UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

"¿EL POLÍGRAFO VULNERA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO LABORAL COLOMBIANO?"

UN ENSAYO COMO MODALIDAD DE TRABAJO DE GRADO PRESENTADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

ABOGADO

DANIEL MONTOYA VALENCIA

MEDELLÍN

MAYO DE 2015

“¿EL POLÍGRAFO VULNERA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO LABORAL COLOMBIANO?”

Resumen

El polígrafo es un medio tecnológico que cada vez es más recurrido por los empleadores para la selección de personal y para adelantar procesos sancionatorios dentro de la empresa. Sin embargo, la práctica del mismo es violatorio de garantías constitucionales. Pese a lo anterior, existen entidades autorizadas para llevar a cabo este procedimiento, las cuales pretermiten lo dispuesto por la Constitución y lo establecido por la Jurisprudencia Colombiana.

Palabras claves

Posición dominante del empleador, garantías constitucionales, trabajador como parte débil, polígrafo, principios el derecho laboral colombiano, dignidad humana, mínimo vital, debido proceso, igualdad.

Abstract

The polygraph is a technological way that every time is more appealed by the employers for the selection of personnel and to advance processes sanction inside the company. Nevertheless, the practice of the same one is violate of constitutional rights. In spite of the previous thing, entities exist authorized to carry out this procedure, which stop aside arranged by the Constitution and the established for the Colombian Jurisprudence.

“No hay que temer a los que tienen otra opinión, sino a aquellos que tienen otra opinión pero son demasiado cobardes para manifestarla.”

Napoleón I *(1769-1821) Napoleón Bonaparte.*
Emperador francés.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, como en otras latitudes, se puede observar que la tecnología ha invadido todas las esferas de la sociedad, de tal manera que en este escrito nos circunscribiremos al uso de la tecnología del polígrafo en las relaciones de índole laboral. Para efectos de un mejor entendimiento definiremos el sistema tecnológico Polígrafo de la siguiente manera: es un instrumento de registro de respuestas fisiológicas que capta la presión arterial, el ritmo cardiaco, tasa respiratoria y respuesta galvánica de la piel[1], siendo esta última el cambio en el calor y la electricidad que transmiten los nervios y el sudor a través de la piel[2].

Ahora, en nuestro Estado, no existe ley que regule el polígrafo; sin embargo, diversos conglomerados empresariales están utilizando dicho medio tecnológico como fuente de conocimiento de antecedentes para tomar decisiones de vinculación de personal, procedimientos sancionatorios internos de la empresa, entre otros, toda vez que lo que no está prohibido, está permitido, sin embargo ha de considerarse que si bien hay conductas que no están prohibidas expresamente, lo cierto es que bajo los postulados constitucionales si podría transgredirse el ordenamiento jurídico interno, toda vez que de acuerdo a la pirámide de las normas, la Constitución es norma de normas y seguidamente encontramos la legislación, es por ello, que para hacer el análisis, en cuanto a si una conducta no está prohibida se debe consultar toda la pirámide de las normas, para así determinar si lo que no está prohibido está permitido.

---

[1] www.poligrafoenasturias.blogspot.com - 30 de octubre del 2014.
[2] www.cancer.gov/diccionario?cdrid – 02 de noviembre del 2014

Por lo anterior, conviene decir que con la utilización del polígrafo en las esferas del Derecho Laboral, el trabajador o el candidato a un puesto de trabajo está en desigualdad con el poder del empresario, ya que este último, lo que busca con este tipo de pruebas es establecer si la persona cumple o incumple con ciertos parámetros de conducta que pudieren ser contrarios a la moral o al ordenamiento jurídico interno, lo anterior constituyéndose una violación a la posición dominante y abuso del derecho por parte del empleador.

Es por ello que se analizará el tema desde la óptica de la Constitución y la normatividad laboral, para llegar a una conclusión, que no podrá ser otra que la posible afectación de bienes jurídicos tutelados, tales como: el derecho al trabajo, dignidad humana, mínimo vital, debido proceso, igualdad, entre otros.

Por otro lado, se estudiará cuáles son los sectores económicos que están autorizados para la práctica del polígrafo en las relaciones laborales y bajo qué lineamientos pueden efectuar dichas pruebas. Aunado a lo anterior, se hará un barrido de los conceptos y de cómo se viene manejando el tema objeto a estudio, en instituciones tales como: La Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Tribunal Superior de Medellín, Ministerio de Trabajo y las Superintendencias. Además de lo anterior, nos apoyaremos en conceptos científicos en los cuales se ha tratado la prueba del polígrafo, como un medio probatorio de baja credibilidad.

