

ALGUNAS CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE EL MINISTERIO PÚBLICO

Pablo Sánchez Velarde

Revista de derecho y ciencias políticas, Vol. 50, Año 1993, págs. 383-395, Lima, Perú

1. Evolución histórica

(p. 383) En doctrina no existe uniformidad en cuanto al origen del Ministerio Público¹. Quizás una remisión a la historia del proceso en sus incisos no nos permita encontrar características de dicha institución tal y como hoy la conocemos, pero sí, en cambio, observar algunos de sus rasgos particulares que nos permita lograr un mayor acercamiento a la comprensión de dicha institución.

El tratar de encontrar el origen del Ministerio Público o Ministerio Fiscal, atendiendo a las primeras menciones que sobre ellas se han hecho, ha de resultar, en principio, dificultoso por la ambigüedad del término "Fiscal", con el que, histórica y generalmente, se conoce a sus miembros, y que se asocia al concepto de (p. 384) Fisco o Hacienda. De otro lado, el encontrar alguna figura o institución con los caracteres esenciales del Ministerio Público, sin atender al nombre que se le atribuya, significaría la búsqueda de un concepto de esta institución que ya presenta características de "indefinibilidad"². Estas dos opciones han de ser tomadas en cuenta por la relación que de ellas puedan surgir, pero obsérvese en especial la segunda, pues aún sin adelantar definición sobre el ente en cuestión, se puede destacar sus notas esenciales, lo que, evidentemente, no resulta sencillo en la actualidad, sin atender a las características que presenta dentro de cada sistema jurídico. Sin embargo, trataremos de presentar algunos alcances históricos al respecto.

Así, en el proceso penal ateniense, cuyas características más resaltantes se centraban en la participación de los ciudadanos, tanto al momento de formular la acusación como en la administración de justicia y atendiendo a los principios de oralidad y publicidad del debate, cualquier persona tenía el derecho de acusar a otro, de esta forma podían "sentirse y dolerse unos por otros, como miembros de un mismo cuerpo"³. Los *Thesmotetas* aparecen como personajes con facultades para denunciar ante el Senado o ante la Asamblea del Pueblo, cualquier atentado que hiciera peligrar a la ciudad; como consecuencia de ello, se procedía al nombramiento de quien debía de ejercer la acusación⁴. Sin embargo, y

¹ HELIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle* (2a. ed.). 1866. I. N° 77, 78, 240; GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, 1907, I, N° 78, 42; RASSAT, Michèle Laure, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, París, Bibliothèque de Sciences Criminelles, 1967, pág. 13 y ss.; ROSENBERG, Leo, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (9a. ed.), Berlín, 1961, [V. pág. 110; VELLANI, Mario. *Il Pubblico Ministero nel processo: Profilo storico*, Bologna, 1965, pág. 23 y ss.; MOLINARI, Francesca, "Pubblico Ministero e azione penale nell'ordinamento francese", en la obra colectiva *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, 1979, pág. 195 y ss.; HUET, J. M^a. "Algunas observaciones sobre lo que ha sido desde su origen el Ministerio Fiscal", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. XXXI, Madrid, 1867, págs. 145 y ss.; ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto/ LEVENE, Ricardo, *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Kraft, 1945, I, pág. 367 y ss.; HURTADO POZO, José, *El Ministerio Público* (2a. ed.), Lima, 1983, pág. 25 y ss.; VELEZ MARICONDE, A., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1969, I, pág. 241.

² RUIZ GUTIERREZ, Urbano, "Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España", en *Revista de Derecho Procesal*, Año VIII, N° 3, 1952, pág. 407.

³ VELEZ MARICONDE, A., *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 27.

⁴ Véase también VICENTE Y CARAVANTES, José de, *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*. Madrid. 1856, I, pág. 25 y ss.

reconociendo la peculiar forma de administración de justicia entre los griegos, no encontramos rasgos que permitan delinear la figura del Ministerio Público, aunque, se ha afirmado, que puede admitirse la existencia de "elementos embrionarios"⁵.

Entre los romanos, se afirma que los defensores *civitatum* constituyen los (p. 385) predecesores del Ministerio Público⁶.

