

DETENCIÓN POR PARTICULARES EN FLAGRANCIA: EL PROBLEMA DEL HECHO QUE LA JUSTIFICA Y LA LEGÍTIMA DEFENSA DEL DETENIDO.

RED-HANDED ARREST BY PRIVATE INDIVIDUALS: THE PROBLEM OF THE FACT THAT JUSTIFIES IT AND THE LEGITIMATE DEFENSE OF THE DETAINEE.

Sem Sandoval Reyes^{1*}

Resumen: Con motivo de los “linchamientos” de los detenidos en Latinoamérica, este trabajo se concentra en la detención que pueden realizar los particulares en el contexto de un delito flagrante. El artículo permite conocer sus características fundamentales y tener una referencia sobre algunas regulaciones en Latinoamérica y Europa. A partir de ese momento se alcanza la parte central del texto. Se trata de un importante debate en la doctrina procesal y penal alemana sobre (a) el problema del hecho que justifica una detención por particulares y (b) el problema de la legítima defensa del detenido cuando ha sido detenido por error. Finalmente, expongo mi opinión sobre los aspectos positivos y negativos del debate alemán.

1 Artículo recibido para su evaluación el 7 de diciembre de 2021, y aprobado para su publicación el 5 de mayo de 2022.

* Profesor de Derecho procesal, Universidad de Antofagasta (Chile). LL.M. y doctorando de la Universidad de Göttingen, Alemania. Correos electrónicos: sem.sandoval@uantof.cl y sem.sandoval@gmail.com Una especial nota de agradecimiento para mi amigo y colega Daniel Mendoza Yana, por su amistad y fraternal apoyo durante la redacción de este trabajo. La misma se extiende a mis amigas y amigos del Seminario de Derecho penal de Valparaíso. A Rodolfo González Espinosa agradezco por su colaboración con el *abstract* y a Gonzalo Chiang Cáceres, por su ayuda en la corrección formal del manuscrito. La responsabilidad por este trabajo corresponde exclusivamente al autor.

Palabras clave: detención por particulares – linchamientos – detenciones ciudadanas – detención errónea – legítima defensa del detenido

Abstract: On the occasion of the “lynching” of detainees in Latin America, this paper focuses on the red handed arrest that can be made by private individuals. The article allows to know its fundamental characteristics and to have a reference on some regulations in Latin America and Europe. From this point on, the central part of the text is reached. It deals with an important debate in the German procedural and criminal doctrine on (a) the problem of the fact that justifies an arrest by private individuals and (b) the problem of the legitimate defense of the detainees when they have been arrested by mistake. Finally, I express my opinion on the strengths and weaknesses of the German debate.

Key Words: arrest by private individuals - lynchings - private arrests - wrongful arrest - self-defense of the detainee.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de los llamados “linchamientos” o en otros países, “detenciones ciudadanas”², constituye una realidad especialmente extendida en países de Latinoamérica. A pesar de su evidente brutalidad, basta observar los respectivos comentarios que reciben este tipo de registros en las redes

2 El fenómeno del que trato aquí no se restringe solo al homicidio del detenido, como algunas definiciones sobre el linchamiento sostienen. Desde mi personal observación, puede resumirse como sigue, sin perjuicio de poder experimentar variaciones en cada caso concreto: El sindicado como autor o partícipe de un supuesto hecho punible en el espacio público, es detenido por uno o más particulares, con lo cual se conforma normalmente un grupo indeterminado de personas, quienes retienen al detenido por sí mismos, o alternativamente, lo sujetan a través de amarras u otros elementos a postes, árboles, rejas u otro lugar fijo, incluso envolviendo el cuerpo del detenido con bandas de plástico, para acto seguido, someterlo a una serie de brutales golpes que se prolongan hasta el momento en que la policía puede hacerse cargo de la detención. Dicho tiempo puede llegar a ser considerable. En ese lapso, el detenido incluso puede ser desnudado, fuera que siempre resulta humillado públicamente. Lo característico, sin embargo, son las inclementes palizas, los insultos y el registro audiovisual del espectáculo, el cual se difunde posteriormente en plataformas de internet. Estas observaciones son coincidentes y compartidas con las que los autores exponen en los trabajos que tratan el

sociales para advertir que, lamentablemente, son muchos quienes por distintas razones manifiestan su odio y/o aprobación frente a la detención por particulares y la inclemente paliza que éstos propinan al sujeto imputado por un hecho punible en la vía pública.³ En este trabajo se comenzará a estudiar parte de este problema, el cual, por su extensión y complejidad, requerirá de varias entregas futuras. El enfoque será jurídico. Con ello se busca contribuir no solo al debate procesal penal, sino también, sumarse a los eventuales estudios interdisciplinarios que puedan abordar esta temática.

Señaladas las bases que rodean a este trabajo, resulta indispensable precisar que, en relación con la detención por particulares, se tratará de responder dos preguntas precisas: a) ¿cuáles son las condiciones que debe reunir el hecho que se le imputa a un sujeto para permitir que un particular realice la detención? y b) si el detenido que se defiende puede actuar en legítima

problema de los linchamientos que se citan en la nota al pie Nr. 2, cuya lectura se recomienda; fuera que pueden ser apreciadas independientemente por el lector escribiendo “linchamientos” o “detenciones ciudadanas” en el buscador de www.youtube.com

3 Algunas publicaciones sobre esta materia: COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS/INSTITUTO DE INVESTIGACIONES SOCIALES: *Informe especial sobre los linchamientos en el territorio nacional*, México, 2019. pp. 13- 31 y 131-152 (véanse los conceptos de pp. 23-25); RODRÍGUEZ GUILLÉN, Raúl: “Crisis de autoridad y violencia social: los linchamientos en México”. En: *Polis* vol. 8, Nr. 2, México, 2012. pp. 43 ss.; FUENTES DÍAZ, Antonio: “El Estado y la furia”. En: *El Cotidiano*, México, Nr. 131, 2005. pp. 7 ss. En p. 8 se contiene una definición de linchamiento de frecuente cita, la que por tal razón transcribo: “(...) una acción colectiva, punitiva, que puede ser anónima, espontánea u organizada, con diferentes niveles de ritualización, que persigue la violencia física sobre individuos que presumiblemente han infringido una norma, sea esta formal o virtual (es decir, instituida por la colectividad) y que se encuentran en una considerable inferioridad numérica. Estos actos homogenizan las infracciones al castigo físico o a la muerte del infractor”; VILAS, Carlos M.: “Linchamiento: venganza, castigo e injusticia en escenarios de inseguridad”. En: *El Cotidiano*, México, 2005. pp. 20 ss. (con referencia a varias situaciones latinoamericanas y luego a México; en p. 21 existe una definición); CASTILLO CLAUDETT, Eduardo: “La justicia en tiempos de la ira: Linchamientos populares urbanos en América Latina”. En: *Ecuador Debate*, Nr. 51, Quito, Ecuador, 2000. pp. 207 ss. (véase el concepto de p. 210); En Chile véase también el trabajo de LETELIER GARCÍA, Martín: *La detención ciudadana*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2020. pp. 48-80, donde se relaciona precisamente el problema de la detención por cualquier persona y los linchamientos, proponiéndose explicaciones sobre el fenómeno; y QUIROZ ROJAS, Loreto: “Linchamientos en Chile”. En: *Revista de Sociología*. pp. 71 ss. (con referencia a la información de medios de comunicación escritos).

defensa cuando ha sido erróneamente aprehendido por otro particular. Ambas cuestiones serán respondidas a partir del debate procesal y penal alemán, el cual, cuenta con interesantes e importantes desarrollos al respecto.

Considerando la importante influencia de la dogmática penal alemana en la literatura europeo continental⁴, resulta importante conocer la discusión y examinar críticamente sus luces y sombras antes de pensar en cualquier tipo de recepción, sea ésta total o parcial. En esta dirección, es importante recordar que la posibilidad de detención por los propios particulares constituye una figura jurídica que se encuentra presente en numerosas regulaciones procesales penales.⁵ Cuando se habla de ella en el marco del Derecho procesal penal, suele estar asociada a las calificaciones técnicas de *medida coercitiva o medida cautelar personal*⁶. En el ámbito del Derecho penal material, por su parte, ella se somete a análisis a propósito de las *causas de justificación*⁷. Con dichos elementos en mente, este artículo concreto tratará, en primer

4 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeit gemäß?” En: *Goldsammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 2004, pp. 679-690; SCHÜ-NEMANN, BERND: “Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda”. En: *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, Nr. 10, 2016. pp. 654 ss.

5 Véase el trabajo comparado de DE HOYOS SANCHO, Montserrat: “Análisis comparado de la situación de flagrancia”. En: *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, volumen XII, 2001. pp. 137-147. Consúltase también el trabajo de LETELIER GARCÍA, Martín: cit., pp. 39-47.

6 Así, por ejemplo: DE HOYOS SANCHO, cit. (*Análisis*), pp. 137-147; ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*. 11ª Edición, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018. p. 219 ss.; En Chile: MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos: “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nr. 1, 2002. pp. 9-54; MATURANA MIQUEL, Cristián/MONTERO LÓPEZ, Raúl: *Derecho procesal penal*. Tomo 1, AbeledoPerrot/Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012. pp. 475 ss.; LÓPEZ MASLE, Julián: “Las medidas cautelares en el proceso penal”. En: Horvitz Lennon, María Inés/López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002. pp. 341 ss.

7 Así, por ejemplo, puede verse en: JESCHECK; Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. 5ª Edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1996. pp. 397 ss.; ROXIN, Claus/GRECO, Luís: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5ª Ed., tomo 1, C.H. Beck, München, 2020. p. 911 ss.; KINDHÄUSER, Urs/ZIMMERMANN, Till: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 9ª Edición, Nomos, Baden-Baden, 2020. p. 189 ss.; la relevancia procesal y penal de la detención por particulares es precisamente tratada en el siguiente artículo, en el cual nos apoyamos en varios pasajes de esta investigación, cuya lectura en detalle se recomienda:

lugar, de trazar algunas líneas fundamentales referidas a la detención por particulares en flagrancia (II). En segundo lugar, se tocará el problema del hecho que justifica la detención por particulares y la situación de la legítima defensa del detenido en caso de error del aprehensor en el debate alemán (III). Finalmente, se expondrán algunas luces y sombras de dicho debate desde una perspectiva personal y se expondrán las principales conclusiones (IV).

II. LA DETENCIÓN POR PARTICULARES

1. Una figura jurídica extendida en los códigos procesales penales.

Como correctamente se ha hecho presente en el medio local⁸, son numerosos los países que permiten que los particulares puedan detener a otro en el contexto de un delito flagrante. Se encuentra presente, aunque con distintos matices, en la mayoría de las regulaciones procesales penales de Latinoamérica, y también, en los ordenamientos jurídicos europeos de mayor influencia para la región iberoamericana. Con la sola finalidad de contextualizar algunos aspectos fundamentales para la investigación, se realizará una explicación que, cuando resulte necesario para obtener una mayor claridad en las nociones, hará referencias a la situación legal de Chile, Perú, México, España y/o Alemania.

Partiendo de la base de dichas legislaciones, un primer punto que necesita ser esclarecido, es el de la nomenclatura. En el caso chileno y mexicano, el tipo de detención del que se habla en este trabajo es tratado bajo el epígrafe de la “*detención en caso de flagrancia*” (Arts. 129 CPPCh y 147 CNPP⁹); en el caso peruano, se habla de “*arresto ciudadano*” (Art. 260

BÜLTE, Jens: “§ 127 Abs. 1 Satz 1 StPO als Eingriffsbefugnis für den Bürger und als Rechtfertigungsgrund”. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Nr. 121, 2009, p. 385.

