

**PROCESO PRELIMINAR EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
NORTEAMERICANO VS SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO:
TRATAMIENTO Y AFECTACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA
LIBERTAD.**

PRESENTADO POR:

KAREN LILIANA MEJÍA MIRANDA

CODIGO: 041131141

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

**DIPLOMADO SISTEMA PENAL ACUSATORIO DESDE UNA PERSPECTIVA
COMPARADA- COLOMBIA VS ESTADOS UNIDOS**

Tabla de Contenido

Introducción.....	3
EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD.....	5
PROCESO PRELIMINAR O PRELIMINARY HEARINGS	8
Proceso Preliminar en el Sistema Penal Acusatorio colombiano.....	10
Audiencia de solicitud de orden de captura	10
Audiencia de legalización de captura.	11
Audiencia preliminar de solicitud de medida de aseguramiento	14
Proceso Preliminar en el Sistema Penal Acusatorio norteamericano.....	17
Detención con orden de arresto.....	19
Primera comparecencia ante el magistrado o “First apprerance”	21
Detención sin orden de arresto.....	22
Audiencia Gerstein.....	23
Conclusiones	27
Referencias.....	31

Introducción

Con la expedición del Acto Legislativo No. 03 de 2002, se introduce en Colombia la nueva estructura del proceso penal, implementado por la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1142 de 2007 y posteriores normas, las cuales buscan dar una respuesta eficaz a la demanda del servicio público de la administración de justicia en materia penal.

Este acto legislativo da inicio en Colombia a un proceso penal de tendencia acusatoria, en donde por primera vez se define la división de roles entre el fiscal y el juez, así mismo se crea el juez penal municipal con función de control de garantías, estableciéndose el principio de concentración y el de oportunidad definiendo la estructura del proceso penal, manteniendo sus etapas denominadas fase de investigación, la cual a su vez está conformada por la indagación preliminar, la instrucción del proceso así como el juicio oral.

No obstante, en países como Estados Unidos la existencia de un régimen jurídico federal, así como de uno estatal, ha traído consigo la creación e implementación de procedimientos penales locales, los cuales “están organizados con arreglo a una estructura piramidal que permite la revisión, y en caso contrario la anulación de la sentencia por parte de tribunales superiores” (Fierro, 2006, p. 37). Ello quiere decir que, pese a que cada Estado de la Unión Americana puede dictaminar su procedimiento especializado en materia penal, estas normativas están sujetas tanto a las leyes federales como a la misma Constitución de los Estados Unidos y en virtud de ello todo procedimiento llevado a cabo por un Estado en particular es susceptible de revisión por el superior jerárquico.

Cuestión diferente ocurre en Colombia, pues al ser un estado unitario, se caracteriza por la centralización de las decisiones del estado, existiendo unidad de la rama ejecutiva, legislativa y judicial; por ende, en lo referente a la legislación, es el Congreso de la República el encargado de la expedición de las leyes, las cuales son de cumplimiento obligatorio y se extienden para todo el territorio nacional, fijándose para el sistema penal acusatorio un procedimiento uniforme y claro.

Con base en lo anterior la organización territorial y jurídica de Colombia y Estados Unidos denota grandes diferencias, las cuales trascienden al ámbito del Derecho Penal y determinan el procedimiento a llevar a cabo con ocasión a un proceso penal.

En cuanto al tratamiento y afectación del derecho fundamental a la libertad durante el desarrollo del proceso preliminar o *preliminaries hearing*, tanto en el sistema penal colombiano como en el norteamericano, tienen un procedimiento específico, unos órganos competentes y diferentes controles que se llevan a cabo en audiencia.

En tal perspectiva, este escrito se enfoca en realizar una comparación del tratamiento y afectación del derecho fundamental a la libertad durante el curso de las audiencias preliminares que se llevan a cabo tanto en el sistema penal acusatorio colombiano como el norteamericano, con la finalidad de buscar similitudes, puntos en común o diferencias entre estos ordenamientos jurídicos, establecer cuáles son las medidas restrictivas que existen en cada uno y determinar cómo se lleva a cabo la afectación a este derecho.

Para ello, se explicará brevemente la regulación del Derecho Fundamental a la Libertad y la relación de este con el proceso penal. Posteriormente, se determinará qué entiende la legislación colombiana por audiencias preliminares, para contextualizar al lector de la finalidad de este procedimiento y cómo se lleva a cabo en cada sistema penal.

Seguidamente se establecerá que entiende el sistema norteamericano por proceso preliminar o *preliminary hearing* cuáles son las audiencias que se surten en esta etapa, ante quiénes se realizan, cuál es su finalidad y en qué medida estos procedimientos afectan o restringen el derecho mencionado previamente.

Finalmente, para lograr comparar cada proceso preliminar se establecerán similitudes y diferencias entre el sistema penal colombiano y el norteamericano, para posteriormente concluir cuáles procedimientos preliminares afectan directa o indirectamente el derecho fundamental a la libertad, cómo procede la afectación, quién es el funcionario competente y qué medidas se llevan a cabo para restringir este derecho.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD

El derecho fundamental que mayor afectación o transgresión tiene con ocasión a un proceso penal es la libertad y alcanza su mayor restricción cuando la persona se haya penalmente responsable, pues como consecuencia de esto se le impone una pena privativa de la libertad, reduciéndola a una delimitación de espacio denominada cárcel o prisión.

Ahora bien, durante todo el curso del proceso penal también se puede ver afectada la libertad de una persona, esto debido a que, este derecho no solo se ve limitado con la imposición de una pena en virtud de una sentencia condenatoria, sino por el contrario, existen otras medidas restrictivas de la libertad las cuales se desarrollan durante la etapa preliminar o previa del proceso

En la legislación colombiana el derecho fundamental a la libertad está contemplado en la Constitución Política de 1991 en su artículo 28 el cual consagra *grosso modo* que la libertad pese a ser un derecho fundamental, no es absoluto, pues admite límites que constitucionalmente deben responder a los siguientes criterios: 1. La limitación a la libertad debe provenir de un mandamiento escrito; 2. Debe emanar de autoridad competente; y 3. La limitación debe ejecutarse siempre que versen motivos expresamente contemplados en la ley.

Ahora bien, durante el desarrollo de todo el proceso penal, el ordenamiento jurídico colombiano desde su norma superior estableció que, el debido proceso (artículo 29 de la C.P.) y por tanto, las garantías procesales deben estar presentes en todas las actuaciones judiciales y administrativas, de allí que, el proceso penal no sea la excepción, pues como lo estableció la Corte Constitucional en su sentencia C- 496 de 2015 al resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 227 del C.P.P. relativo a la autenticidad de los elementos materiales probatorios, evidencia física y el procedimiento de cadena de custodia, el debido proceso es un derecho fundamental que contiene una serie de garantías cuya finalidad es proteger los intereses de los sujetos intervinientes durante todo el desarrollo de las etapas procesales, lo que implica que, desde el procedimiento preliminar la afectación al derecho a la libertad debe estar sujeto al debido proceso, en la medida en que es un derecho fundamental de aplicación inmediata que no admite suspensión ni siquiera en los estados de excepción, cuestión que, no ocurre en el ordenamiento jurídico norteamericano pues como explicará a continuación no todas las garantías procesales son aplicables de manera directa a los procedimientos penales de la Unión Americana.

En cuanto al carácter fundamental del debido proceso la sentencia T- 458 de 1994 resolvió una acción de tutela interpuesta por un ciudadano que consideraba se le estaba vulnerando su derecho al debido proceso con ocasión a una acción incoada que este había

iniciado, razón por la cual la Corte retoma lo dicho en su fallo T-001 de 1993 al afirmar que el debido proceso está relacionado íntimamente con la administración de justicia y por ende, siempre que alguien considere vulnerados sus derechos o garantías constitucionales puede invocar este derecho fundamental y solicitar su amparo interponiendo una acción de tutela la cual se resolverá mediante un procedimiento preferente y sumario.

Así mismo, en la legislación norteamericana el derecho a la libertad está consagrado en la Constitución de Filadelfia de 1781 en su enmienda número IV la cual consagra que, todos los habitantes del territorio americano tienen derecho a que sus domicilios se encuentren libres de indagaciones o averiguaciones arbitrarias que no cumplan con los mandamientos constitucionales y con los debidos motivos o causas probables corroboradas mediante juramentos o protestas que describan de manera específica el lugar que debe registrarse y la indicación de los sujetos que deban ser arrestados.

Por tanto, en virtud de una orden de arresto podrá afectarse el derecho fundamental a la libertad; siempre que se cumplan una serie de requisitos y formalidades que hacen de esta orden el mecanismo expedito para afectar válidamente la libertad.

Las enmiendas número V y XIV consagran entre otras cosas el derecho al debido proceso, al afirmar que “tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos” (Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda XIV de 1868, ratificada en 1791).