¿El uso del polígrafo en las relaciones laborales, vulnera o no principios constitucionales o legales de los trabajadores?

Es menester recordar, en primer lugar, que los Derechos Fundamentales se derivan de la dignidad humana, como valor y principio constitucional del cual la legislación laboral no se aparta, toda vez que en el Numeral 5 del Artículo 57 dispone[3]:

"**ARTICULO 57.** OBLIGACIONES ESPECIALES DEL EMPLEADOR. Son obligaciones especiales del empleador:

(…)

5. Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos." **(Subrayado fuera de texto)**

A su vez, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-940 del 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, frente al punto que nos convoca, señaló[4]:

Como ya ha hecho carrera en la jurisprudencia de esta corporación, la dignidad humana, como entidad normativa, puede comprender tres objetos concretos de protección: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiera); (ii) la presencia de ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De lo anterior, se puede colegir, que en todos los escenarios del ser humano debe primar la dignidad humana, en nuestro caso, la utilización del polígrafo en las relaciones de carácter laboral debe ir encaminada a preservar este principio constitucional. Llama la atención, el tercer elemento que plantea H. Corte Constitucional "(vivir sin humillaciones)", ya que la práctica del

[3] Código Sustantivo del Trabajo, Art. 57.
[4] Corte Constitucional, sentencia T-940 del 2012, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

Polígrafo en las relaciones industriales desequilibra la balanza a favor del empleador, ya que el asalariado o el seleccionado no cuenta con herramientas efectivas para ejercer su derecho de contradicción, toda vez que tendría la posibilidad de ejercitar el aparato jurisdiccional, pero frente a tal acción el empleador cesaría el proceso de selección o terminaría el contrato laboral. Dado lo anterior, ha de indicarse que de corrido pareciera que no se vulnera Derecho fundamental alguno del trabajador, pero lo cierto, es que el trabajador está en desigualdad de condiciones respecto al patrono, siendo este último, quien posee el capital, y por este solo hecho, el empleado se somete a lo que el capitalista quiera imponer que, en el caso de narras, es la utilización del polígrafo para investigar algún suceso que ocurrió en la empresa, o cualquier otra situación que el empleador considere necesaria su práctica, como puede ser en procesos de selección de personal.

Cuando el empleador hace uso de este medio tecnológico a pesar de obviar la Constitución Colombiana y la normatividad precitada, también está contrariando el Artículo 1° del C.S.T., el cual nos expresa[5]:

"**ARTICULO 1o.** OBJETO. La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social." **(Subrayas fuera de texto)**

Desde luego, con la práctica del Polígrafo, tal como se esbozó en líneas anteriores, estamos en presencia de un desequilibrio social, así el empleador ponga de presente al empleado y/o aspirante a un cargo el consentimiento informado para la práctica del mismo. Lo cierto es que de parte del asalariado obtendrá una respuesta positiva frente a lo propuesto por el

[5] Ibidem.

capitalista, toda vez que lo que busca el empleado o seleccionado, en el primero de los casos, es mantener su puesto de trabajo; y en el segundo evento, ser contratado. Por lo anterior se pregunta ¿Será que el uso del Polígrafo restringe el derecho al trabajo?

Ahora, frente al interrogante anterior el Consejo de Estado mediante sentencia con radicado 00563 del 2009, dijo[6]:

"Para el a quo, el polígrafo sólo registra los cambios neurofisiológicas del individuo ante una mentira; que el hecho de entender dicha práctica como prueba, desconoce principios fundamentales máxime si dicho medio probatorio no está autorizado por el ordenamiento jurídico del país. Concluye argumentando que la prueba del polígrafo fue la causa indirecta para la desvinculación de la demandante mediante la declaratoria de insubsistencia". En la cual se decidió confirmar la providencia de segunda primera instancia, mediante la cual se condeno a la Fiscalía General de la Nación, por encontrar que la prueba del polígrafo fue la causa directa para la desvinculación de la demandante.

Como bien se desprende de la jurisprudencia en cita, se considera que la aplicación del polígrafo en las relaciones laborales mutila el derecho al trabajo en sentido amplio, ya que si bien diversos sectores han entendido que el derecho al trabajo, es exigible siempre y cuando exista una relación contractual entre las partes, lo cierto es que si interpretamos un aparte del artículo 25 de la C.N, el cual expresa que *"El trabajo es un derecho y una obligación social…",* se podría decir, que no solamente es exigible desde el punto de vista contractual, sino también desde la etapa precontractual, es decir, aquella etapa en la cual no ha surgido el contrato laboral

