Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 4 | 2026
pp. 1–13
Madrid, 2025
DOI: 10.37417/cudere/vol_3_2025_
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© José Esteve Pardo
ISSN: 3020-6162

EL DEBATE RECURRENTE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL *ADMINISTRATIVE LAW* EN LOS ESTADOS UNIDOS*

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho administrativo.
Universidad de Barcelona

Debo reconocer que Robert Johnson, sin ser profesor ni jurista, me ayudó a entender el título y la trama de este libro. No se sabe mucho de Johnson: se cree que nació en torno a 1911 en el estado de Misisipi y que murió en circunstancias extrañas, posiblemente envenenado, en un cruce de carreteras, en 1937. Lo que resulta del todo incuestionable es su posición clave en la taxonomía de la música popular más extendida en Occidente. Johnson fue un cantante y guitarrista de *blues*, compuestos por él en su mayor parte. Sus actuaciones en tabernas y en las plantaciones de algodón llegaron a ser legendarias, hasta el punto de ser conocido como el rey del Delta Blues. Pero lo más relevante fue su influencia en otros artistas que, procedentes también de Misisipi, participaron en el flujo migratorio desatado con la Gran Depresión que, remontando la ruta del río, los llevó a las ciudades industriales del norte, Detroit y, sobre todo, Chicago. Allí se electrificó el blues primario de la guitarra acústica, la armónica y el tambor. Desde allí el blues se extendió a Europa sobre todo a través de dos de sus estrellas más descollantes en Chicago: Howlin' Wolf y Muddy Waters, que influyeron de manera determinante en muchos grupos y bandas, entre ellos los Rolling Stones (el *rock and roll* es el *blues* acelerado), Led Zeppelin, Cream y en quien inicialmente fuera miembro de este grupo, Eric Clapton. Todos ellos reconocieron en Robert Johnson el impulso creador iniciático, versionando como homenaje a él canciones suyas: *Love in vain* o *Stop breaking down* por los Rolling Stones, o el álbum de Eric Clapton, *Me and Mr. Johnson,* formado exclusivamente por temas del legendario *bluesman* del Delta del Misisipi. Clapton es además, el organizador del *Crossroads Guitar Festival* que cuenta ya con varias ediciones y que reúne a grandes guitarristas y bandas, dedicando sus ingresos a la cura de drogodependientes y la lucha contra la

* Estudio preliminar al libro de José Ignacio Hernández G. *La encrucijada del Derecho Administrativo en los Estados Unidos. De Chevron a Loper Bright*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2026, publicado en la colección «Derecho de los Servicios Públicos y la Regulación» vinculada a esta revista.

drogadicción. El nombre del festival se inspira en un tema mítico de Robert Johnson, *Cross Road Blues,* el *blues* de la encrucijada.

Robert Johnson me ayudó así a entender y valorar el título de este magnífico y vibrante libro: la encrucijada en la que se encuentra el Derecho administrativo de los Estados Unidos de América. La tesis del autor es que no se trata de una situación coyuntural, sino que el Derecho administrativo ha ido allí de una encrucijada a otra. Son cuatro las principales encrucijadas, *cross roads,* que se localizan en el libro. La encrucijada de inicio se presenta con la creación de la que pasa comúnmente por ser la primera agencia administrativa, la *Interstate Commerce Commission*, en 1887, que convencionalmente se tiene, así como la fecha del nacimiento del Derecho administrativo norteamericano. La segunda encrucijada viene marcada por la crisis de la Gran Depresión —vivida y cantada por juglares como el propio Robert Johnson o Woody Guthrie, el icono de Bob Dylan— que tiene como respuesta el *New Deal* y con él la formación del llamado *Administrative State.* La tercera se abriría con la sentencia *Chevron* de la *Supreme Court* en 1984 y los cuarenta años que transcurren bajo su dominio. Finalmente, la encrucijada con la que ahora se topa el Derecho administrativo en Estados Unidos es esa en la que le ha dejado la *Supreme Court* con su decisión sobre el caso *Loper Bright v. Raimondo,* con la que dice derogar la doctrina Chevron.

En cualquier cruce de carreteras hay que optar por una de ellas y, si no se tiene muy claro el destino final, fácilmente puede suscitarse la duda de si la carretera por la que se circula es la correcta, lo que suele llevar a la búsqueda de nuevos cruces o conexiones. Así habría circulado el Derecho administrativo de los Estados Unidos, de encrucijada en encrucijada. El suyo no habría sido un viaje lineal, bien trazado, por una misma carretera, más amplia o más estrecha según los tramos, sino una sucesión de cruces y cambios de ruta que acaban por desorientar. El resultado de ello —esta sería una segunda tesis del libro— es que el Derecho administrativo norteamericano no ha podido consolidarse en torno a un eje vertebrador, ni levantar una estructura dogmática bien definida y generalmente aceptada, al menos en sus fundamentos y piezas básicas.

Esta es, por lo demás, una apreciación bastante extendida en el continente europeo, donde tiende a considerarse el *Administrative Law* como un Derecho un tanto primario, poco desarrollado técnicamente. Pero la opinión que más cuenta, por tener un conocimiento más profundo de él, es la de los propios académicos y juristas norteamericanos, que por lo general vienen a coincidir en ello. Nos lo confirma en la presentación de esta misma obra uno de sus profesores más destacados, Adrian Vermeule, al mantener que «no es exagerado decir que el Derecho administrativo de Estados Unidos no tiene una teoría sobre para qué sirve y, más profundamente, para qué es realmente». José Ignacio Hernández apunta en este libro una explicación, ligada a su tesis de las encrucijadas y es que, ante ellas, la carretera por la que generalmente se optó fue la que venía señalada por el más puro pragmatismo, por la solución práctica de los problemas, descartando la que conducía a las construcciones dogmáticas y conceptuales, más abstractas ciertamente, pero más perdurables en su aplicación.

La ausencia o precariedad de una dogmática, de una doctrina unánimemente aceptada, se ha hecho siempre patente de manera crítica en un espacio fundamental como es el de las bases constitucionales o, mejor, el encuadre constitucional del *Administrative Law.* El esfuerzo principal, y el permanente debate que lo envuelve, se ha dirigido a fijar la posición de la Administración en un entorno constitucional muy marcado por la división de poderes que en esa tradición norteamericana resulta del todo crucial. La prueba de ello es que el nacimiento del Derecho administrativo está vinculado allí a la creación de las agencias pues desde el principio se las situó en una especial correlación con los otros poderes que en ellas se interiorizan (*rule making power* y *adjudication power*), lo que se pretende fundamentar en los poderes delegados por el Congreso. Pero lo cierto es que no se ha consolidado una doctrina sobre la adecuación constitucional del *Administrative Law* tal como ponen de manifiesto diversos cuestionamientos recientes, que abiertamente mantienen su inconstitucionalidad[1]. Esta situación no se daría en la Europa continental tal como mantienen, complacidos, los profesores europeos, y reconocen, compungidos, los norteamericanos.

Quiero cuestionar aquí ese orden de ideas tan comúnmente establecido. No pretendo negar la primera premisa, que en Estados Unidos no está resuelto del todo el tema de la constitucionalidad de su Derecho administrativo, pero sí la segunda, que nosotros lo tengamos solventado de manera satisfactoria.

Este libro mantiene una perspectiva comparatista en la que está muy presente la órbita de procedencia del autor, la América del Sur, en la que dejó una marcada impronta el Derecho europeo, sobre todo el de los países de tradición latina. El Derecho administrativo español, que cumple una función de puente, se analiza así con detalle. Su principal arquitecto, el profesor Eduardo García de Enterría, fijó su penetrante atención en el Derecho administrativo de los Estados Unidos haciendo gala de su permanente juventud intelectual que le llevó a seguir de manera muy documentada la evolución de ese ordenamiento tan lejano a aquel en el que se formó. Son dos trabajos los que dedicó al Derecho administrativo de los Estados Unidos. El primero, *Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano*[2]*,* lo envió a la imprenta un año antes de promulgarse la Constitución española de 1978. Mantenía allí que el Derecho administrativo español solventa su relación con otros poderes del Estado situando a la Administración en una posición de autotutela que define su singular relación con los tribunales. Se trataba de una esclarecedora explicación histórica y dogmática que había sido previamente desarrollada por el propio García de Enterría. Otra cosa es que tuviese acomodo constitucional, que este autor —a falta de una Constitución vigente entonces— pretendía anclar nada menos que en la

[1] Entre ellos, y destacadamente, el libro del profesor Philip Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?,* Chicago, University of Chicago Press, 2014, sobre el que habremos de volver más adelante.

[2] El título completo es «Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (A propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)», *Revista de Administración Pública,* núm. 85, enero/abril 1978. La exposición a la que se refería don Eduardo es la del profesor Bernard Schwartz, *Administrative Law,* Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1976.

Revolución Francesa, lo que puede ser desde luego una lúcida explicación histórica, pero que no parece una justificación constitucional convincente.

El segundo estudio de García de Enterría llega veinte años más tarde. Su libro *Democracia, jueces y control de la Administración*[3] se estructura en dos partes; la segunda lleva por rótulo *Sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el ejecutivo.* Mantiene allí que el Derecho administrativo de la Europa continental, que tuvo en Francia sus primeras expresiones, se encuentra en un estado de evolución más avanzado y que ha sido plenamente aceptado y regularizado por las Constituciones de los Estados europeos que se promulgan en la segunda mitad del siglo xx. Refiriéndose al Derecho administrativo español, afirma Enterría que cuenta «con una tradición que en este momento tiene casi dos siglos y que está completamente asentada. Por otra parte, esa tradición y sus líneas propias de desarrollo, resulta que han sido elevadas de rango de manera explícita por las Constituciones de este siglo, en nuestros respectivos países (Italia, Alemania, Francia, Portugal, España…)»[4]. Pero si contemplamos la entonces flamante Constitución española de 1978, no parece advertirse en ella ningún reconocimiento de esa posición jurídica, del todo crucial, de la Administración en la que la sitúa el privilegio de autotutela[5]. Ciertamente se afirma en ella que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa» (art. 106. 1 CE) pero, como es bien sabido, tal control ordinariamente se activa cuando esa actuación, ese acto administrativo objeto de recurso, ha sido ejecutado, desplegando ya todos sus efectos, en virtud del privilegio de autotutela del que goza la Administración. El reconocimiento de este formidable privilegio nunca se ha elevado al rango constitucional y permanece en rango legislativo, en la legislación de procedimiento administrativo, que reiteradamente, desde la dictadura, viene afirmando la presunción de validez y la ejecutividad inmediata de los actos administrativos que conforman la autotutela administrativa.