Ahora bien, a partir de la ratificación de lo anterior se empezó a cuestionar si la normatividad dirigida a los Estados como es el caso de la enmienda XIV de la Constitución de Filadelfia era aplicable a los procesos penales de orden estatal, pues para algunos juristas “los derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución (Bill of Rights), también desplegaban su eficacia en los procesos penales estatales.” (Gómez J., Mungo W., Esparza L., Beltrán M., Pérez cebadera, Gánem H. & Planchadell G. 2013, p. 54).

Para dar claridad a lo anterior, Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos en su decisión *Hurtado vs California* resuelve el caso de un sujeto quién después de descubrir que su amigo mantenía una relación sentimental con su esposa decide quitarle la vida; sin embargo, durante el desarrollo del proceso penal éste no fue acusado ante un gran jurado, siendo el idóneo para hacerlo, lo que generó controversia para el caso, pues se planteó si la Enmienda XIV relativa al debido proceso extendía a los Estados la obligación de aplicar la Enmienda V la cual establece el derecho a no ser juzgado con la

pena de muerte si no existe acusación por parte del órgano competente, planteándose entonces la siguiente pregunta:

¿Los procedimientos penales estatales que no se basan en acusaciones del gran jurado violan el debido proceso de la Enmienda XIV?, a lo que el Tribunal respondió:

(..) las garantías procesales incorporadas a la Constitución Federal a través de las enmiendas no son directamente aplicables a través de la Enmienda XIV a los acusados en procesos penales estatales, hay que analizar caso por caso todas las circunstancias y así poder determinar si un derecho tiene la naturaleza de fundamental y por tanto ejerce su eficacia en el ámbito estatal. (Gómez J., *et all.* 2013, p. 54)

Con base en la precitada decisión se concluye que, la normatividad americana de carácter federal estableció que la relación entre las garantías procesales que contempla la Constitución de Filadelfia y sus enmiendas V y XIV encargadas de regular el debido proceso son inexistentes en la medida en que las garantías y derechos que se incorporan a la Constitución no son en sí mismas derechos fundamentales.

Por tanto, la libertad, a nivel federal no se considera un derecho fundamental, sino una garantía cuya afectación es posible siempre que se haga con arreglo al debido proceso, y en caso de llegarse a considerar como tal se han de tener en cuenta las características de cada caso en concreto.

Por tal razón, el Tribunal Supremo consideró que, no hubo violación al debido proceso al no realizarse la audiencia ante el gran jurado, pues la enmienda número XIV no implica su aplicación inmediata en los juicios penales de carácter estatal, razón por la cual la interpretación y análisis de este fallo sirve para analizar lo relativo a la afectación de la libertad, en la medida en que, para que ciertas garantías sean consideradas como derecho fundamental se deben analizar las características específicas de cada caso y determinar si a nivel estatal puede ser considerado como tal; sin embargo, ello no quita que, la libertad aún guarda relación directa con el debido proceso y por ende, su afectación debe estar sujeta a requisitos de legalidad y de control.

PROCESO PRELIMINAR O PRELIMINARY HEARINGS

En Colombia con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 se implementa un sistema penal de tendencia acusatoria donde el juez y el fiscal tienen un rol plenamente definidos en el curso de las diferentes etapas procesales que se surten durante el proceso penal.

Ahora bien, durante el desarrollo de la fase de investigación previa o preliminar se realizan actos que conllevan a la afectación de uno o varios derechos fundamentales, entre ellos la libertad lo cual hace necesario que el fiscal deba acudir al juez penal municipal con función de control de garantías, creado por el Acto Legislativo 03 de 2002, para que cumpla la función de “controlar los motivos fundados, la orden, el cumplimiento o procedimiento de ejecución o los resultados de la misma, con el fin de establecer si tales gestiones se ajustaron a los procedimientos establecidos en la norma superior y en la legal” (Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 104).

Ello implica que, dentro de esta fase de investigación, antes de llegar a un juicio el fiscal con el fin de recolectar evidencia física que permita demostrar con toda certeza la existencia de un hecho delictivo se ve en la obligación de afectar ciertos derechos fundamentales, los cuales siempre deben someterse a control por parte del ya mencionado juez penal municipal con función de control de garantías

Siguiendo el procedimiento preliminar que hoy nos contrae, se llevan a cabo audiencias preliminares las cuales son todas aquellas “que se realizan ante el juez de control de garantías, durante la indagación, la investigación o el juicio” (Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 104), con el objetivo de ordenar, verificar, decidir y controlar las actuaciones investigativas que impliquen la afectación de derechos fundamentales; siempre que, dichas actuaciones no deban tramitarse y decidirse durante la audiencia de formulación de acusación, audiencia preparatoria y audiencia de juicio oral, pues estas conforman la etapa del juicio y, por ende, todo aquello que no se resuelva en la etapa del juicio ante el juez de la casusa o de conocimiento, se tramitará ante el respectivo juez penal municipal con función de control de garantías, mediante audiencia preliminar.

Igualmente, son muchos los procedimientos que se deben tramitar en audiencia preliminar; sin embargo, como se explicó al inicio, el objetivo es abordar todos aquellos que afectan el derecho fundamental a la libertad entre los cuales se encuentran: La solicitud de orden de captura, la legalización de la captura en flagrancia o captura por orden previa, la imputación de cargos, la solicitud de medida de aseguramiento, la sustitución y revocatoria de esta.

En cuanto al proceso penal norteamericano, según Fierro, H. (2006) “al proceso preliminar también se le conoce como audiencias preliminares, y en algunos Estados como por ejemplo Texas, se les denominan audiencias de causa probable” (p. 115), por cuanto que, son un trámite preliminar que buscan determinar si hay suficiente evidencia o no para acusar y si se da el caso detener preventivamente al indiciado, estas audiencias no son una regla general en todos los Estados, pues cada uno determina los procedimientos pertinentes para desarrollar su etapa previa.

Ahora bien, la audiencia preliminar contemplada en el sistema norteamericano hace las veces de audiencia de formulación de acusación en Colombia y, por ende, “la audiencia preliminar *strictu sensu* del sistema estatal estadounidense no es, por tanto, la misma audiencia preliminar que tiene consagrada el derecho positivo colombiano” (Muñoz., N.2006, p. 157), toda vez que la acusación tiene como finalidad que “el juez examine los medios de prueba que presentan las partes para practicar en su presencia, y decidir si del resultado de los mismos se deducen indicios suficientes para creer que el hecho delictivo acaeció, y que éste se cometió por el imputado” (Gómez J., *et all.* 2013, p. 250).

De presentarse las pruebas suficientes de la comisión de un hecho delictivo, el fiscal debe presentar la acusación formal ante el juez competente; y en caso contrario, debe archivar el proceso por falta de pruebas.

Luego entonces, durante el desarrollo de la audiencia preliminar norteamericana se busca que el juez competente examine y determine si, de acuerdo con la evidencia presentada existe causa probable que permita inferir que el sindicado cometió el delito del cual se le acusa. Por tal razón, no debe confundirse la audiencia preliminar propiamente dicha del sistema penal norteamericano con el conjunto de audiencias preliminares que estableció el legislador colombiano en la fase previa al juicio.

Ahora bien, el que no se desarrollen las mismas audiencias preliminares del sistema penal colombiano en el sistema penal norteamericano, no implica que, no se lleven a cabo procedimientos preliminares o previos a la acusación, en los cuales se afecte la libertad, como ya se ha dicho en el curso del trabajo; pues como afirman los autores Gómez J., *et all* (2013) “la investigación del hecho punible en el proceso penal federal estadounidense la realiza técnicamente la Policía, bajo la batuta del Fiscal, en cuyas manos está la posibilidad de realizar las investigaciones complementarias que desee para preparar la acusación” (p. 184). Nótese que hacen referencia al proceso penal federal, lo que permite deducir que, todos los Estados sin excepción alguna, previo a la acusación deben realizar actos investigativos los cuales, pueden llegar a afectar el derecho fundamental a la libertad, quedando a potestad de cada Estado determinar qué tipo de procedimientos preliminares realizarán para poder acusar, como es el caso del ya mencionado Estado de Texas, el cual contempla una audiencia preliminar para determinar la detención y otra

para establecer causa probable, ambas con posibilidad de afectar la libertad del procesado por medio de la imposición de detenciones o arrestos preventivos.

Establecido en términos generales en qué consiste el proceso preliminar en cada uno de los países en referencia, se procede a explicar los procedimientos preliminares desarrollados en cada uno de estos países y cuáles afectaciones o restricciones existen al derecho fundamental a la libertad.

Proceso Preliminar en el Sistema Penal Acusatorio colombiano.