8 Véase DE HOYOS SANCHO, *Análisis*, ob. cit. pp. 137-147, con referencia a Chile, España, Alemania, Italia, Portugal y Francia.

9 Código Nacional de Procedimientos Penales.

NCPP¹⁰); en el caso español, existe una regulación que se encuentra prevista dentro del acápite de la *detención* (Art. 490 LECrim¹¹), y en el caso alemán, constituye un supuesto de *detención provisional* (Art. 127 StPO¹²).

2. Aspectos fundamentales.

Existen algunos rasgos que son comunes a todas las regulaciones sobre esta figura, los cuales, con mayor o menor énfasis, pueden reconocerse y deducirse tanto de la ley como de las explicaciones de la doctrina. Su reconstrucción dogmática resulta importante por versar sobre el objeto de esta investigación.¹³

a) **Por regla general, la detención la realizan los órganos de persecución penal pública, pero en este caso, la ejecutan los particulares.**

Este tipo de detención supone una ruptura del monopolio que tienen los órganos estatales cuando se trata de *ejecutar o realizar* medidas de persecución penal pública. Para lograr realizarla, se autoriza una detención que, en el contexto de la flagrancia, no solo puede ser ejecutada por la víctima, sino que por todos los particulares. Según mi modo de ver, la lectura que debe darse a la intervención de los particulares en este contexto, no es el de una excepción al monopolio estatal de la persecución pública, sino que una excepción a la regla general de cómo se *desarrolla o ejecuta* normalmente una detención¹⁴.

10 Nuevo Código Procesal Penal.

11 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

12 *Strafprozessordnung* (= Ordenanza Procesal Penal Alemana). La expresión alemana para este tema es "*vorläufige Festnahme*".

13 En el caso chileno, se recomienda ver también el esfuerzo dogmático que ha realizado LETELIER GARCÍA, Martín, ob cit., pp. 12-32. Un punto interesante que surge de la lectura del autor y que sería relevante debatir en el contexto nacional, es si este tipo de detención, de *lege lata* en Chile, efectivamente podría ser calificada de subsidiaria a la detención que corresponde a los órganos oficiales de persecución penal.

14 Véase la interesante reflexión que realiza Bülte, sobre si la detención en estos casos trata de un derecho originario de los particulares o de una facultad concedida por el Estado, inclinándose por la segunda opción mencionada a partir de razones históricas, con lo cual los

La regla general, supone que, dados los supuestos legales, como la dictación de una orden de detención por un juez, son los órganos de persecución penal los que pueden detener a otro sujeto. En este caso, es la ley la que permite que esta medida de persecución penal estatal sea llevada a cabo por los propios particulares. No es que se permita que ellos ejerzan o defiendan un derecho privado propio, sino que, por el contrario, -y como explican los autores-, aquí se está frente a una actuación de los particulares “*pro magistratu*”.¹⁵ Estos elementos me llevan a apreciar una medida que en su núcleo es pura y concentradamente estatal, lo que está en coherencia con una finalidad de persecución penal de la medida, la cual es reconocida por la mayoría de la doctrina.¹⁶ Ello, no obstante la impresión que genera que ella pueda ser ejecutada materialmente por particulares. Todo aquello culmina con una cláusula de cierre penal, la cual prevé el establecimiento de una causa de justificación para los particulares que se ajusten a las reglas en la realización de la detención.¹⁷

particulares también se encuentran vinculados por el respeto de los Derechos fundamentales durante la detención, al igual que lo están los órganos estatales de persecución penal (BÜLTE, cit., p.385).

15 Este tipo de actuaciones, para Roxin, se tratarían de “(...) *supuestos en que un particular puede actuar en lugar de la autoridad que en principio sería competente, pero que no puede ser localizada a tiempo o no está en condiciones de intervenir (...)*”. El fragmento se ha extraído literal de la traducción ROXIN, Claus: *Derecho penal, parte general*. Trad. Luzón Peña, Diego-Manuel; Díaz y García Conlledo, Miguel y De Vicente Remesal, Javier, Civitas, Madrid, 1997, p. 746; el cual se mantiene sin variaciones en la última edición en alemán de su manual (ROXIN/GRECO, ob. cit., p. 911). La nomenclatura también es utilizada por GROPP, Walter: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3ª Edición, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2005, p. 235 y entre otros, JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., pp. 397 ss. También es relevante la definición que se lee en DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel: *Las causas de justificación*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 84: “(...) *los casos en que los particulares obran pro magistratu, es decir; aquellos en que la ley, sin conferirles el respectivo cargo público, les concede autoridad para realizar actos propios de él, como cuando los códigos de procedimiento penal facultan a los particulares para detener a otras personas, facultad inherente por sí a cargos judiciales o policiales (...)*”.

16 Entre otros pueden verse: ROXIN/GRECO, cit., p. 912; STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6ª Edición, Verlag Franz Vahlen, München, 2011, p. 151; JESCHECK/WEIGEND, cit., p. 398; BÜLTE, ob. cit., p. 378.

17 En este punto me remito a la nota al pie Nr. 7.

b) Ausencia de un control judicial previo.

Por su propia naturaleza, la detención supone una afectación directa en la libertad personal del individuo detenido, así como también, de manera anexa y eventual, pueden perjudicarse otros derechos, por ejemplo, su integridad corporal e incluso su propiedad. Fuera de ello, por su ubicación sistemática dentro del procedimiento penal y sus propios presupuestos, se trata de una medida procesal penal *represiva*, es decir, que opera con posterioridad a la comisión de un hecho punible y se orienta a la persecución y eventual imposición de una sanción en contra del sujeto detenido.

Por lo anteriormente expuesto, la regla general respecto de este tipo de medidas, es que ellas solo pueden operar tras la solicitud de los órganos de persecución penal. La fiscalía tiene el deber de actuar con objetividad, y por ende, solo puede solicitar la detención después de realizar un control inicial respecto de la situación jurídico penal concreta y el cumplimiento de las condiciones que exige una orden de detención. Luego, debe ser un tribunal de Derecho el que tiene que realizar un control de los respectivos presupuestos de la detención, y tomar una decisión imparcial que, por regla general, se adopta sin escuchar al imputado, cuyo derecho de contradicción, normalmente, se posterga y prevé limitadamente *ex post*, en una fase procesal posterior. Para detener por flagrancia, sin embargo, no se necesita de una autorización judicial previa, con lo cual, dicha medida se sustrae de un control fáctico y jurídico.

En aquellos países que tratan a la detención dentro de las denominadas *medidas cautelares personales*, la doctrina, junto con afirmar que la *jurisdiccionalidad* constituye una característica fundamental en materia cautelar, no tiene más remedio que considerar que la posibilidad de una detención por particulares, y en general, la detención por flagrancia, constituiría una excepción a dicha

característica elemental.¹⁸ Ello no deja de resultar problemático cuando, yendo más allá de cada redacción legal nacional, se piensa que aquí parece querer asegurarse, no un procedimiento penal pendiente propiamente tal, sino que uno futuro o eventual, dependiendo de cuán acertado haya sido el tacto del particular cuando realizó la detención.

En el anterior sentido, por ejemplo, una gran procesalista española como Barona Vilar, alude aquí a una medida “precautelar” o “preprocesal”¹⁹. En mi opinión, sin embargo, resulta difícil y forzado calificar de *cautelar* o *precautelar* a una medida cuando no solo no hay una providencia cautelar de por medio, sino que tampoco resulta claramente *instrumental* a un proceso penal que se desarrollará de manera definitiva, lo que resulta incierto en ese momento. Esa objeción se vuelve más aguda cuando observo que, extendiendo la idea de la instrumentalidad, se trata de vincular a la detención con la dictación de una futura medida cautelar que, nuevamente, solo eventualmente podría dictarse, pues por lo menos desde los principios, los procedimientos penales en un Estado liberal deberían desarrollarse sin la imposición de medidas cautelares, y no tendrían por qué presuponerse. Ya no hablaríamos de una instrumentalidad “al cuadrado” como Calamandrei²⁰, sino que de una “al cubo”²¹. Ante tal desfiguración de los conceptos, la que, por cierto, se suma a las deformaciones que las figuras ya sufren cuando se trasladan desde el Derecho procesal civil al penal, pienso que es mejor no dar carta de ciudadanía cautelar a este tipo de medidas, más, cuando con ello se corre el riesgo de legitimar como jurídicamente procedentes otros

18 BARONA VILAR, Silvia: “Lección décimo primera, las medidas cautelares”. En: Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan; Barona Vilar, Silvia; Esparza Leibar, Iñaky; Etxeberria Guridi, José F.; *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, 27ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 276 y 280 s. También se refiere a la jurisdiccionalidad: ARMENTA, ob. cit. p. 220 ss. En Chile: MATURANA MIQUEL, Cristián/MONTERO LÓPEZ, ob. cit., p. 484 s.

19 BARONA VILAR, ob. cit., p. 282.

20 CALAMANDREI, Piero: *Introduzione allo studio sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, Cedam, Padova, 1936. p. 21 s.

21 En relación con este debate en Chile y en contra de mi posición: LETELIER GARCÍA, ob. cit., pp. 26-29 y MARÍN GONZÁLEZ, ob. cit. (las medidas cautelares personales), p. 25 s.

cuerpos extraños represivos del legislador. En cualquier caso, lo que tiene la preferencia en estos momentos, es tratar de racionalizar esta medida de injerencia en los derechos fundamentales que, con mayor potencialidad que otras, no es raro que terminen afectando a personas inocentes.

Fuera de ello, tampoco me es sencillo dejar de discrepar con una ley procesal penal que establece caminos por los cuales el detenido no solo queda sustraído de un control jurisdiccional (fáctico y jurídico) previo, sino que tampoco puede exigir de manera ordinaria uno posterior, quedando en una especie de limbo jurídico o paréntesis de puro facto. Un sujeto, por ejemplo, podría ser detenido por error por un particular, de modo que cuando es entregado a la policía, ella misma o la fiscalía ordenan su inmediata liberación, sin que el imputado tenga un camino legal ordinario y por defecto para exigir él mismo un control jurisdiccional de la ilegalidad de la detención de la cual ha sido objeto, para que en definitiva sea un juez quien tome las medidas que sean procedentes al respecto.

Por otra parte, y en relación con la idea de lo “precautelar”, el traslado de las medidas prejudiciales del proceso civil o de su *ratio* al procedimiento penal, me parece extremadamente peligroso para la seguridad y la vigencia de las libertades fundamentales, lo cual debería ameritar una gran discusión en la disciplina. Piénsese por lo pronto, que se producen serias contradicciones sistemáticas y valorativas entre los sistemas procesales civil y penal, y que ellas tampoco son fáciles de conciliar cuando se mira más allá de solo el Derecho procesal.

Si las medidas prejudiciales civiles, a pesar que suponen un control judicial (fáctico y jurídico) y la imposición de cargas procesales, como la rendición de una caución y plazos perentorios para presentar la respectiva demanda, son aceptadas a regañadientes en el proceso civil en atención a los perjuicios patrimoniales que pueden producirse a causa de su utilización

injusta²², con mayor razón resultan problemáticas respecto de un procedimiento penal que no solo puede tener repercusiones patrimoniales, sino que colisiona de lleno con la libertad personal y los restantes bienes jurídicos y derechos fundamentales del detenido. Por ello, la posibilidad de establecer medidas precautelares más invasivas para los derechos fundamentales que las medidas prejudiciales civiles, pero que a la vez estarían sujetas a menores resguardos y liberadas de las cargas procesales que se prevén para las citadas medidas del proceso civil, me parece que no es transitar por la dirección correcta.

