

LA INCONVENIENCIA DEL ARRESTO CIUDADANO

Dr. Gino Ríos Patio

I.- INTRODUCCIÓN

El artículo 260 del nuevo Código Procesal Penal establece que en los casos previstos en el artículo 259, **toda persona** podrá proceder al arresto de otra que se encuentre en estado de flagrancia delictiva. En tal caso, **debe entregar inmediatamente** al arrestado y las cosas que constituyen el cuerpo del delito a la dependencia policial más cercana o al policía que se halle por las inmediaciones.

El artículo 259 aludido dispone que la policía detendrá sin mandato judicial a quien sorprenda en flagrancia delictiva. Añade que existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y el autor es descubierto (flagrancia estricta) o cuando es perseguido y capturado **inmediatamente después de haber realizado el acto punible** (cuasi flagrancia) o cuando es sorprendido con **objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo** (flagrancia presunta).

La facultad que otorga a toda persona el dispositivo legal citado, ya se encuentra vigente en los lugares donde el nuevo Código Procesal Penal está en vigor. Dentro de muy poco tiempo, a partir del 1 de julio de 2009, lo estará en Lima y ello ha originado una polémica, que es conveniente contribuir a esclarecer analítica y objetivamente, desprovistos de apasionamientos coyunturales.

Arrestar significa detener, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Privar de libertad por un tiempo breve. Se dice del acto de una autoridad de aprehender a alguien. Naturalmente, esta acción implica el uso de la fuerza, que es la capacidad para aplicar el poder físico o moral. Es decir, se trata de un acto violento o de una acción realizada contra el natural modo de proceder. Lo cual nos lleva a ser sumamente cuidadosos al examinar la posibilidad de establecer esta facultad para las personas particulares.

El Estado es una creación humana y es un instrumento al servicio del hombre, que tiene entre sus fines dar seguridad integral a los ciudadanos. Para ello cuenta con órganos públicos que expresan su voluntad en los distintos ámbitos del quehacer nacional y con órganos públicos que son depositarios de la totalidad del poder estatal, los cuales emplean legítimamente la fuerza pública. Con el arresto ciudadano se aplicará la fuerza particular.

Por tal razón, a través del mecanismo de la culpa *in eligendo*, el Estado responde solidariamente con su agente por una eventual responsabilidad civil generadora de daños y

perjuicios en agravio de las personas contra las que se ha empleado indebida, excesiva o desproporcionalmente la fuerza pública. La responsabilidad penal es de carácter personal y entre las causales de justificación de un ilícito penal se encuentran el cumplimiento de un deber o el actuar por disposición de la ley, circunstancias que en el caso que nos ocupa no se verificarían por cuanto el artículo 260 establece, por un lado, una facultad y no un deber a cumplir; y por otro lado, dicho dispositivo legal no prescribe compulsivamente ni dispone que una persona detenga a otra en flagrancia delictiva.

Entonces, liminarmente ya tenemos un problema, relacionado con una eventual responsabilidad objetiva por daños y perjuicios derivados del ejercicio de la facultad otorgada. En otras palabras, el Estado le está diciendo al ciudadano, podrías detener (si así lo deseas) pero quedas sujeto a responder por los daños y perjuicios que tu acción (que sólo puede ser ejercida con violencia particular) pueda causar, además que tú mismo puedes sufrir algún daño personal en el intento, que el Estado no te resarcirá.

El riesgo anotado esteriliza el supuesto fundamento de la facultad conferida por el dispositivo legal en cuestión, consistente en la promoción y fomento de la solidaridad social en casos delictivos, toda vez que el riesgo de tener que responder económicamente por ayudar a otro, tendrá un costo muy oneroso para el eventual beneficio social al que se aspira.

No olvidemos que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, precepto de filosofía jusnaturalista inscrito en el pórtico de la constitucionalidad nacional, que caracteriza a un Estado Social y Democrático de Derecho en el que se consagra la libertad personal.

La dignidad humana como derecho fundamental es indispensable, porque sin ella la persona humana pierde esencia y naturaleza, pues es la base de su libertad e igualdad insitas. Así, son importantes para la conservación de la paz y el bienestar sociales.