También se centra la atención en el *advocatus fisci* romano. Estos eran abogados que velaban por los intereses del fisco, tanto en el ámbito civil como penal,⁷ pero, el transcurso del tiempo y los cambios de criterios respecto a que ciertos comportamientos ya no sólo ofendían al lesionado o sus parientes, sino que también ofendían a toda la sociedad, hicieron que este funcionario tuviera mayor interés en el castigo del ofensor en defensa de la comunidad.

Bajo el régimen de la *quaestio* o *accusatio*⁸, cualquier ciudadano tenía el derecho de acusar (la denominada acción popular), pero, con limitaciones de sexo, dignidad y función,⁹ y exigiéndose, asimismo al acusador una solvencia moral y material. Se requería también de la caución y se posibilitaba el juicio por calumnia para que "nadie se lance ligeramente a hacer acusaciones, pues sabe que, (si es injusta) no quedará impune su acusación..."¹⁰. En este sistema de *ludium publicum*, el acusado tenía derecho a ejercitar su defensa por sí o por medio de su abogado o Patrono, quien podía aportar pruebas en igualdad de condiciones con el acusador.

Esta facultad de los ciudadanos romanos para formular la acusación fue llevada al abuso, constituyéndose Roma en "la ciudad de los infames delatores", donde se adquiría riquezas con la ruina de íntegros ciudadanos. Ante el desinterés del romano (p. 386) por las acusaciones públicas, aparece como una necesidad, el procedimiento de oficio¹¹. Así, se

⁵ ODERIGO, Mario A., *Lecciones de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Depalma, 1982, I, pág. 53. Este autor cita, además de los thesmotetas, a los éforos, oradores y arcontes, resaltando la función que ejercían éstos últimos como integrantes del aerópago, el más antiguo y celebre tribunal de Atenas, establecido por Solón para el juzgamiento de los delitos graves. Las sesiones de noche, la restricción a la intervención de las partes y la votación en secreto, eran algunas de las características de este tribunal.

⁶ Estos defensores de la ciudad eran los procuradores nombrados por el César con la función específica del cuidado de sus intereses. Véase RIQUELME, Víctor *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1946, pág. 247. La cita de un escrito de Teodosio a uno de estos personajes es elocuente: "Se te confía la protección de ese pueblo para que te comportes con él como un buen padre. No soportarás, pues, que los habitantes de la ciudad ni aquellos de la campaña sean injustamente taxados; te opondrás a los excesos de los gobernadores con el respeto que se debe a tu dignidad" (pág. 248).

⁷ RUIZ GUTIERREZ, U., "Algunas ideas", *cit.*, pág. 409.

⁸ La *accusatio* sucedió a la *cognitio* o concentración de funciones procesales de la época de la Monarquía y parte de la República donde el juzgador, el Rey o Cónsul, tenían facultades ilimitadas; pero luego reaparece, a cargo de funcionarios imperiales en la etapa de la *cognitio extra ordinem*. Cfr. ODERIGO, M., *Lecciones*, *cit.*, pág. 60.

⁹ En el *Digesto* se puede encontrar lo siguiente: "No se conceden acciones populares a una mujer ni a un propio, salvo en asuntos que les afecte" (Libro 47. Til.XXIII. 6); se permitía acusar a la mujer para castigar la muerte de sus ascendientes o descendientes, de sus patrones o hijos, o nietos de éstos: se impedía a los magistrados, militares y aquellos que fueran tachados de infamia, el formular acusación (Libro 48. Tít, II, 1).

¹⁰ Véase *Digesto*, Libro 48. Tít, II, 7.

¹¹ MANDUCA, F., *El procedimiento penal y su desarrollo científico* (traducción por Ángel Pintos), Madrid, 1888, pág. 99; en realidad, los particulares no fueron privados del derecho de acusar, era el Estado el que lo ejercía prioritariamente, y para ello encargaba a dichos funcionarios que realizaran las investigaciones previas (las que podían ser secretas), conocieran de la realidad o no de la infracción, así como de presentar la acusación ante el juez; ODERIGO, M., *Lecciones*, *cit.*, pág. 60; GUARNERI, José, *Las partes en el proceso penal* (traducción por Bernaldo de Quiróz), México, 1952, pág. 232.

crean los *curiosi* y *stazionari* en el siglo IV, ios *Obispos del Emperador Justiniano* en el siglo VI. Ellos tenían la misión de investigar y acusar a los infractores de delito ante el magistrado. Posteriormente, éste -el juez- asume la concentración de las funciones de acusar y decidir (*cognitio extra ordinem*), como expresión característica del sistema inquisitivo.