En una explicación no menos criticable que la anterior, en las latitudes que engloban a la detención por particulares dentro de la noción de medidas coercitivas, se sostiene que si bien, por regla general, la dictación de estas medidas corresponde en la gran mayoría de los casos solo al juez, y en casos urgentes y con limitaciones, también a la fiscalía, existen hipótesis marginales como la detención por flagrancia, en que tanto la policía como los particulares pueden llegar a practicarlas sin una autorización del juez o de la fiscalía.²³ Naturalmente, las cosas no pueden llegar a asumirse de manera tan acrítica.

c) La detención propiamente tal.

En un plano objetivo²⁴ y considerando que los presupuestos de una detención por particulares se encuentran dados, ésta supondrá por definición, que la persona afectada resultará privada temporalmente de su libertad personal. Para obtener dicha finalidad, puede ser necesaria la aplicación de cierta fuerza

22 Me refiero en concreto a la situación chilena reflejada en los arts. 279 y 280 CPC; MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos: *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004. pp. 227 s., 293 ss.

23 Véase SANDOVAL REYES, SEM: “Las medidas coercitivas alemanas (en sentido restringido) como equivalentes a las diligencias de investigación en el procedimiento penal”. En: *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso Nr. 76, 2020. pp. 154 s.

24 Entre otros autores, estas explicaciones son tomadas de: KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, cit., p. 190; MURMANN, ob. cit., p. 324 s.; HEINRICH, ob. cit., p. 226 s.; OTTO, Harro: *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre*. 7ª Ed., De Gruyter Recht, Berlin, 2004. p. 139. Este punto puede complementarse con la nota Nr. 26.

en contra del cuerpo del detenido, sin perjuicio que también podría obtenerse por otros medios, como lo ilustra el ejemplo de la literatura, según el cual, al detenido se le sustraen las llaves de su vehículo.²⁵

Junto con ello, el afectado puede ser puesto a disposición de las autoridades estatales de persecución penal, o incluso, dependiendo de cada legislación, podría ser conducido hacia ellas o determinados recintos, por ejemplo, una estación de policía.²⁶ Si bien la explicación no puede extenderse aquí sobre este punto, anoto que existe acuerdo en que la observancia de la proporcionalidad resultaría clave para determinar qué tipo de actos, omisiones o medios resultarían aceptables respecto del particular que tiene el propósito de realizar una detención.²⁷ A pesar de lo dicho, siempre existen casos límites que hacen dudar sobre la eventual utilización de ciertos medios con el fin de detener a otro, por ejemplo, la posibilidad de utilizar armas o de realizar una carrera a toda velocidad en una autopista.²⁸

25 Entre otros pueden consultarse JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., p. 398; EISELE, Jörg/HEINRICH, Bernd: *Strafrecht allgemeiner Teil*. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2017, p. 131; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., p. 190.

26 Por ejemplo, art. 129 inc. 1° CPPCh (Chile); art. 260 inc. 2 NCPP (Perú); art. 147 inc. 1° CNPP (México); § 128 inc. 1 StPO.

27 BÖHM, Klaus Michael; WERNER, Eric: “§ 127 StPO”. En: Kudlich, Hans (Editor), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, tomo 1 (§§ 1-150 StPO), C.H. Beck, München, 2014, pp. 1817 s. (margen Nr. 16 s.); GÄRTNER, Kerstin: “§ 127 StPO”. En: Becker, Jörg-Peter/ Erb, Volker/ Esser, Robert; Graalman-Scheerer, Kirsten; Hilger, Hans; Ignor, Alexander, *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Tomo 4, parte 1 (§§112-136a), 27ª Edición, De Gruyter, Berlin, Boston, p. 602 s. (margen Nr. 46 s.); POSTHOFF, Karl-Heinz: “§ 127 StPO”. En: Gercke, Björn; Julius, Karl, Peter; Temming, Dieter; Zöller, Mark A. (Editores), *Heidelberger Kommentar, Strafprozessordnung*, 5ª Edición, C.F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2012, pp. 831 (margen Nr. 16). Me remito también a la literatura citada en la nota Nr. 23.

28 Entre otros pueden consultarse: OTTO, ob. cit., p. 139; EISELE/HEINRICH, ob. cit., p. 131; Bülte, cit., 406-410. En el plano de las legislaciones extranjeras, existen códigos como el Código Procesal Penal peruano, que en cualquier caso, prohíbe la utilización de ciertos medios: “(...) [e]n ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial (...)” (Art. 260 inc. 2 NCPP).

Desde un punto de vista subjetivo, autores alemanes plantean que el aprehensor no solo debe conocer las circunstancias que justificarían una situación de detención, sino que su voluntad debe ir orientada a la finalidad de conseguirla (*Festnahmewille*).²⁹

d) En términos concretos: ¿para qué se autoriza este tipo de detención?

En varios códigos que contemplan la figura, lamentablemente, no suele hacerse una referencia explícita y clara respecto de qué se persigue concretamente cuando se autoriza este modo de ejecución de la detención.³⁰ A pesar de ello, directa o indirectamente, puede leerse o deducirse que se trata de entregar al detenido a las autoridades de persecución penal por concurrir distintos peligros, entre los cuales, el más claro y aceptado, sería el peligro de fuga.³¹ La Ordenanza Procesal Penal alemana supone una excepción, porque alude a una sospecha de fuga o una situación en que la identidad del sospechoso no pueda ser establecida inmediatamente.³² A partir de aquello

29 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., p. 191; HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 6ª Edición, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019, p. 211; MURMANN, UWE: *Grundkurs Strafrecht*. 6ª Edición, C.H. Beck, München, 2021, p. 306; BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang/EISELE, Jörg: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 12ª Edición, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016, p. 469; OTTO, ob. cit., p. 139; EISELE/HEINRICH, ob. cit., p. 131. De seguirse esta lectura, la reconstrucción y fijación precisa de la concreta situación de hecho que derivó en la detención resultará fundamental a la hora de su calificación jurídica, pues así como puede estar en juego la configuración de una causa de justificación, también pueden ser pertinentes posibles excesos y francos hechos punibles, como entre otros, los delitos de coacciones, lesiones, daños, hurtos, y/o secuestro, según se encuentren regulados en cada legislación particular.

30 Por ejemplo, art. 129 inc. 1º CPPCh (Chile); art. 260 inc. 2 NCPP (Perú); art. 147 inc. 1º CNPP (México).

31 Así sucede, por ejemplo, cuando se lee la detención por particulares en clave de medidas cautelares. La procedencia de la detención, en tal caso, se asocia a la configuración de un *fumus delicti comissi* y un *periculum en mora* (o adaptado a las materias penales: *periculum libertatis*). Por todos véase MARÍN GONZÁLEZ, cit. (las medidas cautelares personales), p. 14 s.

32 Así el § 127 inc. 1, 1ª oración StPO. Una de las traducciones de este precepto es la que se encuentra en ROXIN, ob. cit. (*Derecho penal*), p. 746, la cual tomo prestada: “*Si se encuentra o se persigue a alguien en delito flagrante, y hay sospechas de que vaya a huir o no se puede comprobar inmediatamente su identidad, cualquiera está autorizado a detenerlo provisionalmente aun sin mandato judicial*”.

se concluye que la detención tendría sustento en el objetivo de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal o en un fin de identificación del sospechoso.

Luego, en la mayoría de los códigos se exige una entrega *inmediata* del detenido a las autoridades de persecución penal, lo cual resulta de vital importancia si se piensa en los “linchamientos” o “detenciones ciudadanas”.³³

e) La flagrancia como condición para la detención.

Las detenciones por particulares solo pueden tener lugar en los espacios temporales y las condiciones de flagrancia. Una característica común a los países latinoamericanos en los que me apoyo consiste en que optan por establecer en la ley una especie de catálogo que se refiere a supuestos de flagrancia. En el caso de los países europeos que tratamos, por el contrario, su determinación es más bien conceptual y queda sujeta al análisis de los casos concretos y la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia.

i) Los casos “tasados” de flagrancia.

Las construcciones legales latinoamericanas, en general, son consistentes entre sí respecto de los catálogos legales de flagrancia que establecen. En su núcleo, existe flagrancia cuando el agente es sorprendido en el momento en que se comete el hecho punible, o cuando acaba de cometerlo. También existe concordancia en reconocer como flagrante aquél caso en que el sospechoso huye del lugar de comisión del hecho.³⁴

33 El código chileno exige la entrega del detenido a la policía, el Ministerio Público (Fiscalía) o la autoridad judicial más próxima (art. 129 inc. 1° CPPCh); el código peruano alude a la entrega a la policía (Art. 260 inc. 2 NCPP). El código mexicano sostiene que el detenido debe entregarse a la “*autoridad más próxima*” (redactado en términos amplios), luego sostiene que dicha autoridad, a su vez, debe entregarlo finalmente “*al Ministerio Público*” (Art. 147 inc. 1° CNPP).

34 Art. 130 inc. 1° letras a) - c) CPPCh (Chile); art. 259 NCPP (Perú); art. 146 inc. 1°, fracciones I y II CNPP (México).

A partir de dicho punto, sin embargo, si bien existen similitudes en cuanto al concepto que está en el fondo, también comienzan a advertirse las particularidades en la regulación interna de cada país. En esencia, y poniendo el énfasis en circunstancias que vinculan a un determinado autor con un hecho punible, se considera que ha actuado en flagrancia aquél que es designado por otro como autor o partícipe; aquél que es sorprendido con objetos que provienen del delito, medios utilizados para cometerlo o con huellas relacionadas con el hecho punible cometido.³⁵ En los casos de Chile y Perú, también hay flagrancia respecto de aquél que aparece como autor o partícipe en un registro audiovisual.³⁶ Los plazos máximos de flagrancia se extienden a las doce horas (en el caso chileno) o veinticuatro horas (en caso peruano) contados desde el momento de la comisión del hecho.³⁷

ii) La flagrancia con una cláusula conceptual.

En el caso alemán se opta por una opción conceptual que parte de la expresión “hecho reciente” (*frische Tat*).³⁸ Si bien existen varios aspectos de detalle en conexión con el Derecho material, en síntesis, con ello se abre la puerta a la detención de aquél sospechoso que se encuentra en el lugar del hecho o en las cercanías inmediatas a aquél. De manera complementaria, también se permite la persecución del sospechoso que, si bien no se encuentra en las situaciones anteriores, está en una estrecha relación espacio temporal con un hecho punible recién cometido, para lo cual, con distintas denominaciones, se exigen antecedentes probatorios de peso.³⁹ También en el

35 Art. 130 inc. 1° letras d) y e) CPPCh (Chile); art. 259 Nr. 3 y 4 NCPP (Perú); art. 146 inc. 1°, fracción II letra b) CNPP (México).

36 Art. 130 inc. 1° letra f) CPPCh (Chile) y art. 259 Nr. 3 NCPP (Perú).

37 En general, no se resuelve qué sucede con aquellas situaciones donde la búsqueda del autor flagrante comienza dentro de los plazos legales, pero ella se extiende más allá.

Una excepción es México, donde hay flagrancia “(...) siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización [del sospechoso]” (Art. 146 inc. 2° CNPP). Se trata de otro punto que, como tantos otros en esta materia, debería ser objeto de discusión.

