

LA ABOGACÍA ESTATAL EN LA NACIÓN Y EN LAS PROVINCIAS ⁽¹⁾



Eugenio Palazzo

Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional en grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Profesor invitado de las Universidades de Buenos Aires y Mendoza. Profesor Titular de Posgrado en la Universidad Nacional de La Matanza. Director de la Serie Especial “El Derecho Constitucional” de la revista El Derecho. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; de la Sección de Derecho Constitucional del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados; del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Integrante del Consejo de Administración de la Universidad Católica Argentina, ex vocal de su Consejo Superior y del Consejo Directivo de su Facultad de Derecho. Asesor de la Procuración del Tesoro de la Nación. Ex Director Nacional de Dictámenes y de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de ese organismo. Presidente de la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (FECIC). Autor de numerosos libros y artículos de su especialidad.

○ Introducción

1. Conocer un cometido estatal suele requerir bastante más que detallar los organismos que lo llevan a cabo, sus estructuras y funciones. Esencialmente a dichos organismos los definen las competencias que se les han otorgado, pero ello no alcanza si no se advierten las razones de la creación de cada uno y las de dividir la tarea entre ellos, las tradiciones de las que son herederos y las trayectorias que protagonizaron.
2. Si la Argentina ha sido definida como crisol de razas, los juristas, sobre todo los especializados en Derecho Público, podríamos añadirle la característica de crisol de derechos. Confluyen en él una fuente hispano-borbónica, que suma la idea de la monarquía limitada y el desarrollo de un fuerte y centralizado aparato administrativo, de cuño francés; otra, originada en el constitucionalismo norteamericano, con su concepción de

(1) Ponencia presentada en el XV Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, realizado en Mar del Plata en noviembre de 2001. Agradezco la colaboración del Dr. Sergio Lázaro Pepe.

los "*checks and balances*" en la versión presidencialista de la división de poderes; y, con posterioridad, durante el siglo XX, la influencia de las evoluciones jurídicas de los países de Europa continental.

En todo momento aparecieron, además, pesaron antecedentes latinoamericanos; de Chile, a través de Alberdi, en el nacimiento de nuestra Constitución histórica; de Brasil, a través del populismo de Kubitschek y, luego, de los esquemas de organización adoptados por los gobiernos militares; y, más recientemente aún, del constitucionalismo andino.

○ El Fiscal

3. La figura del Fiscal de Estado, antecesor de las diversas ramas en que se divide, actualmente, la Abogacía Pública, nos ayudará a entender el aporte de las instituciones de raigambre hispano-borbónica en el proceso de nuestra organización. Responde a la idea de limitación del Estado por el derecho, muy presente en los pensadores de la neoescolástica, contemporáneos al inicio de la presencia española en América, como Vitoria, Suárez y Mariana, y con precursores en el medioevo, como Isidoro de Sevilla.

Las Audiencias nacen como transvasamiento de las chancillerías reales de las instituciones castellanas. En 1526 se creó la Audiencia de Santo Domingo.

La primera fundación de la Audiencia de Buenos Aires ocurrió en 1661, vinculada con la necesidad de combatir el contrabando. Se integró con un Presidente, que a su vez era Gobernador y Capitán General de las Provincias del Río de la Plata, Paraguay y Tucumán, tres oidores y un fiscal. Como primer fiscal se desempeñó Diego Portales. En 1671 se dispuso su extinción, pues no se habían logrado los fines que dieron motivo a su establecimiento.

El gobierno de los Habsburgos en España se caracterizó por el sistema polisinodal, en el cual distintos Consejos cumplían simultáneamente funciones políticas, administrativas, legislativas y judiciales. Para América esta estructura estaba encabezada por el Consejo de Indias.

4. Desde el inicio, en el derecho administrativo indiano conviven dos tendencias: la de permitir el desarrollo de las instituciones locales, necesarias por las distancias, y la de extremar los controles centrales, frente a excesos facilitados por esa misma geografía.

España intentó adaptar los órganos castellanos a los nuevos territorios de las Indias. Su objetivo fue establecer y organizar la jurisdicción real. Los fiscales representaban los intereses generales de la sociedad, esencialmente defender al Fisco (como actor o demandado) y asistir y asesorar a la Corona o a los restantes órganos en toda cuestión jurídica. La inexistencia de distinción entre lo judicial y lo administrativo no impedía que se considerara imprescindible contar con asesoramiento jurídico para adoptar tanto uno como otro tipo de decisiones.

La fundación de la segunda Audiencia de Buenos Aires se dispuso en 1783, después de creado el Virreinato del Río de la Plata en 1776. Fue su fiscal inicial José Márquez de la Plata.

Este paso se inscribió en la sucesión de reformas en el gobierno de América decididas en las últimas décadas del siglo XVIII, que son consecuencia, por un lado, de las nuevas ideas de Europa, donde gobierna el despotismo ilustrado pero se prepara la Revolución Francesa; por otro, de la incorporación del pensamiento borbónico, de un fuerte centralismo; y finalmente, de las necesidades propias de un mayor desarrollo de estas regiones.

