



Defensoría  
del Pueblo  
COLOMBIA

# El Polígrafo como Mecanismo de Investigación en el Proceso Penal

## Discusiones, Naturaleza y Viabilidad

Colección “Opúsculos de Litigio Estratégico Institucional” No. 4



*Carlos Arturo Gómez Pavajeau  
Francisco Javier Farfán Molina  
Rafael Antonio López Iglesias*



**Defensoría  
del Pueblo**  
C O L O M B I A

Colección “Opúsculos de Litigio  
Estratégico Institucional” No. 4

**EL POLÍGRAFO COMO  
MECANISMO DE  
INVESTIGACIÓN EN EL  
PROCESO PENAL**

**DISCUSIONES, NATURALEZA  
Y VIABILIDAD**

Carlos Arturo Gómez Pavajeau  
Francisco Javier Farfán Molina  
Rafael Antonio López Iglesias

ISSN: 2390-0008

Diagramación e impresión  
Imprenta Nacional de Colombia

©DEFENSORÍA DEL PUEBLO  
Calle 55 No. 10 - 32  
Apartado Aéreo No. 24299 - Bogotá, D. C.  
Tels.: 3147300 - 3144000  
[www.defensoria.gov.co](http://www.defensoria.gov.co)  
Twitter@DefensoríaCol

Portada: Ensayo teatral en la antigua casa de Roma

Lo expuesto en esta edición es responsabilidad  
exclusiva de sus autores.

Publicación editada en Bogotá, D. C. Colombia,  
abril de 2016. Edición número 4.

**Alfonso Cajiao Cabrera**  
Vicedefensor del Pueblo, encargado  
de las funciones de Defensor del Pueblo

**Felipe Vargas Rodríguez**  
Secretario General

**Alexandra Cárdenas Castañeda**  
Directora Nacional de Defensoría Pública

**Carlos Arturo Gómez Pavajeau**  
**Francisco Javier Farfán Molina**  
**Rafael Antonio López Iglesias**  
Autores



Colección “Opúsculos de Litigio  
Estratégico Institucional” No. 4

**EL POLÍGRAFO COMO  
MECANISMO DE  
INVESTIGACIÓN EN EL  
PROCESO PENAL**

**DISCUSIONES, NATURALEZA  
Y VIABILIDAD**

Defensoría del Pueblo  
Dirección Nacional de Defensoría Pública  
2016



Dedicatoria:

A los que por encima de las lisonjas que provee  
el poder, mantienen el criterio científico  
sobre las ventajas de lo práctico

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU<sup>1</sup>  
FRANCISCO JAVIER FARFÁN MOLINA<sup>2</sup>  
RAFAEL ANTONIO LÓPEZ IGLESIAS<sup>3</sup>

- 
- 1 Profesor Titular de Derecho Penal y Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Cofundador y Consejero Académico del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario y de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario. Coordinador Académico de Barras de la Defensoría del Pueblo y Consultor de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Contacto: gomezpavajeau@hotmail.com
  - 2 ExProcurador Delegado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Abogado Consultor. Contacto: ffarfanmolina@hotmail.com
  - 3 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma institución. Abogado Litigante. Contacto: rafaellopeziglesias@hotmail.com



# Contenido

Presentación.....	13
Prólogo .....	17
Introducción .....	21

I. LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL TEMA EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ Y LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. VISIÓN CRÍTICA.....	51
--	----

1. Fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Octubre 20 de 2008. M.P. Dr. RAMIRO RIAÑO RIAÑO. Rad. No. 110013104035200500033 02. Delitos: Falsedad en documento privado y estafa en grado de tentativa. ....	52
2. Fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Agosto 24 de 2009. M.P. Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. Rad. No. 11001-3104-038-2007-00396-03. Delito: Hurto agravado.....	55

3.	Fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Julio 15 de 2008. M.P. Dr. FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER. Rad. No. 11001 6000 019 2008 81317 01. Delitos: Acceso carnal con incapaz de resistir. ....	57
4.	Fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Diciembre 18 de 2007. M.P. Dr. MARCO ANTONIO RUEDA SOTO. Rad. No. 110013104038200400034 01. Delitos: Acceso carnal violento.....	64
5.	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Agosto 1 de 2008. Proceso No. 26470. Delito: Concierto para delinquir agravado. ....	65
6.	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Mayo 15 de 2013. M. P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. Aprobado acta N° 148. Bogotá, D.C.....	77
7.	Balance de la jurisprudencia .....	80
II. EL ESTADO DEL ARTE EN LA DOCTRINA.....		97
III. LOS ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA JURIDICIDAD Y CONVENIENCIA DE ADMITIR LA UTILIZACIÓN DEL POLÍGRAFO EN EL PROCESO PENAL.....		111