[6] Consejo de Estado, sentencia con radicado 00563 del 2009, del 20 de agosto del 2009, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila

a la vida jurídica, etapa en la cual se practican diversas pruebas, tales como: sicotécnicas, entrevista grupal o personal, visita domiciliaria y por último la prueba del polígrafo, ya que el derecho al trabajo tiene una doble connotación, es decir, como derecho y como principio, pues de tal forma lo determinó la Corte Constitucional mediante sentencia T – 476 del 2014, M.P.: Alberto Rojas Ríos, en la cual, adujo[7]:

"De forma reiterada esta Corporación ha sostenido que el derecho al trabajo es un derecho fundamental y la misma Constitución Política lo consagra como un principio rector del Estado Social de Derecho. Su carácter fundamental denota un reconocimiento como atributo inalienable de la personalidad jurídica y un derecho inherente al ser humano que lo dignifica en la medida en que a través de él la persona y la sociedad en la que ella se desenvuelve logran su perfeccionamiento a través de su ejercicio, con lo cual el individuo se auto proporciona una existencia en condiciones dignas."

Principios constitucionales vulnerados con la práctica del polígrafo en las relaciones laborales.

Antes de entrar a analizar los principios, es menester recordar al maestro Robert Alexi[8]. En cuanto al tema, nos ha indicado que la norma principio es un mandato de optimización que puede cumplirse en diferentes planos sea jurídica o fácticamente y, por tanto, pueden ser ponderables no siendo absolutos. Por regla, se extracta que son aquellas que se deben cumplir, son estrictas y admiten ponderación. Por consiguiente, si un principio choca con otro, lo que sucedería es que uno precede al otro, es decir, si un principio permite y el otro prohíbe, se analiza

[7] Corte Constitucional, sentencia T – 476 DEL 2014, M.P.: Alberto Rojas Rios
[8] Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Pg, 63. 2°ed, 2007, Madrid.

cuál debe prevalecer y el que no prevalezca no quiere decir que no sea válido, sino que como se admite la ponderación, en el caso concreto no se le daría la prevalencia al que se determine que no satisfaga el principio violado. Por ello, de acuerdo a la explicación que precede, entraré a analizar los diferentes principios Constitucionales, en relación con el tema de debate.

Principio de igualdad de oportunidades o de no discriminación en el trabajo.

Si bien es una subespecie del derecho a la igualdad, se tiene que en relación con la aplicación de la prueba del polígrafo en las relaciones laborales, es de gran relevancia al momento de hacer el análisis constitucional sobre la práctica de dicho medio tecnológico en las relaciones precontractuales y contractuales de índole laboral. Es por ello que la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos frente a este principio ha manifestado, concretamente en la sentencia T – 624 de 1995, M.P.: Hernández Galindo José Gregorio [9], lo siguiente:

"El concepto genérico de igualdad encuentra uno de sus desarrollos específicos en la llamada **igualdad de oportunidades**, que, sin desconocer las reales e inmodificables condiciones de desequilibrio fáctico, social y económico en medio de las cuales se desenvuelve la sociedad, exige de la autoridad un comportamiento objetivo e imparcial en cuya virtud, en lo que respecta a las condiciones y requisitos que ellas pueden fijar, otorguen las mismas prerrogativas y posibilidades a todos aquellos que tienen una determinada aspiración.

Dentro de este contexto, se puede apreciar que la utilización del medio tecnológico objeto de discusión, podría llegar a vulnerar el derecho a la igualdad de oportunidades, ya que si dos personas son iguales jurídicamente, es decir, que a las mismas, se les debe otorgar idénticas

[9] Corte Constitucional, sentencia T – 624 de 1995, M.P.: Hernández Galindo José Gregorio

posibilidades para la aplicación a un empleo; no ocurre lo mismo cuando estamos en presencia de la aplicación de la prueba del polígrafo, ya que si bien, podría tal prueba estar exenta de vicios del consentimiento, lo dicho es que la prueba no califica al ser humano en su integralidad, sino que lo mide de acuerdo a su presente y pasado, convirtiéndose tal situación en una desventaja para quien en su trasegar de subsistencia tuvo que acudir a otros mecanismos para poder lograr salir avante en su proyecto de vida. Lo anterior es así, ya que la H. Corte Constitucional en la sentencia T-610 del 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil[10], manifestó:

"Ha señalado la Corte Constitucional que la "igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionales a aquéllas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta."

Principio del mínimo vital y móvil.

Tal principio se encuentra positivizado en el Articulo 53 C.N., y por medio de este los ciudadanos podemos exigir a una entidad estatal o privada la erogación de dineros producto de una prestación de carácter laboral, con el fin de satisfacer las necesidades básicas para poder subsistir, tales como: alimentación, recreación, servicios públicos, educación, vivienda y vestuario; es por ello que la H. Corte Constitucional, mediante sentencia T-581A del 2011, M.P.: Mauricio González Cuervo[11], expresó:

---

[10] Corte Constitucional, sentencia T-610 del 2002, M.P.: Escobar Gil Rodrigo

[11] Corte Constitucional, sentencia T-581A del 2011, M.P.: González Cuervo Mauricio

“El concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe además ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana.”

El anterior principio constitucional se encuentra estrechamente ligado al derecho al trabajo, ya que si bien, este último busca que los ciudadanos puedan optar a un empleo para satisfacer los gastos inherentes a la existencia, lo cierto es que el principio del mínimo vital y móvil busca que la parte débil de las relaciones laborales, es decir el trabajador, con el salario pueda satisfacer necesidades básicas de subsistencia. Este principio, en relación con la utilización del polígrafo, a nuestro juicio debe ser objeto de dos diferenciaciones: una desde el punto de vista precontractual y otra contractual.

La utilización del polígrafo desde la etapa precontractual, podría vulnerar el derecho al mínimo vital, dado que si el núcleo fundamental de este principio es la protección a la subsistencia, ha de indicarse que con la negativa a acceder a un empleo por no superar la prueba del polígrafo, se estaría afectando el derecho fundamental que aquí se discute. No quiere decir lo anterior que las pruebas precontractuales en su totalidad vulneran este principio, sino que la utilización de un medio tecnológico como lo es el polígrafo, limita el acceso al trabajo de forma

exacerbada, toda vez que como se dijo anteriormente, dicho medio lo que busca es la confesión de circunstancias contrarias a la moral o a los lineamientos establecidos por el empleador como ilegales. Y al hablar de ilegalidad, no la estamos planteando propiamente desde el punto de vista jurídico sino desde la perspectiva de un patrono que considera, por ejemplo, que haber pertenecido a organizaciones sindicales es ilegal o contrario a los postulados internos de una empresa.

Ahora, desde la etapa contractual es más evidente su vulneración ya que, si de la utilización del polígrafo se desprende un medio probatorio en contra del trabajador, la consecuencia será una sanción, como puede ser, la más gravosa de todas, el despido, o en el caso de los empleados públicos la desvinculacion. Sin embargo, el empleado tendrá la acción constitucional, como lo es la acción de tutela, o el proceso ordinario laboral, para controvertir tal medio probatorio y factiblemente se le protegerá el derecho al mínimo vital.

Debido proceso.

En el Artículo 29 de la C.N.[12], está estatuido este derecho fundamental, el cual reza:

"ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

[12] Constitución Política de Colombia, Art. 29.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

Como bien se puede observar, el debido proceso debe estar en todas las actuaciones judiciales y administrativas, es decir, los empresarios no pueden hacer a un lado tal derecho fundamental, toda vez que el mismo guarda relación con el Principio de Legalidad, que no es más que la defensa de los procedimientos establecidos en las diferentes normatividades, que en nuestro caso es el Derecho Laboral, en especial el derecho a ser oídos, en otras palabras, a ejercer el derecho de contradicción y defensa. Frente a esto se pregunta ¿Es posible que un candidato a un empleo o un trabajador pueda ejercer el derecho de contradicción y defensa, en relación con la prueba del polígrafo? Se piensa que no existe tal posibilidad, ya que el empleador en uso de su posición dominante y de forma subjetiva toma las medidas disciplinarias a las que haya lugar si es en vigencia de un contrato laboral o no admitir a determinado candidato ya que no hubo satisfacción en la prueba del polígrafo.

En cuanto al punto en comento la H Corte Constitucional, mediante sentencia T-467 de 1995, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa[13], expresó:

"En lo que se refiere a las actuaciones administrativas, éstas deben ser el resultado de un proceso donde quien haga parte del mismo, tenga oportunidad de expresar sus opiniones e igualmente de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos, con la plena observancia de las disposiciones que regulan la materia, respetando en todo caso los términos y etapas procesales descritas. El debido proceso se vulnera cuando no se verifican los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos. Se entiende que esta obligación no sólo cobija a las autoridades públicas sino también a los particulares, en forma tal que estos últimos también quedan obligados por las reglas o reglamentos que regulan el juicio o la actuación, sin que puedan, de conformidad con su propio criterio, acatar y respetar aquellos términos o procedimientos que los beneficien, y desconocer o ignorar aquellos que les sean desfavorables".