Audiencia de solicitud de orden de captura

La libertad no es un derecho absoluto y pese a tener el carácter de fundamental, es el que mayor afectación tiene en un proceso penal; por ello, la misma Constitución Política y la Ley consagran ciertos límites, los cuales están contemplados de manera taxativa en el artículo 2º y 295 de la Ley 906 de 2004 y en el artículo 28 de la Constitución política colombiana donde consagra que en principio es en virtud de un mandamiento, expedido por autoridad competente, con las formalidades de ley y por un motivo previamente definido, es decir, una orden de captura que puede afectar válidamente el derecho fundamental a la libertad, orden que en nuestro ordenamiento jurídico se rige por el principio de reserva judicial, toda vez que siempre debe haber un juez competente para emitirla y en este caso lo será el juez penal municipal con función de control de garantías

Ahora bien, para lograr la expedición de una orden de captura el Fiscal debe solicitar la realización de una audiencia preliminar de solicitud de orden de captura ante el juez penal municipal con función de control de garantías, la cual deberá realizarse de manera reservada como lo establece el artículo 155 del C.P.P. puesto que a esta sólo concurre el fiscal que la solicita, “acompañado del servidor de policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o información pertinente que sustente la petición” (Fiscalía General de la Nación, 2009, p. 102).

De igual forma, debe decirse que la solicitud de orden de captura procede siempre que el delito que se investigue consagre una pena mínima de 4 años, que “no se haya podido citar al indagado y que la gravedad y naturaleza del delito hacen que la autoridad judicial deba actuar de inmediato para que cese la acción delictiva o (...) evitando de paso la obstrucción a la justicia” (Sabogal, 2012, p.31).

Durante el desarrollo de esta audiencia el fiscal deberá valerse de testigos, peritos y elementos de conocimiento que tenga, para demostrar al juez que hay un motivo fundado para privar de la libertad a la persona y que la medida es necesaria, adecuada,

proporcional y razonable, esto sin dejar de lado que esta privación de la libertad es cautelar en el sentido que es de carácter provisional.

En cuanto a la necesidad de la captura hay que decir que, en virtud de los artículos 308, 309 y 312 del C.P.P. la captura debe buscar: 1. Asegurar la comparecencia del indiciado al proceso, para informarle sus situación jurídica con la finalidad de que este pueda desplegar todos los medios posibles y ejerza su derecho de defensa, 2. La preservación de la prueba, 3. La prevención de la obstrucción o evasión de la justicia, y 4. La protección de los testigos, del denunciante, y por supuesto de la víctima.

Igualmente, cuando se hace referencia a que esa orden sea adecuada implica que esta debe atender al principio de gradualidad, esto es “(...) establecer las valoraciones particulares del caso y circunstancias relevantes como las condiciones de vida personal, laboral o social del imputado o indiciado, que armonicen con los fines y las funciones que la medida restrictiva esta llamada a cumplir, efectuando valores de suficiencia” (Sabogal, 2012, p.33).

En cuanto a la proporcionalidad “esta atenderá a la naturaleza del delito, su pena y la posible continuidad de la acción delictiva de ahí porque resulta razonable” (Sabogal, 2012. P. 33). Por ende, una vez surtido lo anterior, si el juez encuentra motivada la pretensión de solicitud orden de captura, ordenará emitirla por escrito para que se le envíe al fiscal competente y este disponga de la policía judicial para que la ejecute y registre en su respectivo sistema de información.

Finalmente, la orden de captura en el sistema penal colombiano deberá contener los motivos o causas de esta, la individualización del indiciado, el delito, el nombre del fiscal y el nombre del juez que finalmente decidió emitirla; la misma tendrá una vigencia de un año siendo posible su prorrogación previa solicitud.

Audiencia de legalización de captura.

Otra audiencia preliminar que puede afectar o restringir el derecho fundamental a la libertad es la legalización de captura la cual tiene como característica principal que se lleva a cabo siempre que se presente una de las siguientes situaciones.

En primer lugar, se legaliza la captura cuando se ha afectado previamente la libertad de una persona en virtud de una orden, expedida por un natural. En esta audiencia de control no se va a “verificar si el juez que emitió la orden de captura actuó o no conforme a derecho” (Zapata, 2007, p. 30); sino que, por el contrario, se establecerá si la orden: 1. Está vigente, pues se hizo efectiva dentro del año siguiente a su expedición o posterior a este, siempre que el fiscal haya hecho las respectivas prorrogas; y 2. Que se respetarán y

materializarán todos y cada uno de los derechos del capturado pues a este se le debió indicar la razón o motivo de su captura, la identificación del funcionario que expidió la orden así como el derecho a guardar silencio y a tener un abogado de confianza o uno proporcionado por el Estado de oficio.

Ahora bien, durante el desarrollo de esta audiencia se puede afectar el derecho a la libertad del capturado en la medida en que pueden presentarse varias situaciones:

Si en la audiencia de legalización de captura se demuestra que el procedimiento de aprehensión no cumplió con los requisitos establecidos (por ejemplo, porque no hubo respeto a los derechos del capturado y no se le materializaron), el juez deberá decretar la ilegalidad y otorgar la libertad del capturado de manera inmediata. Caso contrario, si en la audiencia de legalización se concluye que la captura fue legal y conforme a los requisitos de ley pero el delito que la motivó no comporta detención preventiva (por ejemplo porque este no tiene una pena mínima de 4 o más años) el juez deberá “ordenar su libertad, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario” (Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 44); y finalmente, si en la legalización de la captura se determina que esta fue conforme a derecho y el delito que la motivó comporta detención preventiva, el juez deberá impartirle legalidad.

Por otro lado, en la audiencia de legalización el juez debe solicitar al fiscal que presente los elementos materiales probatorios, documentos o testigos en los que sustenta su petición de legalidad. Por tanto, el fiscal podrá “descubrir en ese momento el informe de captura, el acta de derechos del capturado y ofrecer la declaración del agente de policía que realizó la captura” (Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 46) como medios de prueba de la legalidad. Es por ello que, la suscripción de un acta de derechos del capturado, pese a no ser un requisito establecido por la ley procedimental penal, en su artículo 303 del C.P.P. sólo se consagra la obligación de informar los derechos al capturado; sin embargo, se ha protocolizado la comunicación de derechos, al fijar como requisito la suscripción de esta acta, cuestión que no se aplica en el sistema norteamericano, pues se considera que este procedimiento es un acto de mera manifestación y exteriorización de derechos.

Cómo segundo análisis, dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano se establece la obligación de legalizar la captura de todas aquellas personas que han sido aprehendidas en situación de flagrancia, la cual según el art. 301 del C.P.P. se configura cuando ocurren una de las siguientes situaciones fácticas: 1. En el momento en que sorprende a la persona cometiendo el delito y se le aprehende en ese preciso instante; 2. Cuando la persona es sorprendida cometiendo el delito y es aprehendida instantes después por persecución o voces de auxilio de quien presencia el hecho; a este procedimiento la doctrina lo denomina captura por voces de señalamiento; y 3. Sí la persona es sorprendida

y aprehendida en posesión de objetos o elementos, de los cuales se pueda inferir que momentos antes ha cometido un delito o participado en él, a lo anterior la doctrina lo denomina captura inferida, por ejemplo porque se le encontró en posesión del dinero que previamente un tercero había retirado del cajero.

Por otro lado, adicional a las tres causales anteriores, la ley 1453 de 2011 en su artículo 37 modificó el artículo 301 del C. de P. P. consagrando otras dos situaciones en las cuales se puede configurar la flagrancia: 1. Cuando se sorprende a la persona cometiendo un delito en un sitio abierto al público por medio de un dispositivo de grabación o video y es aprehendida inmediatamente. En este punto Sabogal (2012) afirma que la persona es sorprendida cometiendo el delito, pero ya no personalmente sino de manera indirecta mediante estos medios de grabación y se le aprehende momentos después a la comisión del delito; y 2. En el momento en que se encuentra a la persona en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que haya certeza de que el sujeto no tenía conocimiento de la conducta punible, esta última causal se predicó del objeto más no del sujeto quién se presume cometió el delito.

En cuanto a esta modalidad de captura, se ha dicho que el fiscal debe establecer el cumplimiento de los requisitos de la flagrancia los cuales son: 1. La temporalidad del delito, pues es indispensable la actualidad de la comisión de este; 2. La individualización de los autores o partícipes del delito, y 3. La captura o aprehensión física, pues una vez efectuada la aprehensión se hace necesario que la persona sea conducida al juez penal municipal con función de control de garantías; quedando el fiscal en potestad de otorgar o no la libertad al capturado, bajo el compromiso de comparecencia siempre que el procedimiento de captura haya sido conforme a la ley y que el delito por el cual se le capturó no comporte detención preventiva por no cumplir los requisitos del artículo 313 del C.P.P.

Finalmente, una vez efectuada la audiencia de legalización de captura en flagrancia si se determina que este procedimiento preliminar fue ilegal, el juez debe decretar la ilegalidad de este y ordenar la libertad del aprendido de manera inmediata.

En torno a la situación de flagrancia se han suscitado grandes cuestionamientos pues se ha dicho que debe primar la individualización del capturado; por ende, la Corte constitucional ha manifestado que “no se configura la flagrancia cuando ni siquiera es posible individualizar a la persona por sus características físicas y tampoco cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito, pero es capturada mucho tiempo después” (C.C., Sentencia C- 198 de 1997. Colom).