1. El polígrafo y el Bloque de Constitucionalidad. El Control de Convencionalidad.....	112
2. El consentimiento informado como fundamento del polígrafo, de acuerdo con los instrumentos convencionales sobre derechos humanos.....	117
3. La decisión libre, voluntaria, consciente e informada de someterse al polígrafo.....	123
4. El polígrafo como técnica auxiliar para la averiguación de la verdad, con base en la libertad probatoria. ....	130
5. La prueba novel.....	144
6. Algunos argumentos de conveniencia .....	149
 IV. EL POLÍGRAFO Y SU ESTIMACIÓN COMO PRUEBA EN LA LEY ESTATUTARIA DE INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA (LEY 1621 DE 2013) .....	
1. La Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia.....	152
2. Las referencias al polígrafo como prueba de admisión y de retiro del servicio.....	153
3. El polígrafo como instrumento para cumplir con el deber de cuidado.....	164

Pág.

V. LOS PROYECTOS DE LEY SOBRE EL POLÍGRAFO .....	171
VI. LAS CIENCIAS, NEUROCIENCIAS E INSTITUCIONES JURÍDICAS PROBATORIAS .....	175
VII. CONCLUSIONES .....	199
Bibliografía.....	211

## Presentación

La Defensoría del Pueblo presenta con satisfacción al público el siguiente número de su colección *Opúsculos de Litigio Estratégico Institucional* de la Dirección Nacional de Defensoría Pública a través de la cual se pretende poner a disposición de los defensores públicos y de los diversos operadores jurídicos del país textos monográficos de calidad que optimicen sus competencias litigiosas, propiciando el encuentro del derecho penal sustancial, el derecho procesal penal y la argumentación jurídica.

La monografía que nos ocupa en esta oportunidad se titula *El polígrafo como mecanismo de investigación en el proceso penal. Discusiones, naturaleza y viabilidad* y es de la autoría de los doctores Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU, Francisco Javier FARFÁN MOLINA y Rafael Antonio LÓPEZ IGLESIAS, reconocidos estudiosos del derecho penal y del derecho disciplinario. Como su nombre lo indica, en esta monografía se aborda la problemática del polígra-

fo, detector de mentiras o máquina de la verdad y su posible admisión como medio de prueba en el proceso penal.

Se trata de un tema que despierta polémicas, pues -como lo ponen en evidencia los autores- la jurisprudencia nacional se ha mostrado de manera unánime contraria a la posibilidad de admitir que el polígrafo constituya un medio de prueba judicial, entre otras cosas, por considerarlo contrario a la dignidad humana y de escasa fiabilidad. Sin embargo, los autores sostienen en el texto que esta posición tan radical quizás deba ser replanteada, teniendo en cuenta que mientras exista consentimiento consciente, voluntario y libre por parte de aquel que se somete a la prueba del polígrafo no hay por qué ver en ésta un atentado contra tanpreciado derecho fundamental. De igual manera, los doctores GÓMEZ PAVAJEAU, FARFÁN MOLINA y LÓPEZ IGLESIAS ponen en evidencia que el polígrafo es tan o aún más confiable que otros que en la actualidad se admiten sin inconveniente en la praxis forense y que incluso se consideran como pilares del sistema procesal penal acusatorio como es el caso del testimonio.

Por la importancia y complejidad del tema que aborda, por sus posturas audaces y por su abundante documentación este texto constituirá sin duda un

referente importante en la materia de la cual trata y, por consiguiente, la Entidad se complace en publicarlo.

**ALFONSO CAJIAO CABRERA**

Vicedefensor del Pueblo, encargado  
de las funciones de Defensor del Pueblo



## Prólogo

Para ser realidad esta obra sobre el polígrafo se recurrió a los antecedentes sobre los cuales está fundada la investigación hallada en “*Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en materia penal y disciplinaria*” del doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, con la coordinación de los doctores Jorge Armando Otálora Gómez, Esiquio Manuel Sánchez Herrera y Manuel Fernando Moya Vargas y “*Defensoría Pública y Litigio Estratégico Institucional*”, también del doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

Los doctores Francisco Javier Farfán Molina y Rafael Antonio López Iglesias, a través de una labor mancomunada y por medio de escritos, investigaciones, análisis y estudios, lograron enriquecer este trabajo que no fue nada fácil por el sinnúmero de artículos, decretos y ordenanzas que se encontraron por el camino de las leyes hasta culminar en una propuesta final, la editorial.