Precisamente, desde que la finalidad del Estado es el logro del bien común, situación ideal en la que la persona humana puede alcanzar la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, así como lograr su pleno desarrollo como tal; la promoción, el respeto y vigencia de los derechos humanos constituye el sustento político de toda comunidad política organizada en función de la primacía de la persona humana, esto es, de un Estado Social y Democrático de Derecho.

De esta manera, el Estado de Derecho no sólo actúa con sujeción al Derecho, sino que además limita su ámbito al establecimiento de un orden jurídico destinado a asegurar las condiciones exteriores para la vigencia de la libertad, la igualdad y la participación en la formación de la ley.

Hay, pues, un necesario complemento entre ambos principios: no basta que una ley mande, prohíba o faculte, para que sea obedecida. Es necesario que aquello que manda, prohíbe o faculta, sea justo. Por eso lo irrazonable es necesariamente inconstitucional, por arbitrario y, por tanto, es inconveniente.

Como la Constitución regula la vida nacional, **el funcionamiento de los órganos estatales debe seguir también la pauta de razonabilidad exigida a la ley**, la que debe estar conforme a una valoración axiológica de justicia, esto es, que tenga razón suficiente.

II.- EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

La dignidad del hombre está situada en la cúspide del orden objetivo de valores consagrado por la Constitución a partir de su artículo 1, el cual conforma un sistema pleno y coherente, dado que cada derecho fundamental procede de tal dignidad y ninguna lesión dejaría de estar prohibida. Una aproximación a este punto nos lleva a que los derechos humanos son intrínsecos a la persona humana. El racionalismo hizo ver al hombre la necesidad de reconocer su dignidad por el hecho de ser tal, de gozar de atributos de especie que no los tienen otras especies animales en el planeta. La razón, la conciencia, inteligencia, la voluntad, etcétera, conforman el ser trascendente del hombre y constituyen un privilegio de él, pues le son congénitos.

Por tal motivo, es exigible que el Estado, esa creación artificial concebida y diseñada por el hombre para el logro del bien común en la comunidad política, reconozca tales derechos como anteriores y superiores, dado que como organización jurídico-política está al servicio de la persona humana.

El poder público, entonces, debe afirmar la dignidad humana y no debe ser empleado para rebajarla u ofenderla. El Estado debe permitir que el hombre viva cada vez mejor en sociedad, en condiciones compatibles con los atributos que son consustanciales a su naturaleza. Lo que nace con el hombre, lo que es connatural a él, no le puede ser arrebatado por la sociedad, el Estado y sus órganos de gobierno.

De ahí que los derechos naturales no dependen de la nacionalidad de la persona humana ni son una concesión política. Por eso son universales, lo ratifica el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Sin embargo, el ejercicio del poder político, por la naturaleza misma del poder, ha hecho que en la historia universal hayan más manifestaciones de ignorancia y violación de los derechos humanos que de protección de los mismos.

Pero, el reconocimiento, entendido como apoyo y protección, de los derechos fundamentales del hombre por parte del Estado, proceso histórico fáctico que se ha gestado en el terreno de los hechos y que ha cobrado muchas vidas, ha permitido que el tema de los derechos humanos ingrese de lleno en el constitucionalismo y luego se internacionalice.

Precisamente, el Estado de Derecho es una consecuencia de los derechos humanos en la Constitución, por lo que el ejercicio del poder debe generar leyes válidas y legítimas, en la

medida que deben respetar, proteger, garantizar y satisfacer los derechos naturales de la persona. Esa es la obligación natural del gobierno.

Jamás, el ejercicio del poder debe menoscabar arbitrariamente, es decir, de manera contraria a la razón y a la justicia, el efectivo goce de los derechos humanos. No debe traspasar los límites señalados por tales derechos, sencillamente porque la creación jurídico-política del hombre está al servicio de éste.