De acuerdo a la jurisprudencia en cita, se infiere que el debido proceso se debe garantizar en cualquier tipo de proceso sea entre particulares o entidades públicos. Es por ello, que la subespecie del debido proceso denominado *derecho de contradicción y defensa*, se ve vulnerado por el empleador en el sentido de que este último, no permite que el candidato u empleado controvierta el resultado de la prueba del polígrafo, toda vez que para los empresarios es un medio tecnológico con un porcentaje de confiabilidad del 99.99, cuando la H. Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos sobre el particular, ha expresado que dicho medio probatorio

[13] Corte Constitucional, sentencia T-467 de 1995, M.P.: Naranjo Mesa Vladimiro.

puede ser falible y, por lo tanto, si es un medio probatorio que puede llegar a equívocos ¿por qué en las relaciones laborales se utiliza?

En definitiva, la suerte que debe de correr este medio probatorio "Polígrafo" es la nulidad de la prueba, toda vez que el último inciso del Articulo 29 de la Carta, dispone tal sanción a la prueba que es obtenida con violación al debido proceso y como se dijo anteriormente, su utilización y las sanciones que se derivan de esta, conculcan el derecho a la defensa.

Abuso del Derecho y Posición Dominante

El Principio del Abuso del Derecho y la Posición Dominante del empleador, en relación con la práctica de la prueba del polígrafo, se constituye en un abuso con respecto al trabajador, en el sentido de utilizar el polígrafo para procesos de selección o investigaciones internas de la empresa, toda vez que el asalariado o candidato por ser la parte débil de la relación laboral acepta lo estipulado por el empresario sin mediar un acuerdo inter partes, o si lo hubiere, no hay otra opción para el empleado o candidato, que aceptar, a sabiendas que dicha prueba puede atentar contra principios constitucionales y legales. En el caso de la existencia de un contrato de trabajo, el trabajador podría terminar dicha relación laboral con justa causa constituyéndose tal terminación en un despido indirecto, pues en cuanto a esta figura la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral-, mediante sentencia 0749 del 31 de octubre de 1964[14], dijo:

"Si la conducta patronal cuando hace uso de sus facultades de mando y dirección no se atempera al cumplimiento de sus obligaciones y restricciones que le impone la ley, las consecuencias pueden ser la disolución o terminación del contrato por violación

[14] Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, mediante sentencia 0749 del 31 de octubre de 1964.

patronal de algunas de sus cláusulas. Además cuando la alteración de las condiciones de trabajo se produce causando injuria o agravio entonces puede dar lugar a lo que la doctrina denomina despido indirecto. Es decir, el trabajador considera disuelto o terminado el contrato por culpa del empleador (…) y le reclama las indemnizaciones correspondientes. Tal puede ocurrir con un cambio e tareas que afecte al trabajador en su dignidad o sus intereses bien sea materiales o morales."

De lo anterior se colige que el empleador como está en una posición jerárquica superior con respecto al empleado, y al incumplir el clausulado contractual o legal en ejercicio de su posición transgrede dichos postulados, siendo la figura del despido indirecto la sanción para el empleador cuando no es garante de los derechos laborales. En el caso bajo estudio, esta figura se observa desde el ámbito de la práctica del polígrafo, ya que si la posición dominante conduce al incumplimiento a los deberes contractuales y legales, con la utilización del polígrafo en las relaciones pre y contractuales, tal como se verá más adelante, se violenta, entre otros, la dignidad del trabajador estatuida en el Art. 57 del C.S.T., siendo el artículo anterior una norma de carácter constitucional y legal.

Ahora, en cuanto al obedecimiento que debemos tener los ciudadanos a la Constitución, es menester rememorar lo expresado en el Art. 95 de la C.N.:

"…toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: ***Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios."***

(negrilla fuera de texto)

Como puede verse, la actitud del patrono en cuanto a la utilización de un mecanismo tecnológico como lo es el polígrafo, el cual a todas luces es contrario a derecho, lo está llevando

a una situación de abuso de su posición dominante, incumpliendo el mandato constitucional que precede. Por consiguiente un derecho abusado, en menoscabo de los derechos otras personas, produce unas obligaciones de tipo pecuniarias, que en nuestro caso es la indemnización por el despido injusto del trabajador.

¿Cómo ha sido la aplicación de la prueba del polígrafo en la justicia colombiana?

La Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, Radicado 2647 de fecha 1 de agosto de 2008[15], ha señalado que:

"(...)

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 trasmitirle 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 admitirlo…, por cuanto el parágrafo del ordinal 4º 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.

[15] Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, Radicado 2647 de fecha 1 de agosto de 2008.

Para finalizar, 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, pues ese dispositivo antes que matizar la tensión entre la finalidad del proceso penal como método de aproximación a la verdad y la de proteger la integridad de los derechos fundamentales comprometidos, 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 y por esa razón se abstiene de desarrollar el segundo punto relacionado con su confiabilidad, que es de carácter técnico-científico, enfatizando que los motivos que llevan a descartar su uso dentro del proceso penal nada tienen que ver con su empleo en otras áreas, como ocurre con los procesos de selección de personal.”.