La investigación estuvo a cargo de la profesora Villamarín López, con un enjundioso estudio donde muestra la historia recorrida por el polígrafo, hasta las tecnologías más avanzadas, fundadas en conocimientos científicos, que dan paso a las neuroimágenes y con lo que se produce una mejora cuantitativa y cualitativa en busca de la verdad material, por encima de la formal o procesal.

También, dentro de las páginas de este trabajo, encontramos que la aplicación válida del polígrafo es reconocida en 68 países (16 de Latinoamérica). Y que Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Holanda, Rusia, Bélgica, Israel, Japón y Austria forman parte de los más desarrollados que hacen uso de esta técnica. “Su utilización se centra, particularmente, al ser utilizado por agencias de inteligencia como el FBI, la CIA, la KGB, empresas de seguridad, en selección de personal e investigaciones en el interior de las compañías privadas, además, como prueba judicial, específicamente, en Guatemala y Panamá.

En Colombia, la normatividad admite la utilización del polígrafo en el ámbito laboral, para la selección de personal e incluso como método de investigación dentro de las organizaciones empresariales, sin que pueda ser usada la negativa a someterse al mismo, o el resultado adverso tras su práctica,

como un motivo válido o justa causa para despedir a un empleado.

En cuanto a la confiabilidad del polígrafo, este no es infalible, como no lo es ningún ser humano, ningún aparato, ninguna prueba y, con mayor razón, ninguna valoración, incluida la sana crítica.

En síntesis, este es un trabajo hecho por profesionales para profesionales del derecho en aras de profundizar y hacer más idónea la investigación, el análisis, la prueba, entre otros, con un solo fin: la administración de justicia.

**ALEXANDRA CÁRDENAS CASTAÑEDA**

Directora Nacional de Defensoría Pública



# Introducción

Los antecedentes sobre los cuales está fundada la presente investigación se encuentran en los trabajos titulados **“Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en materia penal y disciplinaria”**<sup>1</sup> y **“Defensoría Pública y Litigio Estratégico Institucional”**<sup>2</sup>, que también sirvieron en **Estándares Internacionales Vinculantes que Rigen la Detención Preventiva**<sup>3</sup>.

Una primera versión del escrito fue publicada en la Revista *Derecho Penal y Criminología* del Instituto de

---

1 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. “*Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en materia penal y disciplinaria*”, en Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, coordinadores JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ, ESQUIVO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA y MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2013.

2 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. “*Defensoría Pública y Litigio Estratégico Institucional*” en *La Defensa*, Revista de la Defensoría Pública No. 15. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2013.

3 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU y DONALDO DANILO DEL VILLAR DELGADO. *Estándares Internacionales Vinculantes que Rigen la Detención Preventiva*. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2014.

Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia<sup>4</sup>. Pero ahora, ampliado con el concurso autoral de Rafael Antonio López Iglesias, del círculo de investigadores jurídicos de los primeros autores, quien complementó el texto original con sus significativos aportes y, sobre todo, con el estudio de bibliografía que no se registra en lengua española.

Hoy es agregado al enfoque orientado a partir de la interpretación soportada en el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, el cultivo por la defensa de quienes se ven sometidos a procesos penales, disciplinarios y sancionatorios en general, atendiendo los avances científicos y las tecnologías de punta, especialmente, en las neurociencias.

La técnica y los descubrimientos científicos han aportado al mundo de la administración de justicia, instrumentos y herramientas que debidamente evaluados contribuyen a la completa averiguación de la verdad acerca de las conductas punibles y sus autores, de manera que este estudio muestra los avances cuantitativos y cualitativos en el entorno de los me-

---

4 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU y FRANCISCO JAVIER FARFÁN MOLINA. “El polígrafo y su utilización como acto de investigación en el derecho sancionatorio”, en *Derecho Penal y Criminología*, Volumen XXXV, Número 98, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 131 a 179.

canismos dispuestos a tal índole, que por supuesto parten del polígrafo<sup>5</sup>, sus mejoras, sus aditamentos y

---

5 Algunas críticas interesantes en [https://es.wikipedia.org/wiki/Detector\\_de\\_mentiras](https://es.wikipedia.org/wiki/Detector_de_mentiras). Pero también pululan mitos sin ningún fundamento científico: [http://www.chowenespanol.com/aprobar-prueba-poligrafo-10-consejos-como\\_160625/](http://www.chowenespanol.com/aprobar-prueba-poligrafo-10-consejos-como_160625/). Muy didáctico: <<El polígrafo es también conocido como “Detector de Mentiras”. El polígrafo es un instrumento de gran sensibilidad y precisión, capaz de registrar de forma continua, en un gráfico, las variaciones fisiológicas que se producen en el organismo de un individuo estimulado psicológicamente mediante determinadas preguntas. El polígrafo es también conocido como “Detector de Mentiras”.