Un ejemplo de individualización del capturado es el proceso SP3623-2017 fallado por la Corte Suprema de Justicia, la cual resolvió el recurso de casación interpuesto por el

defensor del señor Uberly Cantoni contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá que lo declaró culpable del delito de hurto a una panadería, pues agentes de la Policía Nacional lo observaron salir de la ventilación de dicho establecimiento con una caja registradora que contenía la suma de \$406.600 y un teléfono celular.

En la demanda de casación se alude que, los agentes de Policía no cumplieron con el deber de individualizar plenamente al sujeto para posteriormente realizar la captura en flagrancia, estableciéndose los siguientes hechos 1. Al momento de interrogar a la víctima del hurto esta no brindó información suficiente que permitiera inferir que la persona capturada en flagrancia era el mismo Uberly Cantoñi pues la descripción hecha fue demasiado genérica, contextura morena y estatura de 1.70; 2. No se verificó si la persona capturada fue la misma que ingreso al establecimiento y que cometió el hurto; y 3. La sentencia de primera instancia que condenó al señor Uberly sólo tuvo en cuenta los datos de raza, género y estatura, aspectos generales y no específicos, de modo tiempo y lugar de comisión del delito violándose así el principio de razón suficiente.

Con base en lo expuesto, se determinó que un sujeto ingresó a una panadería y se apoderó de ciertos bienes; sin embargo, la persona que hoy es procesada por dichos hechos no pudo consumir el delito sólo por el hecho que varios policías lo capturaron, pues la identidad del procesado y la declaración de la víctima no son razones suficientes que sustentan la existencia de la captura en flagrancia y, por ende, del fallo condenatorio.

Por tanto, la Corte decide que “es notoria la confusión entre la prueba de la identificación e individualización del procesado, y la que demuestra su responsabilidad en una determinada conducta relevante para el derecho penal” (Corte Suprema de justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3623-2017. Rad. 48175, p. 32) en tanto que, el proceso para determinar la identidad plena del procesado es muy diferente al proceso de establecer como prueba que este fue el que cometió el delito en situación de flagrancia, librando a la Fiscalía de la carga de demostrar la identidad del presunto autor del hecho.

Audiencia preliminar de solicitud de medida de aseguramiento

En Colombia previa a la etapa de investigación se lleva a cabo la fase de indagación preliminar, en la cual el fiscal ordena realizar actos de investigación con el propósito de producir elementos materiales de prueba los cuales de ser suficientes para demostrar la existencia de una conducta típica y la identificación del autor o participe en la comisión de un delito dan por terminada la etapa de indagación dando paso a la investigación, la cual inicia con el trámite y realización de la audiencia de formulación de imputación, donde el fiscal posterior a la legalización de la captura y en presencia del juez debe comunicarle al imputado de manera clara, precisa y sencilla los hechos jurídicamente

relevantes del caso que ameritan la comunicación de cargos, explicándole las situaciones de modo, tiempo y lugar en los cuáles se cometió el delito y dándole a conocer que a partir de esta audiencia se le considera imputado por cuanto se le atribuye la posible comisión de un hecho punible.

Posterior a la anterior comunicación el juez penal municipal con función de control de garantías debe preguntar al imputado si acepta o no la comunicación de cargos y, en caso de que lo haga debe velar porque esta sea expresa, libre, voluntaria e informada, caso en el cual, el proceso terminará de manera anormal y el indiciado accederá al beneficio de hasta un 50% de rebaja en la pena o un 12,5% si fue capturado en flagrancia, igualmente el juez podrá imponer la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro, durante los seis meses siguientes a la imputación, como lo establece el artículo 97 del C.P.P.; caso contrario, es decir, si el imputado no acepta el proceso sigue su curso normal.

La medida de aseguramiento tiene como fundamento legal la Constitución Política de Colombia la cual consagra que, el fiscal puede solicitar al juez la imposición de medidas tendientes a garantizar la comparecencia del imputado al proceso penal, la preservación de la prueba y la garantía de la seguridad de la comunidad en especial de la víctima (C.P., 1991, art. 250 No. 1., Colom.) a través de la imposición de medidas de aseguramiento las cuáles se encuentran consagradas en el artículo 307 del C.P.P. y se dividen en: 1. Privativas de la libertad entre las cuáles se encuentran la detención preventiva en establecimiento carcelario y la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado); y, 2. No privativas de la libertad como por ejemplo, la vigilancia por medio de un mecanismo electrónico y la prohibición de salir del país de residencia, entre otras.

En cuanto a la aplicación de la medida de aseguramiento privativa de la libertad la sentencia C-416/ 2016 resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 310 del C.P.P., el cual desarrolla la imposición de la medida de aseguramiento cuando el procesado representa un peligro para la seguridad de la sociedad. Por tal razón, la Corte tuvo la labor de decidir si era conforme o no a derecho el considerar la peligrosidad del procesado como un criterio válido para la imposición de la medida, determinando que la jurisprudencia ya ha sido reiterativa al decir que la libertad no es un derecho absoluto; sino que, por el contrario, está sujeta a restricciones temporales de carácter preventivo, las cuales no pueden ser desbordadas, ya que deben establecerse límites a la restricción de la libertad, pues de no hacerlo, pueden llegar a ser injustas y violatorias del debido proceso. Fundamentado en lo anterior, la Corte decide que las expresiones demandadas del mencionado artículo son constitucionales en la medida en que, la protección a la comunidad implica la prevalencia del interés general y, por tanto, la restricción a la libertad se ve ajustada a criterios como la necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad.

La figura de detención preventiva “es compatible con la Constitución y no resulta contraria a la presunción de inocencia, en cuanto que, precisamente, tiene un carácter preventivo y no sancionatorio” (Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 73). Y es tan compatible con la norma superior, que la misma ley dispone que “la detención preventiva no se reputa como pena; sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena” (Ley 599 del 2000, art. 37, Colom.), entendiéndose, que desde el momento en que se efectúa la aprehensión hasta que se dicte la sentencia condenatoria, se tendrá como parte de la pena.

Para la imposición de esta medida, el fiscal deberá al momento de solicitarla debe cumplir una carga argumentativa que consiste en especificar con claridad la medida que requiere se imponga al imputado, explicando con claridad los motivos de esto y probar el cumplimiento de los requisitos de ley. Ahora, el fiscal deberá probar la existencia de los siguientes aspectos a efectos de imponer la medida.

a) Requisitos objetivos: Hacen referencia a los delitos, frente a los cuales la ley ha establecido procede la detención preventiva, los cuales son:

1. Delitos cuyo juez competente sea el de circuito especializado, 2. Los delitos investigables de oficio, siempre que, la pena mínima prevista por la ley sea o exceda de (4) cuatro años, 3. Los delitos contenidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, siempre que la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes y 4. “Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente” (Ley 906 de 2004, art. 313, Colom.).

Por tal razón, siempre que una conducta delictiva se encuentra dentro del cumplimiento de alguno de los anteriores requisitos objetivos se entiende procedente la medida de aseguramiento. Ejemplo de lo anterior es la conducta típica consagrada en el artículo 103 del Código Penal colombiano el cual estipula que cuando una persona matar a otra incurrirá en pena mínima de 208 meses (17, 3 años) y pena máxima de 450 meses (37,5 años). Dicho monto de la pena permite concluir que la conducta tipificada como homicidio cumple con el requisito objetivo y, por ende, es procedente la detención preventiva.

b) Requisitos Subjetivos: Hacen referencia a la relación que tiene el imputado con el delito que se investiga; es decir, este debe tener participación ya sea como autor o como partícipe siempre que el fiscal lo demuestre, por medio de los diferentes elementos materiales probatorios para así poder inferir razonadamente que el

imputado desarrollo la conducta atribuida. Ahora bien, estos requisitos se encuentran consagrados en la Ley 906 de 2004 en su artículo 318 el cual estipula que, una vez establecida la relación del imputado con el delito, se debe evitar el entorpecimiento a la justicia, garantizar la seguridad de la víctima y la sociedad, y la asistencia del imputado al proceso; razón por la cual, de cumplirse alguno de los anteriores presupuestos resulta procedente la imposición de la medida de aseguramiento, ya que el autor o participe de la conducta al no estar detenido preventivamente puede obstruir la justicia, presentar un riesgo para la víctima o la sociedad o fugarse.

- c) Test de Ponderación: Implica que “la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.” (Ley 906 de 2004, art. 295, Colom.). En este caso el juez debe realizarlo y determinar si la medida de aseguramiento es necesaria, adecuada, proporcional y razonable.

De cumplirse los requisitos objetivos, los subjetivos y el test de proporcionalidad el juez impondrá la medida de aseguramiento solicitada por el fiscal mediante un auto interlocutorio motivado.

Proceso Preliminar en el Sistema Penal Acusatorio norteamericano.

En cuanto al sistema penal norteamericano ya ha quedado claro que este ordenamiento jurídico no tiene el mismo concepto que el colombiano en cuanto a las audiencias preliminares, pues esta se asemeja a la formulación de acusación. Sin embargo, ello no implica que el proceso penal norteamericano no cuente con una fase previa o investigativa, por el contrario, la tiene, pero ésta no se desarrolla de manera igualitaria en todos y cada uno de los Estados de la Unión Americana; pues se ejecuta con base en la normatividad estatal vigente en cada uno de sus Estados. Ahora bien, “a pesar de la existencia de los 50 sistemas estatales distintos, hay un estándar mínimo federal para los derechos de los inculcados en los procesos estatales” (Cassel, s.f., p. 352). Lo anterior implica que, el tratamiento de derechos constitucionales federales debe ser respetados por los Estados y que existe un proceso federal estándar o base del cual se deben guiar cada uno de los miembros de la Unión Americana.

Ahora bien, en cuanto al proceso preliminar norteamericano se ha dicho lo siguiente.

(...) para llegar a acusar es preciso que se realicen una serie de actuaciones previas. En primer lugar, los actos de investigación dirigidos a la búsqueda y obtención de aquellos medios de prueba de los que se puedan deducir las circunstancias del hecho delictivo, que permitan averiguar quién es el presunto

responsable del mismo. En segundo lugar, obtenidos aquéllos, el Fiscal deberá someterlos al examen de un Juez o Gran Jurado, que es el órgano legitimado para decidir si de la prueba presentada por el Fiscal se deducen indicios racionales de criminalidad en contra del imputado que permitan seguir con el procedimiento acusándole, y en su caso realizar la vista oral (Gómez J., *et all*, 2013, p. 185).

En la fase investigativa norteamericana no existe en *strictu sensu* un desarrollo de audiencias preliminares; sino por el contrario, el fiscal y la policía desarrollan actuaciones tendientes a obtener elementos de prueba que den cuenta de la existencia de un hecho delictivo y del presunto responsable de este, pudiendo afectar la libertad de la persona.

Igualmente, como afirman Gómez J., *et all* “el procedimiento preliminar es la fase anterior al juicio. En ella tiene lugar la investigación de hechos presuntamente delictivos (...). Eventualmente, puede intervenir un órgano jurisdiccional con el fin de adoptar medidas cautelares o de autorizar actos de investigación” (2013, p. 187)

Ahora bien, la fase investigativa “no cuenta con un procedimiento formal y plenamente establecido; sin embargo, ello no implica que la captura o el *arrest* no tenga unos límites, restricciones y reglas para llevarla a cabo” (Muñoz, 2006, p. 135), esto, por cuanto que, la legislación norteamericana también toma en cuenta que la limitación a los derechos se debe realizar con arreglo al cumplimiento de la constitución federal y de las normativas estatales, pues no es concebible el uso de procedimientos arbitrarios para afectar la libertad y cualquier otro derecho. Lo anterior implica que, el sistema penal norteamericano también desarrolla un procedimiento preliminar al juicio en donde se afecta la libertad, el cual se ejecuta de manera similar al colombiano.

Los actos de investigación realizados con anterioridad al arresto del sospechoso pueden ser ejecutados tanto por el fiscal como por la policía, ya sea actuando de manera conjunta o separada; incluso, se contempla la posibilidad de que el fiscal determine que el Gran Jurado pueda obrar como órgano investigador, cuestión que no se presenta en Colombia pues con la expedición del Decreto 1861 de 1989 se derogó el artículo 306 del Decreto 50 de 1987 (antiguo código de procedimiento penal) el cual consagraba lo relativo a los juicios con jurado.

En cuanto a la afectación a la libertad en el sistema penal norteamericano, uno de los procedimientos que más afectan este derecho es la detención o el arresto, el cual resulta necesario para continuar con el curso del proceso y acusar formalmente al posible responsable de la conducta delictiva; sin embargo, esta detención puede llevarse a cabo en virtud de una orden judicial o sin esta, siempre que se realice conforme a lo consagrado en la Constitución de Filadelfia.

Por otra parte, previo al desarrollo de los diferentes actos que afectan el derecho a la libertad, el que Estados Unidos sea un sistema federal, le otorga a cada Estado la potestad de dictar sus propias leyes y procedimientos; sin embargo, como afirma Méndez L, (2007) el procedimiento penal norteamericano guarda cierta uniformidad, en la medida en que, los Estados tienen un procedimiento estándar y base, a partir del cual deben guiarse para establecer los procedimientos particulares para cada uno de los miembros de la Unión Americana (p. 141), pues pese a la existencia de 50 Estados hay un estándar mínimo en cuanto a tratamiento de derechos se refiere.

Detención con orden de arresto

Cómo afirma Gómez J., *et all* “es en el procedimiento preliminar en dónde se practica la detención del sospechoso de haber cometido un delito” (2013, p.188), en la medida en que, la IV enmienda de la Constitución de Filadelfia consagra que las aprehensiones deben realizarse en virtud de una orden con motivos probables o razonables indicando expresamente quienes van a ser arrestados. De allí que, la primera forma de afectar válidamente el derecho fundamental a la libertad sea por medio de una orden de arresto o como se conoce en nuestro ordenamiento jurídico una orden de captura.

Ahora, en la fase preliminar norteamericana, la orden de arresto no es discrecional, sino por el contrario es reglada y dependerá de cada legislación estatal establecer cuáles requisitos o formalidades deberá cumplir dicha orden para que se considere legal y constitucional.

La organización federal de Estado Unidos hace necesario referirse al *Federal Rules of Criminal Procedure* cuya traducción textual sería Reglas Federales de Procedimiento Criminal con actualización del año 2016 las cuales en materia de arresto y detención afirman que deberá emitirse orden de aprehensión siempre que, exista causa probable de la comisión del delito y de la persona que se cree lo cometió.

De igual forma, la precitada regla federal consagró que todas las órdenes de arresto deben contener “el nombre del acusado o la descripción de este para identificarlo plenamente, la ofensa o felonía que cometió, la indicación de que posterior al arresto debe ser llevado ante un magistrado, juez estatal o local sin demora innecesaria y la firma del juez” (*Federal Rules of Criminal Procedure*, 2016, p. 3).

Lo anterior, guarda similitud con la normativa penal colombiana en concreto con el artículo 298 del C.P.P. el cual consagra que la orden de captura en términos de contenido deberá limitarse a indicar los hechos que motivaron la captura, individualización del sospechoso o indiciado, el delito del cual se le acusa y la determinación del juez y fiscal que conduce la investigación.

Tanto las reglas federales como las normas estatales consagran ciertos requisitos para la expedición de una orden de arresto, entre ellas la individualización de la persona, la orden de aprehenderla y la firma del juez que la emitió; sin embargo, no se hace referencia a la vigencia de esta, es decir, no hay pronunciamiento alguno sobre su término de validez.

Ejemplo de lo anterior, es el *Florida Criminal Procedure* el cual consagra que:

Regla 3.121. Orden de arresto

(A) *Emisión.* -Una orden de arresto, cuando se emita, deberá:

- (1) Ser por escrito y en nombre del Estado de Florida;
- (2) Establecer sustancialmente la naturaleza del delito;
- (3) Ordenar que la persona contra quien se hizo la queja sea arrestada y llevada ante un juez;
- (4) Especificar el nombre de la persona a ser arrestada o, si el nombre es desconocido para el juez, designar a la persona por cualquier nombre o descripción por la cual puede ser identificada con certeza razonable;
- (5) Indicar la fecha en que se emitió y el condado donde se emitió;
- (6) Estar firmado por el juez con el título de la oficina; y
- (7) En todos los delitos que se pueden cancelar por derecho, se endosará con el monto de la fianza y la fecha de regreso.

(B) *Enmienda.* - No se desestimarán ninguna orden de arresto ni se dará de baja a ninguna persona bajo custodia debido a cualquier defecto que se forme en la orden; pero la orden puede ser enmendada por el juez para remediar tal defecto. (Florida Rules of Criminal Procedure, Rule 3.21., Estado de la Florida, USA.)

De igual forma, siempre que un policía pretenda obtener una orden de arresto “tendrá que justificar ante el Juez en su solicitud de orden de detención, que existen indicios racionales para creer que la persona a quien se quiere detener es la presunta responsable del hecho criminal acaecido. Estos indicios son denominados en terminología anglosajona *Probable Cause*” (Gómez J., *et al*, 2013, p. 222).

En cuanto al procedimiento posterior al arresto, la Suprema Corte de Estados Unidos en el año de 1996 en el caso *Miranda vs. Arizona*, resolvió el caso del señor Ernesto quién fue arrestado sin previa orden al ser identificado por una persona como el autor de una violación, a este se le aisló en una comisaría de policía e interrogó por varias horas, hasta que finalmente obtuvieron su confesión; sin embargo, nunca se tuvo certeza si la policía le informó de los derechos que le asistían o si se le coaccionó para obtener la confesión de culpabilidad.

Debido a lo anterior, la Suprema Corte determinó que, los individuos que estén bajo arresto tienen ciertos derechos que deben ser explicados previo a la realización de cualquier interrogatorio. Por ello, el procedimiento posterior a la detención está diseñado con la finalidad de proteger el derecho de la Quinta Enmienda a no ser incriminado, lo que implica que, una vez se arresta a la persona, se está en la obligación de informarle que tiene derecho a guardar silencio pues cualquier manifestación que haga puede ser usada en su contra durante un juicio, igualmente tiene derecho a consultar un abogado y en caso de no contar con recursos el Estado le designará uno.

Ello implica que, en el sistema penal norteamericano la materialización de los derechos del capturado es un acto de comunicación, en el cual el oficial de policía que arresta a la persona le debe comunicar y materializar los derechos que le asisten.

Para finalizar una vez efectuada la captura “y antes de que el detenido sea puesto a disposición del Juez, el Fiscal recibe el arrestado, de forma que es él quien pone en conocimiento del Juez la denuncia que contiene los hechos que se imputan al detenido” (Gómez J., *et al*, 2013, p. 272), cuestión que ocurre de manera similar en el ordenamiento jurídico colombiano, pues como ya se ha dicho posterior a la captura, esta debe legalizarse para proceder con la comunicación de cargos y la solicitud de la medida de aseguramiento.

Primera comparecencia ante el magistrado o “First apprerance”

Cuando se ha aprehendido a una persona en virtud de una orden de arresto la quinta regla federal establece que “es obligación de la autoridad llevar al capturado ante un magistrado cuanto antes, generalmente en un término de 24 a 48 horas” (Federal Rules of Criminal Procedure, 2016, p. 6), para que se surta la *Initial Appearance* y se verifique el procedimiento de detención estableciéndose sí aún persisten las situaciones fácticas que motivaron el arresto. De igual forma, durante el desarrollo de esta primera comparecencia el capturado recibe información sobre los hechos que se le imputan, los derechos que le asisten y en caso de que no tenga recursos se le asigna un abogado de oficio.

Esta *Initial Appearance* es el control posterior al arresto con previa orden, pues al haberse afectado la libertad, el juez deberá examinar si esta se realizó conforme a la normativa del Estado en el cuál se efectuó la captura y sí se respetaron y materializaron los derechos consagrados en el caso *Miranda vs. Arizona* de 1996, pues caso de que el procedimiento de arresto no haya cumplido con esto, debe el juez decretar la ilegalidad del procedimiento y ordenar la libertad inmediata del aprehendido; caso contrario, decretará la legalidad y continuará con el trámite del proceso.

Detención sin orden de arresto

En cuanto a la expedición de una orden de arresto, “la regla general, en tratándose de delitos es que esa orden no se requiere, si la policía tiene causa probable que le permita inferir que el sospechoso a cometido un crimen” (Muñoz, 2006, p. 139). Por esta razón, se afirma que la causa probable es un nivel de certeza aún mayor que la simple sospecha en el cual el policía tiene plena seguridad de que una persona ha cometido o está cometiendo un delito, y dicha situación es lo que motiva su arresto. Así por ejemplo “(...) un oficial de policía puede detener a una persona sin auto de detención o mandamiento de arresto cuando estima que hay un motivo razonable para pensar que la persona ha cometido un delito mayor” (Fierro, 2006, p.114).

En caso de que el delito cometido sea menor¹, el arresto se puede efectuar sin previa orden cuando medien situaciones de flagrancia como por ejemplo el sorprender a una persona conduciendo en estado de embriaguez.

De igual manera, para que se configure la llamada causa probable se hace necesario que el oficial de policía constate la existencia de un delito y que la persona a detener efectivamente sea la sospechosa de la comisión de este. Sin embargo, como afirma el Tribunal Supremo Federal norteamericano en el caso *Illinois vs. Gates* citado por Gómez J., *et all* (2013)

(...) la causa probable es un concepto incierto —fruto de la afirmación de probabilidades en ciertos contextos concretos— nada fácil, o incluso útil, reducido a un conjunto ordenado de principios jurídicos. Sin duda, las pistas de los informantes tienen su origen en muchas formas y en muchos tipos diferentes de personas. (p. 225).

El precitado texto permite afirmar que, la aplicación de la causa probable está sujeta a la veracidad de aquellas afirmaciones de posibles probabilidades de ocurrencia de un delito y estas no pueden reducirse a testigos de oídas o aseveraciones sin fundamentos algunos. Prueba de esto es el caso *Draper v. United States* del año de 1959 también retomado por Gómez J., *et all* (2013) en el cual se determinó que uno de los informantes del FBI nunca dijo como obtuvo la información en la cual se afirmaba que el señor Draper había estado en Chicago el día anterior y que iba a regresar a Denver en tren con tres onzas de heroína. Por tal razón, el juez, al momento de analizar la fiabilidad de la información, determinó

¹ Por delito menor debe entenderse las llamadas felonías. Generalmente tienen como sanción multas o penas de hasta un año de cárcel.

que en este caso al no poder establecer la procedencia se dudaba de su veracidad y certeza pues esta se pudo haber obtenido de una simple conversación entre vecinos.

Ahora, en cuanto a la detención o arresto sin previa orden y la causa probable, es pertinente traer a colación el caso Terry v. Ohio de 1968, en el cual un oficial de policía que patrullaba una zona decide registrar y posteriormente arrestar a dos sujetos que se encontraban observando constantemente un establecimiento de manera sospechosa pues del registro realizado por el policía se encontraron dos armas de fuego. Ello causó gran controversia pues se planteó si era conforme a derecho o no afectar los derechos contemplados en la Enmienda IV sin mediar una causa probable.

Con base en lo anterior, la Suprema Corte de los Estados Unidos decide que

Cuando un oficial justifique razonablemente que su seguridad o la de los demás está en peligro, puede hacer una búsqueda razonable de las armas de la persona que cree que está armada y es peligrosa [392 US 1, 3] independientemente de si tiene una causa probable para arrestar a esa persona por delito o la certeza absoluta de que la persona está armada. (Terry v. Ohio de 1968, p. 20-27).

De allí que, inclusive cuando no medien situaciones de causa probable, no siempre se puede seguir el procedimiento estándar, pues hay ocasiones en las cuales no es posible solicitar la orden de arresto y registro, o esperar a que se presenten las situaciones de causa probable, por tal razón es viable que un oficial realice búsquedas y detenciones con el fin de garantizar su seguridad y la de la comunidad.

Finalmente, el fallo del caso Maryland v. Pringle del año 2003 estableció que la esencia de todas las definiciones de causa probable es el motivo razonable para creer en la culpa, y que la creencia de la culpa debe ser particularizada en relación con la persona que deba ser registrada o asegurada.

Audiencia Gerstein

En caso de no presentarse la flagrancia “no es requisito *sine qua non* la orden de captura, pues al arrestado sin orden previa sigue, necesariamente un control judicial del mismo. En otras palabras, antes o después del arresto el control judicial es ineludible” (Muñoz, 2006, p. 146).

Esta audiencia es producto del fallo Gerstein vs. Pugh del año de 1975 en el cual el Tribunal Supremo Federal Norteamericano decidió que siempre que una persona se haya detenido sin previa orden judicial debe ser llevado ante el juez dentro de las 48 horas siguientes a la aprehensión para que se determine si hay causa probable que permita

prolongar su detención y por ende afectación a su derecho a la libertad. Y es que se justifica la realización de este control posterior en la medida en que, como afirman Gómez J., *et al*, (2013) al citar el histórico fallo de 1975:

El que mantengamos que la afirmación por el Fiscal de una causa probable no es por sí suficiente para justificar una limitación a la libertad del sujeto estando pendiente el proceso, no implica que el acusado tenga derecho al control judicial o revisión de la decisión de acusar (P. 193).

La audiencia *Gerstein* no se requiere “en los casos en que una determinación de la causa probable ya haya sido realizada al promulgarse una orden de detención (o en el caso en el que el detenido haya sido acusado por un Gran Jurado con anterioridad a la detención)” (Jerold, I, King, N. & Kamisar, Y. 2012, p. 67). Por ende, este control se lleva a cabo sólo si el arresto se efectuó sin previa orden judicial, con la finalidad de controlar e impartir legalidad al procedimiento de arresto.

En cuanto a los delitos menores, el arrestado tiene derecho a pagar una fianza (*bail*), para obtener la libertad provisionalmente mientras se adelantan las demás etapas del proceso. Esta audiencia para fijar fianza o bail hearing tiene como particularidad que se realiza posteriormente a “la lectura de la acusación o a la primera comparecencia, a menos que el inculcado haya pagado la fianza en la comandancia de policía” (Fierro, 2006, p. 128).

De otorgarse la fianza el juez debe firmar los términos de esta, estableciendo, por ejemplo, la prohibición de acercarse a la víctima o de salir de la ciudad, pues de incumplirse estas condiciones el juez tiene toda la potestad de aumentar el valor de la fianza o para poner a la persona bajo custodia de nuevo.

Con relación a la comparecencia inicial y la Audiencia Gerstein varios autores afirman que son un doble control al arresto; sin embargo, debe aclararse que

“(…) si el capturado ha sido arrestado sin previa orden, justamente en esta primera comparecencia tiene lugar la llamada audiencia Gerstein. Pero sí ha existido una orden previa de captura (...) y, por ende, no ha sido necesario celebrar la audiencia Gerstein, entonces el *First Appearance* tendrá lugar, de todas maneras, para los propósitos indicados. Lo que se quiere es aplicar el principio de control judicial vale decir, que siempre que una persona sea capturada, exista luego una vista judicial” (Fierro, 2006, p. 151)

Por otro lado, en cuanto a la detención o arresto el Estado de California, este establece que:

Capítulo 5. Detención, por quién y cómo se hizo [833 - 851.92] (Capítulo 5 promulgado en 1872.)

841. La persona que realiza el arresto debe manifestarle al aprehendido los motivos del arresto y su autoridad para hacerlo, excepto cuando la persona que la realiza tiene una causa razonable para creer que la persona a ser arrestada está realmente involucrada en la comisión de una ofensa, o la persona que se arrestó fue perseguida inmediatamente después de su comisión, o después de una fuga.

La persona que realiza el arresto debe, a solicitud de la persona que está arrestando, informar a este último del delito por el cual está siendo arrestado. (Código Penal de California. Sección 841).

Esto guarda similitud con la audiencia de legalización de captura en el Estado colombiano por cuanto que, al momento del arresto o captura se deben garantizar los derechos al capturado, entre los cuales se comprende, informarle el motivo de su captura y el funcionario que la ordena.

Otro Estado que contempla la detención sin orden de arresto es Texas, el cual en su código penal capítulo 14 denominado “*arrest without warrant*” permite el arresto sin orden previa siempre y cuando la persona aprehendida haya cometido una felonía o delito en su presencia o cuando se cumplan las siguientes situaciones fácticas:

1. Personas que se encuentren en un lugar sospechoso y bajo circunstancias que muestren razonablemente que han cometido algún delito.
2. Personas que probablemente hayan cometido una lesión corporal a alguien.
3. Personas de las cuales el oficial tenga causa probable que cometieron una felonía que involucre violencia intrafamiliar.

Las anteriores son las tres primeras situaciones fácticas que contempla el artículo 14.03 del Código Penal de Texas, pues como se observa, a diferencia de los demás Estados, Texas contiene una lista taxativa de las razones por las cuales se puede privar de la libertad sin orden previa, dejando en claro en cuáles casos procede la afectación al derecho fundamental a la libertad cuestión que no ocurre en Estados como la Florida y California.

En cuanto al Estado de Oklahoma su Criminal Procedure titulo §22-187 determinó que el arresto lo puede realizar un oficial bajo orden judicial o sin esta estableciendo que:

Si la ofensa acusada es un delito grave, el arresto puede hacerse cualquier día y en cualquier momento del día o de la noche. Si se trata de un delito menor, el

arresto solo podrá realizarse en el lapso de las seis de la mañana y las diez de la noche, inclusive, salvo que el juez apruebe la orden; de lo contrario, siempre que el demandado se encuentre en un lugar público o en una vía pública, se puede hacer un arresto con una orden que acusa a un delito menor en cualquier momento del día o de la noche. (Oklahoma Statutes Title 22. Criminal Procedure §22-189.

Esto es algo novedoso, pues es de los pocos Estados que establece horarios para la limitación a la libertad, cuestión que en el sistema penal colombiano no se observa, pues la normativa penal no estableció horarios para efectuar la captura por la comisión de cualquiera de los tipos penales contemplados en el código.

Respecto a la detención sin orden previa Oklahoma reitera lo establecido por otros Estados, pues su código penal establece que un oficial de paz puede, sin una orden, arrestar a una persona cuando esta:

Cometa una ofensa pública en su presencia, cuando el delito que cometa sea grave, cuando medie una causa probable, cuando medie una causa probable para creer que la parte conducía o tenía el control físico real de un vehículo automotor involucrado en un accidente dentro de este estado, ya sea en vías públicas, carreteras, calles, autopistas, otros lugares públicos o cualquier otro carretera privada y cuando el oficial tiene una causa probable para creer que la persona ha amenazado a otra persona. (Oklahoma Statutes, 2014, Title 22. Criminal Procedure §22-196).

Este código estatal al igual que el de Texas contempla una situación que los demás Estados no tienen, y es el establecimiento de una o varias conductas constitutivas del arresto sin orden previa, cuestión que es relevante y se asemeja a las causales taxativas indicadas por el código de procedimiento penal colombiano.

Para concluir, se cita el *Criminal Procedure* del Estado de New York el cual en su parte 2 título H artículo 140.10 se refiere al arresto sin previa orden y mantiene lo estipulado por los demás Estados, pues reafirma que este es válido siempre que la persona a quien se vaya a arrestar cometa una felonía en presencia del oficial o cuando haya causa razonable de la comisión de un delito ya sea por estar en presencia de un posible acto criminal o porque tuvo conocimiento del hecho siempre que esta sea veraz y suficiente para justificar el arresto.

Como se observó, el sistema penal acusatorio norteamericano cuenta con una etapa preliminar en la cual se puede afectar válidamente el derecho fundamental a la libertad en virtud de una orden de arresto, en virtud de la denominada causa probable y cuando se sorprende a la persona en flagrancia. Adicionalmente, quedó claro que, de presentarse

el arresto de una persona sin mediar orden previa, se debe someter esta actuación a control judicial en la denominada audiencia Gerstein.

Conclusiones

Según lo expuesto a lo largo de este texto se puede concluir que:

- Durante el desarrollo del proceso preliminar colombiano y norteamericano es válida la afectación a la libertad y sus fundamentos se encuentran respectivamente en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia y en la IV enmienda, las cuales consagran la posibilidad de restringir la libertad siempre que medie una orden previa, por motivos razonables y expedida por autoridad competente.
- El debido proceso, tiene un desarrollo y procedimiento en cada uno de los sistemas procesales penales. Así por ejemplo en el sistema penal colombiano la sentencia C-496/2015 establece que, desde el desarrollo del proceso preliminar la afectación a la libertad debe estar sujeta a las reglas del debido proceso; cuestión que, no ocurre en el sistema penal norteamericano pues a partir del caso *Hurtado vs California* no todas las garantías procesales que contempla la Constitución de Filadelfia tienen aplicación inmediata a través de su enmienda XIV, razón por la cual se debe estudiar cada caso y determinar cuáles son aplicables directamente a los procesos federales, fijándose que tanto el debido proceso como la libertad no se consideren derechos fundamentales en sí mismos.
- Durante el desarrollo de la fase preliminar colombiana se puede afectar la libertad, y para ello se consagran una serie de audiencias preliminares, las cuáles se deben realizar ante el juez penal municipal con función de control de garantías con la finalidad de ordenar, verificar, decidir y controlar todas las actuaciones investigativas que traigan consigo la afectación de derechos fundamentales.
- Las audiencias preliminares colombianas que pueden afectar el derecho a la libertad son la solicitud de orden de captura, el control posterior a la captura la solicitud de imposición de medida de aseguramiento entre otras.
- En el sistema norteamericano la audiencia preliminar se asemeja a la audiencia de formulación de acusación colombiana; sin embargo, Estados Unidos contempla varios procedimientos previos con los cuales es posible restringir la libertad del procesado, como, por ejemplo, la detención con orden de arresto, la detención sin orden de arresto, la *Initial Appearance* o primera comparecencia y la audiencia Gerstein.

- En Colombia para la solicitud de orden de captura el fiscal deberá valerse de todos los elementos de prueba que presentará el investigador de policía judicial, para demostrar que hay un motivo fundado para afectar la libertad a la persona y que esta medida resulta necesaria, adecuada proporcional y razonable.
- La orden de arresto en el sistema norteamericano es muy similar a la orden de captura colombiana en términos de contenido, finalidad y en lo relativo al principio de reserva judicial, en la medida que en el ordenamiento jurídico colombiano el competente para expedirla es el juez penal municipal con función de control de garantías, mientras que, en el norteamericano es el juez local, estatal o el magistrado según sea la jurisdicción.
- Estados Unidos les permite a los oficiales de policía solicitar las órdenes de arresto siempre que justifiquen ante el juez los motivos de la aprehensión y la llamada causa probable; lo anterior sin duda, es una gran diferencia con el sistema colombiano, pues en esta solicitud queda reservada a la órbita competencial del fiscal del caso.
- En el sistema norteamericano las reglas procedimentales federales en materia criminal definen las normas bases del proceso penal y establecen que siempre que se efectuó un arresto con previa orden es necesario definir e identificar plenamente la persona a arrestar, el motivo del arresto y el funcionario que la expide, cuestión que es similar con el proceso de expedición de la orden de captura colombiana.
- La audiencia de control de legalidad de la captura en el ordenamiento penal colombiano tiene como finalidad determinar si la aprehensión realizada en virtud de una orden de captura o en situación de flagrancia fue ejecutada conforme a derecho, si se respetaron y materializaron los derechos del capturado y determinar el cumplimiento o no los presupuestos de la flagrancia, quedando el juez penal municipal con función de control de garantías facultado para determinar la legalidad o no de la misma; pues de haber sido ilegal el procedimiento de captura o de haberse capturado por un delito que no comporte detención preventiva, deberá el juez decretar la ilegalidad del procedimiento y ordenar la libertad del aprehendido.
- En el sistema penal norteamericano posterior a la captura, la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Miranda vs Arizona* determinó que una vez arrestada a la persona y previo al interrogatorio se deben comunicar los derechos al

arrestado, pues lo que se busca con ello es proteger el derecho consagrado en la Quinta enmienda relativo a la no incriminación ya que ella tiene derecho a guardar silencio pues cualquier manifestación que haga puede ser usada en su contra; sin embargo, este acto es de mera comunicación y no como ocurre en el sistema colombiano un acto protocolizado pues es necesario suscribir un acta de derechos del capturado la cual se debe presentar en la audiencia de legalización de la captura.

