-320, de 19 de octubre). En el momento de la recopilación de los materiales necesarios para la elaboración de este documento, en la biblioteca de la Harvard Law School no existía una versión actualizada del Código de los Estados Unidos a la Ley Pública 104-320, de 19 de octubre de 1996. Este documento supone, pues, una versión actualizada del Código de los Estados Unidos en lo que se refiere al procedimiento de elaboración negociada de reglamentos.

con la sección 553 de este título, con el fin de estimular a las agencias a usar este procedimiento, en aquellos casos en que el procedimiento informal de elaboración de reglamentos sea de mayor utilidad. Nada en este subcapítulo debe ser interpretado como un intento para limitar la innovación y experimentación sobre el proceso de elaboración negociada de reglamentos o sobre otros procedimientos innovadores de elaboración de reglamentos autorizados de otro modo por la ley.

562. Definiciones

Para los propósitos de este subcapítulo, el término:

1. «agencia» tiene el mismo significado que en la sección 551.1 de este título (17);
2. «consenso» significa concurrencia unánime entre los intereses representados en una comisión de elaboración negociada de reglamentos establecido bajo este subcapítulo, a menos que tal comisión:
 - A) acuerde definir tal término para significar una concurrencia general pero no unánime; o
 - B) acuerde otra definición específica;
3. «convocante» significa una persona que asiste imparcialmente a una agencia para determinar si la creación de una comisión para la elaboración negociada de reglamentos es factible y apropiada en la particular elaboración de un reglamento;
4. «facilitador» significa una persona que ayuda imparcialmente en las discusiones y negociaciones entre los miembros de una comisión para la elaboración negociada de reglamentos para desarrollar el reglamento propuesto;
5. «interés» se refiere, en relación con un concreto asunto o cuestión, a distintas partes, las cuales tienen un punto de vista parecido o se encuentran próximas por verse afectadas de una manera similar;

(17) Conforme a la sección 551.1 del título V U.S.C., «agencia» significa cualquier autoridad del Gobierno de los Estados Unidos, esté o no integrada en otra agencia o sujeta a su revisión, con exclusión del Congreso, los Tribunales de los Estados Unidos, los Gobiernos de los territorios o posesiones de los Estados Unidos y el Gobierno del Distrito de Columbia. También exceptuando, conforme a los requerimientos de la sección 552 de este título, a las agencias compuestas de representantes de las partes o de representantes de organizaciones de las partes para las disputas determinadas por ellas, a los Tribunales castrenses y comisiones militares, a las autoridades militares ejercidas en dicho ámbito para tiempos de guerra o en territorio ocupado...

6. «elaboración negociada de reglamentos» significa la elaboración de reglamentos mediante el uso de una comisión de elaboración negociada de reglamentos;
7. «comisión de elaboración negociada de reglamentos» o «comisión» significa una comisión consultiva establecida por una agencia de acuerdo con este subcapítulo y con la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales para considerar y discutir asuntos con el propósito de alcanzar un consenso en el desarrollo del reglamento propuesto;
8. «parte» tiene el mismo significado que en la sección 551.3 de este título (18);
9. «persona» tiene el mismo significado que en la sección 551.2 de este título (19);
10. «reglamento» tiene el mismo significado que en la sección 551.4 de este título (20); y
11. «*rulemaking*» (21) quiere decir «rule making» conforme este término es definido en la sección 551.5 de este título (22).

(18) Según la sección 551.3 del título V U.S.C. se entiende por parte a cualquier persona o agencia nombrada o admitida como parte, o que está solicitando adecuadamente y tiene el derecho a ser admitida como parte, en un procedimiento seguido ante una agencia, y cualquier persona o agencia admitida por una agencia como parte para determinados efectos.

(19) La sección 551.2 del título V U.S.C. incluye dentro del concepto de persona a cualquier individuo, comunidad, sociedad, asociación u organización pública o privada distinta de una agencia.

(20) Según el tenor de la sección 551.4 del título V U.S.C., por reglamento se entiende la totalidad o una parte de la regulación de una agencia, de aplicación general o particular y de efecto futuro, diseñada para desarrollar, interpretar o recomendar una ley o política, o que describe la organización, procedimiento o necesidades prácticas de una agencia e incluye la aprobación o prescripción para el futuro de tarifas, salarios, estructuras financieras o empresariales, o reorganizaciones sobre lo anterior, precios, propiedades mobiliarias o inmobiliarias, servicios o subvenciones y las valoraciones, costes, labores de contabilidad o prácticas que conlleve alguna de las anteriores actividades.

(21) «*Rulemaking*» es el término que en la legislación norteamericana hace referencia al procedimiento de elaboración de reglamentos o, en general, como bien apunta el Prof. Delgado Piqueras, a la actividad normativa reglamentaria (Ver DELGADO PIQUERAS, F.: «La “Administrative Dispute Resolution Act” de los Estados Unidos: Introducción, traducción y notas», *Revista de Administración Pública*, n.º 131. Mayo-agosto, 1993, p. 560).

(22) La sección 551.5 del título V U.S.C. establece que «*rule making*» quiere decir el procedimiento de una agencia para formular, modificar o revocar un reglamento.

563. Determinación de la necesidad de una comisión de elaboración negociada de reglamentos

A) DETERMINACIÓN DE LA NECESIDAD POR LA AGENCIA (23)

Una agencia puede crear una comisión de elaboración negociada de reglamentos para negociar y desarrollar un reglamento propuesto, si el responsable de la agencia determina que el uso de un procedimiento de elaboración negociada de reglamentos es de interés público. Para llevar a cabo tal determinación, el responsable de la agencia deberá considerar si:

1. es necesario un reglamento;
2. hay un número limitado de intereses identificables que van a ser afectados significativamente por el reglamento;
3. existe una posibilidad razonable de que una comisión pueda ser convocada con una equilibrada representación de personas que:
 - A) puedan representar adecuadamente los intereses a los que hace referencia el párrafo 2); y
 - B) estén dispuestos a negociar de buena fe para alcanzar el consenso sobre el reglamento propuesto;
4. existe una posibilidad razonable de que una comisión va a alcanzar un consenso sobre el reglamento propuesto dentro de un período de tiempo predeterminado;
5. el procedimiento de elaboración negociada del reglamento no retrasará injustificadamente la declaración de elaboración del reglamento propuesto ni la publicación del reglamento final;
6. la agencia tiene los recursos adecuados y está dispuesta a ponerlos a disposición de la comisión, incluyendo asistencia técnica; y
7. la agencia, siempre que le sea posible de acuerdo con sus obligaciones legales, usará el consenso de la comisión como base para el reglamento que se someterá a posterior anuncio y observación pública.

(23) Estas provisiones se contemplan para impedir que se utilice este procedimiento cuando concurren causas que lo hagan fracasar. Entre estas causas puede citarse que la elaboración del reglamento envuelva muchos y diversos intereses, que la materia a tratar no sea susceptible de negociación (por ejemplo, cuando estén en juego valores fundamentales no cabe negociación alguna sobre ellos) o no esté suficientemente definida... Véase KOCH, Charles H. Jr.: *op. cit.*, pp. 433 a 435 y bibliografía allí citada.

B) USO DE CONVOCANTES

1. *Propósitos de los convocantes:* Una agencia puede usar los servicios de un convocante para ser asistida en:
 - A) identificar a las personas que van a ser afectadas significativamente por el reglamento propuesto, incluyendo residentes de áreas rurales; y
 - B) conducir las discusiones con dichas personas para identificar los asuntos que les resultan de interés y asegurarse sobre si la creación de una comisión para la elaboración negociada del reglamento es factible y apropiada en la concreta elaboración del reglamento.
2. *Deberes de los convocantes:* El convocante deberá informar de los resultados y podrá hacer recomendaciones a la agencia. A petición de la agencia, el convocante deberá asegurarse de los nombres de las personas que están dispuestas y calificadas para representar los intereses que vayan a ser significativamente afectados por el reglamento propuesto, incluyendo residentes de áreas rurales. El informe y cualquiera de las recomendaciones que formule el convocante deberá estar a disposición del público que lo solicite.

564. Publicación del anuncio; solicitudes para ser miembro de las comisiones**A) PUBLICACIÓN DEL ANUNCIO**

Si, después de considerar el informe de un convocante o llevar a cabo su propia evaluación, una agencia decide establecer una comisión para la elaboración negociada de un reglamento, dicha agencia deberá publicar en el Registro Federal y, en caso de que lo considere adecuado, en publicaciones comerciales u otras especializadas, un anuncio que deberá contener:

1. una declaración de que la agencia intenta establecer una comisión para la elaboración negociada de un reglamento para negociar y desarrollar el reglamento propuesto.
2. una descripción del tema y alcance del reglamento que va a ser desarrollado, y de los asuntos que van a ser considerados;
3. una lista de los intereses que probablemente van a ser afectados de manera significativa por el reglamento;

4. una lista de las personas propuestas para representar tales intereses y de la persona o personas propuestas para representar a la agencia.
5. el programa propuesto y el calendario para concluir el trabajo de la comisión, incluyendo la fecha prevista para la publicación por la agencia del reglamento propuesto para anuncio y observaciones;
6. la descripción del apoyo administrativo para la comisión que ha de ser provisto por la agencia, incluyendo asistencia técnica;
7. una solicitud para observaciones sobre la propuesta para crear la comisión, y el número de miembros propuesto para la comisión de elaboración negociada del reglamento; y
8. la explicación de cómo una persona puede solicitar o nombrar otra persona para ser miembro de la comisión, conforme esta previsto en la subsección b).

B) SOLICITUDES PARA SER MIEMBRO DE LA COMISIÓN (24)

Las personas que van a ser afectadas de manera significativa por el reglamento propuesto y quienes consideren que sus intereses no van a ser representados adecuadamente por cualquier persona especificada en el anuncio previsto en la subsección a).4), pueden llevar a cabo una solicitud, o nombrar a otra persona, para ser miembro de la comisión de elaboración negociada del reglamento, con el fin de representar tales intereses en relación con el reglamento propuesto. Cada solicitud o nombramiento deberá incluir:

1. el nombre del solicitante o de la persona nombrada y una descripción de los intereses que tal persona deberá representar.

(24) Precisamente el tema de la selección de los miembros de la comisión es uno de los más problemáticos. En el caso de la elaboración negociada de reglamentos, el número de miembros de la comisión negociadora es limitado a aquellos que tengan un interés directo, en cuanto tal limitación se hace necesaria para facilitar las negociaciones. Por tanto, mientras limitar el acceso puede ser conveniente, el proceso de selección y exclusión de ciertos intereses puede resultar problemático. Véase al respecto HARTER, Philip: *op. cit.*, pp. 51 y 52. En una opinión a primera vista del problema, su solución pasaría por limitar el acceso a la comisión negociadora a los intereses más representativos y más directamente afectados por la norma cuyo contenido se pretende elaborar. Así no resultarían imposibles las negociaciones. Por otro lado, una vez adoptado el acuerdo sobre el contenido del reglamento y dentro del procedimiento previsto en la sección 553 del título V U.S.C. para su definitiva redacción y puesta en vigor, queda garantizada la participación de las personas interesadas en la confección final del reglamento a través de la presentación de datos escritos, argumentos y opiniones, con o sin oportunidad de intervención oral (sección 553.c del título V U.S.C.). En caso de que alguna de estas alegaciones fuera tan relevante que hiciera necesario un cambio del contenido del reglamento, la cuestión podría someterse de nuevo a la comisión, dado que sus funciones no se extinguen hasta la promulgación del reglamento final (sección 567 del título V U.S.C.).

2. prueba de que el solicitante o persona nombrada está autorizada para representar a las partes relacionadas con los intereses que dicha persona propone representar;
3. un escrito por el que el solicitante o persona nombrada se compromete a participar activamente y de buena fe en el desarrollo del reglamento que se está estudiando; y
4. las razones por las que las personas especificadas en el anuncio previsto en la subsección a).4) no representan adecuadamente los intereses de la persona que presenta la solicitud o la designación de otra.

C) PERÍODO DE PRESENTACIÓN DE OBSERVACIONES Y SOLICITUDES

La agencia deberá proveer un período de al menos 30 días para la presentación de las observaciones y solicitudes previstas en esta sección.

565. Creación de la comisión

A) CREACIÓN

1. *Decisión de creación de la Comisión:* Si, después de considerar las observaciones y solicitudes presentadas conforme a la sección 564, la agencia determina que una comisión para la elaboración negociada del reglamento puede representar adecuadamente los intereses que van a ser afectados de manera significativa por la normativa propuesta y que ello es factible y apropiado en la particular elaboración del reglamento, la agencia puede establecer una comisión para la elaboración negociada del reglamento. En la creación y administración de dicha comisión, la agencia deberá actuar de acuerdo con la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales en relación con dicha comisión, a no ser que en este subcapítulo se establezca lo contrario.
2. *Decisión de no creación de la Comisión:* Si, después de considerar tales observaciones y solicitudes, la agencia decide no establecer una comisión para la elaboración negociada del reglamento, la agencia deberá publicar inmediatamente un anuncio de tal decisión y de las consiguientes razones en el Registro Federal y, en caso de que lo considere oportuno, en publicaciones comerciales u otras especializadas, una copia del cual deberá ser enviada a cada persona que solicitó, o designó a otra para ello, ser miembro de la comisión de elaboración negociada del reglamento para representar dichos intereses en relación con el reglamento propuesto.

B) NÚMERO DE MIEMBROS

La agencia deberá limitar el número de miembros en una comisión de elaboración negociada de un reglamento a 25 miembros, a menos que el responsable de la agencia determine que es necesario un mayor número de miembros para el funcionamiento de la comisión o para alcanzar una composición equilibrada de miembros. Cada comisión deberá incluir al menos una persona que represente a la agencia.

C) APOYO ADMINISTRATIVO

La agencia deberá proveer el apoyo administrativo apropiado para la comisión de elaboración negociada del reglamento, incluyendo asistencia técnica.

566. Actuación de la Comisión

- a) *Deberes de la Comisión:* Cada comisión para la elaboración negociada de un reglamento establecida bajo este subcapítulo deberá considerar la cuestión sometida a estudio por la agencia e intentará alcanzar un consenso sobre el reglamento propuesto en relación con tal asunto y cualquier otra cuestión que la comisión determine relevante para dicho reglamento.
- b) *Representantes de la agencia en la Comisión:* La persona o personas que representen a la agencia en una comisión para la elaboración negociada de un reglamento deberán participar en las deliberaciones y actividades de la comisión con los mismos derechos y responsabilidades que los demás miembros de la comisión y deberán estar autorizados para representar completamente a la agencia en las discusiones y negociaciones de dicha comisión.
- c) *Selección del facilitador:* No obstante lo previsto en la sección 10.e) de la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales (25), una agencia puede nombrar bien a una persona del Gobierno Federal o a una persona ajena al Gobierno Federal para servir como facilitador en las negociaciones de la comisión, lo que estará sometido a la

(25) La sección 10.e) de la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales establece: «Se designará un oficial o empleado del Gobierno Federal para presidir o asistir en cada reunión de cada comisión consultiva. El oficial o empleado así designado está autorizado, cuando determine que ello es de interés público, para terminar cualquiera de estas reuniones. Ninguna comisión consultiva llevará a cabo reunión alguna en ausencia de dicho oficial o empleado».

- aprobación de la comisión por consenso. Si la comisión no aprueba el nombramiento del facilitador realizado por la agencia, la comisión deberá proponer un nuevo nombramiento. Si la comisión no aprueba ninguna de las proposiciones de nombramiento de facilitador llevadas a cabo por la agencia, la comisión deberá seleccionar por consenso una persona que sirva como facilitador. Una persona designada para representar a la agencia en cuestiones sustantivas no puede servir como facilitador ni tampoco presidir la comisión.
- d) *Deberes del facilitador*: Un facilitador aprobado o seleccionado por una comisión para la elaboración negociada de un reglamento deberá:
1. presidir las reuniones de la comisión de una forma imparcial;
 2. asistir imparcialmente a los miembros de la comisión en la realización de los debates y negociaciones;
 3. supervisar la elaboración de actas y documentos conforme requieren las secciones 10.b) y c) de la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales (26), exceptuando cualquier nota personal y cualquier material del facilitador o de los miembros de la comisión que no deba estar sujeta a la sección 552 de este título.
- e) *Procedimientos de la Comisión*: Cualquier comisión para la elaboración negociada de un reglamento establecida bajo este subcapítulo puede adoptar procedimientos para su funcionamiento. Ninguna previsión contenida en la sección 553 de este título deberá ser aplicada a los procedimientos de una comisión para la elaboración negociada de un reglamento.
- f) *Informe de la Comisión*: Si una comisión alcanza un consenso (27) sobre un reglamento propuesto, a la conclusión de las negociaciones

(26) Las secciones 10.b) y c) de la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales indican lo siguiente:

- «b) De conformidad con la sección 552 del título V U.S.C., los registros, informes, copias, actas, apéndices, documentos administrativos, proyectos, estudios, agendas y otros documentos que fueran puestos a disposición de, o preparados para o por, cada comisión consultiva deberán estar disponibles para inspección pública, debiendo existir una copia de los mismos en las oficinas de la comisión consultiva o de la agencia a la que ésta aconseje, hasta que tal comisión deje de existir.
- c) Deberá guardarse actas detalladas de cada reunión de una comisión consultiva, que deberán contener un informe de los asistentes, una exacta y completa descripción de los asuntos debatidos y de las conclusiones alcanzadas, y copias de todos los informes recibidos, emitidos o aprobados por dicha comisión consultiva. La veracidad de todas las actas deberá ser comprobada por el presidente de la comisión».

(27) Conforme al apartado 11 de la Recomendación 82-4 de la A.C.U.S., la meta del grupo negociador debería ser llegar a un acuerdo sobre un reglamento propuesto. En este contexto, consenso significaría que cada interés representado en el grupo negociador concurre al resultado, a menos que los miembros de la comisión acuerden desde el principio otra definición.

la comisión deberá transmitir a la agencia que estableció dicha comisión un informe que contenga el reglamento propuesto (28 y 29). Si la comisión no alcanza tal consenso sobre el reglamento propuesto, la comisión puede transmitir a la agencia un informe especificando cualquier aspecto en el cual la comisión alcanzara un acuerdo. La comisión puede incluir en el informe cualquier otra información, recomendaciones o materiales cuando lo estime conveniente. Cualquier miembro de la comisión puede incluir como un *addendum* al informe cualquier información, recomendación o material.

- g) *Documentos de la Comisión:* Junto al informe requerido por la subsección f), la comisión deberá entregar a la agencia los documentos requeridos bajo las secciones 10.b) y c) de la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales (30).

(28) Esta propuesta de reglamento que la comisión realiza a la agencia parece no ser vinculante, aunque rara vez la agencia se separe del parecer de la comisión. La no vinculatoriedad de la propuesta parece indudable para el Prof. Charles Koch quien establece «... *Incluso la posición negociada final no es vinculante como tal hasta que sea adoptada como el reglamento final a través de los procedimientos establecidos*». Véase KOCH, Charles H. Jr.: *op. cit.*, p. 433. En mi opinión, aunque la propuesta de la comisión no resulta vinculante para la agencia, ésta debe tender a respetarla siempre que ello le resulte posible. Incluso, bajo mi punto de vista, la agencia debería motivar su posición en aquellos casos en que la separación de la propuesta fuera esencial (no en aquellos casos en que existieran meras diferencias de matiz). No tiene ningún sentido que la agencia se separe del parecer de la comisión después de alcanzado un consenso en el que ella misma a través de su representante ha participado. La razón de esta inversión de tiempo y dinero es lograr un acuerdo sobre una determinada norma para mejorar sus contenidos y evitar litigios ulteriores que conllevarán un mayor consumo de tiempo y dinero (estamos ante un gasto a priori inferior al ahorro que se producirá a posteriori). El separarse de la opinión de la comisión resultará peligroso para conservar la seriedad y credibilidad de este tipo de procedimiento de elaboración negociada de reglamentos que tan útil y práctico resulta a mi parecer.

(29) Una vez que la agencia recibe el documento de la comisión en el que se contiene el reglamento propuesto, ésta deberá seguir con el procedimiento reglamentario ordinario previsto en la sección 553 del título V U.S.C. Este procedimiento, que se sigue a posteriori, consta principalmente de tres fases:

- a) Publicación de la propuesta de reglamento en el Registro Federal, que deberá contener: una descripción del tiempo, lugar y naturaleza de las actuaciones a proseguir, la indicación precisa de la autoridad que propone el reglamento, y los contenidos sustanciales del reglamento propuesto.
- b) Esta publicación permite el conocimiento por los particulares del reglamento y da pie a una segunda fase de participación ciudadana a través de datos escritos, pareceres y argumentos (con o sin oportunidad de presentación oral) y a la valoración por la agencia de estas alegaciones.
- c) Finalmente, el texto definitivo del reglamento debe publicarse también en el Registro Federal.

Sobre el procedimiento reglamentario en los Estados Unidos véase CARBONELL, E. y MUGA, J.L.: *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*. Marcial Pons. Madrid, 1996, pp. 61 a 75. Conforme indica la Prof. Carbonell, el procedimiento reglamentario previsto en la sección 553 del título V U.S.C., pese a tener un carácter informal al contar con menos trámites procedimentales, es el más usual. Conforme a la clasificación que la Prof. Carbonell realiza, la elaboración negociada de reglamentos se practicará respecto de los reglamentos denominados como sustantivos (que son aquellos que desarrollan las disposiciones legales y, por tanto, tienen carácter vinculante). Estos reglamentos deben tramitarse por el procedimiento reglamentario informal y es en el seno de este procedimiento donde puede insertarse el proceso negociador del contenido de dicho reglamento.

(30) Véase nota 27.

567. Finalización de la Comisión

Cualquier comisión para la elaboración negociada de un reglamento deberá finalizar cuando se promulgue el reglamento final que es objeto de consideración, a menos que en los estatutos de dicha comisión se contenga una fecha anterior de terminación, o la agencia, después de consultar a la comisión, o la comisión misma especifiquen una fecha anterior de terminación.

568. Servicios, prestaciones y pago de los gastos de los miembros de la Comisión

A) SERVICIOS DE CONVOCANTES Y FACILITADORES

- 1) *En general*: Una agencia puede utilizar o contratar los servicios de un individuo u organización para servir como convocante o facilitador en una comisión para la elaboración negociada de un reglamento conforme a lo previsto en este subcapítulo, o puede usar los servicios de un empleado del Gobierno para ejercer las funciones de convocante o facilitador en dicha comisión.
- 2) *Determinación de intereses en conflicto*: Una agencia deberá determinar si una persona considerada para servir como convocante o facilitador de una comisión conforme a lo previsto en el párrafo 1) tiene algún interés financiero o de otro tipo que podría impedir a dicha persona ejercer sus funciones de una forma imparcial e independiente.

B) SERVICIOS Y PRESTACIONES DE OTRAS ENTIDADES

Para los propósitos de este subcapítulo, una agencia puede usar los servicios y prestaciones de otras agencias federales y de agencias públicas y privadas u otras entidades con el consentimiento de tales agencias y entidades, y con o sin reembolso de tales agencias y entidades, y puede aceptar servicios voluntarios y sin contraprestación sin tener en cuenta las previsiones de la sección 1.342 del título 31 (31). El Servicio Federal de

(31) La sección 1.342 del título 31 U.S.C. dispone lo siguiente:

«1.342. Limitación sobre servicios voluntarios.

Un funcionario o empleado del Gobierno de los Estados Unidos o del Gobierno del Distrito de Columbia no puede aceptar otros servicios voluntarios de los Gobiernos anteriormente mencionados

Mediación y Conciliación puede proporcionar servicios y prestaciones, con o sin contraprestación, para asistir a las agencias contempladas bajo este subcapítulo, incluyendo el proporcionar convocantes, facilitadores y formación en las técnicas de elaboración negociada de reglamentos.

C) GASTOS DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN

Los miembros de una comisión para la elaboración negociada de un reglamento serán responsables por sus propios gastos de la participación en tal comisión, excepto que una agencia pueda, de acuerdo con la sección 7.d) de la Ley sobre Comisiones Consultivas Federales (32), pagar unas dietas razonables de viaje y de gastos diarios, gastos para obtener asistencia técnica y un razonable pago en compensación si:

1. tal miembro certifica una falta de adecuados recursos financieros para participar en la comisión; y
2. la agencia determina que la participación de dicho miembro en la comisión es necesaria para asegurar una adecuada representación del interés defendido por tal miembro.

D) STATUS DE MIEMBRO COMO EMPLEADO FEDERAL

Un recibo de fondos de un miembro conforme a lo previsto en esta sección o en la sección 569 no resultará determinante para, bajo los propósitos de las secciones 202 a 209 del título 18, considerar si ese miembro es un empleado del Gobierno de los Estados Unidos.

o emplear servicios personales que excedan de los autorizados por ley excepto para emergencias que afecten a la seguridad de la vida humana o a la protección de la propiedad. Esta sección no es de aplicación a ninguna sociedad que consiga sumas para hacer préstamos (excepto las pagadas en sumas de capital) sin la responsabilidad legal del Gobierno de los Estados Unidos. Según es usado en esta sección, el término "emergencias que afecten a la seguridad de la vida humana o a la protección de la propiedad" no incluye funciones regulares y en proceso del Gobierno, cuya suspensión no amenazaría de manera inminente la seguridad de la vida humana o la protección de la propiedad».

(32) Dicha sección establece que los miembros de las comisiones consultivas, siempre que se encuentren en el ejercicio de sus funciones fuera de sus domicilios o lugar habitual de trabajo, pueden percibir gastos de viaje en las condiciones de la sección 5.703 del título V U.S.C. para personas empleadas temporalmente al servicio del Gobierno.

569. Fomento de la elaboración negociada de reglamentos (33)

- a) El Presidente designará una agencia o nombrará o establecerá una comisión de varias agencias para facilitar y fomentar el uso por és-

(33) Como consecuencia de la desaparición de la A.C.U.S., llevada a cabo por el título IV de la *Treasury, Postal Service and General Government Appropriations Act* de 1995, la sección 11.b) de la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996 ha modificado la sección 568 del U.S.C. que hacía referencia fundamentalmente al papel de la A.C.U.S. en la elaboración negociada de reglamentos. A continuación reproducimos el fragmento vigente hasta dichas modificaciones:

«569. Papel de la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos y de otras entidades.

a) *Consulta por las agencias:* Una agencia puede realizar consultas a la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos o a otros individuos u organizaciones de carácter público o privado para recibir información y asistencia sobre la formación de una comisión para la elaboración negociada de un reglamento y sobre la conducción de las negociaciones en relación con un reglamento propuesto.

b) *Lista de posibles convocantes y facilitadores:* La Conferencia Administrativa de los Estados Unidos, en consulta con el Servicio Federal de Mediación y Conciliación, mantendrá una lista de individuos que han actuado o están interesados en servir como convocantes o facilitadores en los procedimientos para la elaboración negociada de reglamentos. La lista incluirá individuos de las agencias del gobierno y de grupos privados, y deberá estar disponible a cualquier petición. Las agencias pueden además usar listas mantenidas por otros individuos u organizaciones de carácter público o privado.

c) *Procedimientos para obtener convocantes y facilitadores:*

1. *Procedimientos:* La Conferencia Administrativa de los Estados Unidos deberá desarrollar procedimientos que permitan a las agencias obtener los servicios de convocantes y facilitadores de una forma inmediata.
2. *Pago por los servicios:* El pago por los servicios de convocantes y facilitadores deberá ser hecho por la agencia que use sus servicios, a menos que el Presidente de la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos acuerde pagar por tales servicios conforme a lo previsto en la subsección f).

d) *Recopilación de datos sobre la elaboración negociada de un reglamento; informe al Congreso:*