5. La abogacía pública cumplió, durante todo el período del derecho indiano, múltiples roles. La integraban el Fiscal del Consejo de Indias, los fiscales de las audiencias y los procuradores fiscales o agentes fiscales de los tribunales inferiores.

Los fiscales de las audiencias ejercían una verdadera supervisión sobre los demás miembros del Tribunal. Por disposición especial de la Corona eran protectores de los aborígenes y vigilaban las encomiendas. Cuando eran dos, uno actuaba en el ámbito civil, que comprendía también el comercial, y el otro se ocupaba exclusivamente de lo penal. Gozaban de las prerrogativas de los oidores y estaban en su mismo nivel de rango y jerarquía. Se les prohibía ejercer la actividad de abogados, excepto en defensa de los aborígenes, y en caso de que estos litigaran contra la Real Hacienda debían defender a esta; tampoco podían ser profesores universitarios.

6. Ya en la etapa de nuestra emancipación, el Fiscal General del Estado aparece mencionado en el proyecto de la Comisión Oficial de la Asamblea del Año XIII; el Reglamento de Justicia de septiembre de 1813, de la misma Asamblea, crea las Cámaras de Buenos Aires y de La Plata, esta última en el Alto Perú, compuestas por cinco letrados y "un Agente, cuyas funciones serán las mismas que hasta el presente han ejercido los Fiscales"; el Reglamento de 1817 menciona las Cámaras de Apelaciones compuestas por cinco individuos y un fiscal; y las Constituciones de 1819 y 1826 incluyen en la Alta Corte de Justicia a siete jueces y dos fiscales.

Las primeras Cartas provinciales también se ocupan del tema. El Estatuto Provisorio de Santa Fe de 1819 menciona, como integrantes de la Junta de Hacienda, a "el Procurador de Ciudad y el Fiscal de Hacienda, habiéndolo". La Constitución de Tucumán de 1820 prevé una "Alta Corte de Justicia compuesta de tres jueces y un fiscal de lo civil y criminal", así como una "Corte primera de Justicia" en la que incluía al "Síndico promotor de los Derechos del Pueblo". La regulación del Poder Judicial de San Juan incluye a un "Fiscal Relator". La Constitución de Salta de 1821 indica que "Se instalará una Cámara provisional de Apelaciones compuesta del Secretario de la Junta Provincial permanente, y de dos Letrados Secretarios Asesores que tendrá el Gobernador de la Provincia,

uno para la dirección del Ramo de Hazienda, y otro para los restantes ramos inclusa la Auditoría de Guerra” (2).

○ El *Attorney General* norteamericano

7. La Constitución norteamericana de 1787 previó la creación de una Corte Suprema sin indicar su composición. La *Judiciary Act* de 1789 la estableció y también creó el cargo de *Attorney General* según el modelo inglés, que reconocía a ese funcionario como asesor y mandatario de la Corona en los asuntos jurídicos. Lo designa el Presidente con acuerdo del Senado. El texto de Filadelfia tampoco admite a los ministros del Poder Ejecutivo, aunque menciona, en dos oportunidades, a los departamentos ejecutivos, indicando que deben poseer un “funcionario principal” o “jefe”.

El primer *Attorney General* fue Edmund Randolph, quien a partir de 1792 comenzó a participar de las reuniones de Gabinete. La función de dictaminar que se le ha atribuido solucionó definitivamente la cuestión de si la Corte Suprema podía evacuar consultas del Poder Ejecutivo, que ella misma declinó cuando se lo solicitó Washington, primer presidente de los Estados Unidos.

“Ya no me considero –dijo en una oportunidad el famoso *Attorney General* William Wirt, que desempeñara el cargo entre 1817 y 1829– como el abogado del gobierno sino como un juez, llamado a decidir una cuestión de derecho con la imparcialidad e integridad que caracteriza al Poder judicial. Me consideraría deshonrando al magnánimo gobierno, cuyo funcionario soy, permitiendo a mi juicio ser desviado al decidir oficialmente cualquier cuestión con el artificio parcial del abogado profesional”. Este mismo criterio fue recogido por Cushing, en un dictamen donde dijo que el *Attorney General* “no es un asesor que aconseja al gobierno como un cliente, sino un oficial público que actúa judicialmente bajo todas las solemnes responsabilidades de conciencia y de obligación legal” (3).

8. La estructura actual del Departamento de Justicia norteamericano aún las tareas que en nuestro país realizan el Ministerio de Justicia, el Ministerio Público y la Procuración del Tesoro.

(2) Textos tomados de San Martino de Dormí, María Laura, *Documentos Constitucionales Argentinos*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.

(3) Bosch, Jorge T., “La institución del *Attorney General*”, LL 80-931.

○ El Procurador General y el Ministerio Público

9. El proyecto que Alberdi formula en las *Bases...* sigue a la Constitución norteamericana en cuanto establece que integran el Poder judicial una Corte Suprema y tribunales inferiores, sin efectuar ninguna mención a los fiscales; pero los constituyentes de 1853 diseñan una Corte Suprema con nueve jueces y dos fiscales, que nunca llegó a reunirse.

La Convención Revisora de Buenos Aires que elaboró las propuestas para la reforma de 1860 sugirió una Corte de cuatro jueces y un fiscal, pero propuso, inspirada en las primeras leyes norteamericanas de organización judicial, que sólo efectuara una sesión anual en la capital de la República y luego se trasladara a las provincias. La Convención de Santa Fe no admitió esta alternativa, pero modificó el texto de 1853 siguiendo el modelo escueto de la Constitución del país del Norte. A partir de entonces se omite indicar el número de miembros de la Corte Suprema y la existencia de fiscales, temas que quedan para la legislación complementaria.

10. Con antelación a ello Urquiza había designado como Fiscal General del Estado, en 1853, al Dr. Ramón Ferreira, jurista cordobés vinculado a la Asociación de Mayo, luego exiliado en Tacna, autor de numerosas obras jurídicas, entre ellas *Derecho Administrativo General y Argentino*, publicada en 1866, que es el primer libro de esta disciplina en nuestro país.

En 1854 se designan nueve jueces y dos fiscales, que debían integrar la Corte Suprema de Justicia, pero nunca se logró instalar, llegando a funcionar sólo una Cámara de Justicia en Paraná, capital de la Confederación, con el Dr. Ferreira como Fiscal.

Electo Mitre como presidente constitucional, cuatro días después de asumir, por decreto del 16 de octubre de 1862, refrendado por el ministro del Interior Rawson, designó Fiscal General de la Nación al mismo Ferreira.

En esa época se organizó la Corte Suprema a través de la Ley N° 27, que se integró con cinco ministros y un Procurador General. Los designó, con acuerdo del Senado, el Presidente Bartolomé Mitre, a través de un decreto dos días posterior, del 18 de octubre, refrendado por el Ministro de Justicia Eduardo Costa. Nombró primer Procurador General a Francisco Pico. Buena parte de las funciones del Fiscal General pasaron a ese nuevo funcionario.

11. En su origen la palabra "Procurador" proviene del latín *Procurator*, e implica la idea de representación y defensa de intereses ajenos. En la antigua Roma esa denominación se utilizó para los delegados del poder central en territorios anexados. Adriano instituyó funcionarios que se encargaban de representar los intereses del emperador, que luego recibirían el nombre de Procuradores. "Tesoro" equivale a fisco, erario de la

nación. Originariamente, en Roma y en España, fisco era el tesoro del príncipe y erario el tesoro público. En la actualidad se utilizan indistintamente los tres vocablos.

La denominación "Procurador" ya existía en el derecho hispánico. A las Cortes desde el siglo XII comenzaron a concurrir, junto con la nobleza y el clero, los representantes de las ciudades y adoptaron esta denominación. En Aragón y Cataluña aparecieron los procuradores reales, que representaban al rey.

En América, en su lucha por defender los derechos de los nativos, Bartolomé de las Casas fue nombrado, en la segunda década del siglo XVI, "procurador o protector universal de todos los indios de las Indias". Por otra parte, ante los Cabildos, el Procurador representaba jurídicamente a la ciudad, a los intereses vecinales. Tenían voz, pero no voto.

12. El Ministerio Público aunó el ejercicio de la acción pública en materia penal, la tarea de dictaminar en determinadas cuestiones antes de los pronunciamientos judiciales, por ejemplo las de competencia entre juzgados o aquellas que tramitaban ante la Corte Suprema -esto, a cargo del Procurador General- y la defensa de pobres e incapaces.

Pero además, en esa primera época representaba al Estado en juicio, ya sea como actor odemandado, función que va perdiendo en una lenta y muy extensa evolución que culmina con la Ley N° 24.946, promulgada el 11 de marzo de 1998, que lo libera definitivamente de esa tarea.

13. La doctrina, hasta la reforma constitucional de 1994, difería en cuanto a si el Ministerio Público integraba el Poder Judicial o dependía del Poder Ejecutivo.

Si bien su ubicación en la ley 27 lo integraba al Judicial, también mantenía fuertes relaciones con el Ejecutivo. La Corte Suprema, en un precedente de 1891, lo denomina "consejero legal del presidente de la República" (4).

En los últimos años, en el comportamiento de los órganos del Estado primaba la última alternativa, pues el Presidente designaba y removía por sí al Procurador General, sin intervención del Senado, y el Ministro de Justicia, a los restantes fiscales y defensores.

14. La reforma antes citada ha establecido que el Ministerio Público, que ahora encabezan el Procurador General y el Defensor General de la Nación, sea un órgano con autonomía funcional. Además lo ubica en un capítulo propio, a diferencia de lo que ocurre con otros órganos con similar autonomía, como el Defensor del Pueblo y la Auditoría

(4) Fallos 43:321, citado por Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Ed. La Ley, 2001, pág. 734.

General de la Nación, que integran el dedicado al Poder Legislativo. Todo ello ha llevado a caracterizarlo como órgano extrapoder (5).

La Ley N° 24.946 le otorga al Ministerio Público, como función esencial, "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad".

El Procurador del Tesoro y la Abogacía del Estado

- 15. El relato que culminara *supra*, en el n° 10, muestra el nacimiento de una de las ramas que se van a desprender del tronco común: el Ministerio Público, encabezado por el Procurador General.

La segunda rama del viejo tronco nació al crearse el cargo de Procurador del Tesoro, casi de inmediato (6).

En el debate de la Cámara de Diputados de la Ley N° 74, de presupuesto para los años 1863/64, se resolvió suprimir el cargo de Fiscal General, que se hallaba en el Ministerio del Interior. Añadió el diputado Gorostiaga: "Yo querría que no hubiese Fiscal de Estado para que se acabe esa tramitación que nos viene del tiempo de la corona o del gobierno español".

En una sesión posterior el Ministro de Hacienda, Vélez Sarsfield, solicitó que se sustituyera el suprimido Fiscal por un Procurador de Hacienda, citando como antecedente la organización norteamericana.

En la Cámara Alta se reanudó el debate. La intervención del senador Alsina contribuyó a precisar las características del asesor que se creaba con la denominación Procurador del Tesoro: "...entre las funciones del asesor y el fiscal hay una enorme diferencia, porque el uno no hace sino dar su opinión como lo crea, de justicia, es decir aconsejar, esa es su misión; pero el fiscal no, porque a él se le puede exigir que haga lo que está obligado a hacer un abogado a quien se le entrega una causa. Así que éste, además de los medios regulares, puede valerse de ardid permitidos para hacer triunfar su causa. Esto puede hacer el fiscal de Estado en un asunto que al Fisco le interesa; pero el asesor no; el asesor

(5) Bidegain, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional*, t. III, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 150, donde se destaca como antecedente latinoamericano más importante de este tipo de órganos a la Constitución de Venezuela de 1961.

(6) Follari, Rodolfo, "Reseña sobre el origen y la evolución de la Procuración del Tesoro", en la publicación editada como homenaje a los 120 de ese organismo, en 1983; Palazzo, Eugenio L., "La Procuración del Tesoro de la Nación", en *Manual de Estilo de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 1998.

debe ser severamente imparcial, como debe serlo el juez cuando va a pronunciar un fallo...". Estos conceptos adelantan la libertad de criterio que en todo momento ha caracterizado la tarea de la Procuración del Tesoro.

16. Nuestra República optó, en definitiva, por un esquema dual: el Ministerio Público custodia la legalidad ante los tribunales, ejerce la vindicta pública y defiende a desprotegidos, y **el Procurador del Tesoro asesora jurídicamente al Poder Ejecutivo y representa al Estado en juicio.**

Retomando la metáfora inicial, en un curioso crisol jurídico se combinaron tradiciones hispánicas y borbónicas con instituciones del presidencialismo norteamericano. Resta todavía un ingrediente, que aparecerá más adelante y que hará al Procurador cabeza del Cuerpo de Abogados del Estado.

17. En una primera etapa, entre 1863 y 1896, el Procurador del Tesoro asesoró en muy diversas cuestiones legales a requerimiento del Presidente o sus ministros. Además algunas leyes disponían la consulta a este funcionario, como, por ejemplo, las de contabilidad, obras públicas y marcas de fábrica.

No cumplió, en cambio, funciones de representación del Estado en juicio, monopolizada entonces por el Ministerio Público. Cuando ello comenzó a desdibujarse, mediante la designación de funcionarios o abogados *ad hoc* para la atención de juicios importantes del Estado, el Dr. Bermejo, Ministro de Justicia e Instrucción Pública, elaboró un proyecto de ley sobre representación fiscal, que fue aprobada en 1896 bajo el número 3367, donde se dispuso otorgar, con exclusividad, esa función al Ministerio Público, salvo en los casos en que el Poder Ejecutivo creyera conveniente que representara al Fisco el Procurador del Tesoro.

El diputado Ferrer sostuvo, en el debate, que "... los intereses fiscales, los derechos de la Nación deben ser siempre defendidos y sostenidos por un funcionario público que tenga en sí mismo y en la naturaleza de sus funciones la garantía de su idoneidad, de su rectitud y de su imparcialidad...".

18. A partir de allí, en una segunda etapa de la Procuración del Tesoro, que abarca hasta 1947, se suma a la tarea inicial de asesoramiento la de defensa de juicios de gran significación, como los derivados de la construcción del Palacio del Congreso y del de Tribunales, los iniciados por los ferrocarriles Sud y Central Argentino, reivindicaciones de tierras, etcétera.