Como bien puede observarse, en tal jurisdicción el medio probatorio del polígrafo no tiene aplicación en el proceso penal, toda vez que consideran que dicho medio va en contra de las garantías fundamentales de las personas, entre ellas la dignidad humana. Sin embargo, el empleador en uso de su posición dominante, tal como se explicó en líneas anteriores, hace uso de este medio tecnológico para llevar a cabo procesos de selección e investigaciones internas, ya que no existe norma expresa que lo prohíba. A nuestra consideración, si existe una prohibición constitucional, así el empleador pretermita los pronunciamientos de la justicia colombiana.

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia 00563-2008 del 20 de agosto de 2009, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila[16], se ha pronunciado así frente al polígrafo:

“"Para el a quo, el polígrafo sólo registra los cambios neurofisiológicas del individuo ante una mentira; que el hecho de entender dicha práctica como prueba, desconoce principios fundamentales máxime si dicho medio probatorio no está autorizado por el ordenamiento jurídico del país. Concluye argumentando que la prueba del polígrafo fue la causa indirecta para la desvinculación de la demandante mediante la declaratoria de insubsistencia".

A su vez, el Honorable Tribunal Superior de Medellín, en sentencia 2013 – 0127, M.P.: Nancy Gutiérrez Salazar[17], índico:

“cuando en la empresa se presentan hechos irregulares y se pretende utilizar el polígrafo como medio para probar la responsabilidad de algún trabajador en esos hechos irregulares, posiblemente no sea legal, de modo que los hechos concluidos de la utilización del polígrafo, no podrían ser utilizados en contra del trabajador, ni para sancionarlo ni mucho menos para despedirlo.

La razón por la que creemos que es ilegal la utilización del polígrafo en estos casos, es que el polígrafo no es aceptado como prueba en los procesos penales; la prueba de polígrafo no es aceptada ni por la misma Corte de suprema de justicia, así que tampoco podría ser utilizada como prueba por parte del empleado para sancionar y despedir a un trabajador.

---

[16] Consejo de Estado sentencia 00563-2008 del 20 de agosto de 2009, C.P.:: Víctor Hernando Alvarado Ardila.
[17] Tribunal Superior de Medellín, en sentencia 2013 – 0127, M.P.: Nancy Gutiérrez Salazar.

Así las cosas, difícilmente en un proceso judicial, la empresa que utilice los resultados del polígrafo para sancionar o despedir a un empleado, podrá hacerlo valer como prueba válida, por lo tanto, no es prudente utilizarlo en estos casos, aún con la autorización del trabajador, puesto que como ha quedado claro con la sentencia transcrita, no tendrá valor probatorio en los estrados judiciales.

A este propósito, dicho medio probatorio no puede ser valorado como prueba, a pesar de que el empleador lo practique, ya que según la anterior corporación, en coincidencia con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la utilización de dicho medio probatorio es violatorio de garantías constitucionales, entre ellas la dignidad humana. Y es que tal colegiatura si bien concibe que no hay reglamentación de dicho medio tecnológico y que por tal razón el empresario lo practica, lo cierto es que fulmina tal concepción diciendo*: "no es prudente utilizarlo en estos casos, aún con la autorización del trabajador",* es decir, ni con la autorización del empleado sería viable entrar a analizar la prueba del polígrafo, tanto en procesos de admisión, como en procedimientos internos de las industrias.

A pesar de que existen pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia –Sala de casación penal y de los Tribunales de Distrito sobre la inadmisibilidad como medio de prueba del polígrafo, existen entidades que tienen reglamentada la práctica del mismo en las relaciones laborales Colombianas. Veamos:

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

Resolución N° 2593 del 11 de diciembre de 2003 "Por la cual se autoriza y regula la utilización del polígrafo por parte de los Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada"[18].

"Artículo 1°. Ámbito de aplicación. La presente resolución se aplica a todos los servicios de vigilancia y seguridad privada autorizados por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

Parágrafo. Autorícese a los servicios de vigilancia y seguridad privada a que implementen en los procesos de selección de personal, el examen psicofisiológico de polígrafo, sin perjuicio de los demás requisitos exigidos para el ingreso".

No obstante, la Resolución en comento trae algunas disposiciones que buscan que la práctica de esta prueba esté rodeada de ciertas garantías, como son los artículos 6, 7 y 8, los cuales prevén:

"Artículo 6°. Reserva. 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".

"Artículo 7°. Autorización. Para la aplicación del examen psicofisiológico de polígrafo deberá existir autorización escrita, previa y voluntaria del examinado. El examinado tendrá entrevista con el profesional que aplica dicha evaluación, donde recibirá explicación previa, acerca del funcionamiento del polígrafo y se le dará certeza de que esta prueba no constituirá, en ningún caso, un atentado contra su dignidad humana o sus derechos fundamentales".

[18] Resolución N° 2593 del 11 de diciembre de 2003 Superintendencia de vigilancia y seguridad privada.

“Artículo 8°. Seguimiento. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada velará por el cumplimiento al respecto por los derechos humanos, pues la defensa de la seguridad, no puede ocasionar agresiones, coacciones o desconocimiento a los derechos fundamentales”.

Al respecto, conviene decir que si bien tal reglamentación hace alusión a la autorización por parte del empleado, y que, según lo reglamentado, la prueba del polígrafo al parecer no afectaría derechos fundamentales, se tiene que acorde a la jurisprudencia colombiana tal medio tecnológico es vulnerador de garantías constitucionales. Es por ello que los empleadores utilizan como justificación para la práctica del polígrafo dicha regulación, desconociendo los postulados jurisprudenciales.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Resolución 143 del 17 de julio del 2014[19] “Por la cual se regula el Proceso Meritocrático para la provisión definitiva de los empleos de libre nombramiento y remoción de la UAE – DIAN.”

“ARTÍCULO 8o. INSTRUMENTOS Y PRUEBAS. Para la medición de las competencias y demás aspectos a evaluar, sin perjuicio de la utilización de otros, se deberán aplicar los siguientes instrumentos y pruebas:

a) **Pruebas individuales.** Consistente en la realización de entrevista psicológica, más entrevista por competencias, con la aplicación e interpretación de pruebas psicotécnicas por persona.

[19] Resolución 143 del 17 de julio del 2014 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

b) **Prueba grupal.** El Assessment Center o Entrevista Interactiva Grupal (EIG) tiene como objetivo identificar y evaluar los comportamientos de un grupo de personas preseleccionadas para desempeñarse en un determinado puesto. En sí mismo es un dispositivo de trabajo particular y claramente diferenciado de otras técnicas, cuyas principales características consisten en: a) La utilización de ejercicios lúdicos de simulación, discusiones de casos, juegos de roles, entre otras actividades, en las que se reproducen las tareas propias del puesto a cubrir; b) El registro minucioso y la ponderación de los comportamientos de los participantes en interacción con otros, mediante la técnica de observación directa.

c) Prueba individual con examen psicofisiológico de polígrafo. El examen psicofisiológico de polígrafo es un instrumento tecnológico que permite determinar rasgos de confiabilidad, y una medición objetiva y estandarizada de una muestra de comportamientos, que se utiliza para evaluar el conocimiento, las capacidades, habilidades y otras características de un individuo en relación con otros.

El examen psicofisiológico de polígrafo deberá realizarse mediante un instrumento científico altamente sensible que medirá los cambios en la presión sanguínea, respiración y conductancia galvánica de la piel, entre otras. En su aplicación se deberán seguir los lineamientos establecidos en la Resolución 02593 del 11 de diciembre de 2003, proferida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

El examen psicofisiológico de polígrafo es una prueba complementaria de las demás pruebas, para la cual se debe contar con el consentimiento previo, libre y

espontáneo del evaluado, su valoración debe hacerse de manera integral con las demás pruebas aplicadas, no podrá utilizarse su resultado de manera separada ni para objeto distinto de la evaluación y selección de los candidatos a los empleos de libre nombramiento y remoción. En caso de que el evaluado no otorgue consentimiento para la práctica de esta prueba, será excluido del proceso de selección.

Los resultados del examen psicofisiológico de polígrafo gozarán de reserva en términos de ley, y estarán sujetos a cadena de custodia.

Observemos como siendo la DIAN un órgano que pertenece a la Rama Ejecutiva y que su Juez natural es el Consejo de Estado, hace caso omiso a los pronunciamientos de la alta corporación, de tal manera que continua implementando para la selección de personal el medio tecnológico del polígrafo como instrumento de elección, basándose para su práctica, en el consentimiento informado por parte del candidato. Pero el anterior argumento se contrapone a lo expresado por el Honorable Tribunal Superior de Medellín –Sala Laboral-, expuesto en líneas anteriores, cuando afirma que aunque hubiese autorización por parte del empleado o candidato, con la práctica el polígrafo se vulnera principios constitucionales.

¿Qué ha expresado el ministerio del trabajo sobre la utilización del polígrafo en las relaciones laborales?