1. *Recopilación de datos:* La Conferencia Administrativa de los Estados Unidos deberá recopilar y mantener los datos relativos a la elaboración negociada de un reglamento y deberá actuar como registro para asistir a las agencias y a las partes que participen en los procedimientos para la elaboración negociada de un reglamento.
2. *Presentación de información por las agencias:* Cada agencia comprometida en la elaboración negociada de un reglamento deberá proporcionar a la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos una copia de cada uno de los informes sometidos a la agencia por las comisiones para la elaboración negociada de reglamentos conforme a lo previsto en la sección 566 y cualquier otra información adicional que se considere necesaria para permitir a la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos cumplir con esta subsección.
3. *Informes al Congreso:* La Conferencia Administrativa de los Estados Unidos deberá revisar y analizar los informes e informaciones recibidos conforme a esta subsección y deberá transmitir un informe bienal a la Comisión de Asuntos del Gobierno dependiente del Senado y a las Comisiones adecuadas de la Casa de los Representantes que:
 - A) contenga recomendaciones para el uso efectivo por las agencias de la elaboración negociada de reglamentos; y
 - B) describa la naturaleza y cantidades de los gastos realizados por la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos para lograr los propósitos de este subcapítulo.

e) *Formación en la elaboración negociada de reglamentos:* La Conferencia Administrativa de los Estados Unidos está autorizada para proporcionar formación en las técnicas y procedimientos de

tas de la elaboración negociada de reglamentos. Una agencia que está considerando, planeando o llevando a cabo la elaboración negociada de un reglamento puede consultar con tal agencia o comisión para recibir información y asistencia.

- b) Para llevar a cabo los propósitos de este subcapítulo, una agencia que planee o lleve a cabo la elaboración negociada de un reglamento puede aceptar, mantener, administrar y utilizar donaciones y legados de propiedad, tanto de carácter real como personal, si la aceptación y uso por la agencia de tales donaciones o legados no crea un conflicto de intereses. Las donaciones y legados de dinero y lo recaudado de ventas de otras propiedades recibidas como donaciones o legados deberán ser depositados en el Tesoro y deberán ser desembolsados bajo la orden del responsable de dicha agencia. Las propiedades aceptadas siguiendo lo dispuesto en esta sección y lo recaudado de lo anterior, deberán ser usados de la forma más acorde posible con los términos de las donaciones y legados (34).

570. Revisión judicial

Cualquier acción de una agencia relativa al establecimiento, asistencia o terminación de una comisión para la elaboración negociada de un reglamento conforme a lo dispuesto en este subcapítulo no estará sometida a revisión judicial. Nada de lo dispuesto en esta sección impedirá el

elaboración negociada de reglamentos al personal del Gobierno Federal, tanto de forma onerosa como gratuita. Tal formación puede ser extendida de forma onerosa a individuos particulares.

f) *Pago de los gastos de las agencias:* El Presidente de la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos está autorizado para pagar, a petición de una agencia, la totalidad o parte de los gastos del establecimiento de una comisión para la elaboración negociada de un reglamento y de la realización de dicha elaboración negociada del reglamento. Dichos gastos pueden incluir, aunque no quedan limitados a estos:

1. los costes de convocantes y facilitadores;
2. los gastos de los miembros de la comisión determinados por la agencia para cumplir los requisitos de asistencia previstos en la sección 568.c); y
3. costes de formación.

Las determinaciones con respecto a los pagos contemplados en esta sección serán sometidos a la discreción de dicho Presidente para fomentar el uso por las agencias federales de la elaboración negociada de reglamentos.

g) *Uso de fondos de la conferencia:* La Conferencia Administrativa de los Estados Unidos puede destinar fondos recibidos conforme a las sección 595.c.12) de este título a llevar a cabo los propósitos de este subcapítulo».

(34) Esta sección b) recoge en buena parte lo dispuesto en el artículo 595.c).12) del título V U.S.C. (ahora también sin vigencia tras la desaparición de la A.C.U.S.), al que se remitía la anterior sección 569 del título V U.S.C.

examen judicial de un reglamento si tal revisión está de otro modo prevista por la ley. A un reglamento que es producto de elaboración negociada y que es sometido a revisión judicial no le será conferida una mayor deferencia por un Tribunal que a un reglamento que es producto de otros procedimientos de elaboración de reglamentos (35).

570.a) Autorización de asignaciones de fondos (36)

Se autoriza la asignación de las sumas que sean necesarias para llevar a cabo los propósitos de este subcapítulo.

VI. El ejemplo de su utilización por la Agencia de Protección del Medio Ambiente

En este último apartado, recogemos un ejemplo de la utilización del procedimiento de elaboración de reglamentos estudiado (37), analizando la experiencia de la Agencia de Protección del Medio Ambiente (38). Recogemos un ejemplo doble: por un lado de la utilización práctica de la elaboración negociada de reglamentos en uno de los sectores que mayor litigiosidad presenta, el medio ambiente; por otro, estamos ante un ejemplo de cómo se utilizaba este tipo de procedimientos en la práctica administrativa estadounidense con anterioridad a la promulgación de la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990.

(35) A pesar de que es posible la revisión judicial de los reglamentos elaborados de forma negociada, ésta no será muy frecuente, debido a la mayor aceptación por los intereses afectados de los contenidos de la norma que ellos mismos han negociado. No obstante recordemos que el recurso judicial no podrá basarse en las actuaciones de la agencia para crear la comisión. En el primer recurso frente a un reglamento promulgado bajo la *Negotiated Rulemaking Act*, caso *Group Loan Services, Inc. Vs Riley*, 82 F.3d 708 (7th Cir. 1996), el Tribunal consideró que no se podía exigir el cumplimiento de las promesas hechas a la industria afectada por la regulación durante el proceso de negociación del contenido del reglamento.