¿Cómo funciona el polígrafo?

Los datos fisiológicos recogidos en un gráfico, relativos a un protocolo de preguntas específicamente elaborado para un propuesta concreta, permiten después de un análisis algorítmico, evaluar si una persona miente o dice la verdad respecto a una cuestión previamente determinada.

Está científicamente comprobado que cuando una persona miente, se producen en su organismo, a través del sistema nervioso autónomo, reacciones fisiológicas y emocionales espontáneas de intensidad variable que de ninguna manera puede controlar en un corto espacio de tiempo. La presión sanguínea, el ritmo cardíaco, respiración y la conductancia de la piel sufren modificaciones.

La habilidad y experiencia del examinador al conducir la prueba, así como el equipo y método a emplear en la aplicación de la misma, son fundamentales a la hora de conseguir resultados fiables.

¿Cuál es la exactitud del polígrafo?

En los últimos años, las principales universidades de Los Estados Unidos han creado una nueva disciplina científica denominada Psicofisiología Forense responsable del desarrollo de programas de investigación sobre la aplicación del polígrafo en distintos campos.

Mediante la Psicofisiología Forense se han puesto en práctica nuevas técnicas de interrogación validadas por los resultados obtenidos en pruebas de laboratorio y casos reales. Los datos estadísticos obtenidos reflejan que la fiabilidad del polígrafo está por encima de la mayoría de las técnicas forenses de investigación, únicamente superada (en % de exactitud) por la prueba de ADN.

Nuevas tecnologías y estudios realizados en la Universidad de Utah (Dr. Raskin) y en el laboratorio de Física Aplicada de la Universidad John Hopkins (Dr. Olsen) asistidos por la Agencia Nacional de Seguridad de Los Estados Unidos, han permitido el desarrollo de potentes programas informáticos (Axciton, Identifi, Polyscore y CPS) que aplicados en polígrafos computarizados son capaces de determinar la veracidad de un testimonio con una fiabilidad superior al 95%.

Validados por los departamentos de Justicia y Defensa de Los Estados Unidos con la certificación de la American Polygraph Association, los nuevos polígrafos computarizados son usados actualmente por agencias subgubernamentales como el U.S. Secret Service, FBI, C.I.A., D.E.A., Policías Locales, fiscalías, etc., así como por gabinetes privados de investigación. En la actualidad el polígrafo es utilizado por agencias oficiales y sectores privados de más de 90 países.

¿Cuándo es aplicable el polígrafo?

Siempre que sea necesario determinar de forma científica y fiable la veracidad de un testimonio con independencia de la naturaleza del caso. Mediante la aplicación del polígrafo se resuelven con mayor objetividad situaciones complejas de forma rápida y económica. En los procesos de selección de personal destinado a ocupar puestos de máxima confianza, que requieran a su vez un alto índice de integridad, en especial los relacionados con:

Compañías de seguridad privada: escoltas, choferes, transporte de fondos, uso de armas de fuego. Manejo de dinero y valores: cajeros/as, dependientes de joyería.

Manipulación de sustancias: laboratorios, farmacias, transporte de sustancias peligrosas, transportes pesados.

Manejo de información confidencial: Y/o estratégica, proyectos, diseños, secretarios/as personales.

Industria estratégica: Centrales nucleares, eléctricas, de agua, etc...

Empresas de trabajo temporal: donde las necesidades del mercado “factor tiempo” exigen una selección rápida y fiable. Decisiones erróneas pueden comprometer la imagen de la empresa y del resto de sus empleados.

Policías locales: selección de candidatos.

Detección de hábitos: Juego, drogas, alcohol.

Casinos e industria del juego: selección y control periódico de empleados.

Espionaje industrial: prevención de riesgos, detección de elementos perjudiciales a la empresa.

Personal doméstico: comprobación de referencias y antecedentes de difícil localización: ej. extranjeros no comunitarios, etc...

Mantenimiento de confianza: parejas, socios, empleados, etc...

Abogados: verificación y acreditación de testimonios.

Práctica pericial en procesos judiciales: psicología forense, peritaje multidisciplinar en auge debido a la nueva Ley del Jurado.

¿Son siempre concluyentes los resultados del polígrafo?

Normalmente sí, puede ocurrir que en determinados casos el dictamen final de la prueba sea calificado “no concluyente”; esta situación poco frecuente, es debida a que la persona que se somete a la prueba no está en las condiciones necesarias para realizar la misma, para descartar esta posibilidad, antes de comenzar el examen, el examinador realizará un cuestionario previo con objeto de comprobar la aptitud del examinado.

¿Existe alguna garantía de privacidad?

Sí. Está regulado que la prueba con el polígrafo se realice siempre en un ambiente privado, sin la injerencia de terceras personas, excepto en los casos donde sea necesario un intérprete. En el momento de dar su consentimiento a la prueba, el examinado indica quien puede conocer los resultados. Esta normativa forma parte del código ético de la American Polygraph Association y de todos sus afiliados internacionales.

¿Se conocen las preguntas antes de la prueba?

Sí. Cada pregunta que se vaya a realizar durante el examen deberá ser leída y explicada previamente. En ningún caso se administraran preguntas sorpresa a modo de trampa.

En una exploración poligráfica, ¿serán de aplicación cualquier tipo de preguntas?

Como regla general, excepto en exploraciones poligráficas específicas, donde las preguntas tendrán siempre relación con la naturaleza del caso, por ejemplo: infidelidades de pareja, no serán de aplicación preguntas que puedan inferir en los siguientes temas:

creencias religiosas

actividades o inclinaciones sexuales

opiniones sobre temas raciales

actividades o afinidades políticas

actividades o afiliaciones sindicales

¿Se dan a conocer los resultados al concluir la prueba?

Sí, cuando se trate de una prueba de selección. En caso de investigación que afecte a varias personas los resultados se ofrecerán en el informe final al patrocinador de la prueba.

¿Cuánto tiempo dura una exploración poligráfica?

Generalmente 2-3 horas son necesarias para administrar correctamente una prueba poligráfica, cuando se trata de una investigación. En los casos de selección de personal, existe un método simplificado cuya duración no excede de una hora. La prueba incluye una fase previa, donde se solicita información

el paso sustancial hacia modernas técnicas como las neuroimágenes<sup>6</sup>.

La investigación más completa en habla española, es de la profesora VILLAMARÍN LÓPEZ, enjundioso estudio donde muestra la historia recorrida por el polígrafo, hasta las tecnologías más avanzadas, fundadas en conocimientos científicos, que dan paso hacia las neuroimágenes, con lo cual se produce una mejora cuantitativa y cualitativa en la búsqueda de la verdad material, por encima de la verdad formal o procesal, bien cuando se atenta contra la buena fe o cuando de buena fe puedan estarse introduciendo datos fácticos erróneos, con el propósito específico de ayudar a “interpretar el contenido o el alcance” de las declaraciones vertidas o que se viertan en los procesos judiciales<sup>7</sup>.

---

de carácter general sobre la salud del examinado, a continuación se explica el funcionamiento del polígrafo. La prueba continúa con una revisión detallada del caso con objeto de definir las preguntas que configuran el examen. Una vez aceptado el cuestionario, se procede a realizar las preguntas con el polígrafo. Dos o tres gráficos son necesarios para una mayor exactitud de los resultados.

¿Quién no puede someterse a una prueba poligráfica?

Cualquier persona que no aporte su consentimiento por escrito.

Los menores de edad que no cuenten con la autorización de padres o tutores.

Las personas que debido a sus condiciones físicas o mentales sean determinadas “no explorables”.

¿En qué países se utiliza el polígrafo?

En la actualidad, el polígrafo se utiliza en más de 60 países como Estados Unidos, Canadá, México, Argentina, Chile, Brasil, Japón, China, Corea, Australia, Israel, Sudáfrica, Rusia, Polonia, Rumania, Rep. Checa, Croacia, Reino Unido, Italia, Alemania, Francia y España,...

Fuente: <http://www.uam.es/departamentos/medicina/psiquiatra/comunicologia/Poligrafo2.html>>> en <http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/psicologia-y-psiquiatria/1244-ique-es-el-poligrafo>

6 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. Neurociencias y Derecho. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2015, pp. 248 y ss, 255 y ss.

7 MARÍA LUISA VILLAMARÍN LÓPEZ. Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300). Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 17 y ss.

El polígrafo o detector de mentiras es:

[...] un aparato capaz de registrar los cambios físico-síquicos de una persona, cuando es interrogada mediante un “test de verdad”, sobre un hecho en el que se sospecha ha participado o del cual tiene conocimiento como testigo. El aparato mide básicamente la respiración, la transpiración y los latidos del corazón mediante unas bandas que llevan unos sensores que se aplican sobre el cuerpo de la persona sometida al examen.

De este modo, se pueden detectar posibles cambios en la respiración, presión arterial, ritmo cardiaco y respuesta galvánica de la piel, cuando se enfrenta el individuo al estrés del interrogatorio<sup>8</sup>.

La concepción del polígrafo como detector de mentiras es bastante común, prácticamente una costumbre en la literatura existente sobre el tema<sup>9</sup>. Empero,

---

8 EDUARDO DE URBANO CASTRILLO y MIGUEL ÁNGEL TORRES MORATO. La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial. Madrid, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 187. Esto es, medir las funciones fisiológicas de presión y volumen sanguíneo, respiración y sudor, asociadas con una excitación en el sistema nervioso autónomo, a lo cual se busca sumar otros medidores de funciones fisiológicas como el relacionado con el “reconocimiento termo facial” y el “análisis del estrés de voz” (VILLAMARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 33 y ss).

9 ZHANG relata que, cuando comenzó a usarse el polígrafo en China, fue traducido como “detección de mentira”, acepción dominante hasta avanzada la década del noventa en el siglo XX, momento a partir del cual empezó a implementarse la denominación de “Test Psicológico Forense” o “Test Psicofisiológico del Engaño” (XIAOHONG ZHANG. “The Evolution of Polygraph Testing in the People’s Republic of China”, en *Polygraph*, Volume 40, Number 3, Chattanooga, American Polygraph

hay autores que sostienen que no es un detector de mentiras<sup>10</sup>. Sino que, simplemente, realiza mediciones (psicológicas y fisiológicas<sup>11</sup>), en donde la consideración de la respuesta como “mentira”, sería una valoración efectuada a partir del uso del mecanismo. Sin embargo, en atención a que contribuir en la estimación como mentirosa de la información brindada a través de la respuesta y desenmascarar el engaño, son las finalidades primordiales del polígrafo, su implementación enseña que polígrafo y detector de mentiras, terminan fundiéndose en el mismo concepto, aun cuando el primero no haya tenido al segundo como significado<sup>12</sup>. Tampoco, como parte de su etimología<sup>13</sup>.

En este sentido y pese a la oposición que se pueda encontrar en ciertos autores, frente a la equivalencia

---

Association, 2011, p. 182). Coinciden CHEN y SUN, quienes mencionan que al arribar a China, el polígrafo recibió la denominación “detector de mentira” (YUNLIN CHEN y LIBIN SUN. “Psycho-information and Credibility Assessment”, en *Polygraph*, Volume 41, Number 3, Chattanooga, American Polygraph Association, 2012, p. 136).

10 Así, mostrándose muy crítica frente a dicha equiparación, la cual no comparte: VILLAMARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 33 a 34.

11 “El término Polígrafo quiere decir, literalmente, ‘muchos grafos’. El nombre hace referencia a la manera en que ciertas actividades fisiológicas son grabadas simultáneamente” (MANUEL NOVOA BERMÚDEZ, FELIPE MALAGÓN BOLAÑOS, SIDNEY WISE ARIAS. “La poligrafía, una visión general ante la comunidad académica”, en *El Polígrafista Internacional*, Num. 09, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Polígrafistas, 2013, p. 59).

12 También ZHANG asimila polígrafo con detector de mentiras (ZHANG, *ob. cit.*, p. 189). Es más, señala que el error de confundirlos se ha convertido en un inconveniente para la utilización triunfal del polígrafo en China, porque el polígrafo no es un detector de mentiras, sino una herramienta que ayuda dentro del descubrimiento del engaño. Añade que en China debe comprenderse que la preparación del polígrafista es el elemento más relevante (*ibidem*, p. 190).

13 VILLAMARÍN LÓPEZ, desde la etimología, explica su composición con un prefijo, “poli”, lo cual quiere decir “varios”, junto con un sustantivo, “grafía”, lo cual quiere decir “escritura” (VILLAMARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 34, incluidas las citas textuales).

de los vocablos, resulta muy claro que la detección de las mentiras y por este camino, acaso con mayor relevancia, la detección de los engaños, emergen como las principales funciones sociales cumplidas por el polígrafo, siendo precisamente aquellas que lo caracterizan<sup>14</sup>. De allí que, en definición acogida por JAIME GRANADOS PEÑA, quien muy seguramente sea el más informado sobre el tema y, por supuesto, conocedor del nuevo sistema penal, y NOVOA BERMÚDEZ (el más destacado poligrafista y académico sobre la materia, dentro del medio colombiano), se afirme que “*el polígrafo es un instrumento científico ultrasensible que graba y registra, simultáneamente, los cambios fisiológicos que se producen en la persona cuando dice algo que no es verdad*”<sup>15</sup>. Esto implica que las expresiones del engaño se podrían identificar<sup>16</sup>.

14 Según IVÁN F. PACHECO, “función sería: una consecuencia real con una significación social, producto de una prescripción o de una práctica del control social penal o de un hecho empírico generado por una situación de divergencia, en plena relación dialéctica entre acción y estructura, que en razón a su impacto y/o constancia pueden ser elevados a una categoría de abstracción teórica general” (IVÁN F. PACHECO. “El método de análisis funcional en la criminología. Hacia una visión integral y no sistémica de las funciones”, en *La criminología del siglo XXI en América Latina*, CARLOS ALBERTO ELBERT [coordinador], Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 303).

15 JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA. “*La prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia*” en Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, No. 11 abril-junio de 2005. Bogotá, Legis, 2005, pp. 95 y 96. Una definición muy parecida, salvo por una pequeña variación en la última parte: “el polígrafo es un instrumento, ultrasensible que graba y registra de manera simultánea los cambios fisiológicos que se producen en una persona cuando responde a un estímulo” (NOVOA, MALAGÓN, WISE, *ob. cit.*, p. 59).

16 TAPIAS, NOVOA y RIVERA, afirman: “está científicamente comprobado que cuando una persona quiere engañar a su interlocutor, pero ante controles específicos para evaluar su conducta de engaño, como las técnicas de entrevista e interrogación que utiliza el examinador poligráfico, se producen en el organismo humano alertas mentales y físicas que ocasionan inconsistencias en el comportamiento de la persona y que lo delatan ante el evaluador” (ÁNGELA TAPIAS, MANUEL NOVOA, HILDA RIVERA. “La Entrevista Poligráfica”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 08, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2011, p. 8).

La aplicación válida del polígrafo es reconocida por 68 países, entre estos 16 de América Latina<sup>17</sup>. Dentro de los más desarrollados que lo aplican se destacan Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Holanda, Rusia, Bélgica, Israel, Japón y Austria, refiriéndose que “su nivel de confiabilidad varía entre el 80 y el 95%, estando ligada a la técnica de interrogatorio empleada”<sup>18</sup>. “Su utilización se centra, particularmente, en organismos de inteligencia (en investigación policial y su uso es habitual, al ser utilizado por oficinas de inteligencia como el FBI, la CIA y la KGB), agencias privadas de seguridad, en selección de personal e investigaciones en el interior de las empresas; además, es utilizado como prueba judicial, específicamente, en Guatemala y Panamá”<sup>19</sup>.

Así, se afirma:

[...] En los países que admiten el polígrafo como prueba lícita, entre ellos Estados Unidos, donde se le reconoce fiabilidad y licitud, Panamá, México, República Dominicana y

17 ÁNGELA TAPIAS, ANDREA AVENDAÑO, ANA MARÍA FUENTES y JENNY ZALDÚA. Viabilidad de la aplicación en Colombia de las técnicas psicológicas: el polígrafo, el análisis del estrés de la voz, el análisis de contenido basado en criterios, la hipnosis y la entrevista asistida con drogas; para evaluar la credibilidad del testimonio en <http://psicologiajuridica.org/psj97.html>.

18 [http://es.wikipedia.org/wiki/Detector\\_de\\_mentiras](http://es.wikipedia.org/wiki/Detector_de_mentiras).

19 DIANA MILENA CASTILLO RUÍZ y OLGA LUCÍA GIRÓN HERRERA. *Viabilidad del Polígrafo como elemento material de prueba en el sistema penal acusatorio “Ley 906 de 2004”*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada-Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar, 2012, p. 25. También, VILLAMARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 53 y ss.

Guatemala, por vía de ejemplo, la práctica de los Tribunales exige leer al imputado sus derechos, para que no pueda alegar coacción o imposición, pues requiere de su consentimiento. Así, además de la aceptación libre, voluntaria e informada, otras reglas o requisitos tienen que ver con la presencia de su abogado, el derecho a que la prueba sea suspendida a solicitud del examinado y a que conste la firma del experto y del sujeto examinado.

En cambio, en España, así como en Alemania, Italia y Francia, no se admite como prueba válida ante los Tribunales. Los españoles consideran que el polígrafo convierte al acusado en objeto del proceso, afecta la inviolabilidad de su conciencia y constituye una especie de cuasi-tortura, por lo que con su aplicación se afecta el principio de proporcionalidad, en cuanto implica una injerencia o ataque a la indemnidad psicofísica del examinado<sup>20</sup>.

La fiabilidad del mismo también es objeto de críticas por los expertos, al considerar que existen seres humanos capaces de controlar sus emociones y otros no. Por esta razón, dicen, escapan al polígrafo los

sujetos hiperactivos incapaces de verse afectados por la diferenciación entre preguntas relevantes y las que son de control. A su vez, la psicología previa de cada persona es distinta y no todas actúan igual ante los mismos estímulos, pues el mayor o menor nerviosismo o incomodidad que para cada individuo en concreto suponen este tipo de pruebas, implican reacciones muy difíciles de escindir.

No obstante, los estudios empíricos refutan dichos cuestionamientos, ubicando el nivel de aciertos en un 85%, aunque en otras cifras, especialmente de Japón, se tienden a considerar mayores al 90%, siendo controlables los casos de desaciertos y no concluyentes a partir de variables mejoradas por a) la profesionalidad del examinador; b) su formación adecuada y experiencia; c) la calidad de los aparatos de medición, y d) la existencia de contramedidas para evitar los engaños. Inclusive, la incorporación de psicólogos en la práctica de la prueba mejora mucho más su rentabilidad probatoria<sup>21</sup>.

En la medida en que se dejan atrás los prejuicios en contra del polígrafo, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales abre, cada día más, los caminos para su admisión, para lo cual resultan

---

21 VILLAMARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 46 y ss, especialmente, p. 65.

importantes los pronunciamientos, como el proferido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso conocido como “*Toomey v. United Kingdom*”, referido a un aparato similar llamado el “pletismógrafo del pene”, decisión en la que se consideró que era definitorio otorgar el consentimiento, que la prueba pudiera ser acabada en cualquier momento y existiera consentimiento informado. Particularmente, es importante el cambio de postura de la jurisprudencia alemana, la que consideraba inviable la prueba de polígrafo por ser contraria a la dignidad humana, empero, sendas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, de los años 1997 y 1998, respectivamente, han abierto una nueva perspectiva positiva sobre el tema, cifrándolo en el consentimiento libre del investigado<sup>22</sup>.

En Colombia, la normatividad admite la utilización del polígrafo en el ámbito laboral, para la selección de personal e incluso como método de investigación de injustos en el interior de las organizaciones empresariales, sin que pueda ser usada la negativa a someterse al mismo, o el resultado adverso tras su práctica, como un motivo válido o justa causa para despedir a un empleado<sup>23</sup>.

22 VILLAMARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 63 y ss, especialmente, p. 68.

23 La siguiente historia es un ejemplo de cómo un mal manejo del polígrafo puede resultar desalentador y negativo para el buen nombre de la Administración de Justicia, si no se observan normas mínimas

En algunos casos específicos, la ley permite hacer pruebas de polígrafo solamente a los aspirantes para acceder a un empleo, pero nunca para determinar su desvinculación. Entre estos casos, destacan:

*Empresas de Vigilancia y Seguridad Privada (Resolución 2593 de 2003 de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada)*

---

de garantías: “Luego de 11 años en la Fiscalía, con todos los méritos y el reconocimiento de sus superiores, el 26 de abril de 2004 JESÚS ALBEIRO YEPES, curtido fiscal de la unidad antimafia, fue declarado insubsistente por haberse negado a presentar la prueba del polígrafo que funcionarios del FBI de Estados Unidos les realizaron a todos los investigadores y fiscales que indagaban organizaciones del narcotráfico. Según Yepes, dicha prueba era el procedimiento más lacerante e ignominioso contra el ser humano, y ‘si uno no era capaz de defender su dignidad, tampoco iba a poder garantizar un debido proceso’.

Tres semanas antes de que Yepes fuera retirado de la Fiscalía, El Espectador publicó un extenso artículo (ver facsímil) en el que reseñaba la molestia de fiscales antinarcóticos que aseguