

VALIDEZ DE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO COMO REQUISITO DE EMPLEO EN EL CAMPO DE LA VIGILANCIA Y LA SEGURIDAD PRIVADA

**VALERIA ANDREA HERNÁNDEZ LÓPEZ
JOHN WALKER ARANGO**

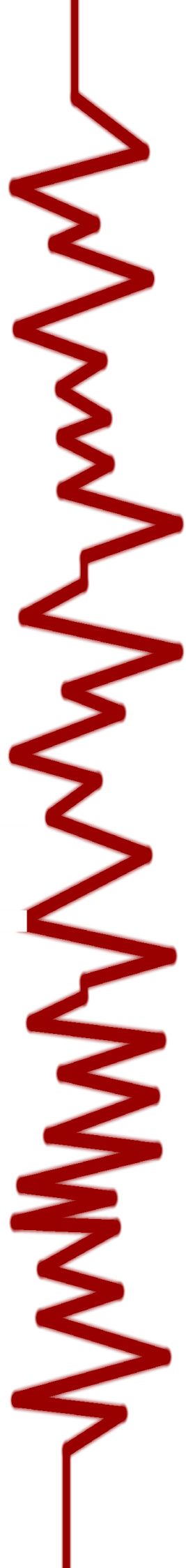
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

UNLAULA

DERECHO

MEDELLIN

2014



VALIDEZ DE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO COMO REQUISITO DE EMPLEO EN EL CAMPO DE LA SEGURIDAD PRIVADA

VALERIA ANDREA HERNÁNDEZ LÓPEZ
JOHN WALKER ARANGO

Proyecto de Trabajo de Grado Para optar por el título de Abogado

Asesor

Álvaro Cuesta Simanca, Magister en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA - UNAUCLA

DERECHO

MEDELLIN

2014

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, noviembre de 2014

Agradecimientos

Agradecemos entrañablemente a todas las personas que, en diferentes momentos de nuestra experiencia académica, nos sirvieron de apoyo y motivación para continuar adelante.

A nuestras familias y amigos, gracias por su compañía, paciencia y comprensión, especialmente en los más tensos momentos.

También al profesor Álvaro Cuesta Simanca, asesor de nuestro ejercicio investigativo, por la orientación y el seguimiento a nuestro trabajo, por el interés y las certeras sugerencias.

Agradecemos, además, a todos los profesores y profesoras que nos compartieron, a lo largo de estos años de estudio, sus conocimientos, reflexiones e incertidumbres. Cada uno de ellos aportó enormes fortalezas a nuestra formación como abogados.

A todos ellos, muchas gracias.

CONTENIDO

CAPÍTULO PRELIMINAR.....	6
PROBLEMA	6
JUSTIFICACIÓN	6
OBJETIVOS	8
General.....	8
Específicos	8
METODOLOGÍA	9
Unidad de análisis	9
Técnicas de recolección de Información	9
Instrumentos de recolección de información	10
INTRODUCCIÓN	11
PRUEBA DE POLÍGRAFO. LA PARADOJA DE LA IMPOSICIÓN DE UNA PRUEBA VOLUNTARIA.....	13
LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO COMO PRUEBA DE PREEMPLEO EN EL CAMPO DE LA VIGILANCIA Y LA SEGURIDAD PRIVADA	16
LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD A TRAVÉS DE LA HISTORIA.....	16
EL POLÍGRAFO.....	18
Clases de detectores de mentiras	19
Bases que sustentan la prueba de polígrafo	21
Aplicación de la prueba de polígrafo.....	23
Preguntas relevantes.....	24
¿Cómo se interpretan los resultados de la prueba de polígrafo?	27
Usos dados a la prueba de polígrafo en Colombia	29
Examen de pre-empleo	29
Examen rutinario.....	29
Examen específico.....	30
EL USO DEL POLÍGRAFO EN OTROS PAÍSES.....	30
SOPORTE CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO EN EL ÁREA DE LA VIGILANCIA Y LA SEGURIDAD PRIVADA	33
DESDE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA (C.P.C. DE 1991).....	34

DESDE LA LEY CIVIL (CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO)	37
DESDE LA LEY LABORAL (CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO)	39
OTRA NORMATIVIDAD SOBRE EL TEMA	40
Resolución 2593 del 11 de diciembre de 2003. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada ..	40
Resolución 002417 de 2008, por la cual se modifica la Resolución número 2852 del 8 de agosto de 2006.....	45
JURISPRUDENCIA	46
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso 2647, agosto 1° de 2008. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.....	46
Sentencia T- 10646 del 5 de febrero de 2002	48
LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO	51
DESDE EL DERECHO PRIVADO	51
El acto jurídico.....	51
Negocio jurídico	51
La autonomía privada.....	53
DESDE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	54
La dignidad humana	54
El derecho a la intimidad.....	56
APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO COMO REQUISITO DE EMPLEO EN LAS EMPRESAS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA, DESDE EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN DICHO ACTO JURÍDICO, ASÍ COMO EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA DIGNIDAD HUMANA	59
EXISTEN VACIOS JURÍDICOS EN CUANTO A LA REGULACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO SE REFIERE	59
EL CONSENTIMIENTO DE QUIEN SE SOMETE A LA PRUEBA DE POLÍGRAFO, ¿SE AJUSTA AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA?.....	62
¿SE VULNERAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CON LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO?	64
CONCLUSIONES	67
REFERENCIAS.....	69
Literatura especializada	69
Textos jurídicos	69
Sitios virtuales	71

CAPÍTULO PRELIMINAR

PROBLEMA

¿Es válido que la aplicación de la prueba de polígrafo sea impuesta como un requisito de empleo en el campo de la vigilancia y la seguridad privada?

JUSTIFICACIÓN

A partir de la necesidad de contar con personal idóneo y honesto, las empresas especialmente en el área de la seguridad privada, hacen uso de ciertos avances científicos como la prueba de polígrafo mediante la cual esperan detectar si una persona está mintiendo, bien sea antes de vincular empleados o bien cuando se presume la comisión de una falta disciplinaria o, en el peor de los casos, un delito. Sin embargo, no hay certeza de hasta qué punto es válido el acto jurídico que deriva de la aplicación de dichas pruebas, teniendo en cuenta la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. Si bien las empresas de vigilancia y seguridad privada están facultadas por la Resolución 002417 de 2008, y deja a su arbitrio la aplicación de dichas pruebas, se ha vuelto extensiva la norma y aplicado como una imposición, pues su uso se ha generalizado y convertido en un requisito de pre empleo¹.

Actualmente es claro que en el sistema jurídico colombiano sufre de vacíos normativos que no permiten la existencia de regulación para la prueba de polígrafo y otras similares, pese a que ésta, en el contexto nacional, está orientada a la complementación de los procesos de vinculación laboral sólo en el ámbito privado y en ciertos procesos específicos y debidamente regulados de entidades del Estado. Con respecto a este tema, de lo único que se tiene claridad

¹ Esa información ha sido suministrada por encargados de Recursos Humanos de empresas de vigilancia en Medellín como COLVISEG, DOGMAN, CORAZA, EXPERTOS, entre otras.

es de su descalificación como prueba por parte de la Corte Suprema de Justicia, la cual consideró que su diagnóstico se refiere a la credibilidad del interrogatorio y no a la aprobación de los hechos (Espinosa Pérez, 2008).

En tal sentido el uso del polígrafo sólo es aplicable en el ámbito privado en materia de selección de personal en el entendido de que, dentro de su ámbito privado, a las personas les está permitido todo lo que no está prohibido por la Constitución y la Ley.

Desde esta premisa, nos permitimos cuestionar, hasta qué punto es válido un acto jurídico que compromete de una u otra manera la voluntad de la autonomía, en lo que respecta a someterse a pruebas que pone en entredicho la dignidad y el buen nombre de las personas, entre otros derechos propios de la persona en su esfera más íntima y que, a su vez, esto constituya un requisito de empleo para las empresas de vigilancia y seguridad privada.

Debemos tener en cuenta que al analizar este tema se defenderá primordialmente el aspecto de los derechos del ser humano, los cuales están consagrados en la Constitución Política y hacen parte de la esencia del individuo.

Partiendo de estas proposiciones y conociendo el funcionamiento y aplicación del polígrafo, podremos concluir razonadamente si en realidad es válido que una empresa de vigilancia y seguridad privada someta a una persona a esta prueba poligráfica o, en caso contrario, si su aplicación dentro de las actividades empresariales, en lo que respecta a procesos de selección e investigaciones disciplinarias, implicaría una abierta violación a derechos fundamentales como la intimidad y la dignidad de la persona, pues este dispositivo antes que matizar la tensión entre la finalidad del proceso investigativo disciplinario como método de aproximación a la verdad y

proteger la integridad de los derechos fundamentales comprometidos del trabajador, podría contribuir a afianzar más el fin que los medios debido al dramático proceso de instrumentalización a que se somete a la persona, de quien se extraen mediciones tomadas del monitoreo de las reacciones del sistema nervioso autónomo, para convertir al propio individuo en instrumento de corroboración de una verdad a la que debería llegar la organización con absoluto respeto por la dignidad humana.

OBJETIVOS

General

Determinar por medio de un seguimiento de doctrina, jurisprudencia y trabajo de campo, la validez de la imposición de la prueba de polígrafo como requisito de empleo en el campo de la vigilancia y la seguridad privada, con el fin de que se tenga claridad sobre la correcta regulación de actividades que pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas, como la intimidad y la dignidad humana.

Específicos

- ❖ Develar los vacíos jurídicos que se presentan en Colombia respecto a la regulación de la práctica de pruebas de polígrafo, VSA y demás pruebas que cuestionan la veracidad.
- ❖ Identificar qué países contemplan el uso del polígrafo como medio técnico para la integración de sus procesos de selección de personal e investigaciones disciplinarias y privadas, y qué normatividad existe frente a esta práctica.
- ❖ Examinar en la doctrina, la jurisprudencia y la ley, la normatividad existente en Colombia regulatoria de la prueba de polígrafo y VSA.

- ❖ Determinar, por medio de entrevistas, cuáles son los requisitos de idoneidad de las personas que aplican la prueba y la confiabilidad del resultado.
- ❖ Indagar cual es el manejo de los resultados de la prueba de polígrafo y similares en Colombia.

METODOLOGÍA

Para la realización del presente trabajo se realizó un estudio exploratorio. Con el fin de lograr los objetivos propuestos para esta investigación, nos valdremos de un análisis documental de la doctrina, la jurisprudencia, la ley colombiana y el derecho comparado acerca de la regulación del tema propuesto; y por medio de trabajo de campo, consistente en entrevistas a personas naturales o jurídicas que se dedican a practicar este tipo de pruebas.

Unidad de análisis

Poligrafistas capacitados y demás personas encargadas de realizar pruebas de polígrafo en la ciudad de Medellín y área Metropolitana, y personas que se hayan sometido a la prueba de polígrafo.

La muestra se elegirá por muestreo aleatorio simple o al azar, a través de una selección aleatoria de la unidad de análisis.

Técnicas de recolección de Información

La recolección de información se realizará a partir de las siguientes técnicas:

- Entrevistas estructuradas
- Encuestas
- Observación

- Análisis documental

Instrumentos de recolección de información

Para la recolección de información se utilizarán cuestionarios, entrevistas y encuestas. Además se realizará una búsqueda de información respecto al tema en bibliotecas de la ciudad, en la web, en jurisprudencia y legislación que exista en el país.

INTRODUCCIÓN

Continuamente nos encontramos ante situaciones donde hablar de lo que es verdad o lo que es mentira es una premisa que puede convertirse en tema de debate, principalmente si tenemos en cuenta que en esta búsqueda se pone en tela de juicio la dignidad y la buena fe de las personas.

En el presente trabajo se dará una mirada a una de las formas que el hombre ha ideado con el objetivo de descubrir quién miente y quién puede ser considerado “confiable”, la cual –no está por demás decirlo– ha generado polémica y debate por diversos factores. Nos referimos, entonces, a la prueba de polígrafo, aplicada en Colombia de manera especial en el campo de la vigilancia y seguridad privada, entre otros (DIAN, empresas privadas), buscando detectar mentiras en las personas que se presentan a los procesos de selección o están laborando, y de aquellos sobre los cuales se presume la comisión de un delito.

Entre las razones que han motivado la realización de este trabajo están el vacío legislativo que se presenta como una oportunidad que permita regular, de manera eficiente y consecuente, la actividad del uso de equipos de poligrafía en Colombia y la validez de ese negocio jurídico que se da entre quien acepta someterse a la prueba y la empresa o empleador que se lo solicita, desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad y desde el respeto a los derechos fundamentales y la dignidad humana.

Desde esta perspectiva se abordarán temas como el tratamiento que le dan otras legislaciones al uso del polígrafo, el desarrollo normativo del uso del polígrafo en nuestro país y la valoración que le ha dado la jurisprudencia a la práctica de esta prueba, entre otros. Para ello se realizará una síntesis de la búsqueda de la verdad a través de la historia,

pasando por el tratamiento que le han dado algunos países a la aplicación de la prueba de polígrafo, y un acercamiento a dicha prueba. Es decir, de qué se trata, cómo se aplica, cómo se manejan e interpretan los resultados que de ella derivan, en qué casos se usa, y además se realizará un acercamiento a elementos del derecho privado y de algunos derechos fundamentales en concordancia con la aplicación del polígrafo.