Por Decreto N° 14.546/1943 se determinaron con precisión las funciones del Procurador del Tesoro: "...es el asesor legal del Poder Ejecutivo, representante especial de la Nación en juicio en los casos previstos por el art. 1° de la Ley N° 3367 y en los asuntos sometidos a arbitraje: tiene a su cargo la dirección y control de los juicios en que la Nación es parte

y en este carácter imparte las instrucciones que sean necesarias a los representantes fiscales, salvo el caso de intervención del Procurador General de la Nación previsto en la Ley N° 3367".

○ La Abogacía del Estado en Europa

19. En Europa el modelo de control de legalidad más importante es el del Consejo de Estado francés, que es un órgano administrativo colegiado ajeno al Poder judicial, con gran independencia técnica, que resuelve las controversias con los administrados. Fue ampliamente estudiado por nuestra doctrina, pero nunca se aplicó en nuestro país.

20. Difiere de ese esquema el italiano. En 1777 se crea en Toscana el "abogado real", que tenía encomendadas la defensa en juicio de los "departamentos reales" y otras funciones de administración activa, consultiva y de control. Tras la unificación prevaleció durante algún tiempo el derecho piamontés, que había incorporado el Consejo de Estado, pero en 1876 se retomó la antigua institución toscana, estableciéndose las oficinas de los "reales abogados del erario". En una lenta evolución se le van confiando mayores tareas, hasta que en 1933 se asigna a la abogacía del Estado el asesoramiento de toda la administración.

En 1872 se establece una institución similar en Rumania, la *avocatura statului*.

Luego de la Constitución italiana de 1947, el Abogado General del Estado, nombrado por la Presidencia de la República a propuesta del Presidente del Gobierno, se encuentra subordinado a este en lo organizativo pero posee independencia técnica. En su labor colaboran órganos unipersonales y colegiados que completan la organización.

21. En España la Dirección General de lo Contencioso del Estado fue creada, en el Ministerio de Hacienda, en 1849. El Cuerpo de Abogados del Estado nace en 1881, vinculado a esa Dirección General. Los Abogados del Estado fueron y son defensores y representantes en juicio de la Administración, así como sus asesores jurídicos.

Alcalá Zamora relata este proceso con los mismos alcances que aquí expongo, y destaca el acierto de haber desgajado del Ministerio Público un cuerpo independiente para defender los intereses del fisco (7).

(7) Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, "Acertios terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, abril-junio de 1948, México DF, pág. 43 y ss.

No obstante, el máximo órgano de asesoramiento jurídico nuevamente es el Consejo de Estado, aunque, a diferencia de Francia e Italia, carece de facultades jurisdiccionales.

Es decir que tanto en Italia como en España coexisten un órgano colegiado, con tareas sustancialmente distintas en uno y otro país, y una organización con una cabeza unipersonal, con subordinación jerárquica al Ejecutivo e independencia técnica: la Abogacía del Estado.

○ El Cuerpo de Abogados del Estado

22. Nuestro país, que ya tenía, como vimos, un órgano unipersonal como máximo asesor y representante judicial del Estado, establece esa estructura piramidal, que evita contradicciones en la tarea, a través de la Ley N° 12.954, que creó el Cuerpo de Abogados del Estado, cuya Dirección General se otorgó al Procurador del Tesoro.

En el debate parlamentario, el miembro informante en el Senado, Dr. Antille, sostuvo que era conveniente constituir un ordenamiento de esta especie con una dirección única, que "podrá actuar como organismo técnico-administrativo, en lo administrativo y en lo contencioso del Estado, y se expedirá sobre todo proyecto de modificación o creación de normas legales o reglamentarias".

Al intervenir en la discusión, el Senador Bavio expuso: "Entiendo que el espíritu de la ley es explicar que se desea formar un cuerpo de especialistas en materia de derecho administrativo y público".

23. Desde entonces la intervención de la Procuración del Tesoro creció en trascendencia y acompañó las distintas etapas de la historia reciente de nuestro país, manteniendo siempre independencia técnica y aportando soluciones innovadoras al derecho público.

Bidegain ha sintetizado su tarea: "Todas las funciones descriptas se reducen, en definitiva, a la de auxiliar al Presidente en el desempeño de su atribución y responsabilidad de velar por la legalidad de la actividad administrativa" (8).

(8) Bidegain, Carlos M., "Ubicación Administrativa de la Procuración del Tesoro", *La Nación*, 11/8/1976.

○ La Abogacía Colegiada

24. La cuna de la abogacía está en Grecia, donde Demóstenes, Esquines, Pericles y Platón hicieron modelos de oratoria forense. Solón, por primera vez, reglamentó su ejercicio, dándole carácter religioso. En Roma la abogacía alcanzó gran desarrollo en tiempos de la República. El emperador Justino constituyó un Colegio, ante el cual se inscribían los abogados por orden de admisión.

Tanto el Fuero Juzgo como el Fuero Viejo de Castilla y el Fuero Real se ocuparon de los abogados, llamándoles “voceros” y reglamentando sus deberes. La verdadera organización de la abogacía, inspirada en la legislación romana, apareció en las Partidas. En las Ordenanzas de Abogados de 1495 los Reyes Católicos exigieron un examen previo ante los oidores de la Audiencia y la inscripción en una matrícula que llevaba ella. Pero posteriormente, obedeciendo a la tendencia general de agremiación, se estableció la Congregación de Abogados, cuyos estatutos se aprobaron en 1596. Durante el siglo XIX se osciló entre la libertad para ejercer la abogacía y los regímenes de colegiación, primando esta última ⁽⁹⁾.

25. En nuestro país la colegiación obligatoria para los miembros de diversas profesiones ha sido dispuesta, luego de arduos debates, por leyes provinciales y nacionales para la Capital Federal. Suele estar vinculada a beneficios de diverso orden (regímenes de jubilaciones, pensiones, préstamos para vivienda, etc.) que se otorgan a los afiliados.

La jurisprudencia de la Corte Suprema partió de una posición negativa, para luego aceptar estos institutos, aunque con diversos fundamentos a lo largo del tiempo ⁽¹⁰⁾.

En 1945, en el caso “Sogga” ⁽¹¹⁾, la Corte resolvió, por una estrecha mayoría, que era contrario al artículo 14 de la Constitución Nacional una ley de Santiago del Estero que vedaba ejercer la profesión de abogado en la provincia a quienes no fueran miembros del colegio único que se creaba.

Posteriormente, en “Colegio de Médicos v. Sialle” ⁽¹²⁾, aunque no entró a considerar el fondo de la cuestión, apuntó que la asociación impuesta no aparecía como arbitraria. Entendió que estas instituciones no podían ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado, pues por sus funciones y fines de interés público “constituyen organismos integrantes de la gestión gubernativa provincial”.

(9) Miguel Romero, Mauro, *Derecho Procesal Teórico*, t. I, Madrid - Valladolid, 1934, pág. 400 y ss.

(10) Bidegáin, Carlos M., ob. cit. en nota 5, t. V, 2001, pág. 171 y ss.

(11) Fallos. 203:100.

(12) Fallos. 237:397.

Más tarde, en “Larocca”⁽¹³⁾, consideró inconstitucional una ley de Entre Ríos que ordenaba un aporte muy alto sobre los honorarios.

Con distinta composición (período 1973-1976) el tribunal aceptó en “Sánchez”⁽¹⁴⁾ la constitucionalidad de una ley de Chaco que dispuso la afiliación compulsiva a la Caja Forense.

En 1988 se sanciona la Ley N° 23.187, por la cual se crea el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Hasta esa fecha la matrícula de los fueros ordinarios la llevaba la Cámara Civil y la del fuero federal la Corte Suprema. En “Ferrari c/Nación Argentina” la Corte señaló que el nuevo Colegio es una persona de derecho público que aunque posea rasgos que pueden encontrarse en asociaciones civiles o gremiales, no se integra a través de la adhesión libre, sino que los abogados están sujetos a la autoridad que ella representa por imperativo legal. Añadió que resulta admisible delegarle el control del ejercicio de la profesión y de un régimen adecuado de disciplina. Ferrari llevó el tema a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual entendió que la Ley N° 23.187 no violenta la libertad de asociación consagrada por el artículo 16 del Pacto de Costa Rica.

Finalmente, en “Cadopi c/Provincia de Buenos Aires” la Corte defendió la competencia provincial sobre el tema, frente al Decreto N° 2293/1992, que admitía que cualquier profesional podía ejercer en toda la Nación, con sólo la inscripción en el colegio o matrícula de su domicilio real⁽¹⁵⁾.

○ Diferencias entre la Abogacía Pública y la Abogacía Colegiada

26. La abogacía privada puede ejercerse a través del mandato, la locación de servicios o la locación de obra, contratos, todos ellos, previstos por el Código Civil. También puede desarrollarse bajo relación de dependencia con una empresa no estatal, y en tal caso estará regulada por la Ley de Contrato de Trabajo.

En cambio, la abogacía pública se practica a través del contrato de agente público, previsto por el derecho administrativo, y posee regulaciones específicas en sus dos ramas principales. Ya hemos citado las Leyes N° 24.946, Orgánica del Ministerio Público, y N° 12.954, del Cuerpo de Abogados del Estado. Para estos últimos rigen también las normas convencionales y estatutarias que regulan la función pública, como el convenio de trabajo homologado por el Decreto N° 66/1999 y la Ley N° 25.164.

(13) Fallos 259:403.

(14) Fallos 286:187.

(15) Pérez Colman, Luis y otros, *La colegiación legal en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: de "Sogga" a "Cadopi"*, Ed. Colegio de Abogados de San Isidro.

Se coordinan la independencia técnica y la especialidad del saber jurídico con la organización jerárquica imprescindible para el buen funcionamiento del Estado.

De esta última se deriva, entre muchas otras características, un régimen disciplinario propio, en cada una de las ramas de la abogacía pública, que resulta incompatible con el encomendado a los colegios que regulan la abogacía privada.

27. La doctrina y la jurisprudencia se ha ocupado de establecer las diferencias existentes. Así, se ha sostenido, “Quienes actúan en ejercicio de la representación y patrocinio del Estado Nacional y sus entes descentralizados, lo hacen en virtud de la ley, ejerciendo una función pública y prestando un servicio relativo a su profesión de agente público (no a su profesión de abogado o procurador). Cumplen un deber incluido en el *status* del agente público, en el cual también están determinados sus derechos. Son normas administrativas, entonces y no civiles, las que rigen la relación de empleo público. Al deber jurídico de prestación de servicios le corresponde el derecho a su remuneración. Pero ambos regulados en normas estatutarias públicas, debiendo prescindirse de las figuras jurídicas civiles del enfoque del tema” (16).

La Procuración del Tesoro de la Nación expuso, ya hace casi medio siglo que “La situación del abogado o procurador funcionario reviste determinados caracteres que la diferencian del profesional independiente. En efecto, ostenta una situación jurídica esencialmente estatutaria, de modo que las normas que rigen las respectivas profesiones liberales, de abogados y procuradores, forzosamente deben adecuarse a esa situación jurídica especial y sólo les serán de aplicación en la medida que resulten compatibles con la misma” (17).

Por su parte, la Corte Suprema, ha aseverado que “en supuestos... en los que una repartición del Estado Nacional designa a uno de sus agentes para que lo represente en un proceso judicial, éste no ejerce su actividad en función de un contrato de derecho privado, como los de mandato o locación de servicios, sino en virtud de la relación de empleo público que lo une con el organismo administrativo... por principio, el cumplimiento de la función pública es remunerada con un sueldo previsto como erogación en el presupuesto; circunstancia que llevó a esta Corte a declarar que los agentes públicos que gozan de aquél no son acreedores a honorarios por los servicios que prestan en, el desempeño de su cargo, teniendo por única remuneración de ellos la retribución que las normas les asignen...” (18).

(16) *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIV, pág. 488 y ss., colaboración del Dr. Emilio Armando Grau. También señala las diferencias existentes Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. III, Ed. Abeledo-Perrot, 1970, pág. 179.

(17) En asesoramiento registrado en Dictámenes 57:206, del 16/5/1956. En el mismo sentido, Dictámenes 200:209, del 26/3/1992.

(18) Fallo del 11/9/1984 *in re* “Fisco Nacional DGI c/ Paulista S.A.”, ED 111-197; en similar sentido, fallo del 16/10/1986 en autos “Estancias Vidania S.A. c/Provincia de Buenos Aires”, JA, diario del 9-11/1988, pág. 51.

En un precedente más reciente, sostuvo, el mismo Alto Tribunal, que quienes, siendo abogados, actuaban en representación del Estado Nacional, no estaban obligados a inscribirse en la matrícula respectiva que lleva el Colegio Público de Abogados. Citó como fundamento de la decisión la incompatibilidad de determinada función (Procurador del Tesoro de la Nación, Subprocurador del Tesoro de la Nación) con tal matriculación, en virtud del artículo 3° de la Ley N° 23.187. Y continuó: “idéntico temperamento adopta la Ley N° 10.996, cuando en su art. 17 determina que ‘No rige esta reglamentación para los que han de representar a las oficinas públicas de la Nación, de las provincias y de las municipalidades cuando obran exclusivamente en ejercicio de esa representación’”. Añade que “Es dable señalar que la exigencia que se pretende imponer es incompatible con el régimen aplicable” (19).

28. Estos antecedentes han culminado con el dictado del Decreto N° 1204/2001, en el marco de la emergencia declarada por la Ley N° 25.344 y de la delegación de facultades legislativas dispuesta por la Ley N° 25.414. Entre otras medidas, crea el Registro de Abogados del Estado y dispone que la representación, patrocinio y defensa del Estado Nacional, sus organismos y entes, sólo podrá ser ejercida por los profesionales inscriptos en ese registro, sin que resulte necesaria ninguna otra matriculación profesional.

La Ley N° 23.187 se fundamenta en una delegación del ejercicio del poder de policía, que puede ser retomado por el Estado, en cuanto estime inadecuado que continúe.

Puede afirmarse que nunca resultó acertado que una rama de la Abogacía Pública estuviera incluida dentro de esta delegación de facultades de policía estatales. Tan claro es ello, que no se incluyó en esa delegación ni una registración, ni contralor alguno sobre el Ministerio Público. Tampoco debería habérselo hecho con la Abogacía del Estado, que es, en definitiva, una forma similar a la del Ministerio Público de ejercer la Abogacía Pública. En un caso se le encomienda la representación de los intereses de la sociedad (Ministerio Público) y en otro, los del Estado (Abogacía del Estado). Y es difícil, en muchos casos, efectuar una clara distinción entre unos y otros.

Pero si nunca debió extenderse hasta esos límites tal delegación del poder estatal, mucho menos tiene sentido que se lo haga en el actual contexto de emergencia económica.

Por ello resulta plenamente válido que, en ejercicio de las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo en el marco del artículo 76 de la Constitución, y ante la emergencia, se haya dispuesto, a través del citado Decreto N° 1204/2001, medidas que significan ahorros sustanciales, como las que resultan de la eliminación del pago de costas y peritos en los juicios entre la Nación y las provincias, y el no pago de matrícula y bono

(19) Fallos 320:521, del 17/4/1997.

por parte de quienes representan el interés estatal. A nadie se le ocurriría exigirselo a los integrantes del Ministerio Público, con cometidos similares.

La registración de los abogados del Estado es una atribución que integra las facultades propias del Poder Administrador, del cual dependen. Integra sus competencias organizativas propias.

Otorgarle validez a esa registración para emitir una matrícula suficiente para acreditar su carácter implica un importante ahorro de gastos, que ayuda a evitar otras restricciones que afecten, por ejemplo, a jubilados, o a los mismos agentes estatales involucrados. No cabe olvidar que, como actor o demandado, el Estado y sus entidades son parte en aproximadamente 1.600.000 juicios. Suponiendo que en cada uno de ellos intervengan, al menos, dos abogados en su representación (habitualmente son varios más), puede advertirse que el ahorro es considerable.

La creación del Registro, por otra parte, ya se hallaba prevista en la reglamentación de la Ley N° 12.954, al requerir la confección de un cuadro general de los abogados del Estado (art. 33).

○ Otras formas de la Abogacía Pública

29. Al *ombudsman* sueco, presente ya a comienzos del siglo XIX como contralor de la administración, la normativa latinoamericana añade la tarea de la defensa de los derechos humanos. Así, el Defensor del Pueblo se crea por el Decreto N° 1786/1993, luego por la Ley N° 24.284, y finalmente lo receipta el artículo 86 introducido por la reforma de 1994. Posee autonomía funcional y, de acuerdo con el artículo 43, también incorporado en esa reforma, legitimación procesal.

Integran la planta de este organismo diversos abogados, que también componen la Abogacía Pública, son agentes públicos y concretan una función del Estado.

30. Similares consideraciones pueden hacerse de los letrados que colaboran en los cometidos de la Auditoría General de la Nación y de la Sindicatura General de la Nación, en cuanto efectúen tareas de asesoramiento jurídico, de investigaciones o de control de juicios.

31. También debe citarse a los abogados de la Oficina Anticorrupción, creada en la reforma a la Ley de Ministerios de fines de 1999 y reglamentada por Decreto N° 102/1999.

Otro antecedente importante es el de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, nacida en el ámbito del Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 21.383, que pasara a integrar el Ministerio Público a partir de la Ley N° 24.946. Este traspaso verifica la interrelación entre las distintas ramas de la Abogacía Pública.

32. En las provincias corresponde mencionar a quienes pertenecen a las Fiscalías de Estado y a las Asesorías de Gobierno (20).

33. En definitiva, las diversas maneras de ejercer la Abogacía Pública forman parte de la tarea de defensa de la legalidad, que esencialmente consiste en un cometido de control, sin facultades decisorias, a fin de asesorar, investigar hechos, efectuar denuncias, acusaciones, defensas y observaciones ante los titulares de los diversos poderes del Estado o sus colaboradores más cercanos. Esta defensa de la legalidad ha adquirido rango constitucional en 1994, al incluirse en nuestra Carta Magna previsiones sobre varios de los organismos que la integran (21).

Se trata de una actividad preparatoria de la decisión, por lo cual debe brindarse no sólo con idoneidad profesional, sino también con independencia de criterio, la que ha sido considerada por la Procuración del Tesoro como "condición de sentido" de sus opiniones.

○ Conclusiones

34. Los diversos momentos históricos han dejado improntas en la Abogacía Pública. Lo esencial se origina en nuestras más remotas raíces hispánicas: la limitación del Estado por el derecho, de la cual deriva el control de legalidad de los actos estatales. La etapa borbónica añade la concepción de organización administrativa, de función pública. De la división de poderes de molde presidencialista, de sus frenos y contrapesos, al combinarse con la tradición borbónica, surge la división de las tareas de defensa de la sociedad, a cargo del Ministerio Público, organización extrapoder vinculada a la Justicia, y la de defensa del Estado, en manos de la Abogacía del Estado, incorporada al Ejecutivo, pero con independencia técnica. La complejidad del Estado, advertida en Europa, que requiere eficacia y control, lleva a estructurar jerárquicamente el Cuerpo de Abogados del Estado y a multiplicar, en otros órganos de defensa de la legalidad, la Abogacía Pública.

Todas sus ramas realizan cometidos estatales, e integran la organización del gobierno de la Nación, en su sentido amplio.

(20) Ver, al respecto, "La Abogacía Pública en las provincias argentinas", publicado en la *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, n° 29, 1998.

(21) Bidegain, Carlos M., ob. cit. en nota 5, pág. 132; Palazzo, Eugenio L., "La autonomía funcional del Ministerio Público", ED 175-377.