Con *Chevron* nos llegó la imagen de la deferencia judicial hacia el ejecutivo con el vivo debate que allí suscita. Pero, para deferencia en grado sumo, la que se impone desde la posición de autotutela que ocupa nuestra Administración, con el reconocimiento legal —nunca constitucional— de la presunción de validez y ejecutividad de sus actos. Tal como relata ahora en este libro J. Ignacio Hernández, la doctrina de la deferencia que se desarrolló a partir de *Chevron* fue, a pesar de su dominio hegemónico durante cuarenta años, objeto de abiertas críticas —la de García de Enterría entre ellas— que, intensificadas en la última década, han conducido a la derogación de esta doctrina por la sentencia *Loper Bright v. Raimondo.* Ninguna crítica seria se

[3] Tuvo varias ediciones, con muy escasas variaciones, por la editorial Cívitas, la primera, de 1995, es la que he manejado.

[4] E. García De Enterría, *Democracia, jueces y control de la Administración, op. cit.,* p. 194.

[5] Tampoco se explica la cobertura constitucional de la autotutela en la autorizada exposición general del Derecho administrativo debida al propio E. García De Enterría y a T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. vol. I, 20.ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2022. Se expone ahí fundamentalmente la explicación dogmática del principio de autotutela y su aceptación por el Derecho positivo, que se da fundamentalmente a través de la legislación básica de procedimiento administrativo, pero que no encuentra reconocimiento alguno en la Constitución.

ha lanzado entre nosotros sobre la constitucionalidad del privilegio de autotutela y el espectacular margen de deferencia que con ella se impone a los Tribunales; la postura que se advierte en las más conocidas exposiciones del Derecho administrativo es de rendida y silente abnegación ante ella[6].

Otro capítulo fundamental y característico de nuestro Derecho administrativo, que se sitúa también en la encrucijada que marca la división de poderes, es el que se escribe en torno a la potestad sancionadora de la Administración. Como era del todo previsible, semejante poder habría de ser escrutado, en términos constitucionales, por el Tribunal Constitucional. Esta fue su respuesta en una de sus primeras sentencias, bien conocida por lo demás: «no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable» (STC, 77, 1983, FJ 2). De nuevo la abnegación como respuesta. Ningún esfuerzo para adaptar la potestad sancionadora de la Administración, limitándola convenientemente, al canon constitucional de la división de poderes, del que poca cosa queda tras esta afirmación del Tribunal Constitucional. Una cosa es la Constitución, y la división de poderes del Estado que categóricamente en ella se establece, y otra cosa es la realidad, viene a decir nuestro primer Tribunal Constitucional en un primer apunte de cinismo que se hizo más explícito en otras sentencias relevantes y que tan presente está desde hace un tiempo en la cultura jurídica del Viejo Continente que parece mostrarse incapaz de mantener la plena vigencia de sus principios básicos, tal vez por haber perdido la confianza en ellos.

Pues bien, la tesis de nuestro Tribunal Constitucional, cuando afirma que un régimen administrativo sancionador respetuoso con la división de poderes «no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable», se ha visto recientemente contradicha por una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América[7]. La cuestión de fondo que se planteaba es si, para las sanciones administrativas impuestas por las agencias, rige la Enmienda Séptima de la Constitución que establece la garantía del jurado en los pleitos civiles. La respuesta jurispru-

---

[6] Utilizo deliberadamente el término «abnegación» para evocar el libro de Adrian Vermeule, *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State,* Cambridge Ma, Harvard University Press, 2016, aunque la cuestión de la adecuación a la Constitución del privilegio de autotutela es una cuestión que nos concierne a nosotros. En Estados Unidos creo que sería —me atrevo a decir— difícilmente admisible, especialmente en el momento actual.

[7] Oportunamente destacada por Jorge Pérez Alonso en su crónica en la que también da cuenta de la sentencia *Loper Bright*, que deroga la doctrina Chevron: «Recorte jurisprudencial a la posición jurídica de las agencias administrativas: anulación de Chevron y limitación de la autotutela para imponer sanciones», *Revista de Administración Pública,* núm. 226, 2025, pp. 333 y ss. El término de autotutela aparece en el título de este artículo sin duda para orientar al lector, español, que es el que está familiarizado con él, pues tal concepto es del todo desconocido en el Derecho norteamericano (y casi diría que en cualquier otro ordenamiento, con la sola excepción del español) y sería de gran interés la opinión que de él pueda tenerse allí.

dencial más establecida hasta ahora era la que la *Supreme Court* había dado en el caso *Atlas Roofing Company Inc v Occupational Safety and Health Administration* (la poderosa OSHA, con competencias en materia de seguridad y salud en el trabajo), en su decisión de 23 de marzo de 1977, al concluir que «la Séptima Enmienda no prohíbe al Congreso establecer que las funciones de determinar los hechos y dictar la resolución se desarrollen a través de un procedimiento donde no sea necesario el jurado». Es interesante destacar[8] que en esta decisión de la *Supreme Court* tuvieron un gran peso las consideraciones puramente pragmáticas, sobre todo la de la sobrecarga de los tribunales: «La Séptima Enmienda no impone al Congreso asfixiar a los tribunales federales con nuevos tipos de litigios». La misma consideración —no puede considerarse un argumento— que realizaba, en su sentencia aquí citada, nuestro Tribunal Constitucional: «la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor»[9] (STC, 77, 1983).

Pues ahora resulta que el problema, que pareciera insalvable, de la sobrecarga de los Tribunales no tiene relevancia alguna para la *Supreme Court,* que en ningún momento lo considera en su sentencia de 27 de junio de 2024 por la que resuelve el caso *Securities and Exchange Commission v. Jarkesy.* Esta agencia, también muy conocida, la SEC, había impuesto a Jarkesy, un gestor de productos financieros, una sanción de 300 000 dólares y otras obligaciones accesorias, además de privarle de la licencia para operar en ese mercado. En una primera instancia, ante el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito, Jarkesy vio reconocida su principal pretensión: que se había vulnerado la Séptima Enmienda, pues la sanción habría de ser decidida en un proceso judicial tramitado ante un jurado. La SEC planteó entonces un *certiorari* ante la *Supreme Court.* La cuestión determinante era si la sanción administrativa de contenido económico, la multa, tenía una finalidad reparadora, que la situaría fuera de la órbita del *common law* y del jurado, o si la sanción tiene una finalidad puramente disuasoria tal como entendió la Corte Suprema y, por ello, las sanciones administrativas «son un remedio típico de *common law* que tan solo puede exigirse a través de los tribunales de justicia»[10].

Una tercera realidad común en Estados Unidos y Europa es la conformada por las llamadas Administraciones independientes, asentadas en Estados Unidos desde hace ya casi siglo y medio; la primera es de 1887. En España, y en Europa, se mostraron mucho más recientemente, en los ochenta y noventa del pasado siglo, como un segmento fundamental —no como excepciones singulares, que las hubo en su tiempo— del poder ejecutivo. Se plantearon entonces algunas objeciones sobre la

[8] Tal como hace Pérez Alonso con todo acierto, *op. cit.,* p. 359.

[9] Aunque en realidad nunca se ha establecido, tampoco por el TC, una divisoria clara entre ilícitos de gravedad mayor y de gravedad menor, y lo que es cierto es que muchas sanciones administrativas son mucho más gravosas que toda una serie de condenas penales para ilícitos muy semejantes.

[10] Esta sentencia se dicta de manera prácticamente simultánea a la del caso *Loper Bright,* mucho más conocida y trascendente. Las dos rompen con posiciones establecidas hace cuarenta años y, tal vez por ello, el ponente y redactor en ambas es el *chief justice* John Roberts y cuentan, las dos, con los mismos votos favorables y los mismos votos disidentes.

constitucionalidad de estas agencias, precisamente por estar al margen de la dirección del Gobierno (art. 97 de la Constitución) y otras supuestas extralimitaciones constitucionales como la que afecta a su poder normativo, reglamentario que, según sus críticos, carecería de la cobertura para ello. Pero, al poco, las críticas se acallaron y se pensó que la creación de agencias en la órbita de la Unión Europea venía a normalizar a estos sujetos también en el plano estatal. Todo ello sin ofrecer una justificación constitucional que pudiera ser mayoritariamente aceptada, como es en Estados Unidos la de los poderes delegados del Congreso en las agencias.

Pero la diferencia a destacar es que en Estados Unidos el tema de la constitucionalidad de las agencias reguladoras se ha reabierto en varios momentos, también ahora, dando lugar a diversas encrucijadas de las que se habla en este libro. En España, en la Europa continental, el debate constitucional sobre algunas referencias fundamentales del Derecho administrativo o de la posición jurídica de la Administración pudo insinuarse en algún momento, pero luego quedó cerrado. Un cierre que podría ser en falso en los tres capítulos aquí apuntados, particularmente en el de la potestad sancionadora de la Administración y el de la posición jurídica supraordenada en la que la sitúa el llamado privilegio de autotutela, del que sigue sin verse rastro alguno en la Constitución. Una prueba de que el debate constitucional sobre esas cuestiones no está cerrado de manera satisfactoria es que ha sido reabierto muy recientemente por el profesor S. Muñoz Machado al plantear la cuestión de la adecuación a nuestra Constitución de dos cuestiones que aquí acabamos de apuntar críticamente: la ejecutividad, la posición (privilegio) de autotutela y la posición (potestades) de las agencias reguladoras como administraciones independientes [11].

La sensación —pura sensación— de firmeza, de realidad consolidada, que parece transmitir el Derecho administrativo en España y en la Europa continental tal vez se deba a que apenas ha estado cuestionado en su diseño y piezas básicas, conectando, como mantuviera Tocqueville, con la tradición autoritaria de la monarquía absoluta y valiéndose de juristas formados en ella y en sus escuelas camerales. Una tradición y un cuerpo de juristas que está del todo ausente en Norteamérica. Tal vez por ello, por carecer de infancia, el Derecho administrativo de Estados Unidos está menos asentado, con crisis de personalidad que se llegan a manifestar como momentos refundacionales, encrucijadas, que tienen en este libro una magnífica guía. Los estudios de calado —más allá de un artículo o una recopilación de artículos— rastreando la historia constitucional, así lo ponen de manifiesto. En dos de ellos, relativamente recientes, vale la pena reparar. Los dos se deben a profesores de primer nivel que ofrecen estos trabajos en el periodo de plena madurez de sus carreras académicas.

---

[11] S. Muñoz Machado, *El poder y el Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, Madrid, Iustel, 2026, *vid.,* especialmente, los capítulos —con rótulos bien significativos— IX. «¿Son conformes con la Constitución española las prerrogativas de la Administración Pública relativas a la ejecutividad de sus decisiones?»; XIV. «¿Las potestades de las administraciones independientes europeas y españolas son compatibles con la separación de poderes?». No falta otro capítulo en sintonía con lo aquí apuntado y que trata con hondura J. Ignacio Hernández en este libro: XII. «¿Es el Derecho Administrativo contrario a la Constitución de los Estados Unidos?».

En *Creating the Administrative Constitution,* Jerry L. Mashaw, profesor de la Universidad de Yale, viene a cuestionar el acta de nacimiento del Derecho administrativo en Estados Unidos, que ordinariamente se documenta con la creación de la primera agencia, la *Interstate Commerce Commission,* en 1887[12]. Mashaw acredita convincentemente cómo en el siglo anterior a esa fecha se dio con abundancia todo lo que se advierte ahora en las agencias: delegaciones especiales del Congreso en órganos públicos, con facultades decisorias (*adjudication*) al margen del sistema judicial, potestades normativas (*rule making power*) y con facultades coercitivas de ejecución. Fueron en realidad cien años en los que se aplicaba el Derecho administrativo sin ser conscientes de ello, tal vez porque los juristas estaban completamente inmersos en la tradición del *common law* y no existía un cuerpo de funcionarios, juristas cualificados, formados en las técnicas de la administración, el ejercicio de la autoridad y las garantías de los ciudadanos. Se perdió así, según Jerry Mashaw, todo un siglo de formación del Derecho administrativo en los Estados Unidos[13]. La suya no es solo una investigación histórica elegantemente presentada, también es una aportación al debate intenso de las dos últimas décadas sobre si el *Administrative State*, y con él el *Administrative Law* vigente, supone una ruptura, constitucionalmente injustificada, respecto al diseño original —ese originalismo reactivado ahora— de los fundadores y la tradición mantenida durante el siglo XIX. Mashaw concluye que no se advierte una brusca solución de continuidad y que por tanto esa ruptura no se habría producido, salvo en capítulos accesorios y subsanables.

Distinta es la posición a la que llega el profesor Philip Hamburger, de la Universidad de Columbia, en su libro *Is Administrative Law Unlawful?,* en el que realiza también una indagación histórica que le lleva a las técnicas del *common law* tal como se afinaron en Inglaterra para hacer frente a los poderes del monarca. Esa sería para Hamburger la inspiración originaria de los padres de la Constitución de los Estados Unidos, que se habría visto traicionada con la formación del *Administrative State,* entrado ya el siglo XX. Es interesante, en cualquier caso, la que Hamburger señala como *german connection,* pues, según él, ese cuerpo extraño que es el *Administrative State* se habría alimentado de doctrinas ajenas a la tradición del *common law,* doctrinas procedentes de Alemania, de la pujante Prusia de finales del XIX y principios del XX. Una Alemania que gozó de un gran prestigio cultural en las élites norteamericanas hasta la llegada del nazismo. Tres Universidades de los Estados Unidos habrían sido las principales receptoras del Derecho público alemán: la suya de Columbia en Nueva York, donde fue profesor y rector Frank Goodnow, formado en Berlín; la

[12] Ligada al desarrollo del ferrocarril, motor también de las transformaciones jurídicas, sobre todo del Derecho de la regulación, creado y desarrollado por la *Supreme Court* en numerosas decisiones suyas, puede verse al respecto mi estudio «La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en S. Muñoz Machado/J. Esteve Pardo (dirs.), *Fundamentos e Instituciones de la Regulación,* Madrid, Iustel, 2009.

[13] El título completo, bien significativo, de su libro es *Creating the Administrative Constitution. The Lost One Hundred Years of American Administrative Law,* New Haven, Yale University Press, 2012. Sobre este libro se centró el seminario en la Universidad de Barcelona al que invité al profesor J. L. Mashaw en octubre del 2015.

Universidad de Chicago por la relevante presencia en ella del administrativista Ernst Freund, y la Johns Hopkins University concebida según el modelo humboldtiano y tomando a la Universidad de Heidelberg como modelo [14]. En esta Universidad Johns Hopkins, en Baltimore, fue estudiante aventajado, cursando muchas asignaturas en alemán, Woodrow Wilson, uno de los mejores y más relevantes presidentes de los Estados Unidos, entre 1913 y 1921. Fueron relativamente numerosos los profesores de Derecho de universidades americanas que tenían formación alemana con unas ideas distintas de la tradición del *common law.* Uno de ellos, Henry Carter Adams, profesor de la Universidad de Michigan que ocupó un alto cargo directivo en la primera agencia, creada en 1887, la *Interstate Commerce Commission*, comparaba los modelos de Alemania y Estados Unidos, destacando que en este «se sobrevalora el ejercicio de funciones judiciales y se minusvalora el ejercicio de funciones administrativas».

Este fortalecimiento de la acción administrativa, cuya justificación teórica y doctrinal era en muy buena medida de inspiración germánica, tendrá su principal expresión en los años treinta con el *New Deal* y la implantación de lo que se conoce como el *Administrative State* y el Derecho administrativo actualmente vigente en los Estados Unidos, que regula la actividad de centenares de agencias administrativas y las relaciones que con ellas mantienen los ciudadanos. Según Hamburger, este régimen supone una total ruptura con los principios que inspiraron la Constitución y por ello concluye que el actual *Administrative Power* es inconstitucional. El canon alemán, la comparación con su Derecho público cuyo influjo se reconoce abiertamente en la actualidad —desde luego el *Droit Administratif,* en su momento tan considerado en Inglaterra, no tuvo en Estados Unidos ninguna presencia significativa— ha sido objeto de atención en estudios recientes, destacando el de Adrian Vermeule en el que llega a plantearse cuánto de «schmittiano» es el *Administrative Law* en Estados Unidos [15]. Vermeule advierte la existencia en él de agujeros negros, pero —exigiendo su limitación a los estrictamente imprescindibles— los considera inevitables. Hamburger entiende por el contrario que la amplitud de ese espacio oscuro, dominado por la posición autoritaria de las agencias y los empleados públicos, desborda lo constitucionalmente permisible.

Semejante crítica a la totalidad no expresa una posición solitaria en el actual panorama académico de los Estados Unidos, pero sería desde luego impensable a estas alturas en Europa, donde la doctrina y la crítica oficiales están más estabilizadas. Las

[14] De esa Universidad Johns Hopkins fue presidente el profesor Frank Johnson Goodnow que estudió en la Universidad de Berlín y fue primero profesor en la Universidad de Columbia en Nueva York. Goodnow fue un importante administrativista, autor entre otros libros de *Comparative Administrative Law* y *Politics and Administration* editados a principios del siglo xx. Sus ideas tuvieron gran influencia en las teorías del *New Deal* en los años treinta. *Vid*., al respecto, la interesante visión desde la perspectiva alemana que sobre estos autores y el Derecho administrativo de Estados Unidos ofrece Oliver Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

[15] A. Vermeule, «Our Schmittian Administrative Law», *Harvard Law Review,* vol. 122, 2009. La comparación con el Derecho administrativo alemán se había trazado ya en varios estudios anteriores, entre otros el de S. Rose-Ackerman, «American Administrative Law under Siege: Is Germany a Model?», *Harvard Law Review,* vol. 107, 1994.

tesis de Hamburger podrían adscribirse a la ofensiva neoliberal[16] que ahora propugna la deconstrucción del *Administrative State,* pero la categoría académica del autor marca de inmediato distancias con los planteamientos más primarios, o populistas, que se dan en la arena política[17]. El profesor Hamburger no cuestiona los fines. No cuestiona así la actividad administrativa, tampoco en el plano social, asistencial o prestacional. Cuestiona el modo en el que esa actividad se desarrolla, el régimen jurídico al que está sujeta, también el limitado alcance de su eventual revisión por los tribunales[18].

Es cierto que este, el de la revisión judicial de la actuación de las agencias, ha podido convertirse erróneamente en el centro de atención del *Administrative Law*[19]*,* pero tampoco puede ocultarse que se presenta como su mascarón de proa, que recibe primero los impactos y sacudidas de cualquier tormenta que pueda producirse. Ahora ha sido *Loper Bright* que deroga frontalmente la doctrina Chevron, dominante durante los últimos cuarenta años. Dos encrucijadas que se presentan de manera diferente. *Chevron* pasó inicialmente desapercibido cuando se dictó la sentencia que lleva su nombre y su doctrina se fue forjando durante diez años mediante su interpretación por profesores y jueces. *Loper Bright* en cambio se aguardaba con expectación: varias sentencias y toda una corriente crítica en las universidades la presagiaban[20]. Estamos así, de nuevo, ante una encrucijada y está por ver la dirección que se toma en ella, que se hará visible en los próximos años. Y está por ver, sobre todo, si la ruta seguida será con la pretensión de dirigirse a explorar un nuevo territorio para el *Administrative Law,* a buscar su refundación o simplemente volverá, dando un rodeo, a la encrucijada anterior.

Ciertamente se trata de un Derecho que, a diferencia de lo que se advierte en la Europa continental, no dispone de una guía sistemática y doctrinal tal como muestran —acabamos de constatarlo en la exposición de J. Mashaw— los primeros cien

---

[16] Significativamente su libro fue galardonado con el *Hayek Book Prize* que otorga el *Manhattan Institute,* una institución muy alineada con las ideas de Friedrich Hayek, que pasa por ser uno de los principales ideólogos del neoliberalismo.

[17] Como son los de Steve Bannon o el propio Donald Trump, que hace tiempo anunciaron «la deconstrucción del *Administrative State*». A ello se refiere también con detalle nuestro autor, J. Ignacio Hernández, en este libro.

[18] El libro de Hamburger contiene una dura crítica a la doctrina Chevron (1984), que fijaba un amplio margen de deferencia de los tribunales hacia las agencias, atribuyendo a estas la interpretación de las atribuciones legales, que solo sería revisable por los tribunales si resultara irrazonable. Una doctrina que en los últimos años había recibido duras críticas y que ha sido contundentemente derogada por la sentencia *Loper Bright v. Raimondo* de 2024.

[19] Así lo denuncia críticamente J. L. Mashaw al inicio mismo de su obra, *Creating the Administrative Constitution, op. cit.*

[20] Sobre estas dos importantes decisiones, y lo que ocurre entre ellas, puede verse mi artículo: «*Loper Bright*: una conmoción que se veía venir. La *Supreme Court* de EEUU revoca la doctrina *Chevron*», *Cuadernos de Derecho Regulatorio,* núm. 2, 2024. Muy recientemente he podio apuntar al posible impacto que este cambio de doctrina en la *Supreme Court* pueda tener la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, sobre todo en materia de regulación, sintonizó desde un comienzo con la doctrina de la deferencia de Chevron. *Vid.,* mi comentario «Alcance de la revisión judicial. La doctrina de la deferencia y su futuro», en J. Esteve Pardo/J. M. Bandrés (coords.), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo en Derecho de la regulación*, Madrid, Iustel, 2026.

años de aplicación, muy extensa, del *Administrative Law* sin que hubiera conciencia de ello, al no haberse formado una opinión, una doctrina, que lo percibiera como un Derecho singular, segmentado[21].

Tampoco se ha abierto al contraste y debate con las ideas y concepciones del Derecho Administrativo en Europa, donde nació, que son prácticamente desconocidas en Estados Unidos, como lo son también los profesores y juristas que las sustentaron, ya se trate de Maurice Hauriou, Leon Duguit, Otto Mayer o Santi Romano, perfectamente ignorados del todo, como también lo está en la práctica —aunque finalizara allí su carrera universitaria y muriera en Berkeley— Hans Kelsen. Tan solo durante un preciso momento histórico, los felices veinte, algunas importantes e influyentes universidades norteamericanas (Chicago, Columbia, Johns Hopkins) se abrieron sobre todo a las ideas que circulaban entonces particularmente por Alemania (la *german connection* a la que se refiere Hamburger y de la que hemos dado cuenta) y que permitió también la entrada de algún autor europeo no alemán, como Leon Duguit, desde que impartiera a principios de los veinte un ciclo de conferencias en la Universidad de Columbia, en Nueva York. Pero tras aquella década —y más allá de las clases que algunos hayamos impartido allí en algunas de sus universidades— parece imponerse el eslogan, no ya de *America first*, sino de *America only*.

Pero esa misma debilidad dogmática —su reducción a unos pocos dogmas incuestionables— le capacita para revisar en cualquier momento las que pudieran parecer sus propias referencias básicas, otorgándole una gran vitalidad tanto a la crítica doctrinal, capaz de mantener la inconstitucionalidad en bloque del *Administrative Law,* como a su jurisprudencia: recientemente se ha dictado por la *Supreme Court* la sentencia de 20 de febrero de 2026, caso *Learning Resources v. Trump,* que anula los elevados aranceles que el presidente Trump había impuesto a las importaciones de otros países haciendo de ello el principal instrumento de su política económica exterior, utilizado también como amenaza chulesca cuando se terciara. Una sentencia que le estalla en la cara al que pudiera creerse el hombre más poderoso del mundo, marcando así abiertamente las diferencias del sistema en el que se inserta (división de poderes, democracia liberal, Estado de Derecho o como se le quiera llamar) respecto a otros, regidos exclusivamente por autócratas que no conocen de límite alguno a su poder.