Finalmente se presentará un análisis de la información recolectada, de la cual se pretende colegir si la aplicación de la prueba de polígrafo es o no válida desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad y del respeto por los derechos fundamentales, en los casos en que es aplicada por parte de las empresas de vigilancia y seguridad privada, como parte de un proceso de selección de personal.

PRUEBA DE POLÍGRAFO. LA PARADOJA DE LA IMPOSICIÓN DE UNA PRUEBA VOLUNTARIA

“QUIEN NO ESTÁ PRESO DE LA NECESIDAD, ESTÁ PRESO DEL MIEDO: UNOS NO DUERMEN POR LA ANSIEDAD DE TENER LAS COSAS QUE NO TIENEN, Y OTROS NO DUERMEN POR EL PÁNICO DE PERDER LAS COSAS QUE TIENEN”

EDUARDO GALEANO.

El polígrafo es un instrumento científico ultrasensible y de gran precisión, capaz de registrar en un gráfico, de forma continua y simultánea, las variaciones fisiológicas que se producen en el organismo de un individuo, estimulado psicológicamente mediante determinadas preguntas (Sanabria Astudillo, 2012).

En Colombia el uso del polígrafo es ofertado por empresas de seguridad privada y firmas de consultoría en seguridad, en tres momentos: (1) aplicación de pruebas de pre-empleo, dirigidas a los candidatos o postulantes para vacantes en las diferentes empresas, (2) aplicación de pruebas de confiabilidad, que buscan indagar en los empleados vinculados a las empresas su no participación en actividades ilícitas y, finalmente, (3) la aplicación de pruebas complementarias a los procesos de investigación interna de las empresas en los eventos de hurtos, sabotajes, chantajes, y conductas dudosas.

No obstante la aplicación de estas pruebas, en parte no tienen ningún sustento jurídico y por lo tanto los resultados no tienen efectos legales para iniciar procesos disciplinarios, laborales o que sirvan como prueba que permita vincular a una persona en un proceso penal, del cual se sospeche su autoría o participación.

El término polígrafo significa, literalmente, muchos trazos. El polígrafo moderno mide la expansión de la cavidad torácica, los cambios y respuestas galvánicas de la piel, la presión sanguínea y el pulso cardíaco. El miedo a ser descubierto genera cambios fisiológicos en el momento en que responde una mentira, como cambios en la respiración, electrodérmicos, en la presión sanguínea y el pulso cardíaco. Un poligrafista entrenado puede interpretar estos cambios y detectar la deshonestidad (2012).

Otros detectores de mentiras, como el VSA (Análisis de Estrés de Voz) efectúan una medición de la voz de la persona a través del análisis de sus temblores sub-audibles. Puesto que está científicamente demostrado que cuando se miente se producen en el organismo, a través del sistema nervioso autónomo, reacciones fisiológicas y emocionales espontáneas de una variada intensidad. Con este método se detectan afectaciones en el tono de la voz, así como el cambio de la presión sanguínea, del ritmo cardíaco, de la respiración y la conductancia de la piel (Manual de Poligrafía, Trust & Deception Technologies).

Sin embargo, en Colombia no existe una entidad, agremiación o estamento que vigile y controle los servicios de poligrafía y de análisis de la voz en general, lo que origina un gran riesgo de que personas inescrupulosas y sin preparación técnica oferten y apliquen estos servicios, afectando a gran parte de la población laboral que se ve sometida a la aplicación de dichas pruebas.

Solamente hay dos casos en que la norma jurídica permite la aplicación de la prueba de polígrafo como parte integral del proceso de incorporación de empleados. Se trata del uso de esta herramienta por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (DIAN), con fundamento en la Resolución 000014 del 22 de febrero de 2012, *“por la cual se crea*

el Órgano Técnico de Evaluación de Competencias Laborales para la provisión de empleos de libre nombramiento y remoción", como queda recogido en el artículo 1°, parágrafo 2°, y lo faculta para aplicar la prueba de polígrafo como puede verse en el siguiente aparte:

El profesional especializado de que trata el parágrafo anterior, aplicará a los candidatos, según el caso y previa solicitud de la Entidad, las pruebas que se indican y presentará al Órgano Técnico los resultados correspondientes para efectos de la toma de decisiones.

Prueba individual con examen psicofisiológico de **polígrafo**. Paquete integrado de entrevista pretest, más administración de la prueba y aplicación e interpretación estándar e integrada de prueba psicofisiológica de polígrafo por persona (p. 2).

Asimismo, la Superintendencia de Vigilancia contempla, en el Artículo 105 de la Resolución 2852 del 8 de agosto de 2006, modificada por la Resolución 002417 de 2008, que "los servicios de vigilancia y seguridad privada podrán implementar en los procesos de selección de personal propio el examen psicofisiológico de polígrafo".

Se presenta, entonces, la importancia de determinar la validez de la imposición de la aplicación de la prueba de polígrafo como requisito de empleo en las empresas de vigilancia y seguridad privada, teniendo como punto de referencia el reconocimiento del principio de la autonomía privada en dicho acto jurídico, así como el derecho a la intimidad y la dignidad humana. De la misma manera, se entra a develar los vacíos jurídicos que se presentan en Colombia respecto a la regulación de la práctica de pruebas de polígrafo, por medio de un seguimiento de la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad existente en Colombia respecto al tema, y de manera ilustrativa identificar qué países contemplan el uso del polígrafo como medio técnico para la integración de sus procesos de selección de personal e investigaciones disciplinarias y privadas.

LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO COMO PRUEBA DE PREEMPLEO EN EL CAMPO DE LA VIGILANCIA Y LA SEGURIDAD PRIVADA

LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD A TRAVÉS DE LA HISTORIA

Hace tres mil años los chinos decidían sobre la honestidad del testigo haciéndole masticar polvos de arroz para, posteriormente, escupirlos. Si el polvo de arroz estaba seco quedaba probado que el testigo había mentado; si por el contrario lo escupía húmedo, se daba por hecho que había dicho la verdad (Heisse, 2011).

Los israelitas sometían al sospechoso al llamado "Juicio de Dios". El testigo debía tocar una barra de hierro al rojo vivo con la punta de la lengua, si se quemaba era prueba de que estaba mintiendo; si por el contrario aparecía sin daño, probaba su sinceridad (2011).

También en la Edad Media se empleaba la Ordalía o Juicio de Dios, fórmula que invocaba la actuación de Dios a través del sometimiento del sujeto a una actuación determinada, como podía ser la introducción de la mano en agua o aceite hirviendo, la utilización de hierros candentes, o la lucha contra quien defendía en juicio la proposición o pretensión contraria. Se convenía en que el hecho de superar la prueba se debía a la intervención de los poderes sobrenaturales que se aliaban con el que la superaba (2011).

En algunos códigos hindúes se establecía que la forma de convencer al marido celoso sobre la fidelidad de su cónyuge consistía en que la esposa pasara a través del fuego de una hoguera. La ausencia de quemaduras era la prueba de su fidelidad, mientras que la presencia de las mismas demostraba que era culpable (2011).

En la modalidad de combate era tan intensa la convicción de que había sido, no ya la fuerza del vencedor, sino la voluntad de Dios el factor que había propiciado la victoria, que al perdedor, si todavía vivía, se le cortaba una mano o era ahorcado o quemado en la hoguera como autor de un delito o de ofensas (2011).

Algunas ordalías no tenían un carácter tan violento y brutal como las descritas. Por ejemplo, la que consistía en dar a cada uno de los contendientes una vela encendida, entendiéndose que el poseedor de la vela que tardara más tiempo en apagarse era el que tenía la razón; o la que se celebraba con motivo de los juicios criminales para averiguar quién era el homicida, acercando el féretro al sospechoso para comprobar si la sangre en verdad fluía del cadáver (2011).

A comienzos del siglo XVIII, el italiano Cesar Lombroso experimentó con los cambios en la medida del pulso y la presión arterial para determinar verdad o engaño en las respuestas dadas por los sospechosos de crímenes reales. La investigación de Lombroso no fue documentada completamente y otros investigadores, incluyendo a Guillermo Multan, Vittorio Benussi y Juan L. Larson, prosiguieron con el tema, de modo que las medidas obtenidas de las reacciones del cuerpo y sus cambios perceptibles les permitieron aportar cada vez más conocimientos al campo (2011).

Las técnicas modernas para la determinación de la verdad probablemente se relacionan bastante con el trabajo realizado en los años 20 por Leonard Keeler, quien modificó el aparato utilizado para el descubrimiento de los complejos emocionales, dando origen así al Kimografo, un registrador impulsado por motor que trasladaba al papel los gráficos análogos registrados por una o varias agujas que indicaban la medida de la tensión para cada registro (2011).

Una técnica de preguntas crudas fue desarrollada para iniciar los cambios biológicos que serían registrados por el kimografo e interpretados posteriormente por un examinador, en términos de reacciones de tensión a cada una de las situaciones de peligro inducidas por las preguntas. Dicha técnica todavía se emplea en la actualidad y existen semejanzas claras con el acercamiento original de Keeler (2011).

El kimografo fue, entonces, el aparato previo al instrumento moderno del polígrafo con el cual se hace una lectura de cambios medidos en la presión arterial, la resistencia galvánica de la piel y las características de la respiración, debido a la incursión de tensión aplicada sobre el cuerpo humano (2011).

EL POLÍGRAFO

El polígrafo es una herramienta usada para evaluar la credibilidad de las afirmaciones dadas por una persona en un momento y/o circunstancia determinada. Así, a través de elementos tecnológicos, el poligrafista aplica una serie de pruebas y técnicas encaminadas a determinar el grado de confiabilidad de una persona. Este examen por supuesto, supone de cierta pericia por parte del poligrafista, quien debe tener en cuenta no solo la implementación de la herramienta tecnológica en sí, sino también otros elementos psicológicos o comportamentales de las

personas que se someten a este tipo de prueba, para finalmente llegar a un análisis y una interpretación de los datos arrojados por la prueba.

De acuerdo a Fox Detectives, una agencia de investigadores privados y criminalistas egresados de la Universidad Complutense de Madrid,

Un cerebro humano normal reacciona de forma autónoma e involuntaria ante cualquier estímulo, de tal forma que cuando una persona miente se producen en ella súbitamente reacciones fisiológicas emocionales que de ninguna manera pueden dominar en un corto espacio de tiempo. Su presión sanguínea, su respiración y la conductividad eléctrica de su piel sufren modificaciones (www.foxdetectives.com).

Clases de detectores de mentiras

Existen en el mercado mundial gran variedad de detectores de mentiras, los más reconocidos de ellos son: el neumógrafo, el estimógrafo, el VSA y el polígrafo. Uno de los primeros estudiosos que se interesó por tratar de identificar los cambios fisiológicos en el individuo frente a las preguntas, con el propósito de determinar si mentía o no, fue el médico italiano y padre de la criminología Cesar Lombroso, quien alrededor de 1890 comenzó a realizar una serie de investigaciones experimentales sobre las modificaciones del trazo esfigmográfico, pero abandonaría tales estudios para enfocarse en otras investigaciones. Tras el uso de los sistemas empíricos que ya hemos visto, usados en tiempos remotos, se encontró una alternativa en la tecnificación de los sistemas de detección de mentiras y se hicieron varios ensayos. Los fracasos y los éxitos han llevado a su perfeccionamiento hasta llegar a los modernos instrumentos que hoy conocemos, dedicados a tales fines (Vélez Ángel, 1982).

El neumógrafo recoge y registra los movimientos respiratorios, fijándolos gráficamente sobre un tambor de superficie ahumada. Su fundamento se debe a la relación entre los movimientos respiratorios y los sentimientos. El placer, por ejemplo, hace que la respiración sea más débil y acelerada; el dolor, más fuerte y lenta; la excitación, más fuerte y rápida. En cuanto al estimógrafo, se basa en la apreciación de los movimientos del corazón, por la circulación arterial, o pulsación. Fue utilizado con éxito por la policía científica de Roma, dirigida por Salvatore Ottolenghi. De acuerdo a los experimentos, el placer acrece y retarda los latidos del corazón, el dolor los debilita y acelera, la excitación los hace más fuertes y rápidos, y la indiferencia más débiles y lentos (Bernal Arévalo, 2005).

De otra parte, el VSA o Análisis de Estrés de Voz, es un instrumento que desde sus inicios fue diseñado con el propósito de remplazar los detectores de mentiras que implicaban el contacto con la persona, ya fuese neumógrafo, estimógrafo o polígrafo. Este sistema logra detectar cambios de microtemblor producido por las cuerdas vocales, lo cual es una señal del sistema nervioso central que se altera como respuesta del organismo ante la tensión (www.tdtvsa.com).

Otro detector de mentiras y quizás el más conocido, pues los anteriormente mencionados son confundidos con éste, es el polígrafo, un instrumento parecido a los que se usan para el electrocardiograma, que registra las reacciones o cambios del cuerpo en cuatro campos: la respiración, la sudoración, la conductividad eléctrica y el ritmo cardiaco, en donde se presume que si hay cambios repentinos en las gráficas registradas y proyectadas por un software, que junto con los diferentes aparatos asociados al sistema miden las reacciones físicas, es que posiblemente la persona está mintiendo a la pregunta efectuada (Bernal Arévalo, 2005).

Según los expertos en el manejo del polígrafo o detector de mentiras, cuando una persona miente se producen en ella, súbitamente, respuestas fisiológicas emocionales

que son imposibles de dominar en un corto espacio de tiempo. Es así como la presión sanguínea del entrevistado, su respiración y la conductividad eléctrica de su piel sufren modificaciones considerables que alteran el sistema nervioso y que delatan de inmediato que miente o que, por lo menos, oculta algo (2005, p.).

Bases que sustentan la prueba de polígrafo

Un inventor italiano de apellido Patrici, contemporáneo de Cesar Lombroso, consideró que las mentiras producían tensiones emocionales que modifican tanto el pulso como la presión. Diseñó, entonces, un aparato llamado “guante volumétrico”, artefacto que encajaba perfectamente en la mano y era cerrado a la altura de la muñeca. Luego era llenado de aire y conectado mediante un tubo a un medidor que registraba los cambios de presión sanguínea en la extremidad. El aparato, sin embargo, resultó un fiasco pues arrojaba resultados carentes de confiabilidad. (<http://www.latinoseguridad.com/LatinoSeguridad/MenCrim/PoliG.shtml>).

No obstante, y con el desarrollo de ciencias como la psicología y especialmente de una de sus ramas, la psicofisiológica, la cual indica en uno de sus principios que el estrés puede denotar que la persona dice algo no acorde con la verdad o con lo que cree que es lo verdadero; se empezaron a explorar los primeros diseños de aparatos que intentaban registrar esos cambios físicos íntimamente relacionados con lo psicológico.

Como lo hemos dicho, los detectores de mentiras, en especial el polígrafo –nombre derivado de los numerosos registros gráficos que arroja diversos indicadores– tiene al menos tres componentes: (1) un neumógrafo para medir la frecuencia respiratoria, (2) un tensiómetro o brazalete para medir la tensión arterial y (3) dedos destinados a medir la resistencia

electrodérmica, que señala si la persona está sudando en sus dedos como consecuencia de la tensión generada por la necesidad de mentir (Navarro, 2010).

El neurólogo Mario Campero de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, explica que se miden estos signos “porque ante cualquier estrés físico o psíquico, el sistema nervioso autónomo responde con un aumento en la secreción de adrenalina, que provoca cambios en el tamaño de las pupilas, vasoconstricción en las arterias, transpiración, taquicardia y un incremento de la presión sanguínea (Bernal Arévalo, 2005).

Como dice el profesional, se trata de cualquier tipo de estrés, por lo tanto estos síntomas no son específicos para la mentira, de hecho ante una exigente audiencia, la llegada de un ladrón o un animal peligroso, el cuerpo reacciona exactamente de la misma forma. Para superar la especificidad de estos signos cuando se somete a un sospechoso a una prueba de polígrafo se mide la variación de las pulsaciones, presión sanguínea, sudoración y ritmo respiratorio respecto de un cuestionario inicial realizado antes de las preguntas clave.

Ahora bien, como lo anota el abogado y docente universitario Diego Felipe Valdivieso Rueda,

La poligrafía es una disciplina reconocida por distintas asociaciones internacionales como la ASTM, en donde se encuadra como una práctica forense y de psicofisiología forense, que se fundamenta, a saber, en la psicología, la fisiología y su medición con el polígrafo –instrumento-, se encuadra en la psicometría. (...). Es pertinente señalar que el campo natural de la poligrafía es el ámbito forense, siendo entonces una disciplina también reconocida por la Academia Americana de Ciencias Forenses, en donde ha sido clasificada de forma general como una evaluación de credibilidad (2014, p. 22).

Aplicación de la prueba de polígrafo

En la poligrafía moderna se ha estandarizado un procedimiento de cuatro etapas, organizadas y sistematizadas con el objetivo de que agentes externos no influyan en la persona que se está sometiendo a la prueba, tan sólo las preguntas que se le practicarán.

El procedimiento para evaluar y detectar el engaño en las declaraciones de una persona puede durar aproximadamente dos horas y tiene cuatro fases que consisten en:

- a. **Información y autorización de la prueba:** en esta primera fase se le informa al entrevistado en qué consistirá la prueba, cuales son los objetivos y se hace una breve explicación del funcionamiento del equipo. Se da lectura a un documento en el que se solicita la autorización del entrevistado para la aplicación de la prueba, y la persona autoriza que los resultados sean entregados exclusivamente a la empresa que contrató el servicio. Es pertinente aclarar que las pruebas de polígrafo son solicitadas, generalmente, por empresas que la integran a sus procesos de selección.
- b. **Entrevista pretest:** Se realiza una entrevista general, en la cual se busca hacer una individualización de la persona y establecer su arraigo familiar, social y laboral. En esta fase el experto hace una valoración del lenguaje no verbal del entrevistado respecto a las preguntas planteadas y busca generar un ambiente de confort a fin de que elementos ajenos al cuestionario, distraigan o generen un estrés involuntario en la persona.
- c. **Información del cuestionario a aplicar:** Dichos protocolos son cuestionarios estructurados y compuestos por preguntas relevantes o relacionadas con el caso,

irrelevantes y comparativas, para obtener las mediciones de las reacciones psicofisiológicas, presentadas por el entrevistado frente a cada estímulo o pregunta. Las preguntas del protocolo son de tipo cerrado y son leídas al entrevistado con el propósito de enfocarlo en el tema de interés y evitar que se presenten confusiones. Posterior a su aplicación, el entrevistado tiene la opción de ampliar o aclarar información.

- d. Instrumentación o medición fisiológica:** En esta etapa la persona es sometida a la prueba a través de la conexión de los artefactos que censan las diferentes mediciones de los sistemas respiratorio y cardiaco, así como la conductividad eléctrica. Se le deberá advertir siempre el inicio y la finalización de la aplicación de la prueba, que puede durar entre 15 y 20 minutos (Seguridad y Poligrafías, e INTERNATIONAL Polygraphservice).

A continuación presentamos un modelo de Protocolo aplicado por un poligrafista:

Preguntas relevantes

T	PREGUNTA	RTA
R1	¿Ha consumido sustancias o drogas ilegales durante los dos últimos años?	
R2	¿Ha robado algo superior a \$50.000 después de haber cumplido 18 años?	
R3	¿Ha facilitado usted la sustracción ilegal de mercancías en algún lugar donde haya laborado?	
R4	¿Tiene usted vínculos con personas o grupos fuera de la ley?	
R5	¿Ha suministrado usted información confidencial de alguna persona o empresa para la cual haya laborado, a cambio de dinero o beneficio personal?	
R6	¿Ha participado en la realización de ilícitos en los empleos anteriores?	
R7	¿Mintió usted a alguna de las preguntas de la entrevista?	
R8	¿Ha omitido algún procedimiento en sus funciones para facilitar algún ilícito?	
R9	¿Tiene la intención de causarle daño a la Gerente del Supermercado La	

	Serranilla?	
R10	¿Presentó algún documento falso para ingresar a laborar con el supermercado?	
R11	¿Ha facilitado la sustracción ilegal de mercancías o dinero en su empleo actual?	
R12	¿Ha dañado o averiado equipos de manera intencional?	
R13	¿Tiene conocimiento de persona o grupo de personas que hayan participado en la sustracción ilegal del dinero?	
R14	¿Tiene el propósito de causarle daño al supermercado?	
R15	¿Se siente satisfecho laborando en el supermercado?	

Fuente: Arango Benítez Asesores.

En el anterior protocolo podemos observar como algunas preguntas se presentan de manera ambigua pudiendo confundir al entrevistado, situación ésta, que de una u otra forma lo puede perturbar a la hora de responder, generando un estrés adicional que no es producto de la pregunta en sí misma, sino de la misma confusión que se puede dar en su interior al momento de tratar de establecer. Por ejemplo en la pregunta ¿Tiene usted vínculos con personas o grupos fuera de la ley?, no se especifica la calidad del vínculo que el entrevistado tenga con la persona que este al margen de la ley, puesto que este tipo de relación no material, se puede dar en los planos sentimentales, parentales y de amistad, no siendo necesario una vinculación a la misma actividad delincriminal que desarrolla la persona con la cual está vinculado el entrevistado. En otras preguntas en las cuales se indaga si el entrevistado conoce de terceros que hayan cometido actividades ilícitas en contra de la compañía, como son: ¿Tiene conocimiento de persona o grupo de personas que hayan participado en la sustracción ilegal del dinero? y ¿Tiene conocimiento de personas que hayan dañado o averiado equipos de manera intencional?, podrían estar vulnerando el principio constitucional y derecho fundamental de la no autoincriminación consagrado en el artículo 33 el cual reza que “ *Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil* ” toda vez que las preguntas no prevén los eventos en los cuales la persona entrevistada pueda estar laborando en

la misma empresa con su cónyuge, compañera permanente o familiar dentro de los vínculos y grados que establece la norma jurídica, por lo que si bien el entrevistado puede estar en la situación en la cual solo conozca que su familiar, cónyuge o compañera está realizando o ha realizado las actividades ilícitas planteadas en las preguntas en cuestión, no está en la obligación de delatarlas, por lo tanto, al ser su respuesta negativa, de manera involuntaria habrá una reacción psicofisiológica en su organismo que indicara la posibilidad de estar mintiendo, situación que vulnerará por si misma ese derecho que le asiste. Ahora bien, el ámbito de aplicación de la garantía a la no autoincriminación, no solamente versa sobre los asuntos criminales, como bien lo acota la Corte Constitucional en la sentencia C 258 de 2011 en la que dice:

“Sobre el ámbito de aplicación de la garantía de no autoincriminación, la jurisprudencia de la Corte, inicialmente, había señalado que su contenido “solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía”, pero con posterioridad puntualizó que tal principio, en los términos textuales de la regla Constitucional, reviste una amplitud mayor, pues ésta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos, por lo que cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas, ya que se orienta a proteger a las personas frente a la actividad sancionatoria del Estado. En esa medida siendo el derecho disciplinario una expresión del ius puniendi del Estado, la garantía del artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas.”

No obstante, a los entrevistados sometidos a la prueba de polígrafo se les pone de presente este derecho a la no autoincriminación, más como un requisito en el protocolo de aplicación de la

prueba, que un elemento de protección y garantía del individuo, el cual debe responder las preguntas que lo pueden poner frente a una gran variedad de eventos en los cuales no podría ser plausible el cumplimiento de este derecho fundamental.

El profesor de derecho, Mario Enrique Bruzzone, ha sido uno de los grandes críticos, de la prueba de Polígrafo, toda vez que en su obra *El Detector de Mentiras, fin de la inseguridad y la impunidad*, expone, el aspecto que más se utiliza para rechazar la prueba de polígrafo, y es mucho más importante que lo meramente técnico, es la vulneración de la garantía constitucional que dispone que “NADIE ESTA OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SI MISMO”, la cual parece establecer que no hay razón alguna que justifique, como un reclamo socialmente valedero y lógico, que el entrevistado se auto incrimine, es decir, que reconozca su culpabilidad, máxime cuando no se le ha explicado el derecho que le asiste de no auto incriminarse, por lo tanto la aplicación de la prueba carece de validez desde el mismo momento en que el individuo “voluntariamente” se somete a ella. (Bruzzone, M. 2013)

¿Cómo se interpretan los resultados de la prueba de polígrafo?

La eficacia del polígrafo depende mucho de la experiencia de quien administra las preguntas, así como también de las percepciones de los interrogados sobre la realidad. Para ello es necesario establecer los patrones de reacción psicofisiológica del individuo sometido a prueba. Esto se logra mediante la administración de preguntas de distintos tipos. Las denominadas *irrelevantes*,

Sobre las cuales ya el investigador y el entrevistado tienen una respuesta conocida (por ejemplo: ‘¿hoy es martes?’). Otro tipo de preguntas llamadas *de control*, las cuales no se refieren al tema central del interrogatorio, pero buscan determinar cómo reacciona el

organismo del entrevistado ante la perspectiva de decir mentiras (¿contestó con la verdad a todas las preguntas que le hice?). Finalmente están las preguntas llamadas *relevantes*, las cuales son relativas al caso investigado (¿forma usted parte de organizaciones criminales dedicadas al negocio del narcotráfico?) (Bernal Arévalo, 2005)

Las preguntas irrelevantes, cuya respuesta conocemos, forman patrones de onda por cada uno de los medios en que se registran los sistemas orgánicos censados, patrones que son comparados con las ondas que se toman al momento de hacer las preguntas relevantes, infiriendo de tal comparación que aquellas respuestas en las que las ondas son discordes dan un indicador inicial en las que se presenta un nivel inusitado de estrés, y en las que posiblemente el entrevistado esté mintiendo. No obstante, en una segunda comparación, las ondas registradas por el polígrafo que corresponden a las preguntas relevantes se contrastan con las ondas de las preguntas de control, descartando o confirmando las preguntas que efectivamente presentan un incremento sustancial en las ondas que fueron tomadas en las respuestas de las preguntas irrelevantes (www.tdtvsa.com).

A veces una persona sometida a una prueba poligráfica cree decir la verdad, pero tal creencia deriva de una percepción equivocada. El examen no detectará mentira alguna y la pesquisa podría tomar un camino incorrecto. Ronald Kessler cita las indagatorias sobre el asesinato del juez John Wood en Texas. Como principales sospechosos aparecían “Los Bandidos”, una banda de motociclistas. Varios de ellos fueron sometidos al detector de mentiras y la prueba los incriminó. Sin embargo, según se determinó luego, ninguno de ellos había sido el homicida. Pero los pandilleros sí sabían que Jamil Chagra, un mafioso de la localidad, les había ofrecido dinero

para cometer el crimen. Eso fue suficiente para hacerles creer que alguno de la banda estaba detrás de la muerte del administrador de justicia (Bernal Arévalo, 2005).

En la década pasada el Buró Federal de Investigaciones (FBI) hizo una revisión de todos los casos en los que utilizó el detector de mentiras. El grupo debía precisar si los resultados arrojados por las pruebas sirvieron para dilucidar los casos. Se corroboró que esta tecnología no es infalible, pues de los 20 mil expedientes revisados, 91 estaban probablemente equivocados. De ellos 64 eran “falsos positivos” como en el episodio de “Los Bandidos”, mientras que en los demás la tecnología –o su administrador– se mostraron incompetentes para detectar que estaban ante el responsable del delito (Bernal Arévalo, 2005).

A pesar de las presiones para que el polígrafo sea descartado como un instrumento de la investigación criminal, es poco probable que esto suceda. No obstante, mientras siga existiendo ese 1% de casos fallidos, el detector de mentiras continuará siendo sencillamente una herramienta de orientación policial, nunca de certeza (Bernal Arévalo, 2005).

Usos dados a la prueba de polígrafo en Colombia

Puesto que la legislación colombiana no regula el proceso de selección de personal perteneciente al sector privado, mientras que cuando se trata de la provisión de empleados de carrera administrativa los procesos son regulados enteramente por la ley, y tampoco hay regulación sobre la prueba de polígrafo practicada al trabajador en relación a temas laborales, ni existe ninguna disposición normativa que lo prohíba; en Colombia empresas como SEGURCOL, Selección Global, Fortox, C&M Analistas, entre otras, se dedican a la consultoría en seguridad

privada y ofrecen el servicio de poligrafía para realizar el examen de pre empleo, rutinario o de confiabilidad, y específico.

Examen de pre-empleo

Esta prueba de polígrafo busca hacer una exploración minuciosa del candidato con el fin de validar la información que suministró en todo el proceso de selección, y de allí evaluar su honestidad para con su futuro empleador.

A través de la entrevista, se pretende detectar situaciones que a futuro puedan ser generadoras de una amenaza, riesgo o vulnerabilidad al contratar un candidato que tenga un historial de deslealtad hacia sus anteriores empleadores o comisión de delitos, tales como secuestro, extorsión, robo, fraudes, venta de drogas ilegales, entrega de información confidencial, entre otros.

Examen rutinario

Está diseñado para detectar empleados deshonestos, los cuales en la mayoría de los casos son elegidos en forma aleatoria. El objetivo de la prueba es explorar diferentes áreas o actos que pueda estar realizando el personal de la empresa o el propio examinado, de modo que se puede tomar el examen de polígrafo como un espacio de comunicación confidencial, en el cual se entra a validar información de posible comisión de hechos deshonestos como robo, espionaje industrial, vandalismo o destrucción intencional, sabotaje de procedimientos internos, bajas fingidas, etc.

Examen específico

Se utiliza para validar la confiabilidad de testimonios que permitirán direccionar un proceso investigativo, en donde las preguntas que integran el cuestionario estarán dirigidas, ya no a aspectos generales como las practicadas en los dos exámenes anteriores, sino que su diseño obedecerá a puntualizar los eventos que rodearon una investigación (Seguridad y Poligrafías, e INTERNATIONAL Polygraphservice).

EL USO DEL POLÍGRAFO EN OTROS PAÍSES

En la actualidad el polígrafo es empleado en 68 países como Canadá, Japón, China, Corea, Australia, Israel, Sudáfrica, Rusia, Polonia, Rumania, República Checa, Croacia, Reino Unido, Italia, Alemania, Francia, España, entre otros, de los cuales 16 son de América Latina. Es utilizado por agencias de seguridad y por el sector privado para la integración de sus procesos de selección de personal e investigaciones privadas (Reid, s.f.).

Colombia es el tercer país a nivel mundial con el mayor número de poligrafistas. Debido a la multiplicidad de modalidades delictivas en nuestro medio, los ha convertido en los mejor preparados, profesionales y eficientes a nivel mundial (Otín del Castillo, 2011).

PAISES EN LOS QUE SE UTILIZA LA PRUEBA DE POLIGRAFO

❖ El caso de Estados Unidos:

En Estados Unidos, lugar donde fue inventado el polígrafo, la aplicación de las pruebas están orientadas a los procesos de vinculación laboral y es aceptada como prueba judicial, siempre y cuando exista un acuerdo previo entre el fiscal y el acusado. Respecto a este asunto la Corte Suprema de Estados Unidos, ha manifestado que deben plantearse las advertencias antes de realizar un examen de polígrafo, lo cual es suficiente para admitir una confesión hecha después del examen.

En un caso donde un acusado que fue declarado culpable de un delito, y condenado, ante el tribunal de apelación, éste se ha ofrecido dos veces para que se le aplique la prueba de polígrafo y ha sido declarado inocente en la conclusión de las dos pruebas; sin embargo el juez de primera

instancia decidió en el siguiente sentido; “el tribunal aceptará el testimonio sólo en relación con sus calificación (credibilidad del testigo), en base al tipo de trabajo que realizan, pero el tribunal objeta en cuanto al resultado de cualquier prueba de polígrafo sobre los temas inmediatos relacionados con este caso particular.” Ante lo cual se apela argumentando entre otras cosas un precedente del caso Frye vs EEUU, 293 f.1013 (1923), el tribunal en el caso Frye, un juicio por asesinato, sostuvo que los resultados de una prueba de presión arterial sistólica administrado por William Marston se excluyeron correctamente cuando se les ofrece para corroborar la negación de Frye de culpa. Frye cumplió tres años de una sentencia antes de que su inocencia quedara demostrada por la confesión de una tercera persona. A su vez sostiene que la prueba del polígrafo es estáticamente fiable y precisa en más del 96 % de los casos analizados. La prueba del polígrafo es fiable, comparativamente, con otros dispositivos científicos, instrumentos y técnicas actualmente reconocidas y admisibles; en contraste con el testimonio de testigos presenciales no corroborado sobre los que en ese caso en particular, fue condenado; la prueba de polígrafo es mucho más fiable.

El autor Richardson, en un tratado llamado “Modern Scientific Evidence”, plantea que a través de los años, los tribunales han sido llamados a reconocer los descubrimientos científicos y pasar de su función legítima, en su caso, en los procedimientos judiciales. En principio, la admisión de los procesos científicos como evidencia legal adecuada debe basarse en la teoría de la evolución en los asuntos prácticos de la vida, por lo que las tendencias progresistas y científicas, de las personas se manifiestan en todos los demás estadios de la actividad humana, y por tanto no puede ser ignorada en procedimiento legal.

El autor propone ciertas condiciones como base para la admisión de los hallazgos científicos: 1. ser capaz de demostrar aceptación científica; 2. demostrar que la prueba se controla adecuadamente o el dispositivo funcionaba correctamente y; 3. que el operador o el técnico posee habilidades necesarias en razón de su formación o experiencia.

Según el autor, estas son premisas básicas sobre los criterios de admisibilidad, que se pueden usar como marco de referencia con el fin de que tenga una aceptación científica, y el nivel de fiabilidad permita utilizar la prueba del polígrafo. (Ferguson – Miller, 1973).

Por su parte, Andre A. Moenssens, sostiene que cuando se trata de normas legales para la admisibilidad del testimonio derivado de las pruebas científicas y ofrecido por los peritos, los tres criterios más importantes para la admisibilidad son: 1. Que la prueba científica tenga un grado de fiabilidad suficiente o replicabilidad; 2. Que se ha aplicado adecuadamente de acuerdo con los procedimientos aceptados; y 3. Que se ha administrado por un técnico o examinador competente.

Cuando relacionamos estos criterios para exámenes de Polígrafo, nos encontramos con que todo gira en torno a la primera de estas condiciones, es decir, que primero debemos tener una prueba científica para la cual el elemento para negar su admisibilidad ha sido la falta de probada fiabilidad.

La razón de un juzgado para su rechazo del testimonio se afirma en que cuando en un elemento científico la línea entre las etapas experimentales y demostrables es difícil de definir, hay penumbra en la fuerza probatoria y por ende en el principio debe ser reconocido, pues es necesario que la cosa de la que está hecha la deducción debe ser suficientemente establecida y haber ganado aceptación general en el ámbito científico. (Ansley. N, 1975).

Por otro lado, hablando específicamente en materia Laboral, en Estados Unidos se da la Ley de Protección de los Empleados en cuanto al Polígrafo de 1988 (EPPA), la cual impide a los empleadores utilizar un detector de mentiras, ya sea para la investigación del pre-empleo o durante el curso del empleo, con ciertas excepciones. En virtud de lo anterior, los empleadores no pueden requerir o solicitar a cualquier empleado o aspirante a un empleo a tomar una prueba de detector de mentiras, o bien a discriminarlo de una u otra manera por negarse a tomar una

prueba, así mismo los empleadores deben exhibir o para el ejercicio de otros derechos en virtud de la Ley. Además, los empleadores están obligados a exhibir el cartel EPPA en el lugar de trabajo, en dicho cartel, se explican entre otras cosas las prohibiciones, exenciones y derechos de los examinados por la prueba de Polígrafo en los Estados Unidos; no obstante lo anterior, la EPPA contempla ciertas exenciones a la hora de aplicar la prueba de polígrafo, y son aquellos negocios en los que se utilice personal armado, o los que tienen que ver con seguridad de personal, además de los que tengan un impacto en la salud o seguridad del algún Estado, también están exentas las compañías en las cuales se fábrica, distribuye ó dispensa sustancias controladas (Blackstone, K. 2011).

❖ **Otros países que utilizan la Prueba de Polígrafo:**

Por su parte la regulación legislativa alemana ha determinado que la aplicabilidad de la prueba de polígrafo está orientada a los puestos de trabajo, organismos de seguridad y también es aceptada como prueba judicial. Es así como el Tribunal Constitucional Alemán ha manifestado que el polígrafo conculca el derecho de personalidad del afectado, protegido por el Artículo 1º párrafo 2 de la ley fundamental que fija los límites a la investigación de la verdad en el proceso penal.

Costa Rica, aunque se permite la aplicación de la prueba de polígrafo en los procesos laborales, mediante el expediente No 01-000327-0639-LA RES: 2004-00483, La sala segunda de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no existe ninguna disposición legal que autorice ese sistema como medio probatorio en poder de los empleadores (Reid, s.f.).

En cuanto a Colombia, a pesar de que no se ha legislado en esta materia, la aplicación de la prueba de polígrafo está orientada a la complementación de los procesos de vinculación laboral.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en el proceso 26470, Sala de Casación Penal, aprobado mediante acta 214 del 1º de agosto de 2008, descalificó como prueba el denominado polígrafo ya que su diagnóstico se refiere a la credibilidad del interrogado y no a la aprobación de los hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada.

Sin embargo, el 31 de julio de 2012, a través del Proyecto de Ley No. 048, presentado por el honorable representante Heriberto Sanabria Astudillo, se propuso reglamentar el uso del polígrafo en Colombia como medio de prueba en materia penal y laboral, no llegando a feliz término puesto que el 21 de noviembre de 2012 fue retirado.

Es importante destacar que en la Comunidad Económica Europea no existe ninguna ley que regule o limite el uso y aplicación del polígrafo, por lo que se puede afirmar que siempre que se respete la intimidad de la persona y que esta acepte libremente la prueba dando su consentimiento por escrito, no existe ningún obstáculo para su aplicación (Otín del Castillo, 2011).

SOPORTE CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO EN EL ÁREA DE LA VIGILANCIA Y LA SEGURIDAD PRIVADA

En Colombia la práctica de la prueba de polígrafo ha venido tomando fuerza en varios campos, en especial en el área de la vigilancia y la seguridad privada. El Ministerio de la Protección Social, en su concepto 10240-162736 del 8 de junio de 2011, se refiere a la Validez de la prueba de polígrafo en la selección de personal:

(...) Dentro de las facultades legales del empleador están la libre escogencia de las personas que habrán de conformar su equipo de trabajo, por lo cual, bien pueden exigir el cumplimiento de cierto perfil profesional y personal, lineamientos entre los cuales podría estar acreditar ciertos estudios profesionales, cierta experiencia profesional, cierto promedio de notas en la carrera, no encontrarse reportado en alguna central de riesgos, entre otras.

Respecto de la exposición del candidato a ocupar una vacante a la prueba del polígrafo, en primer lugar vale la pena aclarar que los resultados perseguidos con la práctica de dicha prueba no son otros que poder contar con un dictamen técnico-científico que permita determinar con un mayor grado de certeza la veracidad de las respuestas dadas por el trabajador, es decir, (...) ofrecer un dictamen acerca de si una persona, en un ambiente determinado, respondió con la verdad o con la mentira las preguntas estructuradas que se le hicieron (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal).

No obstante, como se ha mencionado, con el sometimiento de una persona a este tipo de prácticas podrían estarse violando ciertos derechos y garantías como lo veremos más adelante.

Pese a esto, al no existir alguna disposición normativa que expresamente prohíba la aplicación de este tipo de pruebas, se entendería que la aplicación de las mismas está permitida en Colombia, siempre que se tengan en cuenta las prerrogativas que se han explicado en apartados anteriores, principalmente la de contar con la autorización expresa y voluntaria de quien se somete a la prueba. Es importante tener en cuenta que no existe una disposición normativa taxativa en materia laboral, entiéndase, que se encuentre consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo u otras leyes del área laboral que regule la prueba de polígrafo como prueba de pre empleo, ni que autorice a los empleadores a someter a los trabajadores a dicha prueba, sólo en los casos mencionados anteriormente de la DIAN y la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, fundamentados en sus respectivas resoluciones.

El uso del polígrafo tiene límites jurídicos que deben ser reconocidos por quienes hacen uso de este tipo de examen, por lo tanto en el estudio se debe excluir toda indagación que vulnere los derechos fundamentales de las personas y se debe contar siempre con el pleno consentimiento previo de quien es sometido a este tipo de prueba (Valdivieso Rueda, 2014).

DESDE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA

(C.P.C. DE 1991)

En la aplicación de la prueba de polígrafo, pueden verse comprometidos, de una u otra forma, los siguientes preceptos constitucionales:

- ❖ **Artículo 1.** *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática,*

participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Para este caso, si una persona es sometida a la prueba de polígrafo, sin seguir los protocolos establecidos para ello y se hace sin consentimiento del trabajador o aspirante a un empleo o no se explica claramente su naturaleza, alcance y derechos que tiene el aspirante, se estaría desconociendo flagrantemente el respeto de la dignidad humana protegido por la Constitución desde su artículo 1°.

❖ **Artículo 2. Los fines del Estado:** *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; **facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan** y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*Las autoridades de la República están instituidas para **proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades**, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

En los apartes resaltados hacemos énfasis para contextualizar el tema que se trata en el presente trabajo, en el entendido de que en la medida en que a la persona que se somete a la prueba de polígrafo se le dé la posibilidad de aceptar o negarse a someterse a la prueba o incluso a interrumpirla si ésta ya ha iniciado, se le está facilitando la participación en una decisión que lo afecta y, en la misma medida, mientras la aplicación de la práctica de polígrafo esté

debidamente regulada en Colombia y se le impida el menoscabo de derechos y libertades, se estaría garantizando esa protección que promulga la Constitución Nacional.

- ❖ **Artículo 15. Derecho a la Intimidad:** *Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.*
(...).

Frente a este artículo, cabe traer a colación un aparte de la sentencia T-480 de agosto 10 de 1992 de la Corte Constitucional, que debe guiar principalmente al uso que se le da a los resultados arrojados por la prueba de polígrafo, teniendo en cuenta lo que éste manifieste en las respuestas de la entrevista constitutiva de la prueba.

(...). Grande es ciertamente la importancia de estos derechos, porque el hombre necesita que la opinión social de apoyo cierto a sus valoraciones de sí mismo, a la prudente evaluación de su persona y al justo orgullo que le permite llevar una vida importante y significativa además de que la imagen que se tenga de él determina en alta medida el trato que se le da por los demás en una muy amplia gama de circunstancias, que tienen que ver con toda clase de aspectos de su vida desde los afectivos hasta los económicos.

- ❖ **Artículo 21. Derecho a la honra:** *Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.*

El derecho a la honra que está directamente ligado a la dignidad de la persona, no solo debe ser protegido por el titular de este derecho, quien exige respeto desde la autodeterminación y la manifestación de su voluntad respecto a en qué medida permite que otra persona natural o

jurídica (empleador) tenga acceso a información de su esfera íntima, que menoscabe esa honra y el reconocimiento de su dignidad; sino que también debe tener una protección por parte del Estado en la medida que regule y no permita realizar pruebas de confiabilidad en contra de la voluntad de la persona a quien se le realiza.

- ❖ **Artículo 83. Presunción de buena fe.** *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.*

Finalmente tenemos la presunción buena fe, de la cual cabe decir que, si bien las empresas cuentan con una normatividad que le permite verificar la información que reciben de sus trabajadores en aras de una seguridad empresarial y económica principalmente, no debe dejarse de lado este precepto constitucional y evitar vulnerar la confianza debida en las relaciones laborales.

DESDE LA LEY CIVIL (CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO)

- ❖ **Artículo 1494. Fuente de las obligaciones.** *Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.*

- ❖ **Artículo 1495. Definición de contrato o convención.** *Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.*

- ❖ **Artículo 1502. Requisitos para obligarse.** *Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) Que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.*

- ❖ **Artículo 1517. Objeto de la declaración de voluntad.** *Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.*

En los artículos anteriormente citados encontramos fundamentos legales que soportan la práctica de la prueba de polígrafo como un acto y un negocio jurídico, tal como se desarrolló en el capítulo anterior, donde la persona haciendo uso de la autonomía de la voluntad privada, dispone de ciertos intereses, llámese en este caso la necesidad del empleador de indagar sobre las personas que harán parte de su empresa o la del aspirante o trabajador de conseguir o mantener un empleo, o por encima de esta necesidad proteger y blindar de alguna manera su intimidad y su dignidad personal.

DESDE LA LEY LABORAL (CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO)

- ❖ **Artículo 55. Ejecución de buena fe.** *El contrato de trabajo, como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por ley pertenecen a ella.*

- ❖ **Artículo 57. Obligaciones especiales del empleador.** Son obligaciones especiales del empleador: **numeral 5º:** *Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos.*

- ❖ **Artículo 59. Prohibiciones a los empleadores.** Se prohíbe a los empleadores: **numeral 9º:** Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos a los trabajadores o que ofenda su dignidad.

En la legislación laboral que rige en nuestro país, como ya se ha mencionado, no existe una regulación expresa en cuanto a la práctica de la prueba de polígrafo. Sin embargo, existen ciertos preceptos que al interpretarse blindan, por decirlo de alguna manera, al aspirante a un empleo o a un trabajador a la hora de ser sometido a dicha prueba. La prueba de polígrafo como tal no va guiada a evaluar capacidades y/o aptitudes del trabajador, sino que busca por parte del empleador encontrar cierta confiabilidad y tener la certeza de que a quien está empleando no atente, de una u otra manera, contra su empresa organizacional y económicamente, lo cual no

se discute, es un derecho además de un deber del empleador para asegurar y llevar con diligencia y cuidado sus negocios.

Encontramos, entonces, que en los citados artículos del Código Sustantivo del Trabajo, le otorgan al empleador la obligación de respetar incondicionalmente la dignidad del trabajador, obrar siempre dentro del marco de legalidad y con un respeto supremo por la dignidad del trabajador, lo cual se subsana, teniendo en cuenta la normatividad y conceptos de entidades administrativas consultadas, con la manifestación de voluntad del trabajador, materializada en el consentimiento expreso el cual es firmado, libre de cualquier vicio o coacción.

OTRA NORMATIVIDAD SOBRE EL TEMA

Resolución 2593 del 11 de diciembre de 2003. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

En la citada resolución, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada “autoriza y regula la utilización del polígrafo por parte de los Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada”. Entre los fundamentos que se exponen para regular la práctica de la prueba de polígrafo se tienen los que a continuación se citan:

Que la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada debe garantizar que las personas vinculadas a las empresas de vigilancia y seguridad privada, contribuyan realmente a la prevención del delito.

Que el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada prevé que los medios utilizados para la prestación de los servicios deberán ser autorizados previamente por la Superintendencia.

Que el Gobierno Nacional mediante Decreto 2187 de 2001, reglamentó el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada y en el artículo 30 estableció que las personas que operen con medios tecnológicos, deberán acreditar la capacitación específica en el manejo adecuado de los equipos.

Que el polígrafo es un instrumento tecnológico utilizado para ayudar a determinar rasgos de confiabilidad, que ha tenido un importante desarrollo científico y que en la búsqueda del cumplimiento inherente a la seguridad, deben incorporarse las nuevas tecnologías que cumplan con este fin

Que los servicios de vigilancia y seguridad privada, deben aplicar procesos de selección de personal que garanticen la idoneidad profesional y moral.

En ésta resolución se autoriza de manera expresa a los servicios de vigilancia y seguridad privada para que implementen en los procesos de selección de personal, el examen psicofisiológico de polígrafo, sin perjuicio de los demás requisitos exigidos para el ingreso.

Para efectos de dicha disposición, el artículo 2° de la Resolución define el examen de polígrafo de la siguiente manera:

Entiéndase por examen psicofisiológico de polígrafo, la medición de las reacciones fisiológicas del examinado que se presentan cuando dice algo que no corresponde a la realidad.

El examen, se realizará mediante un instrumento científico altamente sensible que medirá los cambios en la presión sanguínea, respiración y conductancia galvánica de la piel, entre otras.

A su vez, la Resolución establece los requisitos para las personas naturales que practican la prueba de polígrafo, los cuales deben tener una credencial de consultor emitida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, y cumplir con ciertos requisitos para obtener la especialidad de poligrafista como los que a continuación se citan:

1. Hoja de vida que acredite su experiencia como poligrafista profesional.
2. Certificado que acredite estudios profesionales debidamente cursados y aprobados; en institución reconocida por el Instituto Colombiano de Estudios Superiores (ICFES).
3. Haber adelantado y aprobado el curso de poligrafía, con una intensidad horaria no menor a 320 horas, acreditando haber cursado las siguientes asignaturas e intensidad horaria.

MATERIA	No. DE HORAS
Introducción e historia de la poligrafía	8 horas
Ética	8 horas
La Fisiología y el polígrafo	32 horas
La Psicología y el polígrafo	20 horas
Técnicas de entrevistas e interrogación	20 horas
Formulación de preguntas	32 horas
Técnicas de polígrafo	64 horas
Instrumentación	20 horas

Interpretación de gráficas	52 horas
Redacción de informes	8 horas
Estudio de contramedidas	8 horas
La legislación y el polígrafo	8 horas
Prácticas - Casos reales	40 horas

En cuanto a las empresas de vigilancia que tengan interés en practicar pruebas de poligrafía, se establecen otra serie de requisitos a saber:

Solicitud de licencia para la prestación de servicios de poligrafía elevada ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada que deberá contener.

1. Relación de equipos a utilizar, ubicación de los mismos, características generales, además deberá adjuntar catálogos e indicar su procedencia u origen de fabricación.
2. Los instrumentos de polígrafo a utilizar deberán registrar como mínimo: Neumo o respiración torácica. Neumo o respiración abdominal, cardio y electrotermia.
3. Hoja de vida, certificaciones académicas y laborales, fotocopia del pasado judicial vigente, fotocopia de la cédula de ciudadanía y fotocopia de la credencial de los profesionales que aplicarán las exámenes de polígrafo.
4. Contar en sus instalaciones con salas adecuadas para la realización de exámenes de polígrafo que garanticen la privacidad y brinde comodidad, tranquilidad y seguridad al examinado; que en ningún caso sufrirá menoscabo de su dignidad humana.

La Superintendencia para conceder la licencia realizará una visita de instalaciones y medios para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. No obstante lo

anterior, dicho requisito podrá ser cumplido con la presentación de video del lugar y de las instalaciones en donde pretende funcionar el servicio.

Teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos antes citados, la Resolución autoriza a las empresas de vigilancia y seguridad privada a prestar el servicio de poligrafía para procesos de selección, a terceros siempre.

En cuanto a la práctica de la prueba y más específicamente en cuanto al manejo de los resultados que de ésta deriven, en el artículo 6º se establece que “las personas que presten los servicios de poligrafía, mantendrán absoluta reserva de la información obtenida, salvo autorización expresa del examinado sobre los resultados obtenidos en la evaluación poligráfica”.

Además de esto, y como ya se ha mencionado en otros capítulos, se establece de manera expresa y como requisito esencial para la práctica de la prueba propiamente dicha, la autorización del examinado, la cual debe ser “autorización escrita, previa y voluntaria del examinado”. Se hace referencia, además, a la entrevista que ya se explicó en un capítulo anterior, en la cual el poligrafista le brinda al entrevistado una explicación sobre cómo funciona el polígrafo y en la cual se deja claro que la prueba a practicar no constituye un atentado contra su dignidad humana o sus derechos fundamentales.

Finalmente se entiende que con estas disposiciones la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada pretende velar por el respeto a los derechos fundamentales, los cuales pueden verse vulnerados con una mala práctica de la prueba de polígrafo, tal como se ha

dado en algunos casos, y resalta de manera expresa que “la defensa de la seguridad, no puede ocasionar agresiones, coacciones o desconocimiento a los derechos fundamentales”.

Resolución 002417 de 2008, por la cual se modifica la Resolución número 2852 del 8 de agosto de 2006

Esta resolución surge toda vez que no hay una regulación que contemple la expedición de la credencial de Consultor con la especialidad de Poligrafista, requisito establecido en la Resolución 2593 de 2003, presentándose inconvenientes por parte de los poligrafistas que no cumplieran con este requisito. Teniendo en cuenta, además, tal como lo expresa la Resolución 002417 de 2008 “que el uso del polígrafo, es una actividad complementaria de los servicios de consultoría, asesoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, y que además es considerada como una herramienta útil respecto de los procesos de selección de personal propio de los servicios de vigilancia y seguridad privada”. Así las cosas, la Superintendencia autorizó, mediante esta Resolución, que se pudiera implementar en los procesos de selección de personal el examen psicofisiológico de polígrafo por parte de los Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada. Para este efecto establece:

Artículo 2°. El artículo 108 de la Resolución 2852 del 8 de agosto de 2006 quedará así:

Artículo 108. Las empresas asesoras, consultoras e investigadoras en vigilancia y seguridad privada debidamente autorizadas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y las empresas de vigilancia armada y sin armas que cuenten con la habilitación del servicio conexo de asesoría, consultoría e investigación en vigilancia y seguridad privada, como actividad complementaria de su objeto social, podrán prestar a terceros, en forma remunerada, el servicio de poligrafía.

El operador que practique examen de polígrafo no requiere autorización o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. No obstante, la

Entidad, en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, podrá verificar que el operador del servicio cuente con título que lo acredite para tal fin

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso 2647, agosto 1° de 2008. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

Sobre el tema de la prueba de polígrafo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se ha pronunciado en el sentido de determinar si la prueba de polígrafo debe o no admitirse como prueba en el proceso penal. A continuación se cita un extracto de dicha Sentencia, de la cual ya se han tomado conceptos a lo largo de este trabajo, donde se deja clara la posición frente a la prueba de polígrafo y su no admisibilidad como medio de prueba en materia penal, pero que también da claridad sobre ciertos aspectos del polígrafo para entendimiento sobre su funcionamiento y aplicabilidad:

... por cuanto si el polígrafo tiene como objetivo primordial determinar a través del registro de variaciones emocionales como la presión arterial, el ritmo cardiaco, el respiratorio y la resistencia eléctrica de la piel o reflejo psico-galvánico causado por el estado de emotividad provocada si la persona presenta reacciones fisiológicas indicativas de engaño, es claro que su diagnóstico se refiere a la credibilidad del interrogado y no a la comprobación de hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada.

Nótese que de llegar a admitirse el polígrafo como un medio de prueba válido para conocer si una persona miente, su aplicabilidad no podría restringirse al acusado, pues cabría hacerlo con todos los testigos tanto de cargo como de descargo, (...) tendría que dedicarse a determinar otros asuntos, tales como la pericia del examinador, las

condiciones en que se realizó y demás aspectos concernientes a sus requerimientos técnicos, para extractar de ahí la inferencia a la que debía arribar por vía del uso de las reglas legales dispuestas para el efecto.

De otro lado, lo que concretamente marca el polígrafo es la reacción del individuo frente a precisas situaciones y preguntas ocurridas en una atmósfera privada, en la cual el experto califica como “DI” (decepción indicada) si advierte reacciones fisiológicas indicativas de engaño, o como “NDI” (no decepción indicada) si no las hay y como “NO” cuando no puede dar una opinión, pero en ningún momento esa diagnosis resulta idónea para transmitirle al funcionario judicial los conocimientos que requiere para adoptar sus decisiones, que es la finalidad de todo medio de prueba.

Ahora bien, en Colombia habría dificultades para admitir el polígrafo aún si fuera objeto de estipulación en los asuntos tramitados por medio de la Ley 906 de 2004, por cuanto el párrafo del ordinal 4° del artículo 356 limita su procedencia a hechos o circunstancias y como se ha visto el polígrafo no es apto para demostrar hechos o circunstancias de la conducta punible sino para ofrecer un dictamen acerca de si una persona, en un ambiente determinado, respondió con la verdad o con la mentira las preguntas estructuradas que se le hicieron.

La Corte encuentra peligros enormes frente a la libertad y a la dignidad del sujeto si se admite la utilización del polígrafo como medio de prueba, contribuye a afianzar más el fin que los medios, debido al dramático proceso de instrumentalización a que se somete a la persona, de quien se extraen mediciones tomadas del monitoreo de las reacciones del sistema nervioso autónomo, para convertir al propio individuo en instrumento de corroboración de una verdad a la que debe llegar la administración de justicia con absoluto respeto por la dignidad humana.

En suma, todas esas razones llevan a la Sala a colegir que el polígrafo no es admisible como medio de prueba en el contexto de la teleología de la investigación penal.

Sentencia T- 10646 del 5 de febrero de 2002

En la sentencia T-10646 del 5 de febrero de 2002, el ciudadano apela a la protección de sus derechos por cuanto los siente vulnerados por los hechos que a continuación se citan:

El 26 de septiembre de 2001, en condición de empleado de la Sociedad Portuaria de Cartagena, fue citado en compañía de otros Superintendentes a un hotel de esa ciudad, donde se le sometió al “polígrafo” o “detector de mentiras”, con el objeto de interrogarlo acerca de temas de narcotráfico, fraudes a la empresa y sustracción ilícita de mercancías, prueba que se llevó a cabo entre las ocho y las diez de la mañana.

Dicho interrogatorio, sostiene el demandante, estuvo lleno de preguntas “capciosas” al punto que se “irritó”, mucho más cuando supo que quien operaba el polígrafo era un “técnico canadiense”, quien se presentó como policía de la Real Fuerza Canadiense, que no hablaba español y que, por ende, tuvo que ser asistido por una joven que tenía “poca o nula” experiencia en la traducción.

Dice que si bien es cierto firmó un documento en el que autorizaba la realización de la prueba, esto sucedió debido a las “presiones” psicológicas y laborales para que la aceptara.

El demandante considera que mediante estos actos se le vulneran, entre otros, sus derechos a la intimidad, la seguridad personal, el debido proceso, la autonomía y la intimidad. A partir de la ocurrencia de los hechos siente que ha sido estigmatizado y señalado por sus compañeros y conocidos por hechos que infundadamente se le acusan, encontrándonos también ante una vulneración contra el buen nombre y la dignidad de la persona. No obstante la Corte decide en contra del accionante, basado en las siguientes consideraciones:

La Sala no encuentra que se le haya vulnerado al peticionario ningún derecho fundamental.

Así, en cuanto al derecho a la intimidad que, según lo alega, le fue desconocido al hacerle la prueba del polígrafo, no le asiste razón, como quiera que es evidente que ese derecho, en el caso que ocupa la atención de la Sala, entró en tensión con el derecho a la seguridad de la empresa, la que, en razón de su objeto social, podía muy fácilmente ser utilizada como instrumento para el tráfico de narcóticos y el contrabando, por lo cual estaba en el derecho de tomar las medidas necesarias para prevenir tales ilícitos, pero, a su vez, estaba el derecho a la intimidad del accionante, habiendo prevalecido el de la entidad, al haberse sometido el trabajador, de manera voluntaria, como está acreditado en el expediente, al procedimiento mencionado, siendo el derecho a la intimidad disponible.

Así mismo, tampoco se afectó su derecho a la autodeterminación, sino que, precisamente, en ejercicio del mismo, optó por aceptar que se le interrogara de esa manera.

Además, no vale el argumento de que en razón de la subordinación a la Sociedad Portuaria de Cartagena, el actor se vio obligado a someterse a la prueba del polígrafo, pues se trata de una persona culta, con amplísima experiencia laboral, según se desprende de los certificados que obran en el diligenciamiento, que bien habría podido negarse, sin que ello le hubiese podido reportar consecuencias laborales adversas, sin desconocer la legislación sobre la materia.

Tampoco se le violó al demandante el derecho a no auto incriminarse, pues no se le obligó a declarar contra sí mismo, ni lo hizo, ya que las preguntas formuladas y relacionadas con su intervención en el tráfico de drogas, las contestó negativamente.

En cuanto al derecho al trabajo, si a raíz del resultado de esa prueba fue despedido, como lo afirma a través de su apoderado, tiene otro mecanismo de defensa judicial que es la vía laboral.

Es importante tener en cuenta que las razones que motivan a la empresa en el caso de esta tutela, son diferentes a las que se han expuesto a lo largo de este trabajo, es decir, la de evaluar a un candidato para proveerle un empleo, como ha quedado claro. Lo que acá está en juego es la seguridad de la empresa que se encuentra vulnerada por la presunta comisión de un delito por parte de uno de sus empleados, ante lo cual se hace una prueba de polígrafo de tipo investigativa. No obstante lo anterior, es interesante detenerse en los argumentos que da la Corte para justificar la posible vulneración a derechos fundamentales y cómo de alguna manera se sana todo esto con el hecho de

Haberse sometido el trabajador, de manera voluntaria, como está acreditado en el expediente, al procedimiento mencionado, siendo el derecho a la intimidad disponible.

Así mismo, tampoco se afectó su derecho a la autodeterminación, sino que, precisamente, en ejercicio del mismo, optó por aceptar que se le interrogara de esa manera.

Sin embargo, en el salvamento de voto que hace el magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, trae a colación el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre el cual concluye, teniendo en cuenta los hechos acaecidos: “Prohibiciones a los patronos. Se prohíbe a los patronos:...9. Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad”. Y no se requiere esfuerzo para concluir que someter a una persona al “detector de mentiras” viola su intimidad, así se diga que el sometido prestó su consentimiento por escrito.

LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO

DESDE EL DERECHO PRIVADO

El acto jurídico

En el derecho hablamos de ciertas manifestaciones del ser humano y de la naturaleza, a las cuales se les da la denominación de “jurídicas” puesto que llevan consigo una consecuencia jurídica. Entre ellas están los actos jurídicos, a los cuales conviene prestar la mayor importancia en el marco de esta investigación, toda vez que se parte de la base de que el consentimiento que da un aspirante a ocuparse en el área de la vigilancia y la seguridad privada para que le sea aplicada una prueba de polígrafo, es un acto jurídico en sí.

Actos Jurídicos son aquellos supuestos de hecho, previstos por el derecho como comportamientos humanos con consecuencias jurídicas (Bohórquez Orduz, 2004). Dentro de estos Actos Jurídicos se engloban, entonces, ciertos comportamientos en los cuales el ser humano dispone de intereses particulares, y es precisamente esta disposición de intereses la que convierte ese acto jurídico, mediante el cual una persona acepta someterse a una prueba de polígrafo, en un Negocio Jurídico.

Negocio jurídico

El Negocio Jurídico es el instrumento que el derecho otorga a las personas para la disposición de intereses (Bohórquez Orduz, 2004), donde quien se somete a la prueba, dispone de sus

propios intereses en cuanto al menoscabo de sus derechos como el de la intimidad y la dignidad humana. Dispone además de su voluntad, sobre la que cabe advertir –especialmente relevante para esta investigación– la diferenciación entre la **manifestación de la voluntad** y la **declaración de voluntad**, sabiendo de antemano que para la aplicación de la prueba de polígrafo es necesario que la persona firme de manera consiente y voluntaria una autorización donde expresa su voluntad para someterse a dicha prueba. Surge entonces la paradoja sobre lo que es importante para el derecho, la voluntad interna que es la voluntad real de la persona, o bien la voluntad declarada, que en realidad puede estar permeada por ciertos intereses o compromisos. Pues bien, se ha encontrado que no obstante la declaración de voluntad firmada por quienes se someten a la prueba de polígrafo, puede estar viciada, toda vez que estas personas pueden estar en su interior reacios a someterse a la prueba, pero con el interés de aplicar a un empleo o no ser sancionados firman la declaración de voluntad y es finalmente esto lo que interesa al derecho.

Como presupuesto necesario a la existencia del Negocio Jurídico –y en general del Acto Jurídico– aparece lo que se ha denominado autonomía de la voluntad privada, que consiste en la facultad que el ordenamiento jurídico concede a una persona para que gobierne sus propios intereses patrimoniales. La autonomía de la voluntad privada permite que una persona pueda llevar a cabo la creación, modificación, trasmisión o extinción de derechos y obligaciones en el ámbito del derecho privado (Correa, 2009).

En Colombia la ley faculta a las partes en un negocio jurídico para que regulen sus propios intereses y establezcan las normas por las cuales se va a regir el Negocio Jurídico en el cual se encuentran inmersas.

La autonomía privada es, entonces, un poder jurídico normativo cuyo ejercicio corresponde a los particulares en sus relaciones privadas (Castro de Cifuentes, 2011). En esta definición encontramos que la autonomía privada es un “poder” y no como una simple facultad o derecho subjetivo. Quien celebra un negocio en virtud de la autonomía privada está creando una nueva relación jurídica, que no existía aún y además es un poder “jurídico”. Es una herramienta que ofrece el derecho para satisfacer los intereses y necesidades de los individuos mediante la creación de normas jurídicas. (Castro de Cifuentes, 2011)

La autonomía privada

La autonomía de la voluntad, implica que las personas se obligan, o se someten a un negocio jurídico porque lo quieren de esa manera, y esta manifestación de voluntad debe ser respetada desde el derecho.

Sin embargo, en ocasiones se presentan diferencias entre lo que se quiere y lo que se declara. Es ésta una de las dificultades que se presentan ante la definición de voluntad que se tenía en la corriente denominada “voluntarismo jurídico”, en el cual se decía que la voluntad es un estado psicológico del individuo, como su conciencia. De esta manera, cuando las partes celebraban un contrato mediante intercambio de palabras o escritos, lo allí declarado no era más que el procedimiento para hacerla visible a terceros, y no podía desvirtuar lo que efectivamente querían los contratantes. (Castro de Cifuentes, 2011).

Considera, entonces, la corriente jurídica mencionada, que siempre debe prevalecer la voluntad real sobre el sentido literal de las palabras.

La autonomía privada se ejerce para cumplir con ciertos objetivos personales, es decir, para satisfacer sus propios intereses. Sin embargo, esto no debe salirse del respeto por los derechos tanto individuales como colectivos, con el fin de evitar desequilibrios en los negocios jurídicos y por ende en las relaciones sociales. En cada caso debe ponderarse que se debe proteger con mayor relevancia, es en este punto donde nos detenemos a valorar el tema motivo de investigación, pues encontramos que están en divergencia ciertos intereses de un empleador, en este caso una empresa de vigilancia y seguridad privada, y una persona que aspira a obtener un empleo en dicha empresa. Por un lado están los intereses de la empresa de sentir una seguridad y tener un estado de confianza en las personas que contrata para ejercer ciertos cargos, y por el otro los intereses de la persona que interesada en obtener un empleo, es consciente de que para lograrlo debe pasar por encima de ciertos intereses privados, de su intimidad e inclusive de su propia voluntad al someterse a una prueba de confiabilidad en la que puede verse menoscabada su dignidad.

El consentimiento informado

El acto de consentir demanda una serie de precondiciones, una de estas condiciones es la aptitud para consentir, que está directamente relacionada a la capacidad de la persona. A su vez la capacidad se basa en distintas habilidades necesarias al proceso de toma de decisión tales como la capacidad de involucrarse con el asunto, de comprender o evaluar las opciones y la posibilidad de comunicar su preferencia. Por otro lado está la condición de autonomía, la cual se refiere a un atributo del sujeto como persona, con la potencialidad de dar a sí mismo el sentido y la norma de la existencia, teniendo sus raíces en la filosofía. De acuerdo con lo anterior, la capacidad representa el lado operativo o funcional de la autonomía de la persona (Mocellin Raimundo, Marcia. 2013).

En el caso que nos ocupa en el presente estudio, en el momento en que la persona que se somete a una prueba de polígrafo, firma un consentimiento informado. Se debe tener en cuenta que es necesario tener una concepción clara de la autonomía con la cual actúa dicha persona, y a su vez es importante tener en cuenta que cuando la persona que se somete a una prueba de polígrafo da su consentimiento, este acto como tal hace parte de un proceso y no un acto aislado, puesto que es un factor muy importante que se ve influido por muchos elementos como por ejemplo una situación económica especial, la necesidad de conservar un empleo e inclusive el poder continuar con su plan de vida, se da entonces un balance entre el riesgo y el beneficio en estas circunstancias de necesidad la cual en la mayoría de los casos se impone.

La premisa es que, aceptar una situación favorable o rechazar una situación desfavorable atiende a los mejores intereses de la propia persona, no siendo exigida una alta capacidad para la toma de decisión, esto se da a partir de la autonomía, lo cual significa que el individuo se gobierna por sí mismo, es decir, significa ser capaz de considerar los factores relevantes para decidir cuál debe ser el mejor camino de acción, o desde la perspectiva Kantiana, podemos decir que la autonomía se vincula a la idea de autodeterminación, ésta a su vez, posee estrecha relación con la libertad que la presupone y basa la moralidad en la voluntad. Por lo mismo se puede decir que para elegir, la persona debe ser suficientemente libre. (Mocellin Raimundo, Marcia. 2013).

DESDE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Al tratarse de principios constitucionales y con el fin de tener un concepto claro y unificado frente al tema, nos remitiremos expresamente a la Jurisprudencia Constitucional, la cual ilustra de manera clara el alcance de estos derechos que, como ya se ha planteado, podrían vulnerarse al llevar a cabo la práctica de la prueba de polígrafo.

La dignidad humana

Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) **La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características** (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) **la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor.** (ii) **La dignidad humana entendida como principio constitucional.** Y (iii) **la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.** (Sentencia T-881/02, 2002, énfasis añadido).

A su vez, la Corte Constitucional mediante sentencia T-940 de 2012, en voz del Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, se pronunció en el siguiente sentido:

La consagración constitucional de la dignidad humana como fundamento del Estado colombiano debe repercutir en todas las actuaciones que emanan de las autoridades, así como de servicios públicos esenciales como la salud, cuya prestación debe garantizar.

Desde la perspectiva de la funcionalidad del concepto, la dignidad humana se ha entendido con una triple naturaleza de derecho fundamental, principio y valor. A grandes rasgos, la dignidad humana como derecho fundamental implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de proporcionarlos; como principio puede entenderse como **una de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; finalmente, como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar.** (Pinilla, 2012, énfasis añadido).

El derecho a la intimidad

Desde 1992, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho “general, absoluto, extra patrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer ‘erga omnes’, vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a

su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta (...). Se afirmó también que la intimidad es “el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.” En 1995, se reiteró esta visión del derecho a la intimidad, cuando se afirmó que “Este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la auto conservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones (...) Ese terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal.

El derecho a la intimidad, junto con otros derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, están concebidos para permitir a las personas fortalecer y **desarrollar su condición de seres libres y autónomos, que es el presupuesto esencial del estado democrático.** La individualidad del individuo, su posibilidad no siempre fácil de separarse del influjo de los otros o de la masa, de realizar las actividades que les son afines y no las que le sean impuestas, de reflexionar solitariamente, de optar por sus propias preferencias, y de llegar a sus propias

conclusiones frente a los dilemas de la cotidianidad y de la política, en fin, la posibilidad de aislarse con frecuencia u ocasionalmente del mundo, **es de lo que depende el que pueda convertirse en un sujeto de derechos y obligaciones**, el que pueda ejercer las responsabilidades democráticas y participar en los procesos que forjan un estado social de derecho como lo es el colombiano. **Sólo reconociendo la autonomía e individualidad de las personas, puede hablarse del “respeto a la dignidad humana”** que sirve de fundamento al estado colombiano, según el artículo 1º de la Constitución. La protección de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares-, como prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo, tiene que ser jurídicamente relevante, y lo es, a través de los mecanismos constitucionales de protección al derecho a la intimidad, los cuales no circunscriben su alcance a cierta clase social económica o ilustrada, sino que se extienden, como no podía ser de otra forma, a todas las personas amparadas por la Constitución. (Sentencia C-640/10, énfasis añadido).

**APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO
COMO REQUISITO DE EMPLEO EN LAS
EMPRESAS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD
PRIVADA, DESDE EL RECONOCIMIENTO DEL
PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN
DICHO ACTO JURÍDICO, ASÍ COMO EL
DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA DIGNIDAD
HUMANA**

**EXISTEN VACIOS JURÍDICOS EN CUANTO A LA
REGULACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE
POLÍGRAFO SE REFIERE**

En cuanto al fundamento legal de la aplicación como tal de la prueba de polígrafo, en la presente investigación se ha encontrado que a pesar de que en Colombia es común el uso de esta herramienta para el apoyo de los procesos de vinculación laboral y las investigaciones privadas, no hay soporte constitucional ni legislativo que contemple su uso, constituyéndose en un vacío jurídico frente a una actividad que puede llegar a ocasionar una lesión considerable a los derechos fundamentales de la intimidad, el trabajo y al buen nombre de las personas que son sometidas a estas pruebas.

En consecuencia, la reglamentación expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada está prevista tan solo a los servicios sobre los que ellos ejercen inspección, vigilancia y control.

En ese orden de ideas, los sectores que le están dando aplicación a la prueba de polígrafo son los servicios de vigilancia y seguridad privada en los procesos de selección de personal y la provisión de empleos de libre nombramiento y remoción en la unidad administrativa especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Así mismo, hay otras opiniones que defienden el uso del polígrafo como herramienta adecuada en la prevención del riesgo de infiltración a las empresas por parte de agentes delincuenciales, como lo expresa un especialista en el tema, vicepresidente de la firma Almaviva, Juan Manuel Camargo, quien dijo en el Congreso de Comerciantes en Cartagena, desarrollado el 23 de noviembre de 2012, que existe un vacío jurídico en este tema y que se hace imperiosa la definición de las normas que lo regularán, puesto que las empresas cada vez se exponen a los diferentes riesgos que se generan por la alta descomposición social por la que viene pasando nuestra sociedad.

En cuanto a la aplicación de la prueba de polígrafo en el campo penal, se debe enfatizar que el uso de esta herramienta no hace parte de los medios de prueba legalmente establecidos en nuestro Estado.

Precisamente el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal dispone que los “hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no violente los derechos humanos” (Ley 906 de 2004). De tal suerte que dentro de los medios de prueba regulados por los Códigos de Procedimiento Penal vigentes, Ley 906 de 2004 (Título I y II

del libro II) y la Ley 600 de 2000 (Titulo VI del libro I), no se contempla la prueba de polígrafo.

Pese a lo anterior, en el caso de la Jurisdicción Penal Militar, se ha hecho uso de éste en algunas situaciones, resaltándose de que “su utilización requiere consentimiento expreso de la persona y sus resultados deben ser contrastados y corroborados con otros medios de prueba legalmente aportados en el proceso, de manera que una prueba de tal naturaleza no constituye prueba plena en contra del inculpado” (Defensoría del Pueblo).

Un caso representativo que ejemplifica lo anteriormente comentado ocurrió el 20 de septiembre de 2007, en donde el oficial de la armada en retiro contraalmirante Gabriel Arango Bacci en el caso de la presunta responsabilidad con algunas mafias del narcotráfico, presentó ante los investigadores de la Fiscalía General de la Nación una prueba de polígrafo a la cual se había sometido para demostrar los señalamientos en su contra. Además el contraalmirante, también le pidió a la Fiscalía, no solo contemplase en el proceso los resultados de la prueba, sino que recurriera al polígrafo para contrarrestar las versiones de los testigos en su contra, y así poder establecer “quién es el que dice la verdad”. El 04 de diciembre de 2009 el contraalmirante Gabriel Arango Bacci fue declarado inocente, por la Corte Suprema de Justicia, comprobándose que no tuvo ningún vínculo con grupos de narcotraficantes, tal como se le acusaba, situación que fortaleció en buena manera la credibilidad de la prueba de Polígrafo.

Queda claro entonces que, pese a las implicaciones que trae la práctica de la prueba de polígrafo, de la cual se dice que podría estar afectando derechos fundamentales, de acuerdo a las ponencias antes mencionadas presenta grandes vacíos en cuanto a su regulación y condiciones de aplicación en nuestro país.

EL CONSENTIMIENTO DE QUIEN SE SOMETE A LA PRUEBA DE POLÍGRAFO, ¿SE AJUSTA AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA?

Teniendo claro que la aplicación de la prueba de polígrafo, no ha sido declarada ilegal en nuestro país y que se aplica con la previa autorización expresa y voluntaria de quien se somete a ella, en el presente capítulo cuestionamos hasta qué punto ese consentimiento y autorización se da con observancia del principio de la autonomía privada.

¿Qué ocurre cuando entran en choque los intereses del empleador que a la vez se configuran en derechos, que es propender por el bienestar y seguridad de su empresa al incorporar personas honestas y de adecuada probidad moral, frente a los derechos del trabajador que son su dignidad, intimidad y buen nombre?. De allí que se cuestione la validez del acto jurídico mediante el cual la persona consiente la práctica de la prueba de polígrafo, a la luz del principio de la autonomía privada frente a la cual la Corte Constitucional manifiesta que:

El derecho a la autonomía privada no es entonces un derecho patrimonial, no es reconocido ex singuli, ni depende de ciertas situaciones jurídicas, no es disponible ni enajenable por parte de su titular o de un tercero (Estado o particular) y no es atribuido ex negotium sino que tiene su fuente directa en la Constitución y en la Ley, y constituye desarrollo imprescindible tanto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14 Superior) como del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio general de libertad (artículo 16 Superior) (Sentencia de Tutela N° 423/03, 23 de mayo de 2003).

En ese orden de ideas encontramos que la Constitución y la Ley respaldan a los sujetos en la capacidad de gobernar sus derechos según les plazca, y así mismo acordar situaciones que no atenten contra el ordenamiento jurídico ni los derechos de los demás. Así las cosas, si las personas se obligan o realizan actos y negocios jurídicos es porque así lo quieren y el derecho debe respetar lo que las partes quieren y en razón de ello dar, por ejemplo, el consentimiento para que se le practique la prueba objeto de estudio en este trabajo. Ahora bien, la cuestión sobre este punto gira en torno a si dicho consentimiento sí refleja en realidad la intención del individuo de satisfacer intereses y necesidades propias o si, más bien, obedece a una decisión que se toma con el fin de cumplir un requisito, bajo la presión de conseguir un empleo o de no perder el que ya se tiene, pero con la real sensación de que se le está negando la buena fe que debe regir toda relación contractual, es común encontrar en las personas que se someten a la prueba con esa sensación de nerviosismo, y la percepción de que su empleador futuro o actual, al solicitarle dicho requisito, está poniendo en duda de entrada su credibilidad y confianza.

¿SE VULNERAN DERECHOS FUNDAMENTALES CON LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE POLÍGRAFO?

Como quiera que en otros Estados el uso del polígrafo y similares herramientas que buscan detectar mentiras son aceptados, son varios los comunes denominadores que se presentan como la incipiente legislación frente al tema, el pronunciamiento de los altos tribunales en aceptar de manera parcial la prueba en el ámbito penal y que su uso no debe ir más allá de lo que el derecho a la intimidad lo permite. Es por ello que siempre debe de contarse con el consentimiento de la persona, pues el sometimiento a tal prueba debe ser voluntaria y no coercitiva.

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo del uso del polígrafo en nuestro país, se hace evidente que sigue la misma tendencia que en el resto del mundo, debido a la escasa normatividad frente a esta rama de la industria de la seguridad privada que cada día se fortalece en nuestro medio de manera paralela a las necesidades manifestadas por los empresarios debido a los altos índices de inseguridad que se registran a diario en el Estado Colombiano. Las resoluciones de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, son las únicas normas jurídicas que mencionan la aplicación de la prueba de polígrafo, sumado a un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que busca dar claridad sobre el uso de esta prueba en los eventos de procesos judiciales del orden penal, así como también un concepto jurídico del ministerio de la Protección Social, este último se presenta como una aclaración en cómo debe de realizarse la prueba, esto es, que no se vulneren Derechos Fundamentales y que se cuente con el consentimiento valido del aplicante, pero en ningún momento restringe la práctica de la prueba poligráfica .

Sin embargo, ello no quiere decir que en la actualidad la aplicación de las pruebas de polígrafo en el sector privado sea ilegal en nuestro país, toda vez que al no existir legislación expresa que restrinja el uso de esta herramienta, hace presumible de manera positiva que la práctica de la misma sea legal. No obstante, al presentarse este vacío jurídico en nuestra legislación, también se genera una brecha amplia para desarrollar esta actividad de forma que vulnere los derechos de las personas que son sometidas a la prueba o no, o en el peor de los casos que sean aplicadas por personas no calificadas, las cuales darían resultados errados, que como consecuencia afectarían a aquellas personas que están en proceso de vinculación con una compañía, truncándose su posibilidad de laborar. Así mismo, muchas personas ponen en duda hasta qué grado la aceptación de la persona que es sometida a la prueba es voluntaria o no, si de por medio está que es condición determinante someterse a la misma para poder continuar en el proceso de vinculación laboral, situación que se convierte en un arma argumentativa contundente de los detractores del polígrafo.

Finalmente, y a pesar del intento fallido de la Cámara de Representantes al tratar de crear una ley que regulará en parte la aplicación de la prueba de polígrafo, en nuestro concepto, es importante que el Estado adopte una postura seria y legisle de manera adecuada respecto a este tema, pero prohibiendo la utilización de estas herramientas de detección de con el fin de proteger no solo los derechos individuales de las personas que se presentan en un proceso de vinculación laboral, situación que no tendrá por que afectar la garantía del beneficio de seguridad de las empresas que acuden a este tipo de herramientas complementarias al proceso de vinculación de sus empleados, puesto que pueden acudir a otro tipo de herramientas menos invasivas y más garantistas para los candidatos.

CONCLUSIONES

- ❖ Cuando hablamos de contrato laboral estamos hablando básicamente de un acto jurídico que es la celebración de un contrato, lo cual implica que dos partes, en este caso empleador y trabajador consienten y acuerdan los términos para vincularse formalmente en un contrato de trabajo, en donde se ha creído que el empleador tiene la libertad de apoyar su convicción, de quererse vincular contractualmente con el trabajador, en el hecho de poder acudir a la prueba del polígrafo como elemento que le permita afianzar su convencimiento o no, entonces la prueba del polígrafo dentro del proceso de selección se utiliza como un instrumento para apoyar la decisión final del empleador para la vinculación o no del trabajador, su decisión de decir si contrata o no al trabajador y siendo el contrato de trabajo un acuerdo de voluntades, el empleador dentro de sus facultades unilaterales que en principio le da el Derecho, fundamenta su convicción con base en este tipo de pruebas. Obviamente el candidato puede negarse a la prueba de poligrafía y en ese sentido el empleador establece dentro de sus reglas para efectos de decidir su decisión de contratación si contrata o no a la persona, presentándose una transgresión al derecho a la igualdad del candidato frente a otros postulantes al cargo cuando este se niega al sometimiento de la prueba, quedando por lo tanto excluido del proceso de selección, sencillamente porque no está participando en una de las fases que el empleador definió como determinante dentro de los elementos que van a generar contenidos de valoración al momento de tomar la decisión de contratación. Situación similar ocurría con la exigencia ilegal que se presentaba en el prerequisite de la prueba de embarazo para la vinculación laboral de las mujeres en Colombia, conducta ilegal que fue determinada así, por la corte constitucional en la

sentencia T-071 de 1997, en donde califica como conducta reprochable por parte de los empleadores, quienes vulneran el derecho a la intimidad de la trabajadoras y sus familias, lesionando también el derecho al libre desarrollo a la personalidad afectando por contera el derecho al trabajo; en la prueba de polígrafo si bien lo que se busca es determinar la probidad moral del candidato y no su aptitud frente a las funciones y tareas que desarrollara en su futuro cargo, como si lo determinan las pruebas psicotécnicas, ésta – la probidad moral – no puede ser determinada de manera efectiva por la prueba de polígrafo, vulnerándose por consiguiente el principio de la buena fe, el cual es un principio general del Derecho y que en el ámbito del derecho laboral, es aplicable tanto para el trabajador como para el empleador verificándose desde los primeros estadios antes de la misma contratación; por esa razón consideramos la ilegalidad de la aplicación de la prueba del polígrafo en los procesos de selección para las personas que no solamente aspiran al cargo de vigilantes sino para cualquier tipo de actividad laboral. Además consideramos que su ilegalidad también está determinada por el vicio en el consentimiento que se presenta en el trabajador, quien a pesar de declarar su voluntad en el acta de consentimiento informado que se le pone de presente para la aplicación de la prueba de polígrafo, lo que se da en la realidad, esto es, en su voluntad interna, es la oposición y rechazo a la aplicación de la prueba, la cual termina aceptando más por la necesidad de vincularse laboralmente que por la convicción real a la efectividad de la prueba y que esta no vulnera sus derechos.

- ❖ En el desarrollo del presente trabajo de investigación encontramos que pese a que en Colombia la prueba de polígrafo es comúnmente utilizada en procesos de vinculación laboral y en las investigaciones privadas de algunas empresas, principalmente las de vigilancia y seguridad privada, en el país no se cuenta con un soporte constitucional ni

legislativo que contemple el uso de esta herramienta, lo que constituye un vacío jurídico en una prueba que si no se aplica siguiendo los protocolos debidos, puede devenir en vulneración a los derechos fundamentales de la intimidad, el trabajo y al buen nombre de las personas que son sometidas a estas pruebas. No obstante lo anterior, entidades como la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada sostienen que la aplicación de la prueba de polígrafo en Colombia es legal si se realiza con la previa autorización expresa, esto teniendo en cuenta que en el derecho privado se presume que está permitido lo que no está expresamente prohibido “Permittiur quod non prohibetur”. Sin embargo consideramos que la prueba objeto de estudio, debe ser regulada en el sentido de prohibir su aplicación puesto que se trata de una actividad que puede entrar en interferencia con derechos fundamentales.

REFERENCIAS

Literatura especializada

- Bernal Arévalo, B. (2005). *Técnicas de investigación criminal en el sistema acusatorio*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Blackstone, Ken. (2011). *Polygraph Sex Offenders and the Court: What Professionals Should Know About Polygraph...and a Lot More*. United States of America. Emerson Books Concord.
- Bohórquez Orduz, A. (2004). *De los negocios jurídicos en el Derecho Privado colombiano*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley.
- Bruzzone, Mario Enrique. (2013). *El Detector de Mentiras fin de la inseguridad y la impunidad*. Buenos Aires. DUNKEN.
- Castro de Cifuentes, M. (2011). *Derecho de las Obligaciones*. Bogotá. TEMIS.
- Correa, R. (2009). *Teoría General del Derecho*. Medellín. Biblioteca Jurídica DIKE.
- Ferguson, Robert J. – Miller, Allan L. (1973). *The Polygraph in Court*. Charles C. Thomas.
- Heisse, J. (2011). *Curso básico de poligrafía*. Miami. Thompson.
- Jimenez Jaramillo, J. L. (enero – junio 2003). El cuerpo humano y su empleo como evidencia. *Opinion Jurídica*, No. 3., p. 15 – 24.
- Manual de Poligrafía, Trust & Deception Technologies.
- Mocellin Raymundo, M. (2013). *Consentimiento Informado: Desde sus orígenes hasta las nuevas perspectivas bajo el marco intercultural*. México D.F. Editorial Fontamara.
- Navarro, J. (2010). *El cuerpo habla: grandes secretos de la comunicación no verbal revelados por un ex agente del FBI*. SIRIO
- Otín del Castillo, J. M. (2011). *Psicología criminal. Técnicas aplicadas de intervención e investigación policial*. Barcelona. La Gaceta.

- Vélez Ángel, A. (1982). *Investigacion criminal*. Bogotá. Temis .
- Valdivieso Rueda, D. F. (2014). La aplicación del polígrafo en la orbita de las relaciones laborales. *Revista Gestión Humana. Mi comunidad experta*, No. 11, 20 - 24.

Textos jurídicos

- Código Civil Colombiano
- Código de Procedimiento Penal Colombiano
- Código Sustantivo del Trabajo
- Concepto 53266, del 31 de Marzo de 2014. Ministerio del Trabajo. Radicado N° 14178 de 20131 Proceso de Selección de Personal. Prueba de Polígrafo.
- Constitución Política de Colombia, 1991
- Corte Constitucional. (agosto 10 de 1992). Sentencia T-480.
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T-881/02*. Bogotá
- Corte Constitucional. (23 de mayo de 2003). Sentencia de Tutela N° 423/03. Bogotá.
- Corte Constitucional. (Agosto 18 de 2010). Sentencia C-640/10. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia. S. P. (2002). *Sentencia T-10646*. Bogotá.
- Espinosa Pérez, S. (M.P.). Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso 2647 (agosto 1 de 2008).
- Sanabria Astudillo, H. Por medio del cual se reglamenta el uso del polígrafo en Colombia, como medio de prueba en materia Penal y Laboral y se dictan otras disposiciones Proyecto de ley No. 048 del 31 de julio del 2012. Recuperado de: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=048&p_consec=33756
- Pinilla, N. (M. P.). Corte Constitucional. *Sentencia T-940*. Bogotá (2012).
- Resolución 002417 de 2008

- Resolución 2852,8 de agosto de 2006
- Resolución 000014, 22 de febrero de 2012
- Sentencia T-10646, 5 de febrero de 2002
- Sentencia T-940 de 2012
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Resolución 2593, 11 de diciembre de 2003.

Sitios virtuales

- Carrillo Guarín, J. C. (2014). San Polígrafo. *Ambito Juridico*. Recuperado de: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130625-14san_poligrafo/noti-130625-14san_poligrafo.asp
- Criollo Mayorga, G. (s.f.). *El polígrafo o detector de mentiras y su consideración jurídica*. Recuperado de: <http://giovanicriollomayorga.blogspot.com/2009/07/el-poligrafo-o-detector-de-mentiras-y.html>
- Defensoría del Pueblo, <http://www.defensoria.gov.co/>
- Fox Detectives, www.foxdetectives.com
- INTERNATIONAL Polygraphservice. (s.f.). *Polígrafo*. Recuperado de: <http://www.ipservice.com.co/servicio/4-pol%C3%ADgrafo.php>
- Latinoseguridad. (s.f.). *El polígrafo*. Recuperado de: <http://www.latinoseguridad.com/LatinoSeguridad/MenCrim/PoliG.shtml>
- Reid, S. (s.f.). *Estados que admiten la prueba de polígrafo*. Recuperado de: http://www.ehowenespanol.com/estados-admiten-prueba-del-poligrafo-info_442402/
- Revista Semana (noviembre de 2004). *Polígrafo de la Discordia*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/poligrafo-discordia/64712-3>

- Sánchez, J. L. (agosto de 2010). *La última: pasar por la prueba de polígrafo en las entrevistas de trabajo*. Recuperado de: <http://periodismohumano.com/economia/la-ultima-pasar-por-el-poligrafo-en-las-entrevistas-de-trabajo.html>
- Seguridad y Poligrafías. (s.f.). *Pruebas de confiabilidad. Verificación de la verdad*. Recuperado de: <http://seguridadypoligrafias.jimdo.com/a-n-i-omega-ltda/pruebas-de-confiabilidad-verificaci%C3%B3n-de-la-verdad/>
- Truth & Deception Technologies, www.tdtvsa.com