38 § 127 inc. 1, 1ª oración StPO. Véase la traducción realizada en la nota 31.

39 BÖHM/WERNER, ob. cit., p. 1816 s. (margen Nr. 12 s.); HERRMANN, David: “§ 127 StPO”.

En: *Satzger, Helmut; Schluckebier, Wilhelm (Editores), Satzger, Schluckebier, Widmaier, Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar*, 3ª Edición, Carl Heymanns

continente europeo, el legislador español permite la detención por cualquier persona del “*delincuente ‘in fraganti’*”⁴⁰, lo que también se encuentra en sintonía con la idea de una relación espacio-temporal inmediata entre un hecho punible que se comete y aquél que se considera como su supuesto hechor.⁴¹

III. EL DEBATE ALEMÁN RESPECTO DEL HECHO QUE PERMITE LA DETENCIÓN Y EL PROBLEMA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA DEL DETENIDO POR ERROR

1. El problema sobre el hecho que permite la detención.

a) Aproximación.

Por las consecuencias jurídicas que supone, este constituye uno de los aspectos más importantes de este tipo de detención. La pregunta sobre cuál es el hecho que permite detener a un imputado, normalmente, recibe respuestas que destacan en demasía el problema temporal y las condiciones de la detención por flagrancia. A ello se suma, que obvian o tratan solo marginalmente el problema del hecho concreto que podría justificarla. En este trabajo no se comparte esta posición. Por el contrario, se considera que la determinación del tipo de hecho que justifica la detención es igual o incluso más determinante que el tiempo y las condiciones inherentes a esta medida. Ambos caracteres son fundamentales cuando se trata de determinar si un particular podía haber detenido a otro sin incurrir él mismo en un delito y, eventualmente, verse afectado por la legítima defensa del detenido.

Verlag, 2018, Köln. pp. 793 ss. (márgen Nr. 20 s.); POSTHOFF, ob. cit., pp. 827 ss. (márgen Nr. 9); KRAUB, Matthias: “§ 127 StPO”. En: Graf, Jürgen (Editor), *Strafprozessordnung mit Nebengesetzen, Kommentar*, 4ª Edición, C.H. Beck, München, 2021. pp. 771 ss. (márgen Nr. 4 s.); JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., p. 398.

40 Art. 490 N° 2 LECrim.

41 NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho procesal III (Proceso penal)*. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo. p. 271; NIEVA FENOLL, Jordi: *Fundamentos de Derecho procesal penal*. Edisofer S. L./B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2012, p. 176; DE HOYOS SANCHO, Monserrat: *La detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1998. pp. 80-91.

b) Síntesis respecto de los principales planteamientos.

Alrededor del problema del hecho que puede justificar una detención a manos de particulares existen opiniones con diferentes matices, las cuales, a grandes rasgos, pueden agruparse en dos grandes perspectivas. Una de ellas agrupa las teorías que ponen el énfasis en el Derecho material. La otra, en cambio, destaca los aspectos de Derecho procesal que se encontrarían comprometidos.⁴² Si bien la discusión gira en torno al § 127 inc. 1º, 1ª oración StPO, que habla de “*hecho reciente*” (*frische Tat*), pienso que los argumentos pueden ser relevantes para la lectura de la figura jurídica de modo general, sin perjuicio que sea extensible a otros ordenamientos jurídicos.

i) Las teorías de derecho material.⁴³

Alrededor de esta lectura se agrupan un conjunto de posiciones doctrinales que solo justifican la detención cuando el hecho flagrante puede ser calificado como delito en sentido estricto, y según la versión más ortodoxa, no concurre ningún impedimento procesal que entorpezca la persecución penal.⁴⁴ Existen otras variantes que sostienen que este tipo de detención podría realizarse si el hecho cometido puede calificarse de antijurídico, sin que concurra una causa de justificación.⁴⁵ Otra opción, en cambio, se satisface con que el detenido, por un lado, haya realizado el tipo objetivo de un

42 Para mayor detalle se recomienda la lectura de BÜLTE, ob. cit., p. 386-394.

43 Las nomenclaturas de las diferentes teorías han sido tomadas de MURMANN, cit., p. 323 s.; RENGIER; Rudolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8ª Edición, C.H. Beck, München, 2016. p. 214; KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6ª Edición, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016, p. 214. Los últimos autores citados también llaman a la teoría de derecho material como la “doctrina de la prohibición de detención de ‘inocentes’” (*“Lehre vom Verbot der Festnahme ‘Unschuldiger’”*).

44 BÜLTE, ob. cit, p. 386. El mismo autor, en la p. 387, nota Nr. 48 da buenas pruebas de que se trata de la doctrina predominante.

45 KREY/ESSER, ob. cit., p. 276. En la citada página los autores tocan el problema de la detención que podrían realizar particulares respecto de inimputables. Sostienen que la norma que permite la detención por particulares en flagrancia tiene por finalidad servir a una persecución penal. Esto es especialmente importante respecto de los menores de edad que son inimputables ante la ley penal. Sostiene que como las consecuencias jurídicas frente a su hecho son extrapenales, no cabría este tipo de detención respecto de ellos. La misma reflexión se puede leer en MURMANN, ob. cit., p. 304.

delito, pero por otro lado, exige antecedentes que superen el estándar de la sospecha vehemente (*dringender Tatverdacht*) respecto del tipo subjetivo, la antijuridicidad y la culpabilidad.⁴⁶

El estándar de sospecha vehemente supone un baremo alto, puesto que exige un nivel de antecedentes probatorios equivalente al que se necesita para la imposición de la prisión preventiva en el sistema alemán, lo cual, no solo supera a aquello que se requiere para iniciar una investigación, sino que incluso la presentación de una acusación.⁴⁷

Si bien existen argumentos de Derecho interno que respaldan dicha posición⁴⁸, solo me enfocaré en aquellos que podrían ser extensibles a otros ordenamientos. Uno de los pilares de esta opinión sostiene que los particulares, a diferencia de la policía, y en el caso alemán, de los fiscales, no tienen ningún deber de realizar una detención, ni tampoco, de iniciar y/o desarrollar una persecución penal.⁴⁹ El principio de legalidad procesal, el cual impele a los funcionarios policiales y a los fiscales para desarrollar una

46 HEINRICH, ob. cit., p. 215; EISELE/HEINRICH, ob. cit., p. 130.

47 Entre otros, pueden ser consultados: VOLK, Klaus/ENGLÄNDER, Armin: *Grundkurs StPO*. 9ª Edición, C.H. Beck, München, 2018. p. 56; WERNER, Beulke/SWOBODA, Sabine: *Strafprozessrecht*. 14ª Edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2018. p. 153; MEINEN, Gero: “TV. Kapitel Untersuchungshaft”. En: Heghmanns, Michael/Scheffler; Uwe, *Handbuch zum Strafverfahren*, Verlag C.H. Beck, München, 2008. p. 335 s.; Bülte, cit., p. 393.

48 Consideraciones propias del Derecho interno, por su parte, son la alusión al tenor literal del § 127 inc. 1, 1ª oración StGB, el cual exige para la detención por particulares un hecho reciente (“*frische Tat*”). En contraste con ello, para la detención por la fiscalía y la policía, la norma no exige un hecho en sí, sino que basta la detención por “*sospecha vehemente*” (HEINRICH, cit., 214 s.). La consideración sistemática: sostienen que tiene que haber una relación lógica en la sistemática que establece el § 127 inc. 1, 1ª oración StPO, que permite la detención por flagrancia por cualquier persona, y el § 127 inc. 2 StPO, que permite la detención por flagrancia por la fiscalía y la policía. Para que la fiscalía y la policía puedan detener por flagrancia, la ley (remitiéndose a la norma de la prisión preventiva: § 112 inc. 1, 1ª oración StPO) exige expresamente una sospecha vehemente. No habría tenido ningún sentido señalar un umbral de sospecha vehemente expresamente, ni tampoco haber precisado que se trataba de una regla aplicable solo a la fiscalía y la policía, si en definitiva, no hubiera ninguna diferencia entre las posibilidades de detención de la policía y los particulares (KREY/ESSER, ob. cit., p. 275).

49 WESSELS, Johannes/BEULK. *Strafprozessrecht*. 5ª Edición, Nomos, Baden-Baden, 2019. p. 92.

persecución penal, no regiría para los particulares, y por regla general, ellos no arriesgarían ninguna responsabilidad en caso de abstenerse de realizar la detención.⁵⁰ Por la ausencia de dicho imperativo jurídico, se afirma que los particulares se encuentran en una posición jurídica superior que la que tienen los órganos de persecución penal, puesto que pueden ponderar mejor las circunstancias del caso concreto y tomar la decisión de detener o no a otro sujeto.⁵¹

En la misma lógica, se puede sostener que las exigencias para que los particulares puedan realizar una detención, no pueden ser inferiores a aquellas que se establecen para la policía y los órganos de persecución penal. De lo contrario, los propios órganos de persecución penal preferirían detener en calidad de particulares, o agregamos: podrían dejar que sean los particulares los que se encarguen de la detención, en lugar de someterse ellos mismos a las restricciones y formalidades que establece la ley procesal penal para llevar adelante este tipo de medidas.⁵²

ii) Las teorías de derecho procesal.

Este tipo de doctrinas se caracterizan por justificar la detención con base en una sospecha vehemente de haberse cometido un hecho punible.⁵³ Junto con ello se explicita la necesidad de partir de la base de circunstancias concretas que deben valorarse racionalmente, y suponen la adopción de medidas de cuidado respecto de la detención.⁵⁴ La diferencia con las teorías de Derecho material -y especialmente con la perspectiva más ortodoxa-, se encuentra en que la detención se justifica con base en la sospecha antes

50 La observación es de WESSELS/BEULKE/SATZGER, ob. cit., p. 210.

51 BÜLTE, ob. cit., p. 397 s.; RENGIER, ob. cit., p. 214; KREY/ESSER, ob. cit., p. 275.

52 Este argumento se construye a partir de algunos pasajes de BÜLTE, ob. cit., p. 393.

53 ROXIN/GRECO, ob. cit., p. 912; VOLK, ob. cit., p. 87; KÜHNE, Hans-Heiner: *Strafprozessrecht*. 9ª Edición, C.F. Müller, Heidelberg; 2015. p. 283; RENGIER, ob. cit., p. 214; WESSELS/BEULKE/SATZGER, ob. cit., p. 210; KREY/ESSER, ob. cit., p. 274.

54 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., p. 189; ROXIN/GRECO, ob. cit., p. 912.

citada, con independencia que el hecho en sí, aclaradas las circunstancias, nunca haya constituido realmente un delito en el sentido técnico del Derecho material, o no haya podido ser perseguido por la ausencia u óbice de un presupuesto procesal.⁵⁵ A favor de esta situación se argumenta con base en la finalidad de persecución penal pública que impregnaría la detención objeto de análisis.⁵⁶ Tal objetivo no cambiaría por el hecho que la detención termina siendo realizada por los propios particulares.

