

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. V. GONZÁLEZ GARCÍA

Contrato de colaboración público-privada

F. SANTAOLALLA LÓPEZ

Las directrices de técnica normativa

J. A. TARDÍO PATO

El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992

170

Madrid

Mayo/Agosto

2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 170,
Madrid, mayo-agosto (2006)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

II. EXTRANJERA

OTTO BACHOF: IN MEMORIAM

FRANCISCO SOSA WAGNER

El pasado 21 de enero murió Otto Bachof. Sus hijas, Erika y Renate, me participaron la desgracia; al final fue víctima de un infarto, aunque Bachof llevaba ya tiempo extenuado: el 6 de marzo hubiera cumplido noventa y dos años. La última vez que le visitamos Mercedes, mi mujer, y yo en su casa de Tübingen (en el santuario situado en *Auf dem Kreuz*), en el verano de 2003, estaba ya muy debilitado; había sufrido una caída unos meses antes y se había salvado de milagro, porque le auxilió una persona que en cierta manera se ocupaba de él. Estaba muy delgado, reducido a la cuarta parte de lo que había sido; era sólo nariz (Bachof tenía una nariz enorme, barroca en su conformación), si bien con la cabeza en buen estado, algo sordo, y locuaz, muy locuaz. En aquella ocasión llegamos a su casa a las diez de la mañana y no salimos sino hacia las cinco de la tarde, sin interrupción en la comida, pues quiso que fuéramos a un restaurante. Nos condujo, por supuesto, a ver su bodega en el sótano de su casa, que cuidaba con mimo —era «su tesoro»—, aunque lamentaba no poder usarla. Bachof llegó a completar sus ingresos durante una parte de su vida ejerciendo el oficio de catador. Recuerdo que aquel día del verano de 2003 hacía ese calor pegajoso propio de Tübingen y Bachof vestía un pantalón corto y una camisa bien viva de colorines. Aunque nos había dicho, antes de salir hacia el restaurante, que tenía gusto en invitarnos, mi mujer, al término de la comida, se levantó y abonó discretamente. Cuando él llamó al camarero para pagar, le dije que esa comida no la pagábamos ni él ni yo, que era una invitación de mi mujer. Entonces se puso en pie, cogió la rosa que había en un pequeño florero en la mesa y se la ofreció a Mercedes.

Creo que lo pasó muy bien con nosotros porque yo estaba escribiendo el segundo tomo de mis *Maestros alemanes del Derecho público* y quería que me contara cosas de quienes para mí eran papel y libros pero para él parte de su propia singladura: allí aparecieron los nombres de tantos, de Carl Schmitt, de Triepel, de Walter Jellinek (a quien mucho quise), y de sus compañeros en Tübingen; el nombre de Dürig y su recuerdo le humedecieron los ojos. Y digo que lo pasó muy bien porque no paró de hablar y, cuando se callaba, bastaba que yo le recordara sus clases, a las que yo había asistido treinta y tantos años atrás, o los seminarios que organizaba, tras de los cuales había cita en la cervecería (solía acudir también León Cortiñas-Peláez), o invocara un nombre o un libro, para que cogiera de nuevo carrerilla. De vuelta a su casa, tras la comida, nos mostró algunas

fotos, entrañables para él, de sus colegas jueces en el Tribunal de Stuttgart, en el que tantos años fue magistrado; de algunos familiares; su mujer había muerto hacía años en circunstancias trágicas. Tuvo aquel día el inmenso detalle de poner el primer tomo de mis *Maestros alemanes*, que yo le había enviado, encima de una mesa a la entrada de su casa (Bachof leía algo el español). Le estoy viendo en la despedida en la puerta de su jardín: menudo, agitando tenuamente la mano, agradecido... En Tübingen se reunían de vez en cuando en torno a él algunos colegas de la vieja época; Oppermann sobre todo, porque Oppermann es la gran cordialidad; también Günther Püttner —su sucesor en la cátedra—, que siempre le guardó gran deferencia y afecto; pero ya la Facultad se había llenado de otra generación de catedráticos y lo cierto es que Bachof llevaba muchos años jubila-do y los lazos acaban disolviéndose, cuando no enterrándose.

Otto Bachof había nacido en Bremen en 1914 como hijo único de un abogado que murió en 1918, durante la primera guerra mundial. Su madre tuvo que ponerse a trabajar y lo hizo en las oficinas del DDP (*Deutsche Demokratische Partei*), uno de los partidos políticos que gobernaron la República de Weimar. En 1933, con la llegada de Hitler al poder, fue despedida sin derecho a indemnización ni pensión. En 1932, el joven Otto consigue terminar el Bachillerato. De los diecisiete compañeros que tuvo en clase, sólo siete sobrevivirían a la segunda guerra mundial.

Se matricula en Derecho en Friburgo, pero en los siguientes semestres cambia siempre de Universidad: Berlín, Königsberg, Munich... Esta itinerancia era —y es— muy propia de los estudiantes alemanes, que no conocen el rutinario apego al territorio de nuestros jóvenes. Pero en el caso de Bachof tenía una explicación política que él gustaba de recordar y repetir (se lo oí muchas veces): en Friburgo, el rector Martin Heidegger obligó a los estudiantes a tomar parte en una asociación —muy propia de la época— inspirada por los nazis. Al término del adoctrinamiento, los estudiantes debían elegir entre afiliarse a las SS o a las SA hitlerianas. Bachof optó por las SA, pero para evitar ser llamado a prestar algún servicio entre aquellas gentes siniestras decidió cambiar permanentemente de domicilio, hasta que se le dio por «desconocido» en las listas de la organización. En mayo de 1935 —un tiempo récord— aprueba su primer examen en Munich con las mejores calificaciones.

Empieza su trabajo como *Referendar* en el Juzgado de un pueblo cerca de Bremen, para pasar luego al servicio directo de la Administración prusiana. A mí me llamaba mucho la atención la naturalidad con la que se refería Bachof a Prusia —un Estado desaparecido en 1945—; para mí, la prehistoria. Pero quiero resaltar que Bachof fue, durante varios años de su vida, funcionario prusiano, interviniendo en asuntos entretenidos como meter en cintura a un municipio que había gastado alegremente los dineros de los contribuyentes. La autonomía local no valía frente a los severos controles prusianos. En 1938 hizo —lo que entre los alemanes es habitual— su segundo «examen de Estado» y se doctoró en Friburgo con una tesis sobre Derecho eclesiástico (Bachof era protestante), materia que nun-

ca abandonaría totalmente. De sus profesores siempre recordó con especial admiración a Triepel y a Hermann von Mangoldt. De sus relaciones con Carl Schmitt luego contaré una anécdota que él gustaba de repetir. Su tesis se la apadrinó Van Calker, pero este hombre murió de repente, por lo que se hizo cargo del joven doctorando Theodor Maunz, quien se limitó a echar un vistazo al trabajo, dejándole el mayor trabajo a su colega especialista en asuntos eclesiásticos.

Ya como funcionario en Marburg se casó con Elisabeth Heidsieck, con quien tuvo dos hijas, que hoy viven en las cercanías de Tübingen. Hizo la guerra y llegó a teniente, combatiendo en los frentes de Italia y Francia. El Bachof enemigo de los nazis, y enemigo por razones políticas y religiosas, se emocionaba, sin embargo, en su ancianidad alta cuando recordaba la medalla que había ganado con ocasión de un hecho bélico del que había sido protagonista en su sección de telecomunicaciones. Cuando termina la guerra vuelve con algunos de sus soldados a Bremen (la narración de esta marcha, contada por él mismo, era bien turbadora). En Koblenz los americanos le emplearon en tareas burocráticas, pero cuando los franceses sucedieron a aquéllos en la administración de la zona, Bachof es internado en un campo de concentración durante tres meses, sin que nadie le notificara nunca la razón ni los cargos que contra él pesaban. Cuando fue puesto en libertad le impidieron recuperar su trabajo funcional, por lo que tuvo que trabajar como peón de albañil. A principios de 1946, un amigo le procura un empleo en una empresa que se ocupaba de la reconstrucción en la zona de Stuttgart. En 1947 vuelve a su oficio funcional, para pasar luego al de juez del orden contencioso-administrativo. En tal condición entró en contacto con Walter Jellinek, que había recuperado su cátedra en Heidelberg, quien le propone escribir bajo su dirección el trabajo de «habilitación» que, en efecto, culmina en 1950. Después, la carrera académica es clara: en 1952, Ordinario en Erlangen y, dato curioso para el mundo español, llamado por cuatro Universidades, Kiel, Frankfurt, Berlín y Tübingen, Bachof se decide por la pequeña ciudad de Tübingen en 1955 y allí se jubila en 1979. En esa bellísima ciudad junto al Neckar le conocí yo en el esplendor de su carrera, en los finales de los años sesenta (gracias a la ayuda, que nunca me cansaré de agradecer, de García de Enterría y Luis Díez-Picazo). Todavía sigo volviendo a Tübingen en cuantas ocasiones tengo a mi alcance. Durante toda su etapa como catedrático, Bachof fue magistrado en Stuttgart, como he dicho en la jurisdicción contencioso-administrativa, y también en el Tribunal «constitucional» del Land (*Staatsgerichtshof*).

¿Qué ha dejado Bachof? Como ha escrito Hermann Weber (*Juristen im Portrait*, München, 1988), su obra no se entiende si no se conecta con su amplia experiencia administrativa y su práctica judicial en Stuttgart. En 1967 estuvo a punto de ser elegido magistrado del Tribunal Constitucional, a propuesta del SPD, pero un cambio político lo impidió a última hora. Sus trabajos más importantes son los que se refieren a los conceptos jurídicos indeterminados y las potestades discrecionales (*Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*), que

son de 1955 y que tanta influencia tendrían en España de la mano de García de Enterría. Fue y sigue siendo libro de consulta en Alemania su habilitación *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, y lo mismo su muy conocido *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, que es de 1951. Innumerables son sus dictámenes y sus discursos, como el que lleva por título *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, que fue su ponencia en 1971 ante la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público (la famosa *Vereinigung*). Al español se tradujo «Jueces y Constitución», conferencia pronunciada para tomar posesión del rectorado de Tübingen (una práctica ésta en la que los rectores españoles no suelen incurrir). Un libro muy útil, porque es una valiosa guía jurisprudencial, es su *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, cuya primera aparición data de 1964, y, en fin, está la puesta al día, a partir de los años setenta, del famoso *Verwaltungsrecht* de Hans Julius Wolff.

Como maestro, Bachof dirigió muchas tesis doctorales (aunque era muy exigente) y apadrinó asimismo trabajos de habilitación, algunos de ellos tan consistentes como el de Dietrich Jesch, jurista tempranamente desaparecido, titulado *Gesetz und Verwaltung*, obra que consagró a su autor. No era un personaje Bachof que se limitara a cultivar en solitario su oficio académico o judicial: se metió en muchos líos, tal como debe hacer quien vive con pasión la vida y la profesión, pronunciándose públicamente sobre cuestiones políticas o sociales de actualidad; por ejemplo, en relación con la utilización de la energía nuclear o la prescripción de los delitos de los nazis. Bachof deja, pues, una consistente obra y seguirá siendo una referencia como autoridad de primer orden.

Confieso, ahora que nadie me oye, que a mí Bachof me impresionaba mucho en mi época juvenil; menos, claro es, en la madurez. Porque, como digo, era muy estricto y daba órdenes secas y cortantes. Luego, ya en su casa, al borde de la piscina, cuando invitaba a colaboradores y becarios, aprovechando las suaves tardes del semestre de verano, gastaba gran cordialidad y era amigo de bromas, bromas de aire prusiano, pero bromas. Nadaba muy bien y mucho, y tanto le gustaba este deporte que a casi todos los chiquillos de los vecinos fue él quien les inició en las prácticas acuáticas. Lo hizo hasta muy mayor; al final tenía la piscina cubierta porque sus hijas temían que cayera a ella. Le apasionaba la conversación larga y distendida; también los vinos y hablar mal de los «nazis», palabra que pronunciaba subrayando mucho la z. Recordar a Carl Schmitt le sacaba de sus casillas, y ello porque, en su época de estudiante en Berlín, fue alumno suyo. Lo he contado en algún otro sitio, pues se lo oí muchas veces a Bachof. En Berlín quiso, en efecto, frecuentar un Seminario de Schmitt, pero lo abandonó bien pronto por «la intolerancia y su manera autoritaria de dirigir los debates». Llegó, no obstante, a redactar un *Referat* para el Seminario de Schmitt, pero uno de sus ayudantes le indicó que no debía defenderlo porque citaba a autores que *Herr Professor* no podía tolerar. Bachof entonces se dirigió al propio Schmitt, quien, en efecto, le desaconsejó su

intervención en tales circunstancias, retirando entonces el joven Otto su trabajo. «Espero que no tenga usted ocasión de lamentarlo», fue el comentario de Schmitt. El de Bachof, setenta años más tarde, con un vaso de vino del Mosela en la mano y una sonrisa pícaro en los labios, era bien expresivo: «Por supuesto que jamás lo he lamentado». En otra ocasión recibió una invitación de Carl Schmitt para participar en un Seminario cuyo lema era «quien ama a Dios, ama a Hitler».

Con Bachof se ha ido un personaje de gran estatura intelectual y, para mí, una parte importante de mis recuerdos juveniles ligados a Tübingen, ciudad que, como me dijo Enterría al emprender el viaje a Alemania, era «el rincón más bonito de Europa».

Descanse en paz Otto Bachof, caballero alemán de gran nariz, de gran olfato jurídico.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:
PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.
PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.
Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905

00170

19,00 €