(36) Sección introducida por la sección 11.d) de la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996. La sección 4 de la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 disponía que para llevar a cabo los propósitos de la Ley y de las enmiendas introducidas por ella, se autorizaba la asignación de fondos a la A.C.U.S. que no excediera de los 500.000 \$ para los años fiscales 1991, 1992 y 1993 (además de los fondos autorizados por la sección 596 del título V U.S.C.).

(37) Para la elaboración de este apartado hemos seguido fundamentalmente la experiencia descrita por Lee M. Thomas, administrador de la Environmental Protection Agency. Véase HARTER, Philip J.; THOMAS, Lee M.; McMURRAY, Kay; FLEMING, Robben W. & MILLHAUSER, Marguerite: «Institutionalizing Alternative Dispute Resolution: Where does the Government go from here?», en «A colloquium on improving dispute resolution: options for the Federal Government (symposium)». *The Administrative Law Journal of the American University*, 1987, vol. 1, n.º 2, pp. 510 a 515.

(38) En adelante EPA (*Environmental Protection Agency*).

Existen otros muchos ejemplos de la aplicación práctica de estos procedimientos, quizás mejores que el expuesto, pero considero que éste es lo suficientemente significativo e ilustrativo de su gran utilidad y que de él se pueden desprender las enormes ventajas de este procedimiento. Además, la experiencia descrita de la EPA proporciona algunos interesantes matices a tener en cuenta. Por otra parte, debemos recordar de nuevo que no siempre es fácil alcanzar un acuerdo sobre un tema en el convergen muy distintos intereses y por ello deberá estarse a la conveniencia o no de la utilización del procedimiento. Tampoco debe olvidarse que la negociación de buena fe y la buena voluntad de las partes son elementos esenciales del proceso. Las partes deben transigir y recordar que aun cediendo en sus posiciones siempre van a resultar beneficiadas del acuerdo final. No deben obcecarse en mantener rígidas posiciones pensando que, en caso contrario, resultarán perdedoras frente al interés opuesto. Aunque a priori parece que puedan resultar perdedoras al ceder en sus posiciones, no debe mirarse este procedimiento de una manera contradictoria, sino que, a través de la transigencia y la negociación, todas las partes interesadas van a salir beneficiadas a posteriori (simplemente tengamos en cuenta que el dinero ahorrado en litigar es ya un beneficio importante).

La agencia de protección medioambiental norteamericana tiene siempre presente el concepto de negociación y consulta. La EPA se encuentra con relativa frecuencia con que es parte de numerosos conflictos. Los asuntos conflictivos relacionados con la mencionada agencia son cuestiones que requieren múltiples esfuerzos de las diferentes partes en orden a alcanzar la solución adecuada. Las cuestiones que originan dichos conflictos son técnicamente complejas, y van desde decisiones sobre pesticidas a decisiones relativas a si llenar un pantano o en qué niveles situar el control de la contaminación ambiental.

Más allá, estos asuntos tienden a ser legalmente complejos. Las leyes a menudo carecen de una extensa experiencia legislativa. Por ejemplo, muchas de las leyes que son de aplicación en estas cuestiones, son relativamente nuevas, habiendo sido promulgadas dentro de los últimos cinco o diez años. Sin embargo, cada una de estas leyes ha sido activamente puesta en práctica desde su promulgación.

Finalmente, los asuntos con que la EPA trata son emocionalmente complejos. La gente tiene fuertes y encontradas opiniones sobre las normas reguladoras y sobre su aplicación. Adicionalmente, existe un debate alrededor del impacto económico que la actuación de la EPA puede causar. Sucede además, que existen muchas partes interesadas en estos asuntos. Entre ellas se encuentran otras agencias federales, las cuales tienen implicación e interés directo en cómo se resuelven estas cuestiones. También se encuentran los distintos sectores afectados por la regulación

tales como industrias, grandes compañías, grupos de interés, ciudadanos etc. La agencia ha considerado que los asuntos conflictivos, producto de las regulaciones elaboradas sin utilizar técnicas de negociación, han incrementado su complejidad, no sólo por razones técnicas y legales, sino también por razones afectivas (ya que las partes afectadas al no trabajar hacia un objetivo común se encerraban en su intransigencia para no considerarse perdedoras).

Si tenemos en cuenta esta diversidad de partes interesadas, las complejidades técnicas de los asuntos en cuestión y la creciente dificultad para resolver legalmente estos asuntos, comprenderemos por qué la EPA ha establecido la negociación, la consulta y la comunicación como una directriz en su actuación. Especialmente en los últimos años, esta agencia ha trabajado duro para incorporar estos conceptos en cada una de sus actuaciones. Específicamente, entre otros ámbitos de su actuación, la EPA ha pretendido introducir estas ideas en el desarrollo de su actividad normativa reglamentaria. Respecto a la introducción de la negociación en el procedimiento de elaboración de reglamentos, la EPA examinó el proceso tradicionalmente usado para desarrollar reglamentos hace algunos años y determinó que existían varias razones para utilizar métodos alternativos. Entre otras destaca que, en primer lugar, la duración del procedimiento era extremadamente larga, tardando en ocasiones hasta 10 años, aunque la media era de 3 a 5. En consecuencia dicha agencia tenía gran interés en ver si este período de tiempo podía ser acortado. Por otro lado, y entre otras muchas razones, estas normas eran técnicamente muy complejas y la EPA estaba interesada en desarrollar vías para recibir tanta información técnica como fuera posible mientras las normas estaban siendo elaboradas.

Como resultado, la EPA desarrolló a principios de 1983 un proceso de elaboración de reglamentos utilizando la negociación. Este esfuerzo piloto resultó en la elaboración de siete reglamentos (por ejemplo sobre regulación e inyección de residuos peligrosos bajo el suelo). Tras estas experiencias iniciales en las que se tuvieron en cuenta los intereses de los sectores afectados, la EPA concluyó, después de evaluar sus éxitos y fracasos, que la negociación para la determinación del contenido de un reglamento sería una parte esencial del procedimiento reglamentario. En consecuencia, la EPA estableció distintos criterios para determinar cuáles de las regulaciones propuestas eran apropiadas para ser elaboradas negociadamente. A su vez también realizó una serie de consideraciones para mejorar estos procedimientos, de entre las que destacan las siguientes:

- a) Para reducir el tiempo de elaboración de dichas regulaciones, generalmente existe un escaso margen de tiempo para alcanzar el

acuerdo. Las partes deben esforzarse en alcanzar un acuerdo antes de una fecha determinada (bien por la agencia, bien por la propia comisión negociadora etc.), para no dilatar más el proceso y obligar a las distintas partes a trabajar más intensamente. Además debe tenerse en cuenta que un panel de buenos candidatos para la negociación es algo importante antes de que las negociaciones puedan comenzar y que el simple acuerdo entre las partes negociadoras acerca de que un determinado asunto debe regularse es ya un punto de partida importante para conseguir una fructífera negociación.

- b) La selección de un facilitador, o quizás de varios, es extremadamente importante. En muchos de los reglamentos que han sido ya elaborados a través de este procedimiento se han utilizado principalmente facilitadores ajenos a la EPA. La opinión de la agencia es que un factor clave para una fructífera negociación es asegurar que el facilitador está técnicamente cualificado tanto para llevar a cabo sus funciones como facilitador como para afrontar los aspectos técnicos del reglamento cuyo contenido se pretende negociar. Si un facilitador no dispone de la adecuada formación en ambos aspectos, se puede requerir el uso de varios facilitadores que con sus respectivos conocimientos complementen la formación requerida (la EPA ha utilizado esto último con éxito en alguna elaboración de reglamentos).
- c) Por otro lado, el completo consenso no siempre es posible. Cuando se hace imposible llegar a un acuerdo sobre todos los puntos, resulta de gran utilidad alcanzar acuerdos puntuales sobre materias conflictivas.

Dentro de la agencia y tras las numerosas experiencias pasadas en la que la negociación de los distintos reglamentos ha dado sus frutos, se ha llegado a las siguientes conclusiones acerca de las ventajas de este tipo de procedimientos:

- a) La utilización de la negociación en la elaboración de reglamentos funciona. Además de ser particularmente apropiada para asuntos en que urge una regulación, la posibilidad de obtener una gran cantidad de información técnica en el desarrollo del proceso y la disminución de la litigiosidad sobre el reglamento propuesto incita a utilizar estas técnicas de negociación en el procedimiento reglamentario.
- b) Prueba del éxito de la utilización de la negociación en la actividad normativa reglamentaria es el hecho de que ninguno de los reglamentos que finalmente se elaboraron bajo estos procedimientos han sido objeto de litigio. Yendo aún más lejos, la EPA considera que este tipo de regulaciones tienen un carácter superior en el sentido de que en su elaboración se contaba con muy buena informa-

ción técnica provista y debatida durante el proceso negociador, y los negociadores se sentían en cierto modo, padres de la regulación. En consecuencia, su cumplimiento ha sido muy elevado, en gran parte porque la comunidad regulada participaba activamente en el proceso negociador. Aquellos que participaron aportaron su propia información técnica y entendieron exactamente qué quería decir la regulación elaborada y cuál era el objetivo que se esperaba llevar a cabo con ella una vez promulgada.

- c) La negociación ha provisto, además, una mayor responsabilidad de la EPA debido a que su personal encargado de llevar a cabo la regulación comparte con la comunidad y los grupos de interés afectados por la regulación el peso de su elaboración y de la resolución de las cuestiones que resulten más conflictivas. La EPA prosigue con su compromiso de usar el documento consensuado que resulta de las negociaciones como el documento base para ser propuesto en el anuncio público de elaboración de reglamento.
- d) El proceso negociador resulta beneficioso para los participantes. Los grupos con intereses opuestos se han sentado juntos alrededor de la mesa negociadora y han conocido que interés resulta clave para cada parte. Tanto en los asuntos de regulaciones de pesticidas, de emisiones contaminantes o de otros muchos que la EPA ha debido regular, se ha podido observar que ha existido una significativa mejora en la comunicación entre grupos que tradicionalmente tenían una relación enfrentada.

Este ejemplo demuestra que, aunque no en todos los casos (para eso está la figura del convocante que debe evaluar en qué casos resulta o no apropiado), la utilización de la negociación con los intereses afectados en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias proporciona una mayor calidad y una mejor aceptación de dichas normas, además de otras muchas ventajas adicionales. Bajo mi punto de vista, todas estas ventajas también se pueden conseguir en la actividad normativa reglamentaria de nuestro país. Con las cautelas propias de la inexperiencia en este tipo de técnicas, considero que este tipo de procedimientos debería ir introduciéndose en nuestro Derecho Administrativo.

Si tenemos en cuenta que los reglamentos de carácter sustantivo intentan desarrollar las normas legales (de alcance más general) para adecuarlas a la concreta realidad regulada, debemos considerar que los particulares, que tienen sus relaciones jurídicas en el seno de dicha realidad, son los que mejor conocen los problemas que en ella subyacen y que, por tanto, pueden aportar conocimientos más fidedignos que aquéllos que, desde sus alejados despachos, tienen como misión elaborar las mencionadas normas.