También se marca un cierto contraste con nuestra realidad más cercana, pues no estamos muy acostumbrados a ver a nuestro tribunal equivalente, el Tribunal Constitucional, dictar sentencias que desautoricen de plano las leyes o actuaciones de quien detenta el poder, y menos aún que se pronuncien en contra de ese poder quienes por él fueron designados para integrar ese tribunal, a diferencia de lo que llamativamente vemos ahora con varios jueces de la *Supreme Court* nombrados por presidentes republicanos, dos por el actual, anulando la regulación sobre aranceles de la que tanto se

[21] Nada que ver con lo que sucede en la Europa continental, en España sin ir más lejos, tal como nos muestra Luis Medina Alcoz en su magnífica *Historia del Derecho Administrativo Español,* Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2022, en la que bien se advierte el desarrollo de ideas, dogmático y doctrinal, que acompañó y encauzó al Derecho administrativo desde sus inicios.

jactaba Trump. Por lo demás, la doctrina dominante en esta sentencia de los aranceles (la llamada *major questions doctrine*) viene a exigir que la regulación en materias de gran relevancia política o económica requiera de una atribución expresa y clara por parte del Congreso.

Este libro de José Ignacio Hernández nos sitúa en el cruce de carreteras —ese *Cross Roads Blues* de Robert Johnson— en que nos ha dejado *Loper Bright* y otras decisiones recientes de la *Supreme Court.* Nos da una visibilidad completa sobre el panorama que ahora se abre, las rutas que se advierten y su primer trazado. Pero, más importante aún, nos da cumplida información de la ruta que ha llevado hasta aquí, señalando las diversas encrucijadas que se presentaron y la dirección que se tomó en cada una de ellas. Este libro está al mismo nivel que otros importantes aquí referidos que abordan críticamente en toda su amplitud el *Administrative Law* en Estados Unidos. Al igual que ellos, fue escrito allí, en Boston, donde reside el autor desde hace casi diez años, ostentando posiciones en diferentes universidades de ese entorno, primero como *fellow* en la Harvard Kennedy School y ahora con posiciones más firmes, en el Boston College, donde enseña Derecho administrativo, y en la American University en Washington, donde da clases de Derecho constitucional comparado. Desde allí se mueve también activamente por los circuitos universitarios y de la práctica administrativa en Iberoamérica.

Esta situación en la que ahora, por el momento, se encuentra es una etapa de un viaje que se inició en su país de origen, Venezuela, en cuya Universidad Central se licenció en Derecho, para doctorarse luego en España, en la Universidad Complutense de Madrid, en el 2002, con una tesis sobre la libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Fue la última tesis que dirigió un gran profesor, de los que dejan una marcada impronta, Sebastián Martín-Retortillo. Tras doctorarse con él vuelve a Venezuela donde su postura abiertamente crítica ante un régimen opresor le obligó a abandonar su país, viéndose privado de todos sus bienes y hasta de su nacionalidad, convertido así en un apátrida durante más de un año. Una situación personal que, esperamos, pueda ahora normalizarse con toda justicia por la Ley de Amnistía para la Convivencia Democrática aprobada en Venezuela en febrero de este año, 2026, y que está planteando injustificados problemas en su efectiva aplicación. En cualquier caso, una ley de amnistía que encara el objetivo propio de esta institución: olvidar, invalidar por completo, borrar del todo, las normas y decisiones de un régimen autoritario que pisó los más elementales derechos, como fuera en España la amnistía de 1977 para borrar los males y abusos de la dictadura. Nada que ver con la amnistía concedida aquí por la Ley Orgánica 1/2024[22] que deja sin efectos leyes y sentencias —también del Tribunal Constitucional— emitidas en un Estado de Derecho Democrático en el que nos encontramos desde la Constitución de 1978. Algo que nadie había puesto en duda hasta que lo ha cuestionado esta ley (amnistiando delitos cometidos en democracia y contra la democracia) que ha sido validada por un Tribu-

[22] Sobre ella, y sobre la propia significación de la idea de amnistía desde la antigüedad, *vid.,* el atinado estudio de Josu de Miguel Bárcena, *Amnistía. Una ley para olvidar*, Sevilla, Athenaica, 2024.

nal Constitucional que de este modo viene a descalificar una Constitución que pudo ser así abierta e impúnemente agredida, y a descalificarse él mismo pues sus propias sentencias (que todos tenemos el deber de acatar, entre ellas esta 137/2025, de 26 de junio) pudieron algunos incumplir y desconocer clamorosamente.

Esperemos así que con la inexcusable y justa amnistía ganada por tantos venezolanos que se opusieron a un régimen ilegítimo y autoritario se abra un panorama de esperanza e ilusión. Un tiempo nuevo que encuentra a nuestro autor, José Ignacio Hernández, en las mejores condiciones para aprovecharlo, él, su país y sus lectores, a los que sin duda seguirá ofreciendo aportaciones tan relevantes como la que en este libro se contiene.

PREPRINT