Junto con ello, también se plantea un argumento de tipo sistemático. La detención participaría de una característica general de las medidas que tienen lugar en la fase inicial del procedimiento penal, a saber, que ellas no obran con base en certezas o seguridades absolutas, sino que se apoyan en sospechas a partir de aquello que resulta reconocible en un tiempo determinado.⁵⁷ En este marco, son frecuentes las voces que defienden que, siendo la detención una tarea que sirve intereses públicos, resultaría injusto establecer cortapisas demasiado exigentes al aprehensor.⁵⁸

Como se recoge en ciertas obras, lo que correspondería en estos casos, sería pedir que el particular aprehensor observe el mayor deber de cuidado posible o, formulado de otra manera, reconocer que la detención se ha practicado conforme a Derecho cuando el particular no ha sido negligente en el proceso de reconocer las condiciones que permiten la detención.⁵⁹

55 Tanto en relación con la noción, como con las características de esta posición, pueden consultarse: MURMANN, ob. cit., p. 323; KREY/ESSER, ob. cit., p. 274; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., p. 189.

56 Me remito a los textos citados en la nota Nr. 15.

57 ROXIN/GRECO, ob. cit., p. 912, en este mismo punto también se agregan argumentos que miran a la práctica, como aquél que sostiene que no se podría esperar hasta obtener una sentencia condenatoria firme en contra el imputado para efectos de determinar la juridicidad la detención realizada por un particular.

58 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., p. 189

59 ROXIN/GRECO, ob. cit., p. 912; ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*. 29ª Edición, C.H. Beck, München, 2017. p. 258.

Los partidarios de esta doctrina también abrazan razones de tipo político criminal. Por su intermedio buscan dulcificar las consecuencias jurídicas que podrían corresponder al particular que realiza una detención. En específico, se trata de argumentos que, cuando no aluden derechamente a su fidelidad al Derecho, utilizan como estandarte el coraje civil (o coraje cívico), la solidaridad con el prójimo, el altruismo e incluso el deber moral de prestar ayuda en casos de emergencia.⁶⁰ Para esta posición no resultaría tolerable que aquél particular que realiza un “comportamiento adecuado” por ir orientado a obtener la aplicación de la ley, quede expuesto al riesgo de ser sancionado penalmente, fuera de sufrir la legítima defensa del detenido.⁶¹ En mi visión de las cosas, con mayores o menores circunloquios, esta opinión se encamina a establecer una especie de deber tolerancia de los detenidos.

2. El problema del aprehensor que versa en error y la legítima defensa.

a) Aprehensor, error y agresión antijurídica.

En estrecha relación con las condiciones que permitirían que un particular realice la detención, se plantea la problemática del error en que podrían incurrir los involucrados.⁶² En esta oportunidad tocaré únicamente la situación del aprehensor.⁶³ La polémica en este caso estriba en el hecho que, por medio de las acciones u omisiones inherentes a una detención, se realizan afectaciones

60 Así puede observarse en los siguientes pasajes: BÜLTE, ob. cit., p. 399; HEINRICH, ob. cit., p. 228; MURMANN, ob. cit., p. 324.

61 BÜLTE, ob. cit., p. 399.

62 MITSCH, Wolfgang: “Vorläufige Festnahme und Notwehr”. En: Juristische Arbeitsblätter (JA), 2016. pp. 162-167.

63 RENGIER, ob. cit., p. 214; HEINRICH, ob. cit., p. 215; BÜLTE, ob. cit., p. 394; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, ob. cit., p. 468; KREY/ESSER, ob. cit., p. 276.

a la libertad personal y, posiblemente, a otros bienes jurídicos del detenido, los cuales incluso son abarcados por tipos penales, como entre otros, podrían ser las coacciones, lesiones, daños, secuestro, e incluso, hurtos.⁶⁴

La situación del particular que yerra en los presupuestos fácticos de la causa de justificación tiene así una doble vertiente jurídico penal que es de interés para esta investigación: por un lado, la relativa a la responsabilidad penal individual del aprehensor; y por otro lado, su eventual consideración como agresión antijurídica en el marco de las condiciones que permiten que obre la legítima defensa.⁶⁵

La cuestión de la eventual responsabilidad penal del aprehensor remitirá, por regla general, al complejo problema sobre el tratamiento jurídico que debe recibir el error de tipo permisivo⁶⁶ o error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Como se sabe, las respuestas dentro de este capítulo son complejísticas y plantean diferentes alternativas, las cuales tienen diferentes implicancias dogmáticas.⁶⁷ Cuando se piensa en la posible configuración de una legítima defensa respecto del sujeto que ha sido erróneamente detenido, la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas (*rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie*) es una de las más importantes. Esta teoría, en cuanto variante de la teoría limitada

64 Según se ha defendido en lengua hispana, se trataría de un problema propio del ejercicio legítimo de un derecho: “(...) *se trata del derecho a ejercitar un acto que tendría el carácter de delito, si su ejecución no estuviera autorizada y reconocida como una potestad del que lo lleva a cabo*’ (...)”, así se recoge en DE RIVACOBAY RIVACOBAY, ob. cit., p. 79.

65 El problema de la detención por flagrancia y legítima defensa ha sido tratado específicamente en el siguiente artículo, el cual ha sido muy explicativo para la realización de esta contribución: MITSCH, ob. cit., pp. 161-167.

66 Traducción literal de *Erlaubnistatbestandsirrtum*.

67 Sobre este tema y las diferentes alternativas teóricas de tratamiento, véase el trabajo de MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”. En: *Revista Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nr. 3, 2003. pp. 147-163. La terminología que se utilizará en este punto del cuerpo principal se recoge en gran medida de este trabajo, en la parte que se hace alusión a la discusión alemana. De la literatura alemana, pueden consultarse: HEINRICH, ob. cit., pp. 516 ss.; MURMANN, ob. cit., pp. 261 ss.; GROPP, ob. cit., pp. 508 ss.

de la culpabilidad, no obstante sus críticas⁶⁸, permanece vigente y tiene aplicación en la jurisprudencia.⁶⁹ Ella sostiene que, no obstante el error en que puede haberse incurrido, de igual forma se apreciará la comisión de un hecho típico y antijurídico. Lo que excluye esta posición es la culpabilidad dolosa (*Vorsatzschuldvorwurf*).⁷⁰ A este tipo de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, se le aplica por analogía las consecuencias jurídicas previstas en el § 16 inciso 1º StGB (a propósito del error de tipo), con lo cual se excluye la punibilidad por los delitos dolosos y solo permanece la posibilidad de una sanción por hechos punibles culposos.⁷¹

Para la posible legítima defensa del detenido, el asunto reviste la máxima importancia, porque dentro de las condiciones que deben cumplirse para ejercerla se encuentra, precisamente, que el afectado sufra una agresión actual y antijurídica (§ 32 inc. 2 StGB).⁷²

b) ¿Se aplica la legítima defensa?

A diferencia del caso de una detención antijurídica realizada por un particular sin que medie ninguna clase de error, donde la procedencia de la legítima defensa directa del detenido resulta clara⁷³, no sucede exactamente lo mismo cuando un aprehensor particular realiza una detención errando en los presupuestos objetivos de la causa de justificación. El hecho mismo de que versa en error, y que su finalidad se orientaría a la persecución penal y en último término, a la aplicación del Derecho objetivo, sume a la doctrina

68 MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 154 s.

69 MURMANN, ob. cit., p. 264.

70 HEINRICH, ob. cit., pp. 484-487, véanse especialmente las dos últimas páginas citadas; MURMANN, p. 234 s.

71 GROPP, ob. cit., pp. 509-516 y especialmente p. 264; MURMANN, ob. cit., pp. 261-265, y especialmente p. 265; KREY/ESSER, ob. cit., p. 276; HEINRICH, ob. cit., pp. 480-488.

72 Respecto de la exigencia de una agresión antijurídica pueden consultarse entre otros: GROPP, ob. cit., pp. 201-203; HEINRICH, ob. cit., pp. 138-140; MURMANN, ob. cit., pp. 289-291. KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., 157s.

73 JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., p. 346; STRATENWERTH/KUHLEN, ob. cit., p. 135; MITSCH, ob. cit., p. 166.

en un dilema, pues, de no mediar cortapisas, la legítima defensa permitiría una respuesta en contra del agresor que, por regla general, no reconocería limitaciones.⁷⁴

En coherencia con el § 32 inc. 2 StGB que reconoce la legítima defensa en caso de agresiones antijurídicas, la explicación estándar en la materia refiere que dicha causa de justificación puede operar respecto del detenido, pero con limitaciones derivadas de consideraciones ético-sociales.⁷⁵ Naturalmente que, en un sector teórico sujeto a tanta discusión, ello no acontece libre de reparos de autores que, entre otras cosas, se resisten a reconocer una agresión antijurídica, o apuntan a excluir la legítima defensa en casos de error invencible en la causa de justificación.⁷⁶ Frente al error en los presupuestos objetivos de la causa de justificación, sin embargo, la enseñanza doctrinal estándar, ciñéndose a la ley, remite en general, a la posibilidad de una respuesta en legítima defensa limitada por la subsidiaridad.⁷⁷

74 HEINRICH, ob. cit., p. 137 s.; GROPP, ob. cit., p. 205.

75 Las “consideraciones ético-sociales”, por definición, serían capaces de excluir o limitar la acción defensiva del afectado por una agresión antijurídica (MURMANN, ob. cit., p. 293). Ellas entran en consideración a propósito de una condición de la legítima defensa denominada Gebotenheit, que ha sido traducida al español como “*cualidad requerida*” u otros términos semejantes. Ello, según hemos podido observar en traducciones directas del alemán como (ROXIN, ob. cit. (*Derecho penal*), pp. 635 ss; y LOOS, Fritz: “Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación”, traducción de Malarino, Ezequiel. En: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), Nr. 5/2019. p. 258.). Para más detalles puede consultarse el texto de: RÖNNAU, Thomas: “Grundwissen – Strafrecht: ‘Sozialethische’ Einschränkungen der Notwehr”. En: *Juristische Schulung* (JuS), 2012. pp. 404-407.

76 Puede verse MITSCH, ob. cit., p. 165. Sin embargo, admite la legítima defensa frente a un error vencible en la causa de justificación; GROPP, ob. cit., p. 202; SIMON, ERIC: “Einschränkung des Notwehrrechts bei unvermeidbar irrendem Angreifer – BSGE 84, 54”. En: *Juristische Schulung*, 2001. pp. 642. Así como también algunos pasajes explicativos en: RENGIER, ob. cit., p. 148; OTTO, ob. cit., p. 107 s.; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., pp. 158; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, ob. cit., p. 392 s.; FREUND, ob. cit., p. 99. De seguirse estas opciones, las respuestas frente a una detención errónea vendrían del lado de la justificante de estado de necesidad, tema que solo podría desarrollarse en otro trabajo.

77 Pueden consultarse los siguientes textos de enseñanza: MURMANN, ob. cit., p. 289 (recuerda que el error inevitable no constituye una facultad que permita intervenir dolosamente en los bienes jurídicos ajenos; fuera de ello, aunque se excluya el dolo del injusto, también puede cometerse una agresión antijurídica por negligencia); JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., pp. 341, 345 s. (no se exige que la actuación del agresor sea culpable); HEINRICH, ob. cit., p. 167 s. (explica los límites de la legítima defensa frente al agresor que incurre en

Entre los fundamentos que se esgrimen para tales límites se menciona, por ejemplo, que los casos que justificarían una limitación de la legítima defensa o bien, no pondrían en tela de juicio la validez del ordenamiento jurídico, o solo lo harían de una manera que no resulta esencial⁷⁸, por lo que para su conservación no se requeriría actuar con toda la dureza de la legítima defensa.⁷⁹ Ello también estaría en relación con la idea de algunos, según la cual, cuando se trata de niños o personas que versan en error, no se estaría frente a personas completamente responsables del ataque.⁸⁰

En términos resumidos, lo que se impondría al detenido sería reservar la respuesta agresiva en legítima defensa como ultima ratio, privilegiando otras que en principio traten de evitarla. En este contexto suele mencionarse la denominada teoría de los tres niveles desarrollada por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH).⁸¹ Según dicho planteamiento, en primer

error); RENGIER, ob. cit., p. 148 y 158 s. (del tenor literal del § 32 StGB no emana que se exija una agresión culpable); OTTO, ob. cit., p. 108 (aunque discute, también alude al tenor literal del § 32 StGB que presupone solo un ataque antijurídico); KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., pp. 158 y 165 (se muestra favorable a otra postura, pero explica que para la legítima defensa el § 32 StGB solo exige un ataque antijurídico, no, además, culpable); BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, ob. cit., p. 391, 409 (se muestra favorable a otra postura, pero explica que no se exige que la agresión sea culpable); FREUND, ob. cit., p. 99 (defiende otra postura, pero explica que las consideraciones ético sociales limitan la respuesta en legítima defensa en contra del que ha incurrido en error).

78 GROPP, ob. cit., p. 206 s.; JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., p. 345 s.; MURMANN, ob. cit., p. 294.

79 RENGIER, ob. cit., p. 158; MURMANN, ob. cit., p. 293.

80 La idea está en FREUND, Georg: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 1998. p. 99 s.

81 La aplicación de esta doctrina puede apreciarse en los siguientes casos de la jurisprudencia: BGH, Urteil 20.11.2019 – 2 StR 554/18 (LG Gießen). En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2021. pp. 33-34; BGH, Urteil 03.06.2015 – 2 StR 473/14 (LG Gießen). En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2016. pp. 84-86; BGH, Urteil 21.03.1996 – 5 StR 432/95 (LG Stade). En: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1996. p. 2315; BGH, Urteil 18.08.1988 – 4 StR 297/88 (LG Münster). En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 1989. p. 113; BGH, Beschluß 07.07.1987 – 4 StR 291/87 (LG Arnsberg). En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 1988, p. 450; BGH, Urteil 15.05.1975 - 4 StR 71/75 (SchwurG Essen). En: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1975. p. 1423. También puede verse el análisis que se realiza a la sentencia del OLG CELLE de 26.11.2014, por JAHN, MATTHIAS: “Auslegung des Merkmals der ‘Tat’ iSd § 127 I StPO”. En: *Juristische Schulung* (JuS), 2015. pp. 565 s., en que precisamente se reconoce la legítima defensa del detenido en un supermercado, el cual, antes de defenderse de la detención por medio de golpes, dijo que no tenía nada que ver en la situación de un hurto que se había producido. Por ende, exigía que lo liberaran.

término, tendría que optarse por respuestas orientadas a esquivar o evadir la agresión. En caso de que aquello no pueda realizarse, solo serían lícitas medidas de corte defensivo, defensa pasiva o de autoprotección. Finalmente, solo se permitiría realizar una defensa activa o agresiva como ultima ratio, es decir, una que implica la posibilidad de afectar bienes jurídicos importantes del agresor.⁸² Estos criterios de subsidiaridad, con más o menos matices, gozan también de simpatías en la doctrina.⁸³

Más menos en la misma lógica, pero pronunciándose concretamente a propósito de la situación de detenciones erróneas de particulares, Murmann⁸⁴, por ejemplo, alude a la situación de error invencible en la causa de justificación en que podría incurrir un particular, para acto seguido, sostener que, a su juicio, una injerencia moderada en los derechos de un detenido no sería una cuestión intolerable, sobre todo cuando éste comprende los motivos que llevan al aprehensor a una apreciación errónea que parece razonable. Una respuesta que también es restrictiva, se puede deducir en la obra de Kindhäuser, quien en el acápite sobre la detención por particulares sostiene que, siguiendo la doctrina según la cual la detención errónea del particular configuraría una agresión antijurídica, la legítima defensa del detenido podría sufrir limitaciones cuando el aprehensor *reconociblemente* se encuentra en un error⁸⁵. Aquello está en concordancia con su explicación sobre las limitaciones que experimenta la legítima defensa con base en consideraciones ético-sociales. La limitación correspondería a aprehensores que *de manera evidente* se encuentran en error, respecto de los cuales propone una forma de resistencia similar a la propuesta por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH), vista en el párrafo anterior.⁸⁶

82 HEINRICH, ob. cit., p. 154; RENGIER, ob. cit., p. 155; MURMANN, ob. cit., p. 293 s.

83 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., p. 165; HEINRICH, ob. cit., p. 167 s.; JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., 345 s.; STRATENWERTH/KUHLEN, ob. cit., p. 135; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, ob. cit., p. 408; RENGIER, ob. cit., p. 155, 158 s.; MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Tomo 1, 8ª Edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992. p. 366.

84 MURMANN, ob. cit., p. 324 (y antes p. 289).

85 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., p. 190.

86 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, ob. cit., p. 165.

En contra de la legítima defensa, anoto por último la posición de Roxin, quien, bajo la condición de haberse respetado el cuidado debido por el aprehensor, niega el desvalor de acción y la antijuridicidad de la detención, para acto seguido, y situándose dentro de los márgenes del estado de necesidad (§ 34 StGB), afirmar que en una ponderación de intereses, al detenido le sería exigible indudablemente ir a la comisaría de policía, y de hecho, tendría que pedirlo inmediatamente.⁸⁷ Con independencia de su posición, continúa sosteniendo que, de razonarse en la lógica de una agresión ilegítima, las restricciones ético y sociales que operarían dentro de la legítima defensa, implicarían que el detenido tenga que soportar daños de baja intensidad, incluyendo una detención durante un plazo breve para aclarar las circunstancias del hecho.

IV. LUCES Y SOMBRAS DEL DEBATE Y CONCLUSIONES

1. Algunas luces y sombras respecto del debate

a) En relación con el hecho que justifica la detención

La discusión sobre el hecho que justifica una detención por particulares ha permitido profundizar en un elemento indispensable para concebir la detención por flagrancia pero que tiende a pasar inadvertido en los estudios universitarios, en los cuales, por regla general, se enfatiza el tiempo y las condiciones que permitirían detener, pero no así, el hecho que sería decisivo para justificar una detención entre particulares. En conexión con el Derecho penal material, por su parte, la controversia resulta importante de cara a la eventual legítima defensa que podría ejercer el detenido.

87 ROXIN, cit. (*Derecho penal*), p. 748; ROXIN/GRECO, cit., p. 913. Gropp también prefiere esta opción en el caso de un error invencible sosteniendo que la agresión de quien versa en error puede ser rechazada ciñéndose a las reglas del estado de necesidad defensivo (GROPP, ob. cit., p. 202). En contra, como hemos visto, Murmann reconoce igualmente una agresión antijurídica (MURMANN, ob. cit., p. 289).

En el contexto de algunos países en que la flagrancia ha alcanzado hasta las 24 horas después de cometido el hecho punible, y que los catálogos latinoamericanos que contienen las condiciones para la detención tienden a expandirse cada vez más⁸⁸, tanto las teorías de Derecho material, como las de Derecho procesal permiten consultarse si, acaso una lectura más racional y justa de esta figura jurídica, no pasa por prestar una mayor atención al hecho que justifica una detención. Por lo pronto, piénsese que frente al notorio servilismo que este tipo de detención presta a los fines de persecución penal, tanto las teorías procesales como materiales respecto del hecho punible plantean como cortapisa, que no solo deben existir antecedentes inculpativos respecto de un sujeto, sino que, por lo bajo -si se sigue las teorías de Derecho procesal-, ellos deben sobrepasar el umbral de una *sospecha vehemente* para poder detener, lo cual, en el sistema alemán, equivale al estándar que se exige para la imposición de la prisión preventiva.⁸⁹

La necesidad de establecer estándares altos para la detención, cuando no, de asumir derechamente alguna de las doctrinas de Derecho penal material, parecen ser el camino que permitiría instar por un mayor equilibrio entre eficacia y garantías fundamentales, lo cual resulta importante respecto de una medida que, en sus características esenciales, se logró identificar como estatal (pro magistratu), de derecha represión procesal penal, que opera sin ningún tipo de control judicial previo, y que impacta contra la libertad personal y eventualmente, otros bienes jurídicos de un detenido que legalmente debe considerarse inocente.⁹⁰ El sistema alemán muestra que la detención por flagrancia perfectamente puede construirse estableciendo estándares altos para su aplicación práctica, sin miedo a las objeciones sobre su eficacia práctica.

En un contexto en que son muchos los sujetos particulares que prestan el servicio de vigilancia privada y/o que, en tal sentido, desempeñan funciones equivalentes a las de la policía, resulta pertinente el argumento revisado,

88 Ver punto II, 2, e), i) precedente.

89 Me remito a la literatura citada en la nota Nr. 47.

90 Ver punto II, 2 precedente, y en relación con la actuación “pro magistratu” la nota Nr. 15.

según el cual, las condiciones que permiten la detención por flagrancia tienen que guardar una equivalencia, independiente del agente que la realice, so pena de crear incentivos para que sean los privados quienes en definitiva terminen realizando las detenciones, en lugar de que los órganos estatales de persecución penal se sometan a las restricciones y formalidades que establece la ley procesal penal para tales medidas.⁹¹

La exigencia de antecedentes incriminatorios que sean capaces de superar estándares altos en relación con un hecho punible, siempre en conexión y asunción de alguna de las teorías de Derecho penal material, parece ser la única opción que permite luchar con fuerza en contra de las temidas detenciones por sospecha u otras modalidades de detenciones arbitrarias y abusivas, fuera de resguardar las libertades fundamentales de individuos inocentes. Siempre, y especialmente, en contextos políticos y sociales turbulentos, la facultad para detener no puede quedar radicada únicamente en la cabeza del agente que la practica, ni tampoco debe permitirse que se detenga a los sujetos para recién empezar a investigar (“detener para investigar”). Bien vendría en este concierto, que los órganos de la justicia penal no fueran dependientes de la flagrancia para su éxito institucional, en desmedro de los casos que deben conocer por medio de las denuncias y/o querellas, y que por consiguiente, deben investigar. Fuera de ello, parece indispensable erigir caminos ordinarios y expeditos para que este tipo de detenciones sean controladas jurisdiccionalmente.

b) En relación con la legítima defensa del detenido.

En el contexto de la vía dogmática jurídica que permitiría reconocer la legítima defensa respecto del aprehensor que yerra en los presupuestos objetivos de la causa de justificación, y concentrándome solo en esta alternativa⁹², con lo cual, por tanto, no me pronuncio sobre las ventajas o desventajas que podrían tener otras, o cual sería la mejor; no deja de llamar la atención el

91 Me remito al punto III, 1, b), 1 precedente.

92 Me remito al punto III, 2, a) de más arriba.

tratamiento que se dispensa al aprehensor que obra en interés del Estado, en desmedro del sujeto inocente que puede verse detenido, no obstante que estamos hablando de una detención.

En este caso concreto, y bajo al argumento de la fidelidad al Derecho (y por cierto al Estado), al aprehensor que incurrió en error, por regla general, se lo libera de responsabilidad penal respecto de los hechos punibles dolosos, quedando subsistente solo una eventual responsabilidad por aquellos hechos que admiten una ejecución culposa.⁹³ Junto con ello, y frente a argumentos similares, dicho privilegio se extiende a la legítima defensa, encarnándose en una ponderación de bienes que termina en una limitación a la respuesta defensiva del detenido. En concordancia con la doctrina del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, el cual propone una respuesta subsidiaria, a saber, evadir, en subsidio, defensa pasiva, y solo como ultima ratio, una defensa agresiva; se ha visto también cómo existen diferentes opiniones que toleran afectaciones moderadas a la libertad personal e integridad física del detenido, fuera de otras posiciones extremas que por la puerta de atrás terminan estatuendo un verdadero deber de tolerancia frente a las detenciones erróneas practicadas por particulares, ya sea en este caso, a propósito de la legítima defensa, como también en el marco de un análisis que podría tener lugar con ocasión de la justificante de estado de necesidad.⁹⁴

Desde mi punto de vista, no resulta suficientemente convincente que la solución por limitar la legítima defensa, estableciendo su subsidiaridad en los términos planteados sea la mejor, pues termina por poner en el detenido todo el peso que supone la realización de una detención errónea, subestimándose los peligros que apareja este tipo de injerencia en los derechos de los detenidos, muchos de los cuales son inocentes.⁹⁵ Por medio de la fórmula

93 Igualmente está en el punto III, 2, a).

94 Así se explicó en el punto III, 2, b).

95 Como bien identifican Heinrich, frente al problema del error del aprehensor particular, lo que se plantea como cuestión de fondo, supone tomar postura respecto de quien tiene que asumir los riesgos (o la carga) de que un particular, con base en una apreciación errónea de las circunstancias del caso concreto, realice una detención en flagrancia de otro particular

alemana, el afectado incluso podría ver empeorada su situación inicial si es que se inculpa tratando de explicarse, o se salta alguno de los pasos previos que se le imponen para defenderse legítimamente.

No resulta fácil asimilar por qué un inocente tendría que ceder ante la injusticia y tener tanta consideración frente a una detención que, aun cuando resulta errónea, según la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, no pierde su carácter de antijurídica y en la práctica puede ser peligrosísima.⁹⁶ Junto con ello, se presenta el problema de hasta qué punto resulta aceptable que con base en consideraciones ético sociales, que hasta el día de hoy se encuentran en elaboración y se discuten, se termine reduciendo, limitando al máximo, o incluso, excluyendo una causa de justificación que se encuentra prevista expresamente en la ley.

Fuera de los casos de laboratorio, las personas inocentes que probablemente podrían ser afectadas por este tipo de situaciones, son, por ejemplo, aquellas que resultan imputadas en tiendas comerciales o supermercados, personas que transitan a pie por la vía pública, sea por sectores céntricos o residenciales, personas que usan el transporte público, trabajadores que al término de su jornada laboral tienen que ser revisados por personal de seguridad para abandonar la empresa en que trabajan, personas que pertenecen a grupos estigmatizados de la sociedad y que conviven con los prejuicios y la discriminación, etc., eso, a menos que el lector recuerde -permítaseme aquí la ironía- que alguna vez algún Presidente de la República, otra alta autoridad del Estado, o el dueño de algún grupo empresarial importante, nacional

que, en definitiva, no solo es un igual, sino que también, una persona inocente (HEINRICH, ob. cit., p. 486). Esta misma problemática la planteo a partir de algunos pasajes de BÜLTE, cit., p. 398 s.

96 Como se lee en BERNER a propósito de la legítima defensa: “*El derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto. Si lo injusto pretende destruir el derecho, es lícito a este vencerlo luchando*” (BERNER, Albert Friedrich: *La teoría de la legítima defensa*, traducción, Guzmán Dálbora, José Luis, Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2020. p. 136. También lo recoge dentro de los fundamentos de la legítima defensa y como regla general HEINRICH, ob. cit., p. 137 s.; STRATENWERTH/KUHLEN, ob. cit., 129; JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., p. 336 (“*das Recht braucht dem Untecht nicht zu weichen*”).

o trasnacional, haya sido objeto de una detención ciudadana luego de una imputación de carácter penal difundida por los medios de comunicación en las condiciones que la ley permitiría una detención por flagrancia. En la misma dirección, tampoco puede desconocerse la preparación y los recursos económicos y tecnológicos con que cuentan muchos cuerpos de seguridad privada el día de hoy, en cuyo personal se desempeñan incluso ex integrantes de las fuerzas de orden y seguridad públicas⁹⁷, siendo importante el rol que juegan estas empresas en la práctica de estas detenciones.

En conexión con una de las ideas pilares de la legítima defensa, no resulta fácil asimilar por qué un inocente, solo como *ultima ratio*, podría responder a una detención injusta agresivamente.⁹⁸ Pues, si ello se funda en los intereses que se encuentran en juego, y se acepta que las consideraciones ético-sociales creen un espacio de ponderación dentro de la legítima defensa, tendría que anotarse que el detenido no solo ve amenazada su libertad personal, integridad física y eventualmente, otros bienes jurídicos, sino que también se lo arrastra al inicio de una persecución penal improcedente, sin perjuicio de una eventual prisión preventiva, que cada día se impone con mayor facilidad, o a mecanismos de justicia negociada que podrían aceptarse solo para terminar con la presión de un proceso penal. Como vimos al principio del texto, en Latinoamérica, el detenido incluso se expone a un linchamiento.⁹⁹

En relación con la misma ponderación de bienes, mucho se habla del sujeto particular que realiza la detención por error, de la fidelidad al derecho, del coraje civil, e incluso del deber moral de ayudar al prójimo¹⁰⁰, pero por el

97 Las reflexiones sobre la situación de los vigilantes privados surge luego de la lectura de los pasajes de NIEVA FENOLL, ob. cit. (Fundamentos), pp. 176-178; y NIEVA FENOLL, ob. cit. (Derecho procesal), p. 275 s. En este último caso se realiza una referencia a una interesante Ley de Seguridad Privada que rige en España (Ley 5/2014 «BOE» núm. 83, de 05/04/2014).

98 Véase una explicación sobre el problema de la subsidiaridad de la legítima defensa en: DE RIVACOBAY RIVACOBAY, ob. cit., p. 148-150 y JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal*, tomo 4, 3ª. Edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1976. pp. 73-82. En p. 76 el ilustre profesor señala: “La defensa propia o ajena no es subsidiaria. Si el ataque es actual o inminente, si es necesaria la repulsa en orden a los bienes atacados, si es proporcional a la agresión y no provocada ésta, la legítima defensa existe”.

99 Me remito a las notas 2 y 3 precedentes sobre los “linchamientos”.

100 Véase nota Nr. 60.

contrario, nada se habla de las garantías de los sujetos inocentes en un Estado de Derecho, ni tampoco de que los particulares que detienen constituyen solo una fachada de una medida que en última instancia es estatal, procesal penal, represiva, y realizada sin control judicial ni jurídico previo. Tampoco se habla de los abusos que se cometen con la detención en contextos sociales y políticos complejos, ni tampoco de aquellos que ocurren en nombre de la demagogia penal.

La argumentación moralista, por otra parte, tampoco se hace cargo de que ninguna de las banderas morales que se invoca quita lo antijurídico a la agresión que realiza el aprehensor. Por otro lado, considero que es parcial, porque tampoco critica que en definitiva, es el Estado quien en pro de la persecución penal no trepida en instrumentalizar y poner en riesgo a los particulares que detienen a otros sin respetar las reglas. Me refiero al peligro del aprehensor, de ser condenado penalmente y al peligro de ser objeto de la legítima defensa del detenido. En tal sentido, si al Estado realmente le importara la responsabilidad penal y la posibilidad de sufrir la legítima defensa que tienen aquellos sujetos particulares que instrumentaliza para sus fines, lo que tendría que promover es que las persecuciones penales se canalicen por los medios institucionales estatales y precisamente, por las vías no violentas de inicio de un procedimiento penal. Lo que de paso supondría eliminar o limitar la detención por flagrancia. Lo que se hace, por el contrario, es aceptarla, extenderla y arriesgar incluso la vida misma de dichos particulares que sirven de aprehensores, amenazando con penas tanto al aprehensor, como al detenido en caso de error, fuera de impedir o limitar que el detenido se defienda, sin mayor consideración sobre su inocencia o culpabilidad y los bienes individuales que pueden verse involucrados.

Un Estado que realmente respeta las libertades individuales no puede exigir a los individuos inocentes que habitan en él que se entreguen como corderos a la detención injusta que realizan otros particulares. Ni siquiera con base en el fin de eficacia de la persecución penal.¹⁰¹ Así, en nombre de

101 Véase nota Nr. 16

la flagrancia se terminarían borrando con el codo las restricciones y formalidades previstas en los códigos procesales penales para intervenir en los derechos fundamentales de los sospechosos que, sin una condena penal, deben presumirse y ser tratados como inocentes en serio.

En el debate alemán se alude a que el detenido, en primer lugar, tendría que instar por explicar la situación en la que se encuentra, o “aclarar las cosas”.¹⁰² Por la prohibición de autoincriminación esta solución me parece que es improcedente. La detención por flagrancia solo resulta concebible tras la comisión de un hecho punible. De ahí su carácter de medida estatal y procesal penal represiva. Durante la flagrancia no puede obligarse al detenido a prestar una declaración, menos aun cuando existe un riesgo alto de autoincriminación y de configurar prueba de cargo que ni siquiera la policía estaría facultada para obtener (prueba ilícita).

Por otra parte, también se alude a la idea de evadir la detención. Esta exigencia también termina por desvanecerse cuando se piensa que la detención, por su propia naturaleza, se realiza por sorpresa, e impide o supone fuertes obstáculos para poder sustraerse, y que muy probablemente los esfuerzos que puede realizar el detenido van a ser inútiles. Junto con ello, el afectado podría motivar una detención mucho más intensa y con más participantes dispuestos a detenerlo, lo que hemos visto, implica un riesgo enorme de provocar un linchamiento. Fuera de ello, se crearían las condiciones para que el detenido inocente, en la desesperación por zafar de la detención, ahora sí, termine cometiendo una serie de hechos punibles, que nunca había pensado en cometer. Por eso, de tener recepción la subsidiaridad de la legítima defensa, lo que parece ser más realista sería no esperar más que una fracción de segundo entre las siguientes acciones para reconocerla: la alegación de inocencia del detenido como medio de defensa (sin esperar ni extenderse

102 No comparto la explicación de Roxin, quien alude a que no resultaría inequitativo que el detenido tenga que tolerar una breve privación de libertad hasta la aclaración de su inocencia (ROXIN/GRECO, ob. cit., p. 913 ss.). En mi opinión, en este punto se subestima la afectación a la libertad personal que sufre quien es detenido, fuera de no considerar los peligros de abusos asociados a cualquier tipo de detención, como son los mismos linchamientos en que pueden derivar las detenciones por particulares.

por tanto a “aclarar las cosas”) y la persistencia del aprehensor en orden a realizar la detención. Con ello, reiteramos, debería reconocerse la justificante de legítima defensa. Ello, sin perjuicio de no cerrar las puertas a reconocerla respecto de particulares que, en virtud de las circunstancias concretas, como aquellas que lo ponen en peligro, de su silencio, su personalidad, u otras razones y factores, se defienden directamente de una detención antijurídica, en coherencia con la idea que inspira a la causa de justificación plasmada en la frase de que el Derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto.¹⁰³

2. Conclusiones

Volviendo sobre las preguntas que fueron formuladas al comienzo de esta investigación, precisamos que ellas pueden ser respondidas como se señala a continuación en el debate procesal y penal alemán.

a) En relación con el hecho que justifica la detención

i) En el debate alemán existen dos grandes teorías, las cuales ponen el acento, con mayor o menor grado en el Derecho penal material, o respectivamente, en el Derecho procesal.

ii) Las teorías de Derecho penal material, por regla general, solo justifican la detención por flagrancia a manos de particulares cuando el hecho flagrante pueda ser calificado como delito en sentido estricto (siguiendo la teoría más exigente), o concurra efectivamente uno o más de sus elementos fundamentales (según las teorías alternativas).

iii) Para las teorías de Derecho procesal, la detención por particulares se encuentra justificada cuando existen antecedentes que permiten sustentar una sospecha vehemente de haberse cometido un hecho punible, con independencia que posteriormente se establezca que el hecho no constituía realmente un delito en sentido técnico o de Derecho material, o no haya podido ser perseguido por la ausencia u óbice de un presupuesto procesal.

iv) Ambas posiciones son relevantes de cara a la eventual legítima defensa que podría ejercer el detenido.