Con Salvador Vergés Ramírez (Derechos Humanos:Fundamentación. Editorial Tecnos, 1997, Madrid, p.16) diremos que los derechos humanos constituyen una exigencia de la propia condición natural de la persona humana y que, por tal razón, reclama y exige su reconocimiento, respeto, tutela y promoción.

Son todo aquello que le es debido a la persona humana en todos sus niveles, por ser su realidad incuestionable que le pertenece por ser. En consecuencia, el concepto de los derechos humanos está íntimamente vinculado a la calidad única e irrepetible de la persona humana, a la que se le debe reconocer que tiene la facultad para expandirse y realizarse plenamente.

Hasta aquí queda claro que el concepto de los derechos humanos, sea o no de origen naturalista, pudiendo ser racionalista, historicista o positivista, trasciende la motivación puramente intelectual y se afinca en la preocupación por la necesidad de protegerlos. Esto es lo verdaderamente útil.

La dignidad se expresa en la autodeterminación conciente y responsable de la propia vida. El reconocimiento constitucional de la dignidad humana, debe garantizar las posibilidades de desarrollo de cada identidad personal, de modo tal que **no debe cederse a la instrumentalización por ser un imperativo categórico. El ser humano jamás debe ser objeto, sino destinatario de una regulación estatal**

En este orden de ideas, los derechos fundamentales tienen por función garantizar las condiciones en las que cada persona desarrolla su dignidad o su capacidad para ella, con lo cual hay una referencia obligada e inmediata a situaciones problemáticas concretas. Entonces, la preservación de la dignidad no es abstracta, sino de las condiciones en las que cabe concebir que las personas asuman de manera efectiva la legitimidad del orden jurídico y del ejercicio del poder estatal.

Así, la aceptación de un orden estatal por los ciudadanos presupone, entre otras, la condición de la seguridad en la vida individual y social, como liberación de la angustia por la preservación de la propia existencia, que nadie puede garantizarse por sí mismo; la cual debe ser desarrollada con las disposiciones constitucionales en las que se concreta dicho orden estatal y seguridad personal.

En consecuencia, la eficacia jurídica de la dignidad de la persona, como cláusula principal en un Estado democrático, social y de Derecho, trasciende el reconocimiento de la personalidad jurídica del hombre, para afincarse en el respeto, protección y promoción de sus derechos fundamentales.

III.- LA LIBERTAD PERSONAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El ser humano tiene, por naturaleza, un conjunto de derechos esenciales, de los cuales, según la filosofía racionalista y la lógica de Kant y Hegel, la libertad precede a los demás en importancia.

Consideramos que semejante enunciado tiene su base en que la libertad es la facultad constante que tiene el hombre para ejercer sus actividades, morales y físicas, en servicio de sus propias necesidades, con el fin de alcanzar su destino.

Las Partidas conceptualizaban la libertad como “la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos, salvo que se lo impida la fuerza o el Derecho” (Diccionario de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Tomo II. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1972, pp.550-551).

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la define en el artículo 4^a como la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro.

La libertad es innata y esencial en el ser humano. Su contenido axiológico es pleno. Es el bien máspreciado del hombre, por lo que, al mismo tiempo, es un valor y un derecho fundamental.

Salvador Vergès Ramírez (“Derechos Humanos: Fundamentación” Editorial Tecnos. Madrid, 1997, 200pp.) anota que a la base natural de los derechos humanos, que es innegable, debemos agregarle la base filosófica hegeliana, fundada en la libertad ínsita del ser humano derivada de su razón, conciencia y voluntad. Añadiremos por nuestra parte que la vida misma es el permanente ejercicio de la libertad personal.

Para Hegel, citado por Vergés en “El derecho de la libertad en Hegel” (Estudios de Deusto, 36. 1988, pp.51-64) la libertad es el otro fundamento de los derechos humanos porque es la autodeterminación natural del espíritu, a la luz de la conciencia y la voluntad.

Considerando que para Hegel el mundo social se basa en la libertad, ya que es la condición de posibilidad de todo el dinamismo de los derechos humanos, entonces la libertad es la sustancia y el fin del derecho (Vergès Ramírez, op.cit.).

Al mismo tiempo, como el Estado es el productor del Derecho y ha sido creado como organización política de la sociedad de hombres, debe servir a la libertad personal a través de las normas que establece.

Así, la libertad forma un complejo sistémico que merece protección del Estado a través del Derecho. La libertad personal se desagrega en una gama de libertades, tales como, la de expresión, religión, tránsito, etc.

Entendemos por libertad corporal, la libertad física de la persona humana, de no estar confinado contra su voluntad y por acción arbitraria e ilegal de terceros. Es una faceta de la libertad personal.

IV.- RESTRICCIONES A LA LIBERTAD

Indudablemente, en un Estado los derechos humanos no son ilimitados (no se puede autorizar *-permitir-* cualquier conducta), pero tampoco los límites son absolutos (no se les puede restringir más allá de su delimitación constitucional).

Los límites surgen de la necesidad de proteger o conservar otros derechos fundamentales, pero deben hacerse de acuerdo a pautas razonables que no tengan por efecto desnaturalizar el derecho que se debe limitar.

De lo anterior se desprende que los derechos humanos constituyen, por su naturaleza, límites y prohibiciones para el legislador. La fuerza prescriptiva de los derechos fundamentales es tal que impide al legislador constitucional u ordinario debatir al respecto.

Consideramos con Germán Bidart Campos (Lecciones Elementales de Política. EDIAR. 11ava. Edición. Buenos Aires, 2002, pp.408 y ss.) que el derecho natural constituye una cláusula pétrea de contenido invariable aún para el poder constituyente u originario.

Siguiendo a Luis Prieto Sanchís (La Limitación de los Derechos Fundamentales p. 46 y ss.), no es que sean ilimitados sino que se encuentran delimitados al derivar del derecho natural y consagrados por la Constitución, por lo que dentro de tal delimitación ya no cabe posibilidad alguna de efectuar restricciones.

De cualquier manera, no es posible entonces que el legislador invente límites a los derechos esenciales, ni aún cuando el texto constitucional pueda ser impreciso al remitir a una ulterior delimitación legal, porque en tal supuesto se tendrá que recurrir y tomar en consideración no sólo lo prescrito por los preceptos constitucionales referidos al derecho en cuestión, sino también integrar al caso los demás enunciados vía interpretación sistemática.

Si ello no bastara, entonces se tendrá que recurrir a criterios externos al texto constitucional, es decir, a los principios generales del derecho y al derecho natural. En consecuencia, una intención limitadora de un derecho humano, nos obliga a delimitar con exactitud y con carácter previo a la labor de limitación del derecho, el contorno preciso de cada derecho fundamental, a fin de poder determinar si al limitarlo se le está desnaturalizando y violando.

Por ello, doctrinariamente, las condiciones de la limitación son: la cláusula del contenido esencial y la exigencia de mayor justificación. “En la interpretación de la cláusula de contenido esencial, se identifica éste con la existencia de un núcleo resistente, que debe ser preservado en todo caso, aún cuando concurriesen razones externas justificadoras de su restricción o limitación” (Prieto Sanchís. Op. Cit).

Hay, pues, un reforzamiento de la resistencia del derecho fundamental frente a la actuación del Estado. Se podrá regular por ley, pero se deberá respetar su contenido esencial, pues al tener el derecho humano naturaleza supra constitucional, la ley no puede llegar a lesionarlo, menos aún en su esencia.

En otras palabras, aún cuando no se exprese, en virtud del principio de constitucionalidad o de jerarquía normativa, el derecho fundamental es resistente al legislador.

“La segunda condición limitante es la exigencia de mayor justificación, esto es, ponderar la necesidad y los beneficios de una regulación legal con los sacrificios que comporta para el derecho fundamental. En otras palabras, establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto” (Prieto Sanchís. Op. Cit).

Si toda ley goza de una presunción de constitucionalidad, que lleva a acreditar la inconstitucionalidad cuando se invoca; en materia de derechos humanos la ley limitadora tiene una presunción de inconstitucionalidad, que obliga al legislador, inversamente, a demostrar la conformidad de aquella con los derechos naturales. O sea, es sospechosa de inconstitucionalidad y necesita justificarse amplia y sólidamente.

Pero, ¿cuándo está justificada una ley limitadora de derechos humanos? Lo está en términos de razonabilidad para la protección de otro derecho o bien, así como para la consecución de un fin legítimo.

En términos de razonabilidad, la exigencia de ponderación es fundamental. Se debe ponderar entre dos principios, valores, derechos o bienes en conflicto, esto es, el que resulta afectado por la ley y el que sirve de justificación a la misma. La regla es que debe haber una relación directamente proporcional que se puede resumir en que, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Lo anterior demuestra que la norma limitadora de un derecho fundamental es necesariamente restrictiva, mientras que éste es expansivo, por lo que debe interpretarse siempre a aquella mediante la cláusula pro libertatis, a favor de la libertad personal, lo que dice del carácter ficticio del conflicto entre el interés particular y el interés público, que usualmente se piensa que se debe resolver a favor de este último, cuando es exactamente lo contrario, pues bajo ese criterio, se llegaría a la extinción de los intereses privados y con ello de la persona humana, fin supremo de la sociedad y del Estado.

Ambas condiciones para la limitación de los derechos fundamentales, persiguen que el fin de la limitación del derecho no sea contrario a la Constitución, como ésta no puede ser contraria a los derechos humanos.

Recordemos que la denominada visión copernicana de los derechos humanos así lo exige. En efecto, antes los derechos humanos sólo valían en el marco de la ley. Esta era una perspectiva positivista. Hoy en día, es la ley la que vale únicamente si está conforme con los derechos humanos. Esta es una visión centralista de los derechos fundamentales que demanda la dignidad, libertad e igualdad humanas.

El test de calidad para la razonabilidad y ponderación de una norma limitadora, pasa por exigir a la norma la acreditación concurrente de los siguientes aspectos: Que el fundamento de la intervención en el derecho sea un fin constitucionalmente legítimo; que la medida restrictiva sea idónea y consistente con el fin que sirve de fundamento a la intervención del derecho; que la necesidad de la intervención se demuestre con la inexistencia de una medida limitadora menos restrictiva; y que se acredite la existencia de un equilibrio entre los beneficios que derivan de la medida limitadora y los daños que producen en el ejercicio del derecho esencial.

Las condiciones para la procedencia de una medida limitadora de un derecho fundamental, acaban con la discrecionalidad política del legislador y ponen en evidencia que junto a la validez formal de una ley, es exigible la validez material, sustantiva respecto a su contenido.

De lo hasta aquí expuesto, se desprende que la libertad natural del hombre debe mantenerse como libertad jurídica en la comunidad política. En el marco de la filosofía política liberal, consagrada por la Declaración de Derechos de 1789, cuyo artículo 4 hemos glosado precedentemente, lo único que puede limitar racionalmente la libertad del hombre es el daño a terceros, no el poder político, de modo que el sacrificio del derecho limitado debe ser justificado conforme a las condiciones arriba explicadas.

Esto quiere decir que la libertad es un derecho general, no la excepción, en este enunciado se aprecia el principio de autonomía de la persona, basado en la dignidad humana, que limita la discrecionalidad de poder político.

V.- EL ARTICULO 260 DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

En el caso materia del presente trabajo, la intervención justificada de la libertad personal se encuentra establecida racionalmente en la Constitución Política. Es, desde la perspectiva jus filosófica, que venimos tratando, una excepción limitadora del derecho general a la libertad en su vertiente física, corporal, de locomoción.

Como tal, debe ser verificada su validez formal y material, dentro de un esquema de ponderación con fines de interpretación restrictiva de la limitación, dado su carácter excepcional.

Los pre supuestos fácticos de la norma limitadora son absolutamente graves: el mandato escrito y motivado de un juez competente y la flagrancia delictiva.

No cabe duda que se trata de eventos en los que se aprecia la necesidad y justificación racionales y justas de restringir el principio general de libertad, con el añadido que en el caso del mandato judicial se exige que provenga de juez competente y se encuentre debidamente motivado, lo cual implica aplicar criterios de racionalidad y proporcionalidad, no bastando la facultad de que goza la autoridad jurisdiccional.

Es, pues, enorme el peso valorativo que nuestra Constitución consagra para la libertad física. Cualquier autoridad no puede detener a una persona, sólo un juez. Más aún, cualquier juez no puede hacerlo tampoco, tiene que ser competente. Aún más, el juez competente no puede hacerlo arbitrariamente, tiene que fundamentar su decisión exponiendo los motivos que lo llevan a dictar el mandato de detención. Fuera de estos supuestos no es posible restringir la libertad corporal de un ciudadano. Entonces ¿cómo se puede facultar a un particular para que pueda detener a una persona?

De acuerdo al artículo 2 inciso 24 literal f) de la Carta Política, **las únicas detenciones válidas de un ciudadano por la policía son** las que se practican en cumplimiento de una **orden judicial motivada y en caso de flagrante delito**, siempre que, en ambos casos, se cumpla con ponerlo a disposición del Juzgado dentro de las veinticuatro horas.

En el primer caso, el ciudadano tiene derecho de ser informado de las razones de su detención, a conocer la orden judicial, como parte del derecho de defensa inmerso en el debido proceso.

Una detención que no se encuadre en este marco es, simplemente, arbitraria, aunque lo autorice una ley, ya que no sería razonable ni justa, en la medida que la exigencia de justificación de la limitación no es suficiente para enervar el mayor valor del derecho general de libertad.

Se garantiza así la libertad corporal ante cualquier restricción arbitraria, en conformidad con lo preceptuado por el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¿La seguridad ciudadana justifica la restricción del derecho a la libertad corporal?.

Si bien la seguridad ciudadana es un fin constitucionalmente legítimo, sin embargo, la medida restrictiva no es idónea ni consistente, ya que existen otros medios operativos para garantizarla, sin afectar la libertad de locomoción.

No se llega, entonces, a acreditar un equilibrio entre los beneficios que derivan de la medida limitadora (en realidad se genera más perjuicio a la ciudadanía, pues la tasa de criminalidad que afecta a la seguridad ciudadana no disminuye y no se materializa ningún beneficio) y los daños que producen en el ejercicio del derecho a la libertad corporal.

Pero, además, la interpretación de una norma constitucional debe hacerse sistemática, unitaria y teleológicamente, conforme a los valores y principios que consagra el modelo de Estado que se adopta en la Constitución, pues ningún precepto constitucional, ni siquiera los que reconocen derechos fundamentales, pueden ser interpretados por sí mismos, como si estuvieran aislados del resto.

En el caso peruano, se trata de un Estado social y democrático de Derecho que se funda en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, consagrando la libertad e igualdad de las personas, en virtud de lo cual no se debe afectar indebidamente, arbitrariamente, la libertad física de las personas.

Así, se logrará materializar la función objetiva de los derechos humanos, al permitir una convivencia en armonía y paz sociales, como aspira la Nación peruana con el sistema material de valores contenido en nuestro ordenamiento constitucional.

Por tal razón, no es suficiente que la ley mande, faculte o prohíba algo, es necesario que aquello que manda, faculta o prohíbe, sea justo, razonable, porque la validez material de la ley, su constitucionalidad, requiere de un contenido de justicia, que se descubre mediante el juicio de razonabilidad, que es contrario a la arbitrariedad, de donde se deduce que lo arbitrario es inconstitucional.

En el caso del artículo 260 del nuevo Código Procesal Penal, materia de comentario, se faculta a cualquier persona particular para que pueda detener a otra, contrariamente a los principios constitucionales, lo cual hace irrazonable la disposición introducida por afectar la libertad personal en su vertiente física.

En efecto, en tales circunstancias la persona humana se encontraría en un estado de indefensión que vulneraría el derecho de acceso a la justicia, de tutela jurisdiccional y de defensa, lo que no puede darse porque los valores materiales positivizados por la Constitución Política no son mera retórica ni simples principios programáticos, sino que constituyen principios jerárquicos superiores y el soporte fundamental del ordenamiento jurídico y político, pues supone, como anota Francisco Fernández Segado la consagración de la persona y su dignidad como el principio rector supremo (“La dogmática de los derechos humanos”. Ediciones Jurídicas, Lima 1994, pp. 48).

La flagrancia no desvanece la presunción de inocencia, pues el hecho está sujeto a las valoraciones del intérprete. La doctrina ha establecido tres requisitos concurrentes para determinar la flagrancia: la percepción sensorial; la inmediatez temporal; y la inmediatez personal. Si se dan los tres estamos frente a la flagrancia estricta. Después de cometido el delito estamos frente a la cuasi flagrancia; y si encontramos al sospechoso con el cuerpo del delito o con huellas, estamos frente a la flagrancia presunta. En realidad, estaríamos frente a la presunción de sospecha y culpabilidad, que están proscritos por nuestro ordenamiento jurídico.

Reflexionemos más sobre el arresto ciudadano. ¿Qué puede justificarlo? ¿La seguridad ciudadana? ¿No es ésta una obligación y un fin del Estado? ¿Si el ciudadano la tuviera a su cargo no se estaría retornando a la ley del más fuerte o la ley de la selva? ¿No se está pretendiendo que el particular reemplace al Estado en su función garantizadora del orden, en su deber de otorgar seguridad y tranquilidad a las personas?

¿Qué más podría justificar el arresto ciudadano? ¿Una acusación directa? ¿Con pruebas obtenidas por medio de la violencia? ¿Frutos del árbol prohibido? ¿Tendrían algún valor probatorio? Por el contrario, dificultarían la investigación del delito. ¿Se podría detener ante cualquier delito? ¿Quién calificaría si se trata de un delito doloso o culposo? ¿Si es delito o falta? ¿Y la participación en el delito quién la determinaría? ¿Se detendría al cómplice? ¿Cómo sabría el ciudadano proceder en estos casos sin una preparación o formación especializada? ¿Lo podría justificar la solidaridad? ¿Qué pasaría con los errores que se producirían en el arresto por la mala identificación de la persona arrestada o del

hecho mismo? ¿Quién los indemnizaría? ¿Y los daños físicos, morales o materiales producidos en el arresto?

En opinión del suscrito, esta facultad introducida en el nuevo Código Procesal Penal rompe con un esquema de libertades que innova el nuevo sistema acusatorio garantista y pretende que el ciudadano asuma un rol subsidiario del Estado en materia tan sensible como es la seguridad interna, que constituye un rol exclusivo de la forma de organización jurídico política que hemos adoptado. Es a todas luces inconstitucional y socialmente inconveniente.

VI.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Este modelo de organización política, consagrado por el Perú en el Capítulo I del Título II de la Constitución, señaladamente en los artículos 43, 44, 45, 46 y 51, supera al Estado de Derecho.

El Estado de Derecho se caracteriza por el principio de legalidad, esto es, la primacía de la ley sobre los actos del Estado, efectivizada por los tribunales de justicia, en cambio el Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por el principio de constitucionalidad o primacía de la Constitución sobre la ley, efectivizado por el Tribunal Constitucional, independiente de la jurisdicción ordinaria.

La noción de un Estado que trate de hacer la felicidad de sus súbditos efectuando impertinentes intervenciones en la vida privada, ha sido superada históricamente y se trata de un anacronismo de la época del absolutismo ilustrado.

En tal sentido, el Estado de policía y el Estado Administrativo no respetan la dignidad y libertad humana. Recordemos que, en estas formas de organización política, no toda ley es Derecho, sino únicamente aquella que derive de los principios naturales de la razón, como son la libertad de cada miembro de la sociedad como hombre y su autonomía como ciudadano.

Se puede apreciar, pues, la consideración que la ley se legitima por su dependencia de valores trascendentes aceptados y contenidos en la Constitución, elevándola así desde el nivel programático al nivel vinculante.

Así, cuando en el artículo 1, la Carta Política declara que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; y en el artículo 44 señala que son deberes primordiales del Estado, entre otros, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, está propugnando a éstos como valores superiores del ordenamiento jurídico, asumiendo al mismo tiempo la misión de cautelar que el ordenamiento jurídico tienda hacia esos valores, los alcance y realice.

Dentro de ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico no se legitima per se, por proceder del Estado, sino por realizar los fines que la norma fundamental enuncia como valores,

quedando así definida la relación que debe existir entre ordenamiento y valores, lo que a juicio de Fernández Segado (Op.Cit. pp.45) afirma la dimensión axiológica del Derecho.

Por tal razón, deben presidir, dichos valores, la labor de interpretación jurídica, esto es, la constitucionalización del Estado.

Establecida así la naturaleza axiológica del sistema jurídico, veamos cómo el respeto a la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a ella, fundamentan el orden político.

El hombre (realidad esencial y trascendente), como demuestra la reflexión, goza de una personalidad capaz de organizar su vida de un modo responsable, por tanto, su dignidad exige que el Estado (realidad accidental) garantice ampliamente el desarrollo de su personalidad. De esta manera, todos los derechos positivizados por nuestra Constitución, posibilitan el desarrollo integral del ser humano que viene exigido por su dignidad.

Hay, pues, un enorme valor político declaratorio en la Carta Constitucional que expresa la voluntad integradora de la sociedad alrededor de un sistema cultural de valores concreto; y que más allá de simples derechos de libertad individual se revisten de un carácter institucional, funcional, como fundamento último del propio Estado.

De lo expuesto precedentemente descende que los derechos fundamentales son, a decir de Hans Peter Schneider (“Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en Revista de Estudios Políticos 7, enero-febrero 1979, pág. 23), simultáneamente con su carácter de expresión de la dignidad humana, la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, ya que no pueden ser pensados sin que se transforme o peligre la forma de Estado, por lo que cumplen funciones estructurales para los principios conformadores de la Constitución. He aquí su doble naturaleza.

Por estas consideraciones, la naturaleza de los derechos humanos, elementos esenciales del ordenamiento político y jurídico de la comunidad, hacen necesaria su interpretación en la forma más favorable a la maximalización de su contenido y efectividad, así como en conformidad con los Tratados sobre Derechos Humanos, lo que representa la internacionalización de los mismos, con la finalidad de establecer un orden público común cuyos destinatarios son los seres humanos, de ahí su relevancia, que culminará cuando los tratados internacionales de derechos humanos lleguen a alcanzar en todos los países la categoría de *jus cogens*.

VII.- CONCLUSION

La tarea del Derecho es sintetizar la imagen del hombre, teniendo como referencia la dignidad humana. La tarea del Derecho no es atender a aspectos parciales del hombre. Nuestra Constitución reconoce el respeto a la dignidad humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado, no obstante lo cual el orden legal derivado mengua la dignidad, la lesiona con normas como la que nos ocupa o como la que permite la detención policial por

mera sospecha ante la circunstancia de no portar el documento de identidad. El hecho de que la dignidad no opere como derecho fundamental, determina que tampoco en los derechos fundamentales particulares se busque sistemáticamente su contenido de dignidad.

Hay, pues, una dignidad quebrada, lo cual es indignante. En su reivindicación consiste la verdadera lucha por el Derecho, no la lucha por los derechos limitados y limitables consagrados por la ley o la Constitución, sujetos a un régimen jurídico que los constriñe, sino la lucha por una regla de comportamiento colectivo fundada en el reconocimiento recíproco de la dignidad de cada uno.

En conclusión, la norma bajo estudio es, en nuestro juicio, inconstitucional, por exceder los límites señalados por la Constitución para afectar la libertad corporal. Su fundamento relativo a la seguridad ciudadana por vía de solidaridad es, asimismo, irrazonable, pues el costo social es grave en términos de libertad y eventuales daños personales para todas las personas que podrían participar en la coyuntura de un arresto ciudadano y mayor al supuesto beneficio que se lograría; por lo que debería dejarse sin efecto por inconveniente socialmente.
