

# LA DEFENSA EN DERECHO DEL ESTADO (\*)

JOAQUIN TORNOS MAS

El libro del profesor MARTÍN RETORTILLO ve la luz cuando han cambiado sustancialmente las circunstancias que motivaron el inicio de su trabajo. Concebido éste como aportación a las fiestas jubilares del Centenario del Cuerpo de Abogados del Estado, cambia radicalmente esta concepción inicial por imperativo de lo dispuesto en la Ley 30/1984, al establecerse en la misma la supresión del citado Cuerpo. Este dato, sin embargo, no merma en absoluto el interés del trabajo. Dada su extraordinaria calidad, lo que era una aportación a la historia de un Cuerpo se ha convertido en la historia de dicho Cuerpo, al coincidir con el fin del mismo. El momento de la aparición del libro no podía ser más acertado.

En efecto. Estamos ante un estudio ejemplar de lo que ha supuesto en nuestra vida colectiva la creación, primero, de la Dirección General de lo Contencioso y, luego, del Cuerpo de Abogados del Estado, situando ambos hechos dentro de la historia reciente de España y, en concreto, de la historia de nuestra Administración Pública. Al ponerse punto final a la existencia del objeto de estudio, el libro comentado adquiere, además de por su valor intrínseco, el carácter de una obra definitiva. Es, como decía, la historia del Cuerpo de Abogados del Estado lo que ha realizado el profesor MARTÍN RETORTILLO.

Modestamente, sin embargo, el libro lleva un subtítulo: «Aproximación a la historia del Cuerpo de Abogados del Estado». Pues bien, no se

---

(\*) SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO, *La defensa en derecho del Estado*, Civitas, Madrid, 1985, 336 pp.

trata de una mera aproximación ni de un estudio limitado a los problemas del Cuerpo. Estamos, como dice el propio autor, ante una historia institucional, de manera que la historia del Cuerpo se sitúa en el centro de una reflexión global sobre la evolución de nuestra Administración Pública, destacando en dicha evolución el papel esencial que ha jugado la institución examinada en el proceso de configuración del Estado, desde una clara preocupación por la defensa de los intereses generales en el marco de un Estado de Derecho.

Como se expone con gran brillantez, la Dirección General de lo Contencioso nace vinculada a una situación cultural marcada por los intentos de convertir España en una sociedad vertebrada, dotando para ello al Estado de una Administración eficaz y fuerte. A su servicio debían colocarse las mejores cabezas, para aconsejar y defender en juicio al nuevo ejecutivo. A partir de este momento no dejarán de aumentar las funciones consultivas encomendadas ni el protagonismo de los abogados del Estado en las actuaciones ante los Tribunales. Pues bien, ésta es, en síntesis, la historia que nos descubre el libro. Y no es exageración afirmar que al filo de esta historia se ha ido configurando todo el marco institucional de nuestro sistema jurídico-administrativo. Sometimiento de la Administración al Derecho a través del control por los Tribunales dentro de un régimen especial. En consecuencia, actuación conforme a la ley, para lo que era preciso el consejo, y, por otro lado, control por los Tribunales como garantía de los particulares, lo que exigía un defensor competente dentro del proceso que protegiera el interés público inherente al quehacer administrativo.

Hoy, como decía, el Cuerpo de Abogados del Estado ya no existe. Al margen de las consideraciones concretas que pudieran hacerse sobre la solución adoptada por la Ley 30/1984, para lo que deberían tenerse en cuenta factores de muy diverso signo, hay una reflexión de fondo que me ha suscitado la lectura del libro. La supresión de un Cuerpo de tanto prestigio se ha realizado, creo, sin que haya temblado excesivamente la mano del legislador, y los problemas concretos de funcionamiento que ello ha comportado en un primer momento tampoco han quitado el sueño a los responsables del poder político. Si el nivel del consejo jurídico o la defensa en juicio pierden parte de la altura alcanzada, es un mal menor (cierto que la reforma se defenderá argumentando que, al contrario, se va a producir una elevación del valor del trabajo del nuevo Cuerpo, y tal vez ello sea así, pero cuando se considera la otra hipótesis, me parece que se asume que es un riesgo

soportable). Y es que en los momentos actuales los problemas de la reforma administrativa se sitúan sobre unos principios diversos de los propios del siglo XIX. Ya no se trata de construir el marco jurídico ni potenciar la defensa en derecho de la Administración, sino de conseguir una actuación eficaz, un gasto eficiente del dinero público, contribuyendo a resolver problemas de la sociedad civil, con la que se confunde el aparato administrativo. La palabra del economista, que se presume científica, o la del sociólogo, en cuanto se juzga más interesante, pues atiende a la realidad social y no a la norma abstracta, suplantando el juicio del abogado, cuyos razonamientos formales son a veces trabas inútiles ante las exigencias de resultados cuantificables. Tal vez el cambio sea la línea a seguir. Lo que sí creo es que esta rápida valoración personal puede explicar el poco cariño con que se ha puesto fin a un Cuerpo cuya importante historia nos cuenta el profesor MARTÍN RETORTILLO, él sí con enorme estima personal. Por otra parte, sigo creyendo en la trascendencia social de la forma jurídica, y no sólo como garantía de intereses particulares, sino como cauce para alcanzar sin conflictos los intereses generales en el seno de una sociedad compleja.