103 Así se señaló ya en la nota Nr. 96.

v) Este debate motivó los comentarios críticos contenidos en el punto IV, 1, a) de esta investigación.

b) En relación con la legítima defensa del detenido frente a una detención errónea de un particular

i) Dogmáticamente, es posible fundar que la detención errónea practicada por un particular puede configurar una agresión antijurídica en contra del detenido. No obstante, también hay opiniones disidentes.

ii) Aunque con limitaciones, la explicación estándar de la doctrina refiere la procedencia de la legítima defensa respecto de las agresiones antijurídicas realizadas por sujetos que incurren en error. Naturalmente, también existen otras opciones doctrinales que, en el marco de su discrepancia, plantean la opción de resolver el problema por la vía de la justificante del estado de necesidad.

iii) Para obrar en legítima defensa frente a detenciones en que el aprehensor ha versado en error, el detenido tendría que respetar una subsidiaridad. En primer término, debería tratar de optar por evadir la agresión. En subsidio, debería privilegiar una defensa pasiva. Solo como *ultima ratio* podría realizar una defensa activa o agresiva afectando los bienes jurídicos del aprehensor, agregándose, que debería tratar de optarse por el medio menos lesivo posible.

iv) Estas posiciones motivaron los comentarios críticos contenidos en el punto IV, 1, b) de esta investigación.

BIBLIOGRAFÍA.

ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*. 11a. Edición, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018.

BARONA VILAR, Silvia: “Lección décimo primera, las medidas cautelares”. En Montero Aroca, Juan/ Gómez Colomer, Juan Luis/Barona Vilar, Silvia/ Esparza Leibar, Iñaky/Etxeberria Guridi, José F., *Derecho Jurisdiccional III Proceso penal*, 27ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 275-294.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang/EISELE, Jörg: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12ª Edición, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016.

BERNER, Albert Friedrich: *La teoría de la legítima defensa*, traducción de Guzmán Dálbora, José Luis, Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2020.

BÜLTE, Jens: “§ 127 Abs. 1 Satz 1 StPO als Eingriffsbefugnis für den Bürger und als Rechtfertigungsgrund”. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), Nr. 121, 2009, pp. 377-415.

BÖHM, Klaus Michael/WERNER, Eric: “§127 StPO”. En: Kudlich, Hans (Editor), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, tomo 1 (§§1-150 StPO), C.H. Beck, München, 2014, pp. 1812-1823.

CALAMANDREI, Piero: *Introduzione allo studio sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, Cedam, Padova, 1936.

CASTILLO CLAUDETT, EDUARDO: “La justicia en tiempos de la ira: Linchamientos populares urbanos en América Latina”. En: *Ecuador Debate*, Nr. 51, Quito, Ecuador, 2000, pp. 207-226.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS/INSTITUTO DE INVESTIGACIONES SOCIALES: *Informe especial sobre los linchamientos en el territorio nacional*, Ciudad de México, 22 de mayo de 2019. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/IE_2019-Linchamientos.pdf

DE HOYOS SANCHO, Montserrat: “Análisis comparado de la situación de flagrancia”. En: *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, 2001, pp. 137-147. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2828>

DE HOYOS SANCHO, Montserrat: *La detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel: *Las causas de justificación*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1996.

EISELE, Jörg/HEINRICH, Bernd: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2017.

FUENTES DÍAZ, Antonio: “El Estado y la furia”. En: *El Cotidiano*, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, México, Nr. 131, 2005, pp. 7-19.

- FRISTER, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª Edición, C.H. Beck, München, 2015.
- FREUND, Georg: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 1998.
- GÄRTNER, Kerstin: “§ 127 StPO”. En: Becker, Jörg-Peter/ Erb, Volker/ Esser, Robert; Graalman-Scheerer, Kirsten; Hilger, Hans; Ignor, Alexander, Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Tomo 4, parte 1 (§§112-136a), 27ª Edición, De Gruyter, Berlin, Boston, pp. 584-611.
- GROPP, Walter: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª Edición, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2005.
- HEINRICH, Bernd: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 6ª Edición, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019.
- HERRMANN, David: “§ 127 StPO”. En: Satzger, Helmut; Schluckebier, Wilhelm (Editores), Satzger, Schluckebier, Widmaier, *Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar*, 3ª Edición, Carl Heymanns Verlag, 2018, Köln, pp. 793-799.
- JAHN, MATTHIAS: “Auslegung des Merkmals der ‘Tat’ iSd § 127 I StPO”. En: *Juristische Schulung* (JuS), 2015, pp. 565-566.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5ª Edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho penal*, tomo 4, 3ª. Edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1976.
- KINDHÄUSER, Urs/ SCHUMANN, Kay: *Strafprozessrecht*. 5a. Edición, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- KINDHÄUSER, Urs/ZIMMERMANN, Till: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9ª Edición, Nomos, Baden-Baden, 2020.
- KRAUß, Matthias: “§127 StPO”. En: Graf, Jürgen (Editor), *Strafprozessordnung mit Nebengesetzen*, Kommentar, 4ª Edición, C.H. Beck, München, 2021, pp. 771-775.
- KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ª Edición, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016.

KÜHNE, Hans-Heiner: *Strafprozessrecht*. 9a. Ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2015.

LETELIER GARCÍA, Martín: *La detención ciudadana. Consideraciones jurídicas de la facultad contenida en el artículo 129 inc. 1° del Código Procesal Penal y su desvirtuación como linchamiento*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2020. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/177831>

LOOS, Fritz: “Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación”. Traducción de Malarino, Ezequiel. En: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), N°5, 2009, pp. 257-265.

LÓPEZ MASLE, Julián: “Las medidas cautelares en el proceso penal”. En: Horvitz Lennon, María Inés/López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 341 – 441.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”. En: *Revista Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nr. 3, 2003, pp. 147-163. Disponible en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej3/archivos/articulo_revista_manalic%20_14_.pdf

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos: “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nr. 1, 2002, pp. 9-54. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/14971/15410>

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos: *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

MATURANA MIQUEL, Cristián/MONTERO LÓPEZ, Raúl: *Derecho procesal penal*, tomo 1, AbeledoPerrot/Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 8ª Edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992.

MITSCH, Wolfgang: “Vorläufige Festnahme und Notwehr”. En: *Juristische Arbeitsblätter* (JA), 2016, pp. 162-167.

MEINEN, Gero: “IV. Kapitel Untersuchungshaft”. En: Heghmanns, Michael/Scheffler; Uwe, *Handbuch zum Strafverfahren*, Verlag C.H. Beck, München, 2008, pp 321-408.

MURMANN, Uwe: *Grundkurs Strafrecht*, 6ª Edición, C.H. Beck, München, 2021.

NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho procesal III (Proceso penal)*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2017.

NIEVA FENOLL, Jordi: *Fundamentos Derecho procesal penal*, Edisofer S. L./B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2012.

OTTO, Harro: *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª Edición, De Gruyter Recht, Berlin, 2004.

POSTHOFF, Karl-Heinz: “§ 127 StPO”. En: Gercke, Björn; Julius, Karl, Peter; Temming, Dieter; Zöller, Mark A. (Editores), *Heidelberger Kommentar, Strafprozessordnung*, 5ª Edición, C.F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2012, pp. 827-836.

QUIROZ ROJAS, Loreto: “Linchamientos en Chile. Una aproximación a su comprensión a partir de la descripción de las relaciones entre derecho y violencia que emergen de relatos de prensa del año 2012”. En: *Revista de Sociología*, Universidad de Chile, Nr. 20, 2015, pp. 71-92. Disponible en: <https://revistadesociologia.uchile.cl/index.php/RDS/article/view/46413>

RENGIER, Rudolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª Edición, C.H. Beck, München, 2016.

RODRÍGUEZ GUILLÉN, Raúl: “Crisis de autoridad y violencia social: los linchamientos en México”. En: *Polis*, vol. 8, Nr. 2, México, 2012, pp. 43-74.

ROXIN, Claus: *Derecho penal, parte general*, tomo 1, traducción y notas de Luzón Peña, Diego-Manuel; Díaz y García Conlledo, Miguel y De Vicente Remesal, Javier, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*. 29. Ed., C.H. Beck, München, 2017.

ROXIN, Claus/GRECO, Luís: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª Edición, tomo I, C.H. Beck, München, 2020.

RÖNNAU, Thomas: “Grundwissen – Strafrecht: ‘Sozialethische’ Einschränkungen der Notwehr”. En: *Juristische Schulung (JuS)*, 2012, pp. 404-407.

SANDOVAL REYES, Sem: “Las medidas coercitivas alemanas (en sentido restringido) como equivalentes a las diligencias de investigación en el procedimiento penal”. En: *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Nr. 76, 2020, pp. 145-168. Disponible en: <https://revistas.uv.cl/index.php/rcs/article/view/2814>

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?”. En: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (GA), 2004, pp. 679-690.

SIMON, ERIC: “Einschränkung des Notwehrrechts bei unvermeidbar irrendem Angreifer – BSGE 84, 54”. En: *Juristische Schulung*, 2001, pp. 639-643.

SCHÜNEMANN, BERND: “Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda”. En: *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), Nr. 10, 2016, pp. 654-671. Disponible en: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_10_1051.pdf

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ª Edición, Verlag Franz Vahlen München, 2011.

VILAS, Carlos M.: “Linchamiento: venganza, castigo e injusticia en escenarios de inseguridad”. En: *El Cotidiano*, Nr. 131, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, México, 2005, pp. 20-26. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/325/32513103.pdf>

VOLK, Klaus/ENGLÄNDER, Armin: *Grundkurs StPO*. 9ª Edición, C.H. Beck, München, 2018.

WERNER, Beulke/SWOBODA, Sabine: *Strafprozessrecht*. 14ª Edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2018.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 50ª Edición, C. F. Müller, Heidelberg, 2020.

JURISPRUDENCIA

BGH, Urteil 20.11.2019 – 2 StR 554/18 (LG Gießen). En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2021, pp. 33-34.

BGH, Urteil 03.06.2015 – 2 StR 473/14 (LG Gießen). En: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2016, pp. 84-86.

BHG, Urteil 21.03.1996 – 5 StR 432/95 (LG Stade). En: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1996, p. 2315.

BGH, Urteil 18.08.1988 – 4 StR 297/88 (LG Münster). En: En: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1989, p. 113.

BGH, Beschluß 07.07.1987 – 4 StR 291/87 (LG Arnsberg). En: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1988, p. 450.

BGH, Urteil 15.05.1975 - 4 StR 71/75 (SchwurG Essen). En: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1975, p. 1423.