- Efectuado el arresto, la quinta regla federal consagra que, se debe llevar al capturado ante un magistrado dentro de las 48 horas siguientes a su aprehensión, para que se surta la *Initial Appearance* y verificar si aún persisten los motivos que dieron origen a la captura y si el procedimiento de detención cumplió con los requisitos de legalidad. Esta audiencia sólo se lleva a cabo si la captura se efectuó previa orden de arresto, pues de no mediar orden previa o en caso de que se presente la flagrancia el fiscal debe llevar al aprehendido ante el magistrado ya no para que se surta la *Initial Appearance*; sino para que se surta la audiencia Gerstein.
- La audiencia de control posterior al arresto sin previa orden, es producto del fallo Gerstein vs. Pugh en el cual el Tribunal Supremo Federal Norteamericano estableció la necesidad de someter a control posterior los arrestos sin previa orden, para determinar si hay causa probable que haga necesaria prolongar su detención; sin embargo, dicha audiencia no será necesaria siempre que la captura se haya efectuado con previa orden, pues en la audiencia para solicitar la orden de arresto ya se estableció la causa probable y por ende ya se entiende necesaria la afectación de la libertad.
- En cuanto a la detención sin previa orden, el caso Terry vs Ohio de 1968 estableció que, cuando se surte la detención y no se evidencia un caso de flagrancia no es un imperativo que siempre medien situaciones de causa probable, pues puede ocurrir que se presenten casos en los cuales un oficial debe proteger la seguridad de la comunidad o la suya, lo que impide a este el esperar a que se configure la existencia o no de una causa probable y la expedición de una orden de arresto.
- La captura en flagrancia en el sistema penal colombiano y en Estados como el de Texas se configura siempre que se presenten las causales taxativas establecidas por la ley y citadas en este trabajo; mientras que en el ordenamiento jurídico norteamericano en Estados como el de California, Oklahoma y Nueva York no establecen causales taxativas de la flagrancia, por lo que, se entiende que el

arresto de una persona sin previa orden se puede efectuar en el momento de la comisión de un delito o instantes después siempre que un oficial o un tercero hayan presenciado el hecho.

- Estados como el de Oklahoma contemplan en sus reglas procedimentales la posibilidad de realizar los arrestos en ciertos horarios dependiendo del tipo de delito; así pues, si el delito cometido es una felonía o delito menor el arresto debe realizarse de día siendo esto entre las seis de la mañana y las diez de la noche; caso contrario, si el arresto es por la comisión de un delito mayor o en un lugar público, el arresto podrá llevarse a cabo en cualquier momento ya sea día o noche.
- La solicitud de captura o arresto es reservada en ambos sistemas y debe responder a ciertos requisitos para su expedición como por ejemplo motivos fundados, ser ordenada por el funcionario competente, tener vigencia y ejecutarse conforme a la ley.
- La imposición de la medida de aseguramiento tiene como sustento el artículo 250 de la Constitución Política y su objetivo es garantizar la comparecencia del imputado al proceso, la preservación de las pruebas o la protección de las víctimas según sea el caso, para lo cual el fiscal puede solicitar la respectiva medida siempre que esta cumpla, los requisitos objetivos, es decir, que el delito por el cual se solicita medida de aseguramiento este contemplado por la ley y pueda aplicarse, por ejemplo por tener una pena mínima mayor a 4 años; los requisitos subjetivos, los cuales hacen referencia a que el imputado debe ser autor o participe del delito que se investiga; y el test de ponderación, el cual busca que la medida a imponer sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable; de no cumplirse, no se impondrá.
- Finalmente, sistema penal norteamericano no consagra ninguna medida de aseguramiento, pero sí consagró la posibilidad de obtener la libertad por medio de una fianza o bail después de surtida la audiencia Gerstein o la *Initial Appearance* siempre que, el hecho sea una felonía o delito menor; *sin embargo*, esta figura no se encuentra contemplada en Colombia, razón por la cual no es posible obtener la libertad bajo fianza.

Referencias

Constitución de los Estados Unidos de América. Enmienda XIV de 1868. Septiembre 17 de 1787. (Estados Unidos).

Corte Suprema de justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3623-2017. Rad. 48175. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Corte Constitucional Colombiana [C.C.], enero 12, 1993, M.P. J. S. Greiffenstein, Sentencia T- 001/1993, [Colom.].

Corte Constitucional Colombiana [C.C.], octubre 24, 1994, M.P. J. A. Mejía, Sentencia T- 454/1994, [Colom.].

Corte Constitucional Colombiana [C.C.], abril 17, 1997, M.P. F. M. Diaz, Sentencia C- 198/1997, [Colom.].

Corte Constitucional Colombiana [C.C.], marzo 15, 2005, M.P. J. A. Rentería, Sentencia C- 237/ 2005, [Colom.].

Corte Constitucional Colombiana. [C.C.], agosto 05, 2015, M.P. J. I. Pretelt, Sentencia C- 496 de 2015. [Colom.].

Corte Constitucional Colombiana. [C.C.], agosto 31, 2016, M.P. L. E. Vargas, Sentencia C- 469 de 2016. [Colom.].

Fierro, H. (2006). Sistema Procesal de Estados Unidos, guía elemental para su comprensión. Bogotá: Ibáñez.

Gómez J., Mungo W., Esparza L., Beltrán M., Pérez cebadera, Gánem H. & Planchadell G. (2013). Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica. [Versión Tirant biblioteca virtual]. Recuperado de: <http://biblioteca.tirant.com.sibulgem.unilibre.edu.co:2048/cloudLibrary/ebook/info/9788490336656>

United States Congress. (2016). Federal Rules of Criminal Procedure. Recuperado de: <https://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2013/07/Criminal2016.pdf>

Fiscalía General de la Nación. (2007). Las Audiencias Preliminares en el Sistema Penal Acusatorio [Versión Fiscalía General digital]. Recuperado de:

<https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/LasAudienciasPreliminare senelSistemaPenalAcusatorio.pdf>

Fiscalía General de la Nación. (2009). Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano [Versión Fiscalía General digital]. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>

Méndez L, (2007). Los principios del proceso penal estadounidense y el caso de Michael Jackson. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3997657.pdf>

Muñoz, N. (2006). Sistema penal acusatorio de Estados Unidos. Bogotá: Legis

New York Laws CPL - Criminal Procedure (2014). Part 2 - The principal proceedings title H - preliminary proceedings in local criminal COURT Article 140.10 - Arrest without a warrant; by police officer; when and where authorized. Recuperado de: <https://law.justia.com/codes/new-york/2014/cpl/part-2/title-h/article-140/140.10/>

Oklahoma Statutes. (2014) Title 22. Criminal Procedure. §22-196. Arresto sin orden judicial por oficial. Recuperado de: <https://law.justia.com/codes/oklahoma/2014/title-22/section-22-196/>

Penal code – PEN Part 2. of criminal procedure [681 - 1620]. Chapter 5. Arrest, by Whom and How Made [833 - 851.92]. Recuperado de: http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=PEN§ionNum=841.&highlight=true&keyword=arrest

Sabogal, M. (2012). Las Audiencias preliminares en el nuevo sistema penal acusatorio. Bogotá: Ibáñez.

Texas Code of Criminal Procedure. (2005) Chapter 14. Arrest without warrant. Recuperado de: <https://law.justia.com/codes/texas/2005/cr/001.00.000014.00.html>

Zapata, C. (2007). Las audiencias preliminares del nuevo sistema penal acusatorio. Bogotá: Señal Editora

Constitución Política de Colombia [C.P.]. Art. 250 No. 1. Julio 7 de 1991 (Colom.).

Colombia. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Septiembre 01 de 2004. D.O. núm. 45.658

Cassel, D. (n.d.). El sistema procesal penal de Estados Unidos. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1655/10.pdf>

Florida Rules of Criminal Procedure, Rule 3.21., Estado de la Florida, USA. Recuperado de: <https://floridarules.net/florida-rules-of-criminal-procedure/>

Jerold, I, King, N. & Kamisar, Y. (2012). Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. [Versión Tirant biblioteca virtual]. Recuperado de: <http://biblioteca.tirant.com.sibulgem.unilibre.edu.co:2048/cloudLibrary/ebook/info/9788490335437>