Entrando ya en el contenido del libro comentado, los dos primeros capítulos, que me parecen verdaderamente magistrales en su concepción y realización, nos describen la creación de la Dirección General de lo Contencioso y la creación del Cuerpo de Abogados del Estado. En estos capítulos se explicitan las razones de fondo que llevaron a la creación de la Dirección General y del Cuerpo, las tensiones que se generaron y los problemas fundamentales que se plantearon, lo que permite después, en una visión diacrónica de este proceso, seguir con claridad los distintos momentos históricos que se suceden.

La razón última que llevó a BRAVO MURILLO a crear en 1849 la Dirección General de lo Contencioso fue hacer más eficaz la actuación administrativa en particular, evitando los problemas generados por la actuación económica. La nueva Administración necesitaba liberarse de trabas en su afán recaudador y gozar de una buena defensa cuando era llevada ante los Tribunales. Si en esta causa está el origen de la propia justicia administrativa, también es el motivo que impulsa a crear un órgano especial y luego un Cuerpo de Abogados del Estado. Y a partir de ahí se comprenden los temas que constituyen el nervio de toda la historia que viene después. Por una parte, la asunción de funciones consultivas y de defensa en juicio. Por

otra, la sustracción de estas funciones al Ministerio Fiscal, defensor de la legalidad, buscando un defensor de la Administración. Asimismo, la vinculación inicial de los abogados del Estado al Ministerio de Hacienda, en el que se sitúa la actividad económica del Estado.

Cuando CAMACHO crea el Cuerpo de Abogados del Estado en 1881 estas líneas generales se confirman.

Tras estos capítulos iniciales el libro se divide en diversos períodos históricos (1900-1923, 1925-1943, 1944-1978), en los que juegan un papel destacado los diversos Reglamentos orgánicos que se suceden en el tiempo. Las leyes de la justicia contencioso-administrativa de 1888 y 1956 reciben en el libro una atención especial, en la medida en que es en esta legislación procesal donde se formaliza el creciente protagonismo de los abogados del Estado.

En estos capítulos puede seguirse, por ejemplo, la tensión Ministerio Fiscal-Abogacía del Estado, que se hace patente en las leyes procesales, al cuestionarse si se debía arbitrar un mecanismo de defensa de los intereses de la Administración o del derecho establecido en las leyes. La tensión se resuelve en principio a favor de la idea de defensa de la legalidad, por lo que el abogado del Estado se vincula al Ministerio Fiscal, si bien ya en 1888 se intentó llevar todo lo relativo a la defensa en el proceso contencioso al abogado del Estado. Habrá que esperar a 1956, momento en el que se va al fondo de la cuestión. Como se dice en el libro (p. 266), «defensa de la Administración y defensa de la legalidad no deben corresponder a un mismo órgano. Asumido ese principio, se concreta la primera de esas funciones, que es atribuida a los abogados del Estado. Se plantea entonces la cuestión de si en nuestro sistema jurisdiccional es necesaria también la intervención de un órgano diferenciado, en cierto modo imparcial, que actúe como defensor de la legalidad. Y es así, asumiendo una posición negativa en este último punto, como la ley jurisdiccional resuelve el tema que nos ocupa».

Consecuentemente, la representación y defensa del Estado pasará a regularse en el título II de la nueva Ley, es decir, en el título referente a las partes, pues se trata de una de las partes que intervienen en el proceso. Tan sólo en 1978, en la Ley de 26 de diciembre, reaparece el Ministerio Fiscal, si bien como defensor de la legalidad en razón del objeto de dicho proceso preferente y sumario.

Igualmente puede seguirse perfectamente el proceso de continuo incremento de funciones encomendadas al abogado del Estado, lógica contra-

partida del incremento de funciones de la Administración. A inicios del siglo xx el incremento de la Administración económica lleva a asignarles las funciones de liquidación e inspección de impuestos. En 1920, el Reglamento orgánico dictado por BULLAGAL aumenta las funciones consultivas. La complejidad organizativa de la Administración, el recurso creciente a la Administración institucional, se traducirá en una complejidad organizativa de la propia estructura de la Dirección General de lo Contencioso. Es, pues, un proceso sin interrupciones en el que los abogados del Estado fueron viendo cómo se ampliaban los cometidos que el ordenamiento les exigía.

El libro se cierra con un último capítulo en el que se abordan los problemas más recientes, aquéllos suscitados por la aprobación del texto constitucional. De estos problemas, destacaría dos, si bien ambos hacen referencia a una temática común: el replanteamiento del abogado del Estado como defensor de las Administraciones Públicas.

Por un lado, se apunta como la nueva estructura del Estado, como ordenamiento compuesto, supone resituarse al abogado del Estado como defensor del ejecutivo del Estado. Esta idea, sólo apuntada, se confirmará con la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 447 corrige de esta forma lo dispuesto en el artículo 35 de la LJCA. El abogado del Estado pasa a ser el defensor del «Estado y de sus Organismos Autónomos», de forma que la LOPJ parece utilizar en este artículo el concepto Estado como Estado-aparato. Los otros órganos territoriales pasarán a defenderse por sus propios servicios jurídicos, salvo acuerdo a favor de los abogados del Estado para defender a las Comunidades Autónomas.

Por otro lado, sin embargo, se amplía el protagonismo del abogado del Estado, rompiendo su carácter de exclusivo defensor del ejecutivo del Estado-aparato. El fenómeno, apuntado también al final del libro, se ha confirmado en el citado artículo 447 de la LOPJ (y en el artículo 22.1 del anteproyecto de ley reguladora del proceso contencioso-administrativo). El abogado del Estado, en efecto, pasa a ser el defensor de los órganos constitucionales cuando éstos sean llevados ante los Tribunales contencioso-administrativos por su actividad «materialmente» administrativa («en materia de gestión patrimonial y de personal y de la actividad de los órganos del Consejo General del Poder Judicial en los términos que se infiera de la Ley Orgánica de éste», según dice el artículo 1.3 del anteproyecto de nueva ley jurisdiccional). Pero si esta solución es hasta cierto punto lógica por el

carácter material de la actividad, más discutible es la conversión del abogado del Estado, *de facto*, como defensor de leyes, tal y como expone el profesor MARTÍN RETORTILLO (p. 320): «En relación con los emplazamientos previstos en el artículo 34.1 de la LOTC, es el Gobierno el único que comparece en los recursos de anticonstitucionalidad contra leyes del Estado y el que, por medio del abogado del Estado, formaliza las correspondientes alegaciones en defensa de la corrección constitucional de la ley recurrida, postulando en todos los casos la inadmisibilidad o desestimación del recurso. La aplicación que se lleva a cabo del artículo 34.1 de la LOTC conduce en la práctica a que sea el abogado del Estado el que defienda también la corrección constitucional de las leyes aprobadas por las Cortes Generales, no sólo de los proyectos presentados por el Gobierno.»

Varias son las cuestiones que suscitan estas palabras. Por un lado, el reconocimiento por vía indirecta del dominio del ejecutivo sobre la actividad parlamentaria, lo que lleva a que el Parlamento abandone la defensa de su producto, la ley, máxima expresión de la soberanía popular, en el «abogado del ejecutivo», porque es evidente que el término Estado, como ya he dicho, se refiere en principio al Estado-aparato. Por otra parte, incluso cuando la ley no derive de un proyecto gubernativo, su defensa se encomendará, también, al abogado del Estado.

En definitiva, pues, el abogado del Estado se convierte en defensor del Estado-aparato, del poder legislativo y de los órganos constitucionales en su actividad administrativa. En el primer y último caso en los conflictos derivados de actos de naturaleza administrativa (ante la justicia ordinaria y, en su caso, ante el propio Tribunal Constitucional). En el segundo caso es defensor del poder legislativo, en su actividad legislativa, ante el Tribunal Constitucional. La solución alcanzada no deja de suscitar cierta perplejidad. Si parece correcto someter a la justicia administrativa la actividad administrativa de los órganos constitucionales, la diferente personificación hace más difícil recurrir a un mismo órgano de defensa. Si el conflicto opone a un órgano constitucional con la Administración, dentro de un proceso contencioso, ¿qué papel jugará el abogado del Estado? Pensemos en la venta del mobiliario del Ministerio de Justicia al Tribunal Constitucional. Por otra parte, si bien la defensa de la ley por el abogado del Estado es más una cuestión de hecho, no debe dejar de llamarse la atención sobre la incomparecencia o falta de alegaciones del Congreso y el Senado en los recursos de inconstitucionalidad.

Lo cierto es que, como dice el profesor SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO

al poner fin a su libro, «al cumplirse el Centenario del Cuerpo la figura del abogado del Estado va a responder precisamente a la plenitud misma que se deriva de las tres palabras con que se enuncia: abogado del Estado. Es abogado y, por tanto, asesora y aconseja en Derecho: insta también y defiende en los procesos judiciales el interés del Estado. *Y del Estado, en su totalidad*».

Trabajo espléndido el que nos ofrece el profesor MARTÍN RETORTILLO. Historia de un Cuerpo creado para defender los intereses del Estado, tarea esta muy ligada a la propia personalidad del autor.



# RESEÑA BIBLIOGRAFICA \*

\* Han participado en la elaboración de esta Sección:

*Guiomar Arias Berrioategortúa*  
*Ricardo Banzo Alcubierre.*  
*Raúl Canosa Usera,*  
*Julián Sánchez García.*

Habiendo sido coordinada por *Germán Gómez Orfanel* (Consejero técnico del Centro de Estudios Constitucionales).