Según el concepto 53266 del 31 de marzo del 2014, el Ministerio del Trabajo[20] sobre el particular ha recordado que no existe en nuestro país regulación sobre la prueba del polígrafo para poder ser utilizada sobre el trabajador en materia laboral, así como tampoco existe alguna disposición normativa que prohíba su práctica, y que no existiendo prohibición expresa para el

[20] Concepto 53266 del 31 de marzo del 2014, el Ministerio del Trabajo.

uso de la prueba del polígrafo sobre un trabajador, el empleador podría aplicarla siempre y cuando cuente con el consentimiento manifiesto del trabajador, el cual debe ser libre de cualquier vicio o coacción. Por lo anterior, y según este Ministerio, es posible la práctica de dicho medio tecnológico en las relaciones laborales. Sin embargo, deja una gran brecha entre la posición dominante del empleador en relación con el trabajador o candidato, pues como se dijo en líneas anteriores, estos últimos, debido a la necesidad de subsistencia acogen o aceptan todo tipo imposiciones del patrono, todo con el fin de acceder o mantener un puesto de trabajo.

Conclusiones.

Para concluir podemos sintetizar todo lo expuesto de la siguiente manera: la práctica del Polígrafo carece de eficacia jurídica, ya que es un acto que proviene de la posición dominante del empleador, por constituirse en un abuso por parte de éste y violatorio de garantías constitucionales y jurisprudenciales. También seria ineficaz todo tipo de medio probatorio que se derive de esta práctica.

Por lo anterior, es relevante considerar que el empleador debe abstenerse de la utilización del polígrafo como método de investigación, toda vez que, si bien es cierto que no está regulado en una norma –excepto las excepciones ya reseñadas-, el empresario debe aplicar la norma de normas, es decir la Constitución, y como quedó reseñado en el presente escrito, tal mecanismo tecnológico es vulnerador de derechos constitucionales. A partir de lo anterior, el Ministerio del Trabajo, quien está obligado a velar por los derechos de los trabajadores, debe realizar las gestiones administrativas pertinentes, con el fin de sancionar administrativamente a los

empleadores que sigan practicando dicho medio tecnológico, tanto en la etapa precontractual como contractual.

Finalmente, cabe resaltar que no obstante la práctica ilegal del polígrafo en las relaciones laborales, se le ha dado una solución jurídica, la cual consiste en la inaplicación de dicha prueba, que a todas luces es trasgresora de derechos inherentes al ser humano. Por otro lado, es necesario que sobre el tema se legislara positivamente, con el fin de que los empresarios no utilicen el polígrafo como mecanismo de investigación de la intimidad del candidato o trabajador. Así mismo, tal normatividad ayudará a que los operadores jurídicos, al momento de efectuar diversos análisis sobre el tema expuesto, tengan una concepción más amplia sobre tal prueba violatoria de garantías constitucionales de los trabajadores que aquí se debatió y, de igual forma, en uso de sus poderes constitucionales condene las consecuencias jurídicas que se deriven de tal práctica. O en su defecto a de proponerse ejercitar la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, por encontrarse que las regulaciones sobre el uso del polígrafo efectuadas por la Superintendencia de Vigilancia y la Dirección de Aduanas Nacionales son violatorias de garantías constitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2°ed, 2007, Madrid.

Constitución Política de Colombia.

Código Sustantivo del Trabajo.

Corte Constitucional, sentencia T-940 del 2012, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, sentencia T – 476 DEL 2014, M.P.: Alberto Rojas Rios.

Corte Constitucional, sentencia T – 624 de 1995, M.P.: Hernández Galindo José Gregorio.

Corte Constitucional, sentencia T-610 del 2002, M.P.: Escobar Gil Rodrigo.

Corte Constitucional, sentencia T-581A del 2011, M.P.: González Cuervo Mauricio.

Corte Constitucional, sentencia T-467 de 1995, M.P.: Naranjo Mesa Vladimiro.

Consejo de Estado, sentencia con radicado 00563 del 2009, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, sentencia 0749 del 31 de octubre de 1964.

Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, Sentencia con radicado 2647 de fecha 1 de agosto de 2008.

Tribunal Superior de Medellín, sentencia 2013 – 0127, M.P.: Nancy Gutiérrez Salazar.

Resolución N° 2593 del 11 de diciembre de 2003 Superintendencia de vigilancia y seguridad privada.

Resolución 143 del 17 de julio del 2014 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Concepto 53266 del 31 de marzo del 2014, el Ministerio del Trabajo.

Cibergrafia

www.poligrafoenasturias.blogspot.com – (30 de octubre del 2014)

www.cancer.gov/diccionario?cdrid – (02 de noviembre del 2014)