Debe de mencionarse también al *Procurador del César*, que no era sino, el administrador del patrimonio de éste¹².

De todos éstos personajes, no es posible encontrar rasgos características de la institución del Ministerio Público. Los *curiosi* realizaban funciones propias de policía, es decir, se encargaban de la búsqueda de los infractores de delitos y de llevarlos ante la presencia del Juez. Tampoco la actividad desarrollada por los *Obispos del Emperador Justiniano* permite destacar algún antecedente histórico del Ministerio Público, pues las funciones que ejercían aquellos estaban relacionadas, básicamente, al control judicial.

Sin embargo, la figura de los *advocatus fisci* es la que mayor semejanzas presenta con la del fiscal, lo que ha llevado a RUIZ GUTIÉRREZ a firmar que se trata del "antecesor próximo del Fiscal"¹³. En realidad, el *advocatus fisci* tenía como misión principal -y ese fue el motivo de su creación- la defensa de los intereses fiscales e intervenía -aún sin acusación del ofendido o una vez retirada ésta- para aumentar los bienes del fisco¹⁴ mediante una "pena fiscal".

(p. 387) De otro lado, en España, RUIZ GUTIÉRREZ encuentra en los Concilios I y II de Sevilla, celebrados en los años 590 y 618, respectivamente, las primeras menciones a un funcionario en esencia igual al *advocatus fisci* romano, que era el llamado *actore rerum ftscalium*, encargado de la defensa de los intereses fiscales ante los tribunales, aunque, también admite que son pocas las menciones que se hacen del fiscal.

El citado autor fija su atención en el Fuero Viejo, Libro I, Tít. IX, Ley III, en la parte que se refiere al "*orne del Rey que anduviera con el Merino*", para deducir que aquel "*orne*" era nombrado por el Rey tanto para controlar la administración de justicia realizada por los Señores, como para asegurar el cobro de las costas judiciales que le correspondían; así, el cargo de fiscal -según anota- se habría desdoblado en una actividad administrativa (vinculada al interés por el patrimonio real) y otra, referida a intereses fiscales ante los tribunales, lo que sería el comienzo de la diversificación entre el proceso y hacienda y, por ende "entre el Fiscal y los fiscal"¹⁵. Sin embargo, la deducción que hace RUIZ GUTIÉRREZ, sobre la base del texto del Fuero Viejo, pierde solidez, precisamente, a partir del propio contexto donde aparece la denominación "*orne del Rey*": "*E si non dier Fiadores, nin ovier Fiadores, nin eredat, nin otra cosa ninguna, en que se faga la entrega el Merino, o el orne del rey, que anduviere con él o el perqueridor, o cualquiera de los tres el que primero lo fallare, aplacel' nueve días, que paresca ante el Rey, ...*"¹⁶. Así pues, el "*orne del Rey*" aparece como un hombre de confianza nombrado por aquél para el desempeño de una función específica o para el ciudadano de intereses particulares, como al que se refiere el presente texto, entendiéndose además, que el citado funcionario no acompañaba

¹² Así se desprende del Libro 1, Tít. XIX, 1 *del Digesto*: "Lo que tramita y hace el procurador del César es aprobado por éste, como que esclavo imperial pueda aceptar una herencia con su autorización y, si el mismo César ha sido instituido heredero, el procurador interviene en la herencia [si es] valiosa...".

¹³ RUIZ GUTIERREZ, U, "Algunas ideas...», *cit.*, pág. 410.

¹⁴ La palabra Fisco procede del latín *fiscus*, que significa cesta de mimbre, que entre los romanos servía para guardar el dinero; término que se utilizaba principalmente para designar el tesoro del príncipe, diferente del denominado erario, que correspondía al tesoro público.

¹⁵ RUIZ GUTIERREZ, U., "Algunas ideas...", *cit.* pág. 415.

¹⁶ *Fuero Viejo de Castilla*, Libro I, Título IX, Ley III.

permanentemente al *Merino* o Juez, como se observa del análisis de las demás leyes del Fuero Viejo¹⁷.

Fue en las Cortes de Briviesca de 1387¹⁸ donde se estableció la figura del (p. 388) Fiscal por Juan I, afianzada por Juan II en 1436¹⁹, designándose dos Procuradores Fiscales a las Cortes para denunciar o acusar las infracciones. Estos Fiscales fueron aumentados en número por lo Reyes Católicos (1474-1504)²⁰ y sus poderes fueron reforzados por Felipe II de Borbón. En las *Ordenanzas Reales de Castilla* se dedican dos títulos a los Procuradores de Cortes y al Procurador Fiscal. Igualmente, en la *Novísima Recopilación*²¹ se establece la incorporación de los Fiscales en las *Chancillerías y Audiencias*²².

En Francia, la doctrina ha afirmado el carácter originario de la institución de Ministerio Público²³.

Ya en el siglo XIII, existían en Francia los llamados "procuradores", con funciones específicas de representación de las partes en el juicio. Tanto el rey como los señores feudales tenían un procurador para que asuma la defensa de sus intereses fiscales. Es con la acrecentación del poder real, que la institución del Ministerio Público asume la representación de los intereses de la sociedad. NOBILI²⁴ precisa (p. 389) que los procuradores eran abogados que cuidaban los intereses del monarca en las diferentes cortes; luego ejercitaron potestad acusatoria en el proceso penal, pero, esta facultad se generalizó con un edicto de Enrico III en 1586.

¹⁷ Véase MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Códigos Antiguos de España*, Madrid, 1885. Así el "mandadero de paz" que aparece entre otras leyes, en el Libro II, Ley XV del Fuero Juzgo, está referido al funcionario encargado por el Rey para "meter paz entre las partes".

¹⁸ Véase *Cortes de los Antiguos Reinos de León y de Castilla*, publicado por la REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, Madrid, 1863, t. II, Ordenamiento de Peticiones, 30, pág. 389. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. N., *Derecho Procesal Mexicano*, (2a. ed.), t. I; también en *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, México, 1985, pág. 504, hace mención a la existencia en el Derecho Valenciano del siglo XIII de un "abogado fiscal", encargado de sostener la acusación, cuidar de la ejecución de las penas y de la ejecución real, y, de un "abogado patrimonial", que le incumbía la defensa de los bienes del monarca y del erario y otros de índole administrativo.

¹⁹ En esta se precisaba también: "*Porque los edictos, ni finquen sin pena y castigo por defecto del acusador. E porque el oficio de nuestro Procurador Fiscal es de gran confianza y cuando bien se exercitasse se siguen de él grandes provechos, assi en la excusión de nuestra justicia como en pro de la nuestra Hacienda. Por ende ordenamos y mandamos, que en la nuestra Corte sean Diputados dos Procuradores Fiscales, promotores para acusar, o denunciar los maleficios personas diligentes y tales que convengan a nuestro servicio, ...*" *Cortes de León y de Castilla*, 1883, I, pág. 474. Puede verse también SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, "Procurador Fiscal y Promotor de la Justicia", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 4 (1982), pág. 675 y ss.

²⁰ Véase *Corles de León y de Castilla*, cit., IV (1882), pág. 109 y ss.

²¹ Cfr. *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, t. II, Libro V, Tít. XVII, Leyes I-XI, págs. 443-447, en especial la Ley I. Véase también ZAFRA, J., "Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 4, Segunda Época, año 1961, pág. 43, quien afirma que con el establecimiento de los Procuradores en las Chancillerías de Valladolid y Granada, el Ministerio Fiscal adquiere un carácter permanente en España.

²² Véase también TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1979; del mismo, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, pág. 153 y ss.; LALINDE ABADÍA, J., *Iniciación histórica al Derecho Español* (2a. ed.), Barcelona. Ariel. 1978.

²³ HELIE, F., *Traité de l'instruction*, cit., N° 77; ESMEIN, F., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII ème siècle jusqu'à nos jours*. París, 1882, pág. 100 y ss

²⁴ NOBILI, Massimo, "Accusa e burocracia, Profilo storico-costituzionale", en la obra colectiva *Pubblico Ministerio e accusa pênale*, cit., pág. 97.

RASSAT²⁵ ha hecho notar que el Ministerio Público no ha tenido un origen exclusivamente procesal. No se puede sostener que en Francia se haya derivado de los abogados del rey. Es más convincente sostener que se ha "venido formando en el curso de una larga evolución histórica de la fusión de dos distintos oficios: del oficio de los abogados del rey y del oficio de los procuradores del rey".

Efectivamente, los abogados del rey fueron instituidos en el siglo XVI con funciones de carácter procesal, mientras que el oficio de procuradores del rey, se había originado mucho antes, hacía el siglo VII, con los "*Saions*", que eran funcionarios administrativos con importantes funciones. En el siglo XIV aparece el Ministerio Público como una sola institución.

El primer texto que expresa con claridad a los *procureurs du Roí* es la Ordenanza de *Philippe le Bel* [Felipe el Hermoso], de 23 de marzo de 1303²⁶. Pero es en el siglo XVI en que adquiere una fisonomía consolidada. Los dos órganos del rey se fusionaron en un solo oficio, predominando las funciones administrativas y políticas sobre las procesales²⁷.

En época del absolutismo, los miembros del Ministerio Público eran apreciados por el pueblo. Es por ello que en los Cuadernos de súplicas de 1789 no aparecen quejas contra ellos. Las críticas formuladas eran generales y estaban dirigidas a los magistrados, contra quienes existía una aversión popular²⁸. La Asamblea Constituyente que sigue a la revolución francesa no suprime a la institución del M.P., pero sí la reforma. En tal sentido, se conserva de él sólo las funciones procesales, mientras que las competencias políticas y administrativas —propias del antiguo régimen— son derivadas a funcionarios del fisco²⁹.

(p. 390) Con la Constitución del año VIII, Napoleón adquiere nuevos poderes y es bajo su dominio que el Ministerio Público se organiza plenamente. Con la legislación napoleónica, la situación de esta institución cambia.

Los redactores del *Code d'instruction Criminelle* de 1808 y del ordenamiento judicial de 1810, no insisten en la posición revolucionaria, pero, tampoco se quiso romper de manera radical con el pasado, y se optó por conservar las características del Ministerio Público del *anden régime*, pero adaptándolo a aquéllos momentos. Así pues, para consolidar el poder, sobre la base del modelo existente en la monarquía absoluta, se crea un Ministerio Público moderno. RASSAT³⁰ sostiene que esta institución "*tel que nous l'entendons aujourd'hui a été créé de toutes pièces par le législateur napoléonien*".

El nuevo Ministerio Público aparece con características contradictorias. Se trata de hacer coincidir los intereses de la sociedad con los intereses del Estado³¹. Se le concibió como un órgano de justicia, independiente y autónomo en sus apreciaciones, pero a ello se oponía la cualidad de funcionario del Estado.

En efecto, el Ministerio Público se constituyó en una institución dependiente del Ejecutivo ubicado cerca de los Tribunales, con obligación a obedecer al poder central y, en tal sentido, su condición era equiparada a la de funcionario administrativo-gubernativo³². Sus miembros eran dependientes de sus superiores jerárquicos y todos, del Ministerio de Justicia; podían

²⁵ RASSAT, M., *Le Ministère Public*, cit., pág. 16 y ss.

²⁶ *Ibidem*, pág. 13.

²⁷ *Ibidem*, pág. 23; MOLINARI, Francesca "Pubblico ministero e azione penale nell'ordenamento francese". *cit.*, pág. 196; HURTADO POZO, J., *El Ministerio Público*, cit., págs. 26-27.

²⁸ RASSAT, *Le Ministère Public*, cit. pág. 31.

²⁹ MOLINARI, F., "Pubblico ministero e azione penale", *cit.*, pág. 196.

³⁰ RASSAT, *Le Ministère Public*, pág. 34.

³¹ NOBILI, M., "Accusa e burocrazia", *cit.*, pág. 100.

³² MOLINARI, "Pubblico ministero e azione penale", *cit.*, pág. 197.

ser nombrados y destituidos por aquéllos, pero, además, estaban sujetos a control bajo régimen de procedimientos disciplinarios del Ministro de Justicia³³.

De todo lo expuesto brevemente, no se desprende con claridad, los antecedentes del Ministerio Público, como lo denominamos en la actualidad. La historia de su actuación en cuestiones de justicia lo vinculan a los órganos de poder.

Se puede afirmar, y creemos que en ello existe coincidencia, que esta institución aparece como órgano defensor de los intereses del fisco, que eran los mismos de rey (**p. 391**) en el período del medioevo. En su origen pues, el Ministerio Fiscal defiende los intereses del Rey y con el transcurso del tiempo, su área de actuación se ve ampliada al ámbito público, interviniendo, ya no sólo en aquéllos asuntos que interesaban a la corona por su contenido económico-fiscal, sino, también en la persecución de infracciones que atentaban contra los miembros de la comunidad.

En tal sentido, se va delineando la figura del Ministerio Fiscal como órgano de custodia de los intereses fiscales del rey y, órgano, también del rey, pero con función persecutoria del delito.

Ambos aspectos caracterizan al Ministerio Fiscal a través de la historia. Afirma MOLINARI que todavía los estudiosos no están en condiciones de indicar con certeza ni la fecha, ni el modo, ni la causa del surgimiento de la institución de la acusación pública. Pero, no cabe duda, que es con la legislación francesa que se plasma la institución como hoy la conocemos.

La ideología de la división de poderes de la revolucionaria legislación francesa dio consistencia a un Ministerio Público ya existente.

Este modelo, basado en la defensa de los intereses económicos del Estado, en velar por la legalidad jurisdiccional y en la persecución del castigo de los delincuentes como principales funciones, fue recepcionado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de aquélla época. De allí que se pueda afirmar que el origen del Ministerio Público o Fiscal, se encuentra en Francia como institución organizada a partir de su legislación revolucionaria.

2. Recepción de la institución del Ministerio Fiscal en el Perú

El proceso de transculturización que supuso el descubrimiento de América, trajo consigo la aplicación inmediata y automática del Derecho de Castilla y León.

Por "vía de accesión"³⁴ las tierras conocidas como "Indias" formaban parte de Castilla, y toda ley promulgada en ésta se entendía vigente en el "nuevo mundo". De hecho, fue el modelo a seguir para la elaboración de las leyes de Indias³⁵. El tiempo y las peculiaridades del nuevo continente, hicieron necesaria la constitución de una legislación indiana.

(**p. 392**) GARCIA-GALLO³⁶ afirma que "ya en los primeros años del siglo XVI la realidad mostró que por su lejanía de la Península y por las especiales condiciones económicas y sociales del Nuevo Mundo, las normas del Derecho castellano eran insuficientes o

³³ MOLINARI, *loe. cit.*, reitera que la sujeción del Ministerio Público al poder Central y la contemporánea organización jerárquica, son una creación de las leyes napoleónicas; NOBILI, M., "Accusa e burocrazia", *cit.*, pág. 101.

³⁴ Véase TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual*, *cit.*, pág. 330; en especial lo referente al Derecho Indiano, págs. 325-345.

³⁵ *Ibidem*, págs. 329-340; véase también ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, *Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias* (3a. ed.), México, 1980.

³⁶ GARCIA-GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español* (10a. reimpr.), Madrid, 1984, I, pág. 103.

inadecuadas en muchos casos". Esta legislación indiana se caracterizaba por ser casuística, particular y descentralizada³⁷ y de relativo cumplimiento³⁸.

En el ámbito de la Justicia, que se administraba en nombre del Rey, además de órganos como el Consejo Supremo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla, se establecieron las denominadas "Audiencias Reales", que eran los tribunales encargados de resolver los asuntos civiles y criminales. El 20 de noviembre de 1542 se crea la Audiencia y Chancillería Real de Lima, en el Perú³⁹ y aparece, conjuntamente con los Oidores y los Alcaldes del Crimen, dos Fiscales, uno de lo civil y otro de lo criminal⁴⁰.

MAC LEAN ESTENOS⁴¹ afirma que los Fiscales de la Audiencia de Lima no eran funcionarios independientes, pues en algunos casos, ejercían jurisdicción, a falta de oidores, y para dirimir las discordias. Cuando se trataba de asuntos que no interesaban al fisco, tenían el derecho de intervenir en la votación, desempeñando las funciones de "conjuceces".

(p. 393) En esta época el Fiscal se constituía en una "autoridad judicial"⁴². El Fiscal era nombrado por el Virrey, y su duración en el cargo no era determinado. Entre sus funciones específicas, pueden citarse las siguientes: atendían las causas del Rey ante los Virreyes; defendían los pleitos de la Hacienda Real; defendían la jurisdicción y la Hacienda Real, y el patronazgo; perseguían el castigo de los pecados públicos; asumían la defensa de los indios; eran sus protectores, alegaban por ellos y defendían en cuestiones de fisco, entre otras⁴³; destacándose que la Audiencia debía de dictar sentencia con asistencia obligatoria del Fiscal, bajo nulidad.

DE MIGUEL⁴⁴, destaca la figura del Fiscal en su papel de "amparo", como "Protector nato de Indios"⁴⁵. Ciertamente, puede resaltarse alguna actividad proteccionista del Ministerio Fiscal en aquella época, respecto de los indígenas, pero no se destacaban, precisamente, por ello; la historia no pone de relieve dicha función "protectora".

Esta legislación indiana estuvo vigente en todo el período del régimen colonial. La independencia que logran los países de América respecto de España, trae consigo, el rechazo de las Leyes de Indias y su desaparición. En 1821 desaparece la Audiencia de Lima y se crea la Cámara de Apelaciones en Trujillo, conformada por un Presidente, dos Vocales

³⁷ TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual*, cit., págs. 337-338.

³⁸ En tal sentido expresa TOMAS Y VALIENTE, F., *ob. cit.*, pág. 339, que se hizo uso. en muchas ocasiones, de el principio castellano de "obedézcase, pero no se cumpla", para negarse a la aplicación de las disposiciones emanadas por la Corona y el Consejo de Indias.

³⁹ Véase *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias*, Madrid, Consejo de la Hispanidad, 1943, I, pág. 325.

⁴⁰ La Audiencia Real de Lima estaba conformada por el Virrey, el Gobernador y Capitán General y Lugarteniente; ocho Oidores, cuatro Alcaldes y dos Fiscales; véase *cita anterior*, también GARCIA-GALLO, A., *Cedulario Indiano*, recopilado por DIEGO DE ENCINAS, Libro Segundo, pág. 261 y ss. Puede revisarse también las "Notas" de Juan MANZANO MANZANO a las *Leyes de Indias* de MANUEL JOSÉ DE AYALA, Madrid, 1935.

⁴¹ MAC LEAN ESTENOS, Percy. *El proceso penal en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1946, pág. 262.

⁴² HURTADO POZO, J., *El Ministerio Público*, cit., pág. 30.

⁴³ *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, cit., t. I, Libro II, Tít. XVIII "De los Fiscales de las Audiencias y Chancillerías Reales de las Indias", pág. 406 y ss. Ver también ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N, y LEVENE, R., *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 97.

⁴⁴ DE MIGUEL, Adolfo, "El Ministerio Fiscal. Magistratura de Amparo", en *Revista de Derecho Procesal*, 1954, pág. 550.

⁴⁵ DE MIGUEL (*ob. cit.* pág. 550) pone de relieve la carta del licenciado Pinedo dirigida al Rey en 1583: "Todo el amparo y socorro de los indios son las Audiencias y son constantes las Cédulas y cartas de los Reyes que acreditan el especial cometido y efectiva actividad del Fiscal en la materia". Afirma el citado autor, que el Fiscal en su función protectora de indios llegó a ganar algunos pleitos.

y un Fiscal, que luego trasladada a Lima será denominada Corte Suprema, por la Constitución de 1823⁴⁶.

Sin embargo, se mantuvo la influencia española, en tanto en cuanto se seguían aplicando las leyes que regían el derecho común español (*Las Partidas*, el *Fuero* (p. 394) *Real*, las *Leyes de Toro*). ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES⁴⁷, lo encuentra paradójico, pues para dicho autor, la razón de ser en que "el Derecho común es por naturaleza más estable y permanente y formada para la Metrópoli que era Estado Soberano, podía sin merma de esta condición subsistir en los nuevos Estados, que pasaban por aquella categoría, y estaban formados por idénticas tradiciones civilizadoras" y, las leyes de Indias constituían "vínculo y signo de dependencia colonial".

En el Perú en 1821 se crea la Alta Cámara de Justicia compuesta por ocho Vocales y dos Fiscales. En la Constitución de 1823 (art. 98) se establece la Suprema Corte de Justicia integrada por un Presidente, ocho Vocales y dos Fiscales, siendo el Primer Fiscal de la Corte Suprema don José María Gadeano, quien anteriormente representó al Cabildo en la Conferencia de Punchauca, además fue Alcalde de Lima en 1821 y representante al Primer Congreso Constituyente de 1822⁴⁸.

La presencia del Ministerio Fiscal se hace ya permanente en y en algunos casos nombrados del Perú, siempre al lado de los Jueces, 1828, 1836, 1860), en otros por el Ejecutivo (Constitución de 1834, Congreso de Huancayo de 1839, Constitución de 1839).

En la Constitución de 1856 se crea el Fiscal de la Nación, los Fiscales Departamentales y Agentes Fiscales, y al igual que los Vocales serían nombrados por el Congreso a propuesta del Ejecutivo. El Fiscal de la Nación debía ser propuesto y elegido en la tercera legislatura del período constitucional del Presidente de la República, y no ejercía su cargo sino en el período inmediato. No podía ser Fiscal de la Nación ningún empleado del Poder Ejecutivo o del Judicial. Como atribuciones se señalaban la de vigilar que todo funcionario público cumpliera con la Constitución y las leyes así como dar parte al Congreso de las infracciones en la que aquellos incurrieran; la de compeler a los Fiscales de los Tribunales para que interpusieran las demandas, acusaciones y denuncias; la de vigilar que las elecciones populares se verificaran con plena libertad y en los términos legales⁴⁹. Sin embargo, la Constitución de 1860 elimina la figura del Fiscal de la Nación.

(p. 395) En 1866, por Resolución Gubernativa de 20 de febrero, se organizó el Ministerio Fiscal como órgano independiente del Poder Judicial. El Poder Ejecutivo nombra al Fiscal General que se constituía en el nexo entre la Corte Suprema y el Ministerio de Justicia.

Cuando en febrero de 1825⁵⁰ se instala la Corte Suprema de la República, y se nombra al Fiscal⁵¹ y, aunque sus contornos no son bien definidos, forma parte de los Tribunales de justicia. La regulación legal de la institución era deficiente, pues en los considerando como un organismo. Es en la Convención de 1855 donde se aprueba la Ley sobre la organización del Ministerio Fiscal. Los reglamentos y leyes posteriores variaron las funciones del Ministerio Público, pero mantuvieron su status de organismo de la administración de justicia y de defensor del Estado en juicio.

⁴⁶ Sobre estos aspectos históricos, véase MAC LEAN ESTENOS, P., *El proceso penal*, cit., pág. 258 y ss.

⁴⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, N., *Nuevas reflexiones*, cit., págs. 146-147.

⁴⁸ GARCÍA CALDERÓN, Manuel, "Algunos hechos y reflexiones sobre la historia de la Corte Suprema de Justicia de la República", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 37, N° 3, Lima (UNMSM), 1973, págs. 339-420: véase también PAZ SOLDÁN Y URETA, M., *Historia del Perú Independiente. Primer Período*, Lima, 1971.

⁴⁹ GARCÍA CALDERÓN, M., "Algunos hechos...", cit., pág. 372.

⁵⁰ Véase BASADRE, Jorge *Historia de la República del Perú* (6a. ed.), Lima, 1968.

⁵¹ HURTADO POZO, J., *El Ministerio Público*, cit., pág. 30; GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 1976, pág. 58.

En la Constitución de 1867 se estableció el cargo de Fiscal General Administrativo, nombrado por el Gobierno, como defensor de los intereses fiscales.

Con la Constitución de 1920 el nombramiento de los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema correspondía al Congreso que los designaba entre los candidatos propuestos por el Gobierno; y los Fiscales de inferior rango eran nombrados por el Ejecutivo. Mediante Ley N° 7589 de 1932, se creó el cargo de Fiscal en lo Administrativo, con iguales derechos y obligaciones que los Fiscales de la Corte Suprema, con funciones especiales de control en la primera y segunda instancia, y de representación del Estado en juicio.

La Constitución de 1933 mantiene el mismo sistema de nombramiento, definiéndose la integración del Ministerio Público al Poder Judicial, como aparece del Código de Procedimientos Penales de 1940 y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962. En 1969, por Decreto Ley N° 18060 se suprimen las cuatro Fiscalías Supremas por mandato del Gobierno de turno y como medida atendida a "agilizar el trámite procesal". Hecho que se corrige posteriormente resaltándose la majestad institucional del Ministerio Público.

Con la Constitución de 1979, el Ministerio Público adquiere un nuevo *status* dentro del esquema organizativo del Estado, como órgano autónomo de los poderes estatales, pero vinculado al Judicial en la función común de Administrar Justicia desde una vertiente de magistratura requirente.