

## II. EXTRANJERO

### L'AVVOCATURA DELLO STATO. ASISTENCIA, REPRESENTACION Y DEFENSA DE LA ADMINISTRACION EN DERECHO ITALIANO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONFIGURACIÓN HISTÓRICA.—III. ORGANIZACIÓN DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO: 1. *Ubicación Orgánica. Significado.* 2. *Estructura Organizativa: Organos Unipersonales y Colegiados.* 3. *Régimen del personal al servicio de la Abogacía del Estado.*—IV. FUNCIONES DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO: FUNCIÓN CONTENCIOSA: 1. *Función contenciosa. Representación «ex lege» de la Administración del Estado.* 2. *Excepciones al mandato legal en favor del abogado del Estado.* 3. *Extensión subjetiva del mandato: representación y defensa de las Regiones, de otros entes públicos y de los empleados y funcionarios: a) Las Regiones. b) Otros entes públicos. c) Defensa de empleados públicos.* 4. *Posición procesal del abogado del Estado.* 5. *Especialidades procesales. Fuero territorial y régimen de notificaciones.*—V. FUNCIÓN CONSULTIVA.—VI. CONCLUSIONES.

#### I. INTRODUCCIÓN

Cuando el *fiscus*, patrimonio del Emperador, se diferenció nítidamente del *aerarium*, patrimonio del Estado, y se organizó provincialmente en *stationes fisci*, surgió la necesidad de proveer a su defensa en juicio. En una primera época, la representación procesal del *fiscus* se atribuyó exclusivamente a los *procuratores Caesaris*. Fue Adriano quien instituyó los *advocati fisci*, que, desde la época de Constantino, se denominarían comúnmente *patroni fisci* y, en la de Antonino Pío, se dividieron en dos categorías: unos, verdaderos funcionarios, nombrados y pagados por el Emperador; otros, sin una retribución fija, encargados de la representación y defensa del fisco ocasionalmente, para pleitos determinados. En la época justiniana la función de *advocatus fisci* se atribuía a los decanos de los Colegios de Abogados (1).

Pero ni estos precedentes, limitados a la defensa y representación de intereses puramente patrimoniales del Estado, ni los que constituyen las figuras del jurista del Rey en la época medieval resultan válidos para explicar el surgimiento de los abogados del Estado o de instituciones análogas en otros ordenamientos jurídicos.

Será tras la afirmación del principio de división de poderes y la sumisión de la Administración al principio de legalidad y a la fiscaliza-

(1) Salvatore SCOCA, *Avvocatura dello Stato*, Nuovissimo Digesto Italiano, Turín, 1957, págs. 1685 y ss.

ción judicial de sus actos cuando resulte imprescindible que el Estado se provea de peritos en derecho que controlen y dirijan internamente su actuación jurídica y la defiendan ante los tribunales cuando sea sometida a su conocimiento. Es en ese momento histórico, distinto para cada Ordenamiento Jurídico, cuando se hace palpable que «sólo los tiranos no tienen necesidad de abogados» (25, y cuando cada Estado aporta soluciones diversas que cubren su asesoramiento, su representación y su defensa en juicio. Dejando aparte los sistemas jurídicos del *common law* y los característicos de los Estados socialistas y centrándonos, por tanto, en los romano-germánicos y, específicamente, en aquellos que entran en la órbita del *régime administratif*, podemos sintetizar las maneras de organizar la función consultiva y contenciosa en dos grandes bloques:

a) *Sistema institucional*.—Aquel en el que la representación y defensa se atribuye a un cuerpo de funcionarios, seleccionados especialmente para ese cometido entre licenciados en Derecho, organizados en una institución autónoma de la Administración activa, y que, normalmente, cumple una previa función consultiva.

b) *Sistema de libre designación*.—Aquel en que se encomienda la defensa del Estado en el proceso a un abogado colegiado, que asiste y defiende a la Administración, sin exclusividad, bien en un solo litigio o bien en una pluralidad de ellos.

En la práctica, ninguno de los dos sistemas se realiza en plenitud, sino mediante aplicaciones mixtas. Así, los sistemas institucionales —*L'Avvocatura dello Stato* en Italia, la *Finanzprokurore* en Austria o el Servicio Jurídico del Estado en España— admiten que, excepcionalmente, en un litigio determinado, la Administración sea representada y defendida por un abogado en ejercicio no funcionario. En los sistemas que he calificado de libre designación, el francés como paradigma de ellos, además de disponer de un *staff* funcional que predetermina el contenido de la pretensión ejercitada, suelen entablarse relaciones continuadas con un abogado, bien sea por la materia del pleito, bien sea para un tiempo determinado. En el modelo francés debe tenerse en cuenta la vigencia todavía, aunque doctrinalmente contestada, de un sistema de jurisdicción retenida que absorbe la práctica totalidad de la litigiosidad del Estado, dejando al juez ordinario una competencia residual. En esta jurisdicción contencioso-administrativa la Administración defiende sus pretensiones directamente por sus propios funcionarios o bien indirectamente a través del ministerio público.

Emilio ZECCA (3), partiendo de un análisis histórico de la evolución legislativa del derecho italiano, distingue tres posibles soluciones al problema de la representación y defensa del Estado, frente a las que el

(2) Giuseppe MANZARI, *Avvocatura dello Stato*, *Nuovissimo Digesto Italiano*, Turín, 1987, pág. 197.

(3) Emilio ZECCA, *Rappresentanza e difesa in giudizio della pubblica amministrazione*, Enciclopedia del Diritto, Milán, 1984, págs. 523 y ss.

legislador ha de ponderar sus ventajas e inconvenientes. En primer lugar, su atribución a un abogado en ejercicio. Este sistema, escogido, como veremos, en un momento histórico inmediato a la unificación, en el que lo contencioso del Estado tenía una dimensión muy reducida y un contenido preeminentemente patrimonial, es fuertemente criticado por el autor. Puede sintetizarse la base de esta crítica en las siguientes razones:

- En la atomización de la postura procesal del Estado, que se hace más notoria, dada la homogeneidad material de los pleitos que se plantean frente a la Administración.
- La desconexión entre los criterios aplicados en vía administrativa y los defendidos procesalmente, de modo que falta la necesaria integración vertical (ósmosis, la llama ZECCA) entre la actividad consultiva, preventiva, que precede aquellas decisiones administrativas presumiblemente generadoras de una controversia contenciosa y la defensa de esas decisiones cuando ésta efectivamente se ha planteado.
- La exigencia de una actividad de coordinación y control de los pleitos, que llevaría a una duplicidad en el gasto.
- La problemática del reclutamiento y de la retribución de los profesionales escogidos, habida cuenta de los peligros de clientelismo en la elección y de las enormes sumas que tendrían que desembolsarse si se desea contar continuamente con profesionales de prestigio y capacidad.

Una segunda opción que puede contemplar el legislador es la de atribuir el *ius postulandi* del Estado a funcionarios de la misma Administración que es parte en el proceso. Si bien se garantiza la unidad en la dirección del pleito, frente al sistema pueden oponerse una serie de objeciones derivadas de contemplar la actividad procesal como una manifestación complementaria de la actividad administrativa:

- En general, impide una coordinación de todos los litigios de la Administración, independiente de la cuestión debatida y válida para todos los Tribunales y todos los órdenes jurisdiccionales.
- Implica una burocratización de la actuación procesal, un conocimiento excesivamente parcial y especializado del problema debatido, lo que provoca una defensa a ultranza de la posición de la Administración e impide una visión procesal, jurídica en suma, de la cuestión controvertida.
- Igualmente, la adopción de este sistema contradice las razones por las que todos los ordenamientos imponen, con carácter general, la intermediación profesional en el proceso.

Esta opción, que aún se mantiene para pleitos de escasa relevancia, prevaleció en Italia hasta el momento en que, ampliada la competencia de la jurisdicción ordinaria en detrimento de la «contencioso-admi-

nistrativa» retenida, el Estado tuvo que hacer frente, en paridad de condiciones, a pleitos para los que antes gozaba de un fuero privilegiado.

Por último, el sistema que hemos denominado institucional, aquel que atribuye la representación del Estado a una institución formada por un cuerpo de abogados y colocada en condiciones de plena autonomía respecto de la Administración activa, es, para ZECCA, teóricamente idóneo para dar una respuesta satisfactoria a los problemas de la defensa del Estado. Este sistema garantiza que la gestión de lo contencioso esté realmente coordinada y eficazmente integrada con la actividad consultiva que paralelamente debe desarrollarse, evita la sustentación de tesis contradictorias en procesos idénticos y proporciona una visión completa de la naturaleza y del tipo de conflictividad que, en un momento dado, la acción de la Administración genera, lo que permite elaborar una estrategia para prevenirla y afrontarla. Para que el sistema sea verdaderamente eficaz es necesario que la organización y funcionamiento de la institución se regulen en plena coherencia con las razones que históricamente han determinado su nacimiento. Por tanto, el reclutamiento del personal, su formación, su estatuto y trato económico deben tender a asegurar a la Administración una asistencia verdaderamente profesional, es decir, en palabras del autor citado, «que el Estado esté asistido por auténticos abogados, llamados a sostener la controversia con los mejores medios que posee el mundo forense, pero que éstos nunca sean *“burócratas con toga”*». Directamente relacionada con estas necesidades expuestas se encuentra la exigencia de autonomía de la institución, de manera que, colocada al margen de los mecanismos de dirección política de la Administración, constituya una garantía para la legalidad de la actuación de ésta. Tal garantía no debe entenderse como un obstáculo a la realización de la decisión política o una fiscalización previa e interna de la misma, sino que de la misma manera que un abogado ha de hacerlo con su cliente, la Abogacía del Estado, colocada en una posición autónoma que garantice la objetividad de su criterio respecto de aquella decisión, debe encontrar el instrumento jurídico eficaz para su realización dentro de la legalidad y para su posterior defensa ante los Tribunales, si hubiera lugar.

Pues bien, dentro de los sistemas institucionales, el recogido en derecho italiano resulta, sin duda, el más sugerente y atractivo para los juristas españoles y el que mejor pone de manifiesto cuál debe ser el funcionamiento y significación de este instituto dentro de un Estado Constitucional. Se trata de un sistema centenario, consolidado en la primera mitad de este siglo bajo un régimen totalitario, pero adaptado global y recientemente a las exigencias del Estado democrático y descentralizado; un sistema en el que se ha encontrado una definitiva ubicación orgánica, una nítida delimitación funcional y una sólida posición procesal al abogado del Estado, al mismo tiempo que se le ha garantizado la necesaria independencia y objetividad para el cumplimiento de sus fines. Por todo ello, la normativa italiana constituye un modelo

a tener en cuenta a la hora de acometer la posible reforma de la regulación de los servicios jurídicos del Estado en España (4).

## II. CONFIGURACIÓN HISTÓRICA

En el período inmediatamente anterior a la unificación, los Estados italianos habían regulado su representación y defensa en juicio según los dos grandes modelos vigentes en el momento. Unos, siguiendo el ejemplo austríaco, habían adoptado el sistema fiscal, precedente del institucional. Así, en Lombardo-Veneto se instauró la *procura camerale* de Milán y Venecia, y en Toscana, *L'Avvocatura Regia* (5), origen próximo de la *L'Avvocatura Erariale*. El último Abogado Real de Toscana, Giuseppe Mantellini, fue, a su vez, el primer Abogado General del Erario, destacando su avanzada concepción de la posición procesal del Estado en su obra *El Estado y el Código Civil*. Otros Estados, bajo influencia francesa, basaron su regulación en una jurisdicción administrativa retenida, en la que no se exigía postulación para la Administración Pública, y una jurisdicción ordinaria, residual en cuanto al contencioso con el Estado, en la que se acudía a la libre designación de profesionales del foro. En el Reino de Nápoles se instauró el agente de lo contencioso, copia del *agent judiciaire du trésor* francés, que no asumía directamente la defensa del Estado, sino que, tras una previa actuación consultiva de orientación, la encomendaba a un abogado. Este sistema era el vigente también en el Ducado de Parma.

Tras la unificación, ante la necesidad de un régimen común, el Real Decreto de 9 de octubre de 1862, número 915, generalizó el sistema napolitano con la creación de una dirección de lo contencioso-financiero en las capitales regionales y una dirección general en Florencia, primero, y en Roma, después.

Este modelo de libre designación fracasó estrepitosamente, debido, entre otras razones, a la dispersión de criterios sostenidos ante unos y otros Tribunales, lo que permitió la supervivencia de tradiciones jurídicas locales en la defensa del Estado.

Por ello, la Ley de 28 de noviembre de 1875, número 2781, delegó en el Gobierno la reforma de la defensa del Estado en la jurisdicción civil, dando lugar al Real Decreto de 16 de enero de 1876, que creó *L'Avvocatura Erariale*, siguiendo el modelo toscano. Esta misma Ley redujo las funciones del ministerio público y asimiló a los directores de lo contencioso-financiero, en grado y carrera, con los magistrados del

(4) Aparte de la genérica remisión contenida en el artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, la normativa vigente está constituida por los Reales Decretos 849/85 y 850/85, ambos de 5 de junio, y, en lo que no se opongan a los mismos, por el Real Decreto-ley de 21 de enero de 1925 y el Reglamento de 27 de julio de 1943.

(5) Para un estudio más detallado, vid. CAMARAZZA, *L'Avvocato Regio nel Granducato di Toscana*, págs. 185 y ss.

mismo. Para MANZARI (6), «de esta Ley nace la connotación judicial que acompañará siempre la evolución de la estructura y funciones de la Institución».

En el período de entreguerras se consolidó *L'Avvocatura*, permitiendo su ubicación en el vértice del aparato público, orgánica y funcionalmente, de manera que «la asistencia legal del Estado, que es uno, sea ejercida por una sola institución con unidad de criterio, de dirección y de responsabilidad» (7). En esta época se produjo su incardinación orgánica bajo la dependencia de la Presidencia del Consejo de Ministros (8); se modificó la denominación, adaptando la actualmente vigente de *Avvocatura dello Stato* (9); se confirmó una singular posición procesal, imponiendo que todos los actos procesales fueran notificados en la sede oficial de *L'Avvocatura* (10), y se asumió la representación de todas las Administraciones Públicas estatales, así como la de las restantes Administraciones y la de los funcionarios y empleados, previa autorización. Este fértil período legislativo se sistematizó en dos normas que aún hoy constituyen, profundamente modificadas, el principal referente de la institución, el Real Decreto de 30 de octubre de 1933, número 1611, Texto Refundido de las leyes y normas jurídicas sobre la representación y defensa en juicio del Estado y sobre el ordenamiento de *L'Avvocatura dello Stato*, y el Real Decreto, también de 30 de octubre de 1933, número 1612, Reglamento para la ejecución del Texto Refundido anteriormente mencionado.

Tras estas dos normas, y ya en época republicana, se produjeron modificaciones puntuales pero continuas, determinando una nueva configuración del abogado del Estado, considerado tanto un representante de parte en el proceso común como un defensor del Estado-Ordenamiento en los procesos constitucionales e internacionales. Entre estas reformas deben destacarse las recogidas en la Ley de 20 de junio de 1955, en materia de personal; la Ley de 11 de marzo de 1958, que atribuyó al Abogado General del Estado la representación del Presidente del Consejo de Ministros ante el Tribunal Constitucional, así como las normas que sucesivamente atribuyeron a la *Avvocatura* la representación de las regiones de estatuto especial y de las de estatuto ordinario, y, por último, la del Estado italiano ante los Tribunales internacionales y supranacionales.

La Ley de 3 de abril de 1979, número 103, sistematiza las nuevas funciones que la Abogacía del Estado había ido asumiendo en el Estado Republicano y, al mismo tiempo, culmina la evolución del instituto, acentuando su connotación profesional y garantizando su autonomía, inspirándose en los principios democráticos de eficiencia y legalidad.

(6) Giuseppe MANZARI, *op. cit.*, pág. 202.

(7) Relación de *L'Avvocatura Erariale* en el período 1912-1925; cit. por BELLI en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1964, voz «*Avvocatura dello Stato*», págs. 860 y ss.

(8) RD de 3 de enero de 1931, núm. 2.

(9) RD de 20 de noviembre de 1930, núm. 1483.

(10) RD de 30 de diciembre de 1923, núm. 2828.

### III. ORGANIZACIÓN DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO

#### 1. *Ubicación Orgánica. Significado*

Desde el Real Decreto de 3 de enero de 1931, *L'Avvocatura dello Stato* dejó de depender del Ministerio de Hacienda para ser adscrita orgánicamente a la Presidencia del Gobierno (como lo están también el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas). Esta adscripción, reflejada en el vigente artículo 17 del Real Decreto 1611 de 1933, es positivamente valorada por la doctrina, en cuanto supone concebir al abogado del Estado no como defensor de un interés predominantemente patrimonial de la Administración, sino como garante interno y defensor procesal del interés general, a cuya realización está vinculada aquélla. Desde esta perspectiva, su situación en la cúspide de la organización administrativa se interpreta, más que como un refuerzo de la dependencia jerárquica, como una garantía frente a las tensiones propias entre los intereses de cada Departamento ministerial. MANZARI (11) entiende que la dependencia a que se refiere el artículo 17 del Real Decreto 1611 implica, sustancialmente, un compromiso para el Presidente del Consejo de Ministros en aras a la provisión de los medios financieros, instrumentales y personales precisos para el buen funcionamiento de la Institución.

Dicha dependencia es compatible, por tanto, con una estructura administrativa de *L'Avvocatura*, que garantiza la independencia profesional de la acción del abogado del Estado en cada proceso. Esta técnica se ha visto reforzada tras la aprobación de la Ley 103 de 1979, que, como más adelante se explica, ha creado órganos colegiados, nítidamente profesionales, que colaboran en garantizar la independencia personal de cada abogado y la autonomía técnico-profesional del instituto, sin perder de vista, en ningún momento, que la disposición del derecho controvertido corresponde a la Administración y que, en este sentido, debe mantenerse el principio de jerarquía. Desde otro punto de vista, la colocación por encima de todos y cada uno de los Departamentos ministeriales mejora la coordinación en la asistencia jurídica del Estado, y permite abstraerla de polémicas sectoriales. Al mismo tiempo, resulta coherente con la representación del Estado en el proceso constitucional y en los procesos internacionales, representaciones que deben ejercerse desde una perspectiva general amplia y en nombre del Estado-Ordenamiento.

#### 2. *Estructura organizativa: Organos unipersonales y colegiados*

La Institución de *L'Avvocatura dello Stato* se articula básicamente en dos niveles orgánicos: la Abogacía General del Estado y las Abogacías

---

(11) Giuseppe MANZARI, *op. cit.*, pág. 204.

de distrito (12). La Abogacía General, con sede en Roma y competencia en todo el territorio, además de las funciones de dirección y organización que posteriormente se exponen, asume las que corresponderían a la Abogacía de distrito en Roma, así como la representación y defensa ante los órganos supremos de cada orden jurisdiccional, ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otros Tribunales internacionales. Igualmente le corresponden las funciones consultivas respecto de los órganos centrales de la Administración. En el segundo nivel existen 22 Abogacías de distrito, una en cada capital de región y una, en todo caso, allí donde tenga su sede un Tribunal de Apelación, con la única excepción del Valle de Aosta, en el que es competente la Abogacía de Turín, aparte del régimen de Roma, ya mencionado.

El criterio de reparto de asuntos entre las distintas Abogacías es meramente territorial, correspondiendo a cada una de ellas los asuntos que se sigan ante los Tribunales que tengan su sede en la circunscripción de la Abogacía, y las cuestiones consultivas planteadas por órganos administrativos ubicados en esa misma circunscripción.

*El Abogado General del Estado* es nombrado mediante Decreto de la Presidencia de la República, a propuesta del Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros. Constituye la pieza fundamental del funcionamiento de la estructura, tanto en el aspecto organizativo, en el que asume funciones subordinadas a las del Presidente del Gobierno y frente a quien es responsable, como en el aspecto técnico-profesional, que le pertenece en exclusiva y que ejerce en colaboración con los órganos unipersonales y principalmente colegiados que completan la organización. Dentro de este cometido general le corresponden específicamente las siguientes funciones (13):

- 1) Establecer directrices generales en el tratamiento de los asuntos contenciosos y consultivos.
- 2) Convocar y presidir el Consejo de Abogados y Procuradores del Estado y el Comité Consultivo.
- 3) Vigilar los órganos, servicios y personal de la Abogacía, dirigiéndolos y coordinándolos mediante las disposiciones e instrucciones generales precisas.
- 4) Resolver, oído el Comité Consultivo, las discrepancias jurídicas entre las Abogacías de distrito o entre éstas y la Administración defendida.
- 5) Asignar a los abogados y procuradores adscritos a la Abogacía General los asuntos contenciosos y consultivos, en base a los criterios establecidos por el Comité Consultivo.
- 6) Rendir cuenta periódicamente al Presidente del Consejo de Ministros de la actividad desarrollada, presentando una relación detallada de la misma y señalando las eventuales carencias le-

---

(12) Artículo 18 del RD 1611 de 1933.

(13) Artículo 15 del RD 1611 de 1933.



gislativas y los problemas interpretativos puestos de manifiesto con ocasión de la actividad del instituto.

- 7) Proponer y adoptar las decisiones expresamente atribuidas a su competencia, así como cualquier otra actuación referente al servicio y al personal de *L'Avvocatura* que no esté atribuido a otra autoridad.

De entre estas funciones destaca la relativa a la resolución de los conflictos que pueden surgir tanto entre Abogacías del Estado como las divergencias que existan entre la Abogacía del Estado y la Administración defendida. Sin perjuicio de una mención más detallada de la disposición de la acción y del derecho controvertido cuando la Administración es parte en el proceso, cuestión que se trata más adelante, resalta la labor arbitral y la autoridad que se otorga al Abogado General del Estado, pretendiendo que mediante el ejercicio de su potestad jerárquica salvaguarde la independencia profesional de los funcionarios e impida el ejercicio de acciones o el mantenimiento de pretensiones jurídicamente insostenibles. Esta tarea, mediante la que se realiza un control de legalidad frente a la misma Administración, queda reforzada si se tiene en cuenta que el artículo 12 de la Ley 103 de 1979 permite separarse del criterio establecido por la Abogacía del Estado, sólo en cuanto a la oportunidad de promover un pleito o desistir del mismo y mediante un acto formal, expreso e indelegable de la máxima autoridad del ministerio implicado (14). Evidentemente, ejercer o mantener una acción cuando se ha expresado ya el parecer contrario del abogado del Estado, supone enervar en gran parte la posibilidad que esa pretensión tiene de prosperar ante los Tribunales. Mediante este sistema, el Abogado General asegura la integridad de lo que CALAMANDREI (15) ya calificaba como principios fundamentales de la autonomía funcional de la Institución: la competencia técnico-jurídica y la conciencia profesional de cada abogado del Estado.

Otro aspecto destacable entre el elenco de funciones legalmente atribuidas al Abogado General es la institucionalización de la memoria que debe elevar al Presidente del Gobierno y en la que debe expresar las carencias legislativas y los problemas interpretativos puestos de manifiesto con ocasión de la actividad de la Abogacía. A diferencia de otras memorias o informes que nacen de una contemplación objetiva de la actividad procesal, este informe tiene su origen en la consideración del Estado como una parte más en el proceso y permite observar la realidad material de las actuaciones administrativas frente a las que el ciudadano reacciona y el modo en que éstas son valoradas por los órganos judiciales, pero también permite una consideración de las normas procesales desde la perspectiva de quien defiende al litigante con

(14) Cuando la discrepancia sea con una Administración Pública distinta de la estatal, la determinación corresponderá a los órganos competentes conforme sus respectivos Estatutos establezcan.

(15) P. CALAMANDREI, *Gli avvocati dello Stato e l'onomotività*, Florencia, 1943, III, pág. 33.

mayor número de pleitos en todos los órdenes jurisdiccionales. Estas consideraciones deben ser especialmente valiosas a la hora de inspirar reformas legislativas y actuaciones administrativas que cooperen a la resolución del colapso judicial en que la mayoría de los Estados de Derecho, por el hecho de serlo, se ven inmersos.

El Abogado General es auxiliado en el ejercicio de sus funciones por los *Viceabogados Generales*, de los que la ley especifica su número, nueve, pero no los cometidos que concretamente se les encomiendan (16). Son nombrados por Decreto del Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros y a propuesta del Abogado General, oído el Consejo de Abogados del Estado, entre miembros del Cuerpo que hayan conseguido la última categoría, condición a la que más adelante haremos referencia.

De entre los abogados del Estado que hayan conseguido la tercera categoría y también mediante Decreto del Presidente del Gobierno, aunque sin deliberación del Consejo de Ministros, se nombra al *Secretario General* (17). Su mandato tiene una duración de cinco años, siendo renovable una sola vez. Sus funciones consisten, además de asistir al Abogado General en las labores organizativas, en la jefatura del personal administrativo, en la coordinación del funcionamiento de órganos y servicios y en la supervisión de los asuntos administrativos que puedan afectarles.

De igual forma que al Secretario General se nombra a los *Abogados Jefes de Distrito*, entre los abogados del Estado de la tercera categoría con al menos cinco años de antigüedad en ella (18). Como encargados de la dirección de los órganos periféricos ejercen localmente y en relación con las Regiones las mismas funciones que centralmente corresponden al Abogado General: reparten los asuntos según los criterios establecidos por el Comité Consultivo; coordinan la acción procesal del Estado en su circunscripción, sometiendo al examen colegial de los abogados del Estado allí destinados los problemas de mayor trascendencia; elevan al Abogado General un informe sobre la actividad desarrollada y los problemas surgidos en la misma, y otro informe idéntico al Presidente de la Junta Regional en lo relativo a los asuntos referentes a la Administración que éste dirige.

Como ya se ha dicho antes, la Ley 103 de 1979 supuso en el aspecto organizativo una profunda transformación de la Abogacía del Estado en busca de una mayor garantía de independencia en el ejercicio de sus funciones. De esta transformación, la novedad más importante es la creación de dos órganos colegiados: el Consejo de Abogados del Estado y el Comité Consultivo.

*El Consejo de Abogados del Estado* desarrolla funciones de autogobierno del Cuerpo, aunque de carácter deliberante, la mayor parte de ellas. Está compuesto por el Abogado General, que lo preside; por dos

---

(16) Artículo 16 Ley 103 de 1979.

(17) Artículo 17 Ley 103 de 1979.

(18) Artículo 18 Ley 103 de 1979.

Viceabogados Generales, por los dos Abogados Jefes de Distrito más antiguos en el cargo y por otros cuatro funcionarios del Cuerpo, uno de ellos, al menos, con la categoría de procurador del Estado (19). Estos cuatro últimos componentes son elegidos por un cuerpo electoral compuesto por todos los abogados y procuradores del Estado, mediante voto personal, directo y secreto, y con un mandato de tres años de duración, no renovable. Durante el período de pertenencia al Consejo no pueden serles conferidos puestos directivos. Entre las funciones atribuidas a este Consejo se encuentran las siguientes:

- 1) Expresar su parecer sobre la distribución de efectivos personales entre las distintas Abogacías del Estado.
- 2) Formular el dictamen de capacitación que es necesario para que los abogados del Estado alcancen las sucesivas categorías dentro de su carrera administrativa.
- 3) Conocimiento de los procedimientos disciplinarios contra miembros del Cuerpo.
- 4) Ser oído en el nombramiento de los Viceabogados Generales, Secretario General y Abogados Jefes de Distrito.
- 5) Resolver los recursos que los abogados del Estado pueden presentar contra los actos del Abogado General o del Abogado Jefe de Distrito en que acuerden, por motivos excepcionales, sustituirles en asuntos que les correspondían por reparto.

*El Comité Consultivo*, expresión del principio de colegialidad en el plano técnico-institucional (20), está presidido por el Abogado General del Estado, y compuesto, además, por seis abogados designados por el Consejo, entre los miembros del Cuerpo que ostenten la tercera categoría de abogado del Estado, que no ocupen el puesto de Secretario General y que no formen parte del Consejo (21).

Sin perjuicio de poder consultarlo siempre que lo considere oportuno, el Abogado General debe necesariamente recabar el dictamen del Comité Consultivo en las cuestiones de especial relevancia y en el establecimiento de directrices generales para el tratamiento de asuntos contenciosos o consultivos.

Igualmente, el Comité Consultivo tiene atribuidos dos importantes cometidos (22). Por un lado, le corresponde dirimir, con audiencia de los interesados, las divergencias de opinión que sobre el tratamiento de un asunto contencioso o consultivo puedan surgir entre el abogado al que le ha correspondido y un abogado que ejerza funciones directivas sobre él (Abogado General, Viceabogado General o Abogado Jefe de Distrito). La doctrina ha resaltado la trascendencia de esta novedad introducida por la Ley 103 de 1979, en tanto supone sustituir un principio de prevalencia jerárquica por la decisión de un órgano colegiado dotado

---

(19) Artículo 21 Ley 103 de 1979.

(20) MANZARI, *op. cit.*, pág. 210.

(21) Artículo 25 Ley 103 de 1979.

(22) Artículo 26 Ley 103 de 1979.

de *auctoritas* (23), entendiendo que la colegialidad se ajusta más al respeto profesional que la jerarquía. Para que el Comité resuelva este tipo de conflicto interno es necesario que el abogado al que ha correspondido el asunto presente un informe escrito sobre el mismo y solicite su pronunciamiento (24). Para salvaguardar en todo caso la conciencia profesional del abogado, aun cuando el Comité haya expresado su opinión contraria, puede solicitar ser sustituido en ese asunto. Le corresponde también al Comité Consultivo la determinación de los criterios de reparto de asuntos con carácter general entre los funcionarios destinados en cada Abogacía.

La organización colegiada queda completada con el Comité permanente para el personal administrativo, al que se encomiendan funciones de dirección y coordinación de los funcionarios no abogados integrados en la Abogacía del Estado.

### 3. Régimen del personal al servicio de la Abogacía del Estado

La ordenación del personal al servicio de la Abogacía del Estado parte de distinguir entre los abogados y procuradores, cuya regulación se encuentra incluida dentro de los textos legales que constituyen la normativa de la Institución, y el personal administrativo, sometido en principio al régimen general de la función pública, pero con importantes peculiaridades. Estas se encuentran incorporadas a normas de rango legal (Ley de 22 de mayo de 1960, núm. 520, que crea los Secretarios de las Abogacías del Estado; Ley de 8 de abril de 1964, núm. 284, reguladora de la carrera del personal auxiliar de la Abogacía del Estado, y Ley de 15 de octubre de 1986, núm. 664, de reestructuración de los servicios administrativos de la Abogacía del Estado) objeto de un abundante desarrollo reglamentario y aplicables con preferencia al estatuto general de los funcionarios públicos (25).

En la regulación de la carrera de abogados y procuradores, la Ley 103 de 1979, en su artículo 1, distingue entre tres distintas condiciones: Abogado General del Estado, abogados del Estado y procuradores del Estado. Dentro de las dos últimas, establece cuatro categorías diferentes (26). A la primera categoría se accede mediante oposición, libre o de primer grado para los procuradores, restringida o de segundo grado para los abogados. Para ser admitido a la oposición para abogado del Estado es necesario ser menor de cuarenta y cinco años y reunir alguna de las siguientes condiciones (27):

- a) Ser procurador del Estado, con un mínimo de dos años de servicio.

(23) Emilio ZECCA, *op. cit.*, pág. 539.

(24) Artículo 19 Ley 103 de 1979.

(25) Artículo 2.2 de la Ley de 15 de octubre de 1986, núm. 664.

(26) Artículos 2 y 3 de la Ley 103 de 1979.

(27) Artículo 4 de la Ley 103 de 1979.

- b) Ser Magistrado de la jurisdicción ordinaria, con la condición, al menos, de *aggiunto giudizario* o Magistrado de la jurisdicción militar de condición equivalente.
- c) Ser Magistrado administrativo.
- d) Ser abogado inscrito en un colegio con, al menos, un año de antigüedad.
- e) Ser funcionario público de la Administración del Estado o de las Regiones, con cinco años de servicios efectivos, en funciones directivas y siempre que haya superado las pruebas de habilitación para el ejercicio de funciones de procurador ante los Tribunales.
- f) Ser profesores universitarios o adjuntos, en materias jurídicas, y siempre que hayan superado las pruebas de habilitación para el ejercicio de funciones de procurador ante los Tribunales.

De cada tres puestos de abogado del Estado, dos serán provistos por personas que hayan superado la oposición, reservándose el tercero para adjudicarse en virtud de promoción interna entre los procuradores del Estado con ocho años de antigüedad (28). Si los puestos así reservados quedaran vacantes, serán cubiertos mediante el sistema de oposición.

El desarrollo de las oposiciones, tanto de abogado como de procurador, está prolijamente recogido en el Real Decreto 1612 de 1933, en el que se regula desde la composición de los Tribunales y las pruebas (tres escritas y una oral) hasta aspectos tan anecdóticos como la ubicación de los opositores en despachos separados y la posibilidad que éstos tienen de consultar textos legales, el *Corpus Iuris* y las Instituciones de GAYO, en ediciones sin anotar (29).

Además de la posibilidad que los procuradores del Estado tienen de acceder a la condición de abogados del Estado, dentro de cada Cuerpo existe un sistema de promoción interna, en el que por antigüedad, y previo dictamen de capacitación del Consejo de Abogados del Estado, se van consiguiendo las sucesivas categorías, que suponen un distinto tratamiento retributivo y la posibilidad de alcanzar puestos directivos. Así, por ejemplo, a los tres años de haber ingresado en el Cuerpo de Abogados del Estado, previo dictamen favorable del Consejo, puede accederse a la segunda categoría; tras permanecer siete años en ésta, con un nuevo dictamen, se accede a la tercera, en la que deberá permanecer otros ocho años para alcanzar, tras un nuevo dictamen, la cuarta categoría (30).

En la regulación del Estatuto de los Abogados del Estado se parte de un principio esencial, recogido en el artículo 23 del Texto Refundido de 1933: *la equiparación con los Magistrados de la jurisdicción ordinaria*. Esta equiparación no se limita al ámbito retributivo, en el que el

---

(28) Artículo 5 de la Ley 103 de 1979.

(29) Artículo 20 del Real Decreto 1612 de 1933.

(30) Artículo 3 de la Ley 103 de 1979.

legislador establece conjuntamente las retribuciones de unos y otros, en virtud de una tabla de asimilación en la que, por ejemplo, el Abogado General del Estado percibe la misma remuneración que el Presidente del Consejo de Estado y el del Tribunal de Cuentas, igual a la del Procurador General (Fiscal General) y el Presidente adjunto del Tribunal de Casación (Tribunal Supremo); un abogado del Estado de cuarta categoría percibe la correspondiente a un Presidente de Sala del Tribunal Supremo, etc.

Esta asimilación alcanza, en tanto una norma legislativa no disponga lo contrario, a todos los efectos jurídicos, de manera que el abogado del Estado de cuarta categoría posee la misma consideración y los mismos derechos (entre ellos el previsto en el art. 135.2 de la Constitución italiana, ser elegido magistrado del Tribunal Constitucional) que el Presidente de Sala del Tribunal Supremo. Esta equiparación ha sido tratada en una reciente decisión del Pleno del Consejo de Estado (31), en la que textualmente se afirma:

«Que aunque es cuestión pacífica que [los abogados del Estado] no pertenecen a la Magistratura ni ejercen funciones jurisdiccionales, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 1/79, ha puesto de relieve la especificidad de su función... Por lo que, si bien no son magistrados, lo cierto es que las diferencias con el *status* general de los funcionarios públicos, aun los de rango directivo, son en todo punto evidentes. Esta circunstancia permite explicar fácilmente que desde antes de la Constitución vigente los abogados y procuradores del Estado hayan sido equiparados al personal de la Magistratura y que tal equiparación, al menos a efectos retributivos, constituye una constante en la legislación posterior a 1948..., porque si no existe identidad con los magistrados, existe una relevante y no secundaria afinidad.»

Los funcionarios de ambos cuerpos son incompatibles con cualquier otro empleo público, y con cualquier profesión, no pudiendo asumir encargos retribuidos, sean del género que sean, sin autorización del Abogado General (32). En las Abogacías del Estado se pueden cumplir las prácticas forenses necesarias para el ejercicio de la abogacía. Estas prácticas no otorgan derecho preferente para el ingreso en el Cuerpo y no pueden tener una duración superior al tiempo que se exige en Italia para ser admitido al examen previo a la colegiación (33).

Otro aspecto sobresaliente en el régimen del personal al servicio de la Abogacía del Estado es la percepción por el mismo de las cantidades abonadas por los litigantes contra el Estado que hayan sido conde-

(31) Reunión del Pleno del Consejo de Estado núm. 27 de 1983.

(32) Artículo 24 del Real Decreto 1611 de 1933.

(33) Artículo 24, párrafo segundo, del Real Decreto 1611 de 1933.

nados en costas (34). El reparto de estas cantidades es detalladamente regulado. Del total de las mismas, dos décimas partes se reparten por igual entre todos los abogados y procuradores del Estado; las ocho décimas partes restantes corresponden a la Abogacía del Estado interviniente en el pleito. En el supuesto de que en un determinado pleito haya intervenido tanto una Abogacía de distrito como la Abogacía General, el criterio de reparto es establecido por el Abogado General (35). La percepción individual de estas cantidades tiene lugar cuatrimestralmente (36). De la cantidad correspondiente a cada Abogacía, un 24 por 100 se destina al personal administrativo de la misma, y el 76 por 100 restante se divide en dos partes iguales, una que será repartida entre todos los abogados y procuradores por igual y otra que lo será proporcionalmente a la retribución que cada uno percibe (37).

Si bien podría exponerse como parte integrante del estatuto personal el régimen de garantía de la independencia profesional, éste ha sido desarrollado al tratar de la organización, señalando los órganos competentes para velar por la misma, y al tratar de la postura procesal del Estado, como una característica del mandato legal en favor de los abogados del Estado, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

#### IV. FUNCIONES DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO: FUNCIÓN CONTENCIOSA

El artículo 13 del Real Decreto 1611 de 1933 encomienda a la Abogacía del Estado la tarea de «*proveer a la tutela legal de los derechos e intereses del Estado*».

Dentro de esta labor general, el mismo artículo distingue entre una función de asistencia consultiva y otra de representación y defensa contenciosa. En la función consultiva, además de la atención a cualesquiera consultas legales que la Administración requiera a la Abogacía, ésta tiene especialmente encomendado el examen de proyectos de ley, disposiciones reglamentarias, contratos de la Administración, resolución de recursos y de procedimientos administrativos que pueden originar un proceso. Para asegurar el cumplimiento eficaz de estas funciones, el artículo 14 del mismo Texto Refundido, norma con rango de ley, reafirma el principio de colaboración administrativa, estableciendo que la Abogacía tiene comunicación directa con la Administración, a la que «*requiere todas las aclaraciones, datos y documentos necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones*».

---

(34) Artículo 21 del RD 1611 de 1933, artículo 61 del RD 1612 de 1933 y Reglamento del Presidente del Consejo de Ministros de 29 de febrero de 1972, sobre examen y reparto de esos honorarios.

(35) Artículo 17 del Reglamento de 29 de febrero de 1972.

(36) Artículo 61 del Real Decreto 1612 de 1933.

(37) Artículo 8 del Reglamento de 29 de febrero de 1972.

1. *Función contenciosa:*

*Representación «ex lege» de la Administración del Estado*

Para explicar correctamente la posición procesal del Estado en derecho italiano debe partirse del mandato universal, necesario e irrevocable que este ordenamiento jurídico atribuye a los letrados integrados en la Abogacía del Estado para la representación y defensa de la Administración estatal y de otros sujetos asimilados. Este principio se recoge en el párrafo segundo del artículo 1 del Real Decreto 1611 de 1933, que textualmente afirma:

«Los abogados del Estado, en el ejercicio de sus funciones, en todos los órdenes jurisdiccionales y ante cualquier órgano de los mismos, no tienen necesidad de mandato, aun en los casos en los que las normas ordinarias requieran poder especial, bastando que conste su condición.»

Luego, frente al mandato fiduciario y revocable que rige comúnmente las relaciones entre abogado y cliente, incluso las relaciones entre abogados-funcionarios y Administraciones no defendidas por la Abogacía, como la municipal, el ejercicio de la función contenciosa por el abogado del Estado encuentra su origen en una atribución legal expresa. Este hecho, además de suponer que la acción sea siempre sostenida en virtud de una obligación institucional, implica importantes consecuencias. En primer lugar, una especial posición procesal del abogado del Estado, posteriormente descrita con más detalle, en la que resaltan los amplios poderes que le corresponden en el proceso, muy superiores a los reconocidos al letrado particular, que están limitados por la necesaria atribución que contenga el poder otorgado para ese pleito. Este mandato legal constituye, además, la principal particularidad procesal de la Administración del Estado y es la causa de las especialidades que la distinguen de las restantes partes en litigio, en cuanto exige que, sin desequilibrar la ineludible igualdad procesal, no se encuentren obstáculos para el pleno ejercicio de la misma. Así encuentran justificación objetiva suficiente las normas que imponen un fuero territorial singular para el abogado del Estado o un especial régimen de las notificaciones al mismo.

La representación *ex lege* implica también el carácter impersonal de la defensa, ya que ésta se encomienda a los abogados o procuradores del Estado indistintamente, no a un concreto funcionario. Este carácter impersonal permite, dada la fungibilidad de la representación, que en un mismo proceso intervengan varios abogados del Estado. De la misma manera, al serles conferida la representación con carácter legal, se les excluye implícitamente de la necesidad de colegiación.

Por último, el artículo 1.2 del Real Decreto 1611 impide al órgano jurisdiccional o a la otra parte en el proceso discutir la representación



ostentada en nombre de la Administración. El juez debe limitarse a comprobar la pertenencia del letrado al Cuerpo de abogados o procuradores del Estado, estando vedada cualquier otra indagación sobre la relación entre la Administración y la Abogacía o sobre la decisión administrativa de mantenerse en la *litis*. Estas cuestiones se consideran actos internos, de carácter administrativo, que pueden originar una responsabilidad del abogado que se extralimite en su cometido, pero que no son fiscalizables jurisdiccionalmente, ya que el juez debe atenerse al mandato legal conferido (38). El Tribunal Supremo italiano ha entendido que el órgano jurisdiccional puede indagar sobre la pertenencia al Cuerpo de Abogados del Estado y, además, sobre la adscripción a la Abogacía competente para actuar ante ese Tribunal, puesto que los actos realizados por personas no adscritas a la misma o que no estén expresa y formalmente autorizados, están aquejados de nulidad absoluta.

Esta resolución ha sido vivamente criticada por sectores doctrinales (39), en tanto olvida que la representación está atribuida en «todos los órdenes jurisdiccionales y ante cualquier órgano de los mismos», siendo la distribución de los efectivos una cuestión administrativa interna no enjuiciable en cada concreto proceso.

## 2. Excepciones al mandato legal en favor del abogado del Estado

Como se ha dicho, el mandato en favor del abogado del Estado se caracteriza por su universalidad, su necesidad y su irrevocabilidad. Al ser universal, puede ser ejercido ante todos los órdenes jurisdiccionales ordinarios, civil, penal y laboral, y ante el contencioso-administrativo. Igualmente ante instancias arbitrales, ante la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, ante el Tribunal Constitucional, ante el Tribunal de Justicia de la CE y ante jurisdicciones internacionales como el Tribunal de La Haya o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (40). Al ser necesario e irrevocable, la Administración del Estado no puede ser asistida, representada y defendida por letrados no integrados en la Abogacía del Estado, salvo en los supuestos expresamente previstos en la ley. Así lo impone el artículo 5 del Real Decreto 1611 de 1933, que sólo permite acudir a la asistencia de un abogado en ejercicio cuando concurren «razones absolutamente excepcionales» que lo aconsejen. Además de este límite material, se impone uno de carácter formal: el acuerdo de prescindir de la postulación del abogado del Estado tiene que adoptarse mediante un procedimiento sometido al cumplimiento de los siguientes requisitos:

(38) Así lo entiende una sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de Roma el 14 de enero de 1949, citada por P. PAVONE en *Lo Stato in Giudizio*, Giuffrè Editore, Milán, 1982, pág. 32.

(39) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1971, núm. 2241, también citada por PAVONE en la misma obra.

(40) Artículo 9 de la Ley 103 de 1979.

- a) Audiencia del Abogado General del Estado.
- b) Determinación por el Consejo de Ministros de los principios por los que el mandato otorgado debe regirse.
- c) Decreto del Presidente del Gobierno, de acuerdo con el Ministro de Hacienda y el Ministro del que dependa la administración interesada, mediante el que se encomienda la representación a un letrado particular.

El Gobierno italiano no ha utilizado nunca la facultad que le otorga este artículo, lo que es un claro indicio del respeto que le merece la Abogacía del Estado y de la eficacia de los límites impuestos por el Ordenamiento para evitar a la Administración eludir la garantía interna de legalidad que supone la intervención de aquélla. Esta falta de realización práctica del supuesto ha obligado a los intérpretes a determinar en abstracto cuáles son las razones absolutamente excepcionales que permitirían acudir a la asistencia de un abogado en ejercicio. El Consejo de Estado, en resolución de 23 de noviembre de 1967, número 1237, de manera incidental y dentro de una consideración general de la Institución, entendió que el artículo 5 era referible a los supuestos en que exista una insuperable disparidad de criterios entre la Abogacía, que crea insostenible la pretensión en un proceso, y el Gobierno, que continúe, sin embargo, interesado en mantenerla.

Otros autores (41) entienden errónea la interpretación del Consejo de Estado, por ser obligación de la Abogacía, una vez haya intentado disuadir a la Administración, defenderla en todo caso. Si no se hiciese así, se estaría emitiendo un juicio preprocesal que condicionaría el resultado final del pleito. Debe tenerse en cuenta que estas tesis son anteriores a la promulgación de la Ley 103 de 1979, que, como ya se ha señalado, obliga a la Administración, cuando desea apartarse del criterio de la Abogacía, a hacerlo mediante un acto formal, expreso y proveniente del Ministro. Consecuentemente, el juicio preprocesal existiría en cualquier caso, y, si la discrepancia es en verdad insuperable, se podría acudir a un abogado en ejercicio.

Por último, existen autores (42) que consideran aplicable el artículo 5 en casos en los que el objeto del litigio haga inoportuno que la Administración sea defendida por un abogado del Estado, bien sea porque afecte a la Abogacía en su conjunto o bien porque afecte a intereses profesionales o económicos de los funcionarios integrados en la misma.

La Abogacía del Estado, con un reducido número de abogados y procuradores (43), no puede hacer frente de manera eficaz a la litigiosidad creciente de las Administraciones y entidades que defiende. Mientras se mantenga el riguroso sistema de ingreso, que es una garantía de profesionalidad generalmente elogiada, no es posible aumentar

(41) JEMOLO, *L'Avvocatura dello Stato*, en «Arch. Giuridico», 1968, XLIV, pág. 260.

(42) ZECCA, *op. cit.*, pág. 525.

(43) Doscientos cincuenta abogados del Estado y sesenta procuradores para 80.000 asuntos contenciosos y consultivos en 1986. MANZARI, *op. cit.*, pág. 214.

el número de efectivos. Por ello, pese a la universalidad y exclusividad del mandato, el ordenamiento italiano ha previsto la posibilidad de que en procesos sin gran trascendencia la representación de la Administración activa sea conferida a un funcionario de la misma, bajo la dirección y control de la Abogacía del Estado, que siempre podrá avocar para sí el conocimiento del pleito, si lo considera oportuno. En los procesos en los que la ley no exige con carácter general la presencia de abogado o procurador, así como en determinados litigios numerosos y repetitivos como los relativos a pensiones públicas, juicios ejecutivos, concursales, etcétera (44), la Administración puede comparecer mediante un funcionario de la misma. Igualmente, para los pleitos que tengan lugar fuera de la sede de la Abogacía del Estado, como excepciones a su fuero territorial, ésta puede delegar la representación en funcionarios de la Administración interesada o incluso en procuradores colegiados y ejercientes (45).

En los procesos contencioso-administrativos, dada la singularidad del sistema italiano, se preveía la posibilidad de que la Administración compareciera ante el Consejo de Estado representada por un alto funcionario (46). Pero en la práctica siempre ha estado representada por la Abogacía del Estado y en la actualidad se duda de la vigencia de esta previsión, tras la reforma de los Tribunales administrativos regionales mediante la Ley de 16 de diciembre de 1971, número 1034 (47).

3. *Extensión subjetiva del mandato:*  
*representación y defensa de las Regiones,*  
*de otros entes públicos y de los empleados y funcionarios*

a) *Las Regiones.*

El reconocimiento de un poder político-administrativo a las Regiones como consecuencia de la afirmación del principio constitucional de autonomía en los artículos 5 y 117 de la vigente norma fundamental italiana, ha incidido notablemente en las funciones encomendadas a la Abogacía del Estado. Una gran parte del ámbito material que originaba lo contencioso-estatal ha pasado a ser competencia de las Regiones e incluso, por delegación de éstas, de los entes locales. La transferencia a las Regiones de la gestión de intereses públicos que tradicionalmente habían sido tutelados procesalmente por la Abogacía del Estado, ha dado lugar a dos soluciones distintas para las Regiones de estatuto especial y para las de estatuto ordinario. Si bien la razón última de esta diferencia de régimen radica en el alcance de las competencias de unas

(44) Artículo 13 de la Ley 103 de 1979.

(45) Artículo 2 del Real Decreto 1611 de 1933.

(46) Artículo 41 del Texto Refundido de disposiciones vigentes sobre el Consejo de Estado, RD de 26 de junio de 1924, núm. 1034.

(47) MANZARI, *op. cit.*, pág. 214. No para el Consejo de Estado, pero sí para los Tribunales Administrativos Regionales, la entiende derogada PAVONE, *op. cit.*, pág. 53.

y otras, no puede olvidarse que cada una de las soluciones corresponde a un momento histórico concreto, con una sensibilidad autonómica muy diferente.

Para las *Regiones de estatuto especial* rige un mandato legal en favor de la Abogacía del Estado, idéntico al que une a ésta con la Administración Central, de manera que necesariamente aquéllas han de ser asistidas, representadas y defendidas por abogados del Estado, aplicándoseles íntegramente el bloque normativo, orgánico y procesal que regula la actuación de éstos. La atribución de este mandato universal y necesario tiene su origen en normas estatales específicas para cada una de las cinco Regiones (48), y no supone, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en sentencia de 20 de abril de 1958, número 30, una quiebra del principio de autonomía regional, sino una respuesta a la necesidad de atender jurídicamente las actividades traspasadas, mediante la puesta a su disposición de un órgano institucionalmente destinado a la defensa de las Administraciones Públicas. En el supuesto de que en un mismo proceso sea también parte la Administración del Estado, la Abogacía del Estado se limitará a defender éste, salvo que concurren ambas administraciones en litisconsorcio activo o pasivo sin conflicto de intereses entre ellas. Además de en estos casos, las Regiones pueden prescindir del patrocinio de la Abogacía del Estado en «casos particulares» y mediante una resolución motivada de su Consejo de Gobierno, que deberá ajustarse al procedimiento previsto en el artículo 5 del Real Decreto 1611 de 1933 (49). Este límite no afecta, sin embargo, al Valle de Aosta, al que la Ley número 196 de 1978 atribuye la «facultad de valerse del patrocinio de profesionales libres» sin exigir ningún otro requisito. En Trentino-Alto Adige y en Friuli-Venezia Giulia, la Abogacía del Estado también asiste a los entes locales, en los procesos derivados del ejercicio de funciones delegadas por la Región.

Para las *Regiones de estatuto ordinario* no se previó, en un primer momento, la asistencia de la Abogacía del Estado. Tan sólo, de manera ocasional, para un pleito concreto podían requerirle su representación y defensa (50). Esta facultad suponía una relación meramente episódica y obligaba a la Región a retribuir a la Administración del Estado los gastos derivados del proceso. La Ley 103 de 1979, en su artículo 10, modifica este sistema y atribuye a las Regiones de estatuto ordinario la posibilidad de optar por un vínculo orgánico con la Abogacía del Estado, de manera que, si es ejercida, ésta representará y defenderá a la Región del mismo modo que a una de estatuto especial. Esta decisión debe

(48) Para Sicilia, Decreto Legislativo de 2 de marzo de 1948, núm. 142, artículo 1; para Cerdeña, Decreto del Presidente de la República de 19 de mayo de 1949, núm. 250, artículo 55; para Trentino-Alto Adige, DPR de 30 de junio de 1951, núm. 571, artículo 42; para Friuli-Venezia Giulia, DPR de 23 de enero de 1965, núm. 78, artículo 1; para Valle de Aosta, Ley de 16 de mayo de 1978, núm. 196, artículo 59.

(49) Así lo entendió el Tribunal Administrativo Regional de Sicilia, Sección de Palermo, en resolución de 27 de febrero de 1978, núm. 92.

(50) Artículo 107 del Decreto núm. 616 de 1977.

adoptarse por el Consejo de Gobierno y publicarse en la «Gazzeta Ufficiale» de la República y en el «Boletín Oficial» de la Región. Además, esta opción supone que también se representará y defenderá a las provincias y ayuntamientos de la Región, en los procesos relativos a las funciones que haya delegado en ellos el Consejo de Gobierno Regional. Tan sólo tres Regiones han utilizado esta facultad: Veneto, Umbria y Abruzzo (51). La introducción de este patrocinio facultativo de las Regiones de estatuto ordinario planteó el problema de si debía considerarse vigente el patrocinio ocasional para las que no ejercieran la facultad prevista en la Ley 103 de 1979. Si bien algún autor (52) mantuvo originariamente la derogación del sistema de patrocinio ocasional y oneroso, la propia Abogacía del Estado y el Tribunal Supremo (53) han entendido que ambas normas podían considerarse simultáneamente vigentes.

b) *Otros entes públicos.*

Además de representar y defender a la Administración del Estado, incluido a los órganos dotados de autonomía y presupuesto propio pero sin personalidad jurídica diferenciada (54) —como son en Italia los Ferrocarriles del Estado, Correos y Telecomunicaciones, el servicio de teléfonos, de carreteras, etc.—, a las Regiones de estatuto especial, a las de estatuto ordinario y a las provincias y municipios en los términos que antes se ha expuesto, la Abogacía del Estado desempeña esta misma función para entidades de derecho público no estatales y para entes subvencionados o sometidos a la tutela del Estado. Antes de la Ley 103 de 1979 se distinguía entre un vínculo de carácter institucional y excluyente, en aquellos supuestos en que la representación venía determinada por disposición de la ley, y un vínculo facultativo, que permitía una opción para las entidades a las que se les atribuía. Igualmente se interpretaba que todas las entidades dependientes de algún modo del Estado, aun cuando sus normas reguladoras no lo contemplaran expresamente, eran defendidas por el abogado del Estado (55). Por ello, ha llegado a entenderse, como señala SANDULLI (56), que «la atribución del patrocinio de la Abogacía es uno de los más seguros indicios de la naturaleza pública del ente».

(51) Veneto, por decisión del Consejo de Gobierno de 28 de junio de 1979. Umbria, por decisión del Consejo de Gobierno de 8 de octubre de 1979. Abruzzo, por decisión del Consejo de Gobierno de 6 de julio de 1979.

(52) E. GALLO, «Commento agli arts. 10 á 13 L. 3 aprile de 1979, n.º 103», en *Le nuove leggi civili comentate*, 1980, págs. 303 y ss.

(53) Sentencia Tribunal Supremo italiano, sección primera, de 15 de marzo de 1982.

(54) Artículo 1 del Real Decreto 1611 de 1933.

(55) PAVONE, *op. cit.*, págs. 178 y 179, cita en este sentido numerosas sentencias del Tribunal Supremo italiano, aunque discrepa de esta solución jurisprudencial, que entiende condicionada por las circunstancias fácticas de los casos en que se produjo.

(56) SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Nápoles, 1904, pág. 191.

La Ley 103, de 3 de abril de 1979, ha clarificado esta cuestión en su artículo 11, al exigir, en cualquier caso, que exista autorización para que una persona jurídica distinta de la del Estado utilice los servicios de *L'Avvocatura*, siendo indiferente que esta autorización se conceda mediante ley, reglamento o resolución expresa del Consejo de Ministros. Una vez que se ha concedido la autorización, el vínculo entre la Abogacía y el ente autorizado adquiere naturaleza orgánica y el mandato en favor de aquélla deviene necesario y, en principio, irrevocable. Impuesto este sistema pierde sentido distinguir entre vinculación institucional y vinculación facultativa. En los casos en que exista conflicto de intereses con el Estado y en los que se aprecien «razones especiales» (en este supuesto, mediante decisión motivada de los órganos de dirección) puede atribuirse la representación a un abogado colegiado. La rigidez en la irrevocabilidad del mandato es, por tanto, menor que la que une a la Administración del Estado y a la Abogacía, permitiendo la redacción genérica del artículo 11 una flexibilidad coherente con la autonomía de estas entidades y con las posibilidades reales del personal de la Abogacía del Estado.

La práctica totalidad de los entes de derecho público, y, desde luego, aquellos cualitativa y cuantitativamente más importantes de los que se encuentran sometidos a la tutela del Estado, son asistidos por la Abogacía (57). Entre los entes que han sido autorizados a servirse de su asistencia jurídica en Italia se encuentran sujetos supranacionales e internacionales como la Comisión de la Comunidad Europea, el Banco Europeo de Inversiones, el Comando OTAN, legaciones diplomáticas de Estados extranjeros, etc., todos ellos en virtud de la posibilidad que otorga el artículo 48 del Texto Refundido del Real Decreto 1611 de 1933.

c) *Defensa de empleados públicos.*

Cuando un empleado de una Administración Pública se ve involucrado en un litigio en razón de hechos derivados de la función que desempeña, la Administración se encuentra obligada a prestarle una defensa cualificada y gratuita, tanto por un deber moral para con sus funcionarios como porque en la mayor parte de los supuestos ella misma tiene un interés más o menos directo en la resolución del pleito. Este problema, común a todas las Administraciones, es solventado en Italia mediante la posibilidad de que la Abogacía del Estado represente y defienda a los empleados y agentes de las Administraciones y entidades sometidas a su tutela (58). Esta representación se extiende tanto a *juicios penales como civiles* y tanto *en posición activa como pasiva* dentro de ellos, siempre que los hechos que los hayan originado tengan *relación con el servicio desempeñado* y no exista conflicto de intereses

(57) P. PAVONE, *op. cit.*, págs. 285 y ss., enumera los entes públicos asistidos por la Abogacía del Estado.

(58) Artículo 44 del Real Decreto 1611 de 1933.

con la Administración. Para que efectivamente se proceda a la defensa es necesario:

- a) Que lo soliciten el afectado y la Administración o entidad a la que pertenezca. En rigor, la ley sólo exige que lo solicite la Administración o entidad, pero en una práctica coherente con el derecho de defensa, siempre se ha exigido la solicitud del interesado.
- b) Que el Abogado General del Estado, oído el jefe de la Abogacía de Distrito, reconozca la oportunidad de asistir a ese empleado en ese litigio.

Este precepto ha originado discrepancias doctrinales sobre su oportunidad, en tanto supone un cambio en la actitud mental del abogado del Estado, que pierde cualquier condición de órgano de tutela de legalidad y defensa del Estado-Ordenamiento para transformarse en un defensor de parte sin cualificación alguna (59). Esto puede originar múltiples problemas cuando existan intereses contrapuestos entre empleados públicos, o cuando, comenzada la defensa, el abogado, que es también funcionario, conozca que efectivamente se ha cometido un delito, por lo que estaría obligado simultáneamente a defender y denunciar un mismo hecho. También se ha planteado la posible inconstitucionalidad del artículo por violación de los artículos 3 y 24 de la Constitución italiana (60). El Tribunal Constitucional, en sentencia de 17 de julio de 1974, número 233, ha entendido, sin embargo, plenamente ajustado dicho precepto al ordenamiento constitucional. Esta sentencia especificó que en el ámbito penal el uso de la facultad que analizamos se encuentra restringida a supuestos en los que los actos del funcionario se encuadren dentro de los inherentes a su función y se dirijan al cumplimiento de fines propios de la Administración a la que pertenezca.

En cualquier caso, si bien los inconvenientes planteados son ciertos, no parece muy factible su realización, habida cuenta los filtros que la propia ley impone antes de que un funcionario sea defendido por un abogado del Estado.

Por último, el artículo 45 del Real Decreto 1611 de 1933 determina que no es necesario mandato para la defensa de funcionarios, bastando que se cumplan los requisitos descritos anteriormente.

#### 4. Posición procesal del abogado del Estado

Como ya se ha dicho, la atribución legal de la representación de la Administración del Estado y de otros entes públicos supone la prin-

(59) Así lo entiende P. PAVONE, *op. cit.*, pág. 234.

(60) El artículo 3 de la Constitución italiana proclama el principio de igualdad; el artículo 24, el derecho a la defensa en el proceso y a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

cial diferencia entre el abogado del Estado y otras partes en el proceso, tanto por lo que por sí misma implica como por las especialidades que impone el que dicho principio sea eficazmente llevado a cabo. El defensor por disposición de la ley de los derechos de las personas jurídico-públicas cuyos fines consisten en la realización de los intereses generales más elevados, debe tener interna y externamente disposición mental y consideración jurídica distinta a la de cualquier otro defensor. En Italia, con estricta observancia de la igualdad procesal y renunciando a privilegios exorbitantes, se ha conseguido equilibrar la realidad del proceso y la realidad de la Administración. Este equilibrio supone una garantía de los derechos de los ciudadanos y, al mismo tiempo, evita que una total equiparación entre dos sujetos sustancialmente distintos deje indefensos los intereses generales.

La primera diferencia tiene carácter esencialmente interno. El abogado del Estado representa siempre a un sujeto sometido con especial intensidad al principio de legalidad y, como órgano de la Administración, él mismo se encuentra sometido a dicho principio, por lo que debe colocar los intereses generales por encima de los que estén en juego en un concreto proceso. Este hecho exige un sistema de garantía de su independencia profesional y exige que su labor sea considerada internamente más como la de un colaborador dialéctico del juez que como un defensor de parte. Esta es la razón por la que algunos autores italianos asimilan su cometido más al del magistrado que al del profesional liberal (61), llegando a afirmar que, si bien no cumple funciones jurisdiccionales, sí las realiza *giustiziali* (62).

Otra esencial diferencia respecto al defensor de parte radica en la amplitud de los poderes del abogado del Estado en el pleito. Siguiendo un clásico esquema procesal podemos distinguir las siguientes facultades (63):

— *Disposición del derecho controvertido*: A diferencia del Abogado Regio de Toscana (64), que sí poseía esta facultad, el abogado del Estado no puede disponer del derecho material, poder que se encuentra reservado a los órganos de la Administración interesada. Esto no impide que mediante el ejercicio de facultades que sí le son propias como la renuncia produzca efectos sustanciales en ese mismo derecho.

— *Capacidad de estar en el proceso*: Si bien algunos autores (65) entendieron en su día que ésta era la facultad característica del abogado del Estado, tras la reforma producida en el régimen de notificaciones

(61) PICCARDI, *El problema della difesa dello Stato in giudizio ella soluzione italiana*, en «Revista de Derecho Público», I, 1931, pág. 26.

(62) MANZARI, *op. cit.*, pág. 222.

(63) Este sistema de exposición es el seguido por P. PAVONE en la obra anteriormente citada, págs. 17 y ss.

(64) CAMARAZZA, *op. cit.* Vid., también, MENESTRINA, «Revista de Derecho Procesal Civil», 1931, pág. 20.

(65) ANDRIOLI, *Legittimazione processuale della pubblica amministrazione e notificazioni*, en «Foro Italiano», IV, 1957, pág. 217.



procesales mediante la ley de 25 de marzo de 1958, número 260, la capacidad de estar en el proceso corresponde a la Administración a través de su órgano jerárquicamente superior.

— *Disposición del proceso*: En este punto debe distinguirse entre la disposición externa del proceso y el mecanismo interno que permite que esa disposición se produzca. Externamente, el abogado del Estado se encuentra plenamente capacitado para interponer una demanda, desistir o allanarse en un litigio, sin que el Juzgado o Tribunal pueda entrar a conocer, de oficio o a instancia de parte, del contenido del mandato, bastando que aquél acredite su condición y su pertenencia a la Abogacía territorialmente competente.

En el ámbito interno administrativo, la disposición última de la acción corresponde a la Administración activa, si bien que para apartarse del criterio de la Abogacía está obligada a hacerlo mediante resolución indelegable y expresa del Ministro, como anteriormente se ha expuesto.

— *Gestión técnica de la litis*: Evidentemente, ésta es una facultad inherente al ejercicio de las funciones de los abogados del Estado (66). En este sentido, debe recordarse que en caso de discrepancia con las directrices del superior jerárquico puede instarse dictamen del Comité Consultivo y, en última instancia, solicitar ser sustituido en la dirección del pleito.

— «*Ius postulandi*»: Connatural a su posición procesal, tal y como reconoció el Tribunal Supremo italiano en sentencia de 17 de julio de 1947, puede ser ejercido indistintamente por abogados y procuradores del Estado, puesto que estas diferentes categorías tienen relevancia a efectos internos, pero no ante el órgano judicial (67). La única excepción es el proceso ante el Tribunal Constitucional, en el que sólo pueden intervenir abogados del Estado que hayan alcanzado la tercera categoría.

##### 5. *Especialidades procesales:* *Fuero territorial y régimen de notificaciones*

El respeto a los principios constitucionales de igualdad y tutela efectiva impide la existencia de cualquier norma procesal de privilegio en favor de la Administración. Ahora bien, la peculiar naturaleza de ésta, de su proceso de formación de voluntad y de su estructura organizativa, permite que se establezcan aquellas especialidades que encuentran justificación objetiva y suficiente en el principio de eficacia administrativa y no suponen una carga insoportable para la otra parte en el proceso.

(66) SANDULLI, en la obra anteriormente citada, pág. 1265, afirma que «si bien no disponen de los intereses sustanciales debatidos en el proceso, los abogados del Estado gozan de autonomía e independencia en la dirección técnica de la causa».

(67) Vid. PAVONE, *op. cit.*, pág. 28. También, sentencia del Tribunal Constitucional, Sección IV, de 15 de enero de 1980, núm. 17.

En derecho italiano se limitan estas especialidades a dos grandes excepciones al régimen procesal común, detalladamente reguladas y rigurosamente cumplidas: el Fuero territorial del Estado en el orden jurisdiccional civil y la práctica de los emplazamientos y notificaciones, sin perjuicio de otras especialidades como la exención de depósitos para recurrir o la necesidad de reclamación previa en determinados procesos.

a) *Fuero territorial del Estado.*

A la antigua Abogacía del Erario se le permitía delegar en abogados colegiados la representación y defensa de la Administración del Estado en los procesos que tuvieran lugar fuera de la sede donde estuviere ubicada. Como es lógico, los procesos en los que se delegaba eran más numerosos que aquellos en los que se personaba el abogado del Estado, por lo que las ventajas del sistema institucional no resultaban efectivas fuera de los Tribunales de las ciudades donde existiese una Abogacía. Como solución a este problema, el Real Decreto de 30 de diciembre de 1923, número 2828, introdujo por vez primera un fuero especial del Estado, que posteriormente fue mantenido en los artículos 6 y siguientes del vigente Texto Refundido, Real Decreto 1611 de 1933, y en el artículo 25 del también vigente Código Procesal Civil italiano. Estas normas imponen que en todo proceso civil en el que sea parte la Administración del Estado, tanto en posición activa como pasiva, sean competentes los Tribunales del lugar donde tenga su sede la Abogacía del Estado en cuyo distrito se encuentren los Tribunales que resultarían competentes conforme a las normas ordinarias. Este fuero rige tanto cuando la Administración sea actora como cuando sea demandada, e incluso cuando sea codemandada o sea llamada en garantía (68). La falta de competencia territorial de un órgano judicial por aplicación de este fuero puede ser apreciada de oficio o a instancia de parte, y en cualquier trámite o instancia del proceso (69). Esta especialidad sólo rige en el orden jurisdiccional civil y, además, sólo cuando la Administración del Estado sea representada y defendida por el abogado del Estado. Por tanto, ni en los supuestos en que éste asiste a otras entidades públicas, salvo las Regiones, ni cuando el Estado acude representado por una persona que no sea abogado del Estado es aplicable esta norma excepcional (70).

Además de los procesos seguidos ante un órgano judicial unipersonal, que siempre se someten a los fueros ordinarios, quedan también excluidos del fuero territorial del Estado los procesos concursales, los

(68) Artículos 6.2 y 7.2 del Real Decreto núm. 1611 de 1933.

(69) Artículo 9 del Real Decreto núm. 1611 de 1933.

(70) Así lo entendió el Tribunal de Apelación de Milán en sentencia dictada el 3 de febrero de 1953, citada por P. PAVONE en la obra citada, pág. 240. Este mismo autor, en esa obra, en su pág. 101, dice que en el supuesto previsto en el artículo 5, si algún día llegara a llevarse a cabo, también regiría el fuero del Estado.

procesos de ejecución, los procesos hereditarios, los derivados del abordaje de buques... (71). En todos estos casos, el artículo 2 del Real Decreto 1611 de 1933 permite que se delegue en favor de funcionarios de la Administración interesada, y en supuestos excepcionales, en procuradores colegiados y ejercientes en el lugar donde se desarrolle el proceso.

Una vez aprobada la Constitución Republicana de 22 de diciembre de 1947, inevitablemente tenía que cuestionarse la compatibilidad de las normas anteriormente mencionadas con el principio de igualdad, el derecho de defensa y el derecho al juez natural predeterminado por la ley, que la norma fundamental italiana proclama en términos muy similares a la vigente Constitución española. En todos los casos en que esta cuestión se ha planteado, el Tribunal Constitucional italiano ha mantenido el criterio de entender acorde el fuero especial del Estado con los principios y derechos enunciados. Así lo hizo en su sentencia de 9 de julio de 1973, número 119, declarando que el juez competente, conforme al artículo 25 del Código Procesal Civil, es el juez determinado por la ley. Igualmente, en su sentencia de 22 de diciembre de 1964, número 118, reiteró la constitucionalidad de los artículos 6 del Texto Refundido de 1933 y 25 del Código Procesal Civil, señalando que su contenido no vulnera lo dispuesto en los artículos 3 y 24 de la Constitución. En este pronunciamiento se reconoce que la aplicación de un fuero territorial singular para la Administración del Estado implica un mayor coste para las personas que litigan contra la misma, que tienen que desplazarse al lugar donde tenga su sede la Abogacía del Estado. A pesar de esta circunstancia, el desenvolvimiento del servicio y el ahorro que supone para el erario público, en cuanto redundan en beneficio del principio de eficiencia administrativa y comportan una ventaja para toda la colectividad, justifican un mayor coste para el litigante concreto, por lo que el fuero especial no resulta contrario al principio de igualdad y al derecho de defensa. Este criterio ha sido ratificado en la sentencia de 23 de enero de 1974, número 12.

b) *Régimen de las citaciones, notificaciones y emplazamientos.*

Al estar dotada la Administración del Estado de una personalidad jurídica única, es preciso señalar a cuál de los órganos jerárquicamente ordenados que la componen deben comunicarse los actos procesales que afectan a aquélla, de manera que puedan considerarse válidamente notificados y produzcan los efectos que le son propios. El artículo 11 del Texto Unificado, Real Decreto 1611 de 1933, reformado por Ley de 25 de marzo de 1958, número 260, obliga a que todos los actos que deban ser notificados a la Administración del Estado lo sean en el órgano de la Abogacía del Estado en cuyo distrito tenga su sede la autoridad judicial de la que emanen. Los actos que den comienzo al proceso

---

(71) Artículo 7 del Real Decreto núm. 1611 de 1933.

deben ser notificados al mismo tiempo al Ministro del que dependa la Administración interesada. Las notificaciones que no se practiquen conforme a lo expuesto se encuentran viciadas de nulidad, por lo que una vez detectado el vicio debe retrotraerse el proceso al momento en que la notificación debió practicarse. En un principio, el legislador caracterizó la nulidad de las notificaciones defectuosamente practicadas como insubsanable, pero el Tribunal Constitucional, en sentencia de 8 de julio de 1967, número 27, declaró la insubsanabilidad contraria al principio de igualdad, puesto que el particular sí puede subsanar una notificación defectuosa mediante su personación en el proceso. De la misma manera, si a pesar de no haberse practicado en forma la notificación, el abogado del Estado se persona en el proceso, el defecto queda subsanado, si bien que con efectos *ex-tunc*. Cuando el acto que da comienzo al proceso, la *vocatio in ius*, ha sido correctamente notificado en la Abogacía del Estado pero no le ha sido comunicado al Ministro competente, bien por haber omitido este requisito o por haberlo comunicado erróneamente a otro órgano administrativo, el abogado del Estado debe hacerlo constar en el primer acto procesal, al efecto de que se subsane.

Al entender de la doctrina (72), este peculiar régimen de notificaciones en la Abogacía del Estado dejaría de ser aplicable si se utilizara la facultad del artículo 5 del Texto Unificado, encomendando la representación y defensa a un abogado colegiado.

## V. FUNCIÓN CONSULTIVA

En el II Congreso Jurídico Internacional, celebrado en Madrid del 9 al 13 de noviembre de 1981, en conmemoración del centenario de la creación del Cuerpo de Abogados del Estado en España, *L'Avvocatura dello Stato* italiana presentó una ponencia íntegramente dedicada al estudio de la función consultiva que desarrolla. Esta exhaustiva ponencia se encuentra publicada en castellano (73), lo que obliga a exponer aquí tan sólo los caracteres esenciales de dicha función consultiva, en aras a obtener una imagen completa de la institución objeto del presente artículo, y a remitirnos para un análisis más profundo de la misma al contenido de la ponencia citada.

Como consecuencia del cometido de proveer a la tutela legal de los derechos e intereses del Estado, que le encomienda el artículo 13 del Texto Refundido de 1933, la Abogacía del Estado italiana cumple una tarea de asesoramiento jurídico de la Administración Pública. Desde una perspectiva subjetiva, esta tarea no se limita al asesoramiento de la Administración del Estado, sino que alcanza, en idénticos términos que la función contenciosa, a las Regiones, a las entidades de derecho pú-

(72) PAVONE, *op. cit.*, pág. 144.

(73) En el segundo de los volúmenes dedicados por la entonces Dirección General de lo Contencioso del Estado a la recopilación de las ponencias presentadas en el Congreso, págs. 329 a 357.

blico, e incluso, para asuntos relativos a sus cometidos en territorio italiano, a entidades supranacionales e internacionales. Desde un punto de vista objetivo, la competencia consultiva tiene carácter general, sin que exista un ámbito limitado al que deban referirse las consultas requeridas. No obstante lo anterior, existen materias en las que la propia ley impone un dictamen de la Abogacía, o al menos, señala la posibilidad de su existencia; así el examen de proyectos de ley, reglamentos, contratos administrativos, etc., que prevé el artículo 13 antes mencionado. Comúnmente se suele distinguir entre un asesoramiento general, un asesoramiento preprocesal, directamente relacionado con un litigio y en el que existe una mayor vinculación de la Administración, y, por último, un asesoramiento preventivo, consistente en la emisión del informe anual que eleva el Abogado General del Estado y en el que recoge las carencias legislativas y administrativas observadas en la actuación del instituto que dirige.

Si bien los abogados del Estado se integran en órganos colegiados de carácter decisorio tales como el Consejo Superior de Obras Públicas, el Consejo Superior Financiero y el Consejo del Monopolio de Tabacos, entre otros, la función consultiva que realizan tiene habitualmente carácter institucional, es decir, se ejerce en tanto órgano diferenciado de la Administración activa. Igualmente tiene carácter formal, ha de plasmarse en un dictamen escrito, no vinculante por lo general, y puede ser ejercida de manera espontánea, sin necesidad de requerimiento anterior (74).

Esta función convierte a la Abogacía del Estado en órgano consultivo general de las Administraciones Públicas italianas, compartiendo este carácter, en el ámbito estatal, con el Consejo de Estado, que al mismo tiempo ejerce funciones jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo. La distinción entre uno y otro órgano no puede partir ni de su incardinación orgánica —ambos dependen de igual manera de la Presidencia del Gobierno— ni de la interpretación literal de los preceptos legales que encomiendan un asesoramiento «jurídico-administrativo» al Consejo de Estado (75) y un «asesoramiento legal» a la Abogacía del Estado (76). Por ello, la mayor parte de la doctrina entiende que la distinción ha de ser fundamentalmente funcional, de modo que por las funciones contenciosas que la Abogacía también desarrolla, ésta conozca los dictámenes que versen sobre actuaciones administrativas que afecten a la esfera jurídica de terceros y que puedan desembocar en un proceso, tanto común como constitucional o comunitario. El Consejo de Estado, sin embargo, conocerá de las cuestiones relativas a la estructura y formación interna de la voluntad de la Administración, al procedimiento administrativo.

---

(74) MANZARI, *op. cit.*, pág. 223.

(75) Artículo 100 de la Constitución italiana.

(76) Artículo 13 del Real Decreto 1611 de 1933.

## VI. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto y, en especial, del alcance subjetivo de las funciones realizadas, en cuanto se extienden a las Administraciones Públicas más relevantes y a los entes tutelados por las mismas, y de la naturaleza objetiva de dichas funciones, que no se limita a la defensa de intereses puramente patrimoniales, sino a la tutela de todos los derechos e intereses legítimos del Estado-Ordenamiento concebido en su sentido más amplio, puede deducirse que en el momento actual resulta exacto definir al abogado del Estado italiano como «abogado público institucional» (77). Como tal, ocupa una posición de relevancia institucional, claramente definida y generalmente aceptada como positiva tanto para la eficacia interna de la Administración como para la garantía externa de que su acción sea controlado en origen en cuanto a su ajuste a la legalidad vigente. Desde esta perspectiva, los caracteres más significativos de la institución italiana, perfilados en su evolución histórica desde la opción del legislador de 1875 hasta la fecha, pueden ser sintetizados en los siguientes:

1. *Autonomía frente a la Administración activa*

El órgano de asistencia jurídica debe ser, con carácter general, autónomo de la Administración activa a la que sirve, en tanto esta autonomía constituye una de las justificaciones de su existencia —por lo que supone de intermediación profesional en el proceso— y en tanto es causa misma de su permanencia y eficacia. Esta exigencia de autonomía de la Institución es claramente plasmada en la Relación de la Abogacía Erarial referente al periodo 1926-1929, en la que se afirma (78):

«El abogado del Estado no se confunde con la Administración que defiende, puesto que, aun siendo funcionario, siempre permanece como lo que debe ser, abogado enfrente del cliente, orgánica y espiritualmente distinto y autónomo, con el hábito mental y la capacidad de determinación y acción y, dentro de los límites impuestos por su dependencia del Estado, libertad de juicio que son propias del asesor y que resultan indispensables para que la realización de su tarea alcance la eficacia con que debe atenderse tan alta función.»

A esta necesaria autonomía responde la ubicación orgánica en el vértice de la Administración Pública italiana y la creación de una estructura organizativa peculiar, que se articula no sólo en torno al principio

(77) MANZARI, *op. cit.*, pág. 230.

(78) Citada por BELLÍ, *op. cit.*, pág. 675.

de jerarquía, sino que tiene igualmente en cuenta los principios de colegialidad y autogobierno. La dependencia de la Presidencia del Gobierno, además del simbolismo que implica por la equiparación con órganos de relevancia constitucional entre cuyos principios esenciales de funcionamiento se encuentra la independencia, como el Tribunal de Cuentas y el Consejo de Estado, supone un medio de asegurar que se va a contar con los medios personales y materiales precisos para la realización eficaz de un cometido tan relevante como la asistencia consultiva y la representación y defensa contenciosa.

Por otro lado, la estructura administrativa, basada, como quizá exageradamente afirma SANDULLI (79), en la «autoadministración, autodidáctica y autogobierno», se revela como un eficaz instrumento para conseguir que la autonomía legalmente proclamada sea en verdad efectiva. Contra lo que pudiera parecer, esta singular estructura, aunque no exenta de problemas tales como el difícil equilibrio entre actividad consultiva y contenciosa, entre la asistencia a y ante órganos centrales y periféricos —que se hace especialmente patente en Roma, donde no existe Abogacía de distrito— y el progresivo aumento de los asuntos, es una de las pocas que ha permanecido inmune al fenómeno de proliferación de órganos y gigantismo administrativo característico del Estado italiano. Al concluir que la autonomía es un carácter definitorio de *L'Avvocatura*, no puede dejar de mencionarse que paralelamente la *suficiencia de medios* también lo es. Así parece interpretarse la mencionada dependencia orgánica del Presidente del Gobierno, la expresa afirmación de colaboración administrativa en una norma de rango legal y la regulación detallada de su estructura y del personal no abogado que la sirve, al que se procura especializar e incentivar.

## 2. Capacidad e independencia profesional

Como ya señalara CALAMANDREI, los pilares básicos sobre los que se asienta la autonomía funcional de la Abogacía del Estado son la competencia técnico-jurídica y la conciencia profesional de cada abogado integrado en la misma. La competencia profesional se consigue mediante un riguroso y selectivo procedimiento de ingreso, al que sólo pueden acceder personas que hayan acreditado su capacidad mediante el desempeño anterior de funciones como operadores jurídicos, y mediante un detallado sistema de promoción interna, en el que se conjugan antigüedad y mérito, y en el que se concede intervención a un órgano colegiado semielectivo que controla el proceso. A la luz de la práctica unánimidad de la doctrina italiana en el elogio a la competencia de los abogados del Estado, debe concluirse que estos requisitos son suficientes para garantizarla, y que es acertado este criterio restrictivo para el acceso aun cuando suponga limitar el número de efectivos y obligue a descongestionar a las Abogacías de los asuntos litigiosos de menor

(79) SANDULLI, *op. cit.*, I, pág. 388.

trascendencia, en los que la defensa se encomienda a funcionarios de la Administración interesada. De entre las consideraciones que de la capacidad técnico-jurídica de los abogados del Estado he encontrado en la doctrina italiana cabe destacar la entusiasta afirmación sostenida por JEMOLO (80), con el siguiente tenor:

«Tantas veces cuantas escucho la afirmación de que el Estado siempre se encuentra peor servido que los particulares, me surge espontáneamente la objeción: la Abogacía del Estado. Creo difícil demostrar que esa gran empresa que es la asistencia legal del Estado obtenga un mejor servicio que el que le presta la Abogacía...»

Por otro lado, la independencia profesional se garantiza tanto individualmente a cada abogado del Estado como de modo institucional al criterio sostenido por la Abogacía competente en los asuntos que tenga encomendados. El abogado que discrepe del criterio de su superior jerárquico puede promover un pronunciamiento del Comité Consultivo o, en última instancia, solicitar ser relevado del asunto. La independencia institucional de la Abogacía queda garantizada de manera directa mediante la exigencia de un acto formal de Ministro para que la Administración activa se aparte del criterio procesal de aquélla, y de manera indirecta mediante el establecimiento de unos rigurosos límites legales a la posibilidad excepcional de prescindir de la postulación del abogado del Estado, límites que han demostrado ser eficaces hasta la fecha, puesto que nunca la Administración del Estado ha utilizado esa posibilidad.

### 3. *Delimitación de funciones. Posición procesal*

La tercera nota característica de la Abogacía del Estado italiana es la nítida delimitación de las tareas que se le encomiendan. En el aspecto consultivo le corresponde la función de órgano de asesoramiento general de la Administración del Estado —y de otras— respecto de las actuaciones con trascendencia externa y, en especial, con trascendencia en las relaciones entre Regiones y Estado Central. En el aspecto contencioso, es el defensor de la Administración Pública, salvo la local, en todo tipo de procesos, confiriéndosele en los mismos una posición de defensor de parte, pero de parte cualificada por los fines que persigue y los principios a que se encuentra vinculada, lo que justifica una especial consideración de su cometido y determinadas particularidades frente a otras partes en litigio. La regulación legal de estas particularidades, ratificada por la jurisprudencia constitucional, supone una conjunción de las necesidades del servicio público con las exigencias del principio de igualdad y del derecho de defensa. Destaca, en relación

(80) JEMOLO, *op. cit.*, pág. 232.



con la delimitación de sus funciones y su posición en el proceso, el que haya una equiparación no sólo retributiva con magistrados y fiscales, que ha sido reiteradamente aplaudida por los Tribunales y que constituye un indicio suficiente del reconocimiento de la función *giustiziale*, que, como garante interno de la legalidad administrativa y como colaborador dialéctico del Juez en la búsqueda de su aplicación en el Estado de Derecho, corresponden al abogado del Estado.

Elemento común a las características expuestas es su instrumentalidad. Ni la autonomía institucional, ni la independencia profesional o la singular posición procesal constituyen un fin en sí mismas, sino que son entendidas como un medio eficaz para que la Administración encuentre servicios jurídicos en los que apoyar su actuación, del mismo modo y manera que el particular apoya la suya en la confianza que le merece su abogado. Luego estos caracteres no encarnan privilegios corporativos o prerrogativas públicas desmesuradas, sino, al contrario, sirven para dotar al Estado de Derecho de los medios humanos, materiales y organizativos precisos para que las decisiones de los poderes legítimamente constituidos se articulen mediante los cauces jurídicos más adecuados para asegurar su eficacia.

Eduardo ARBIZU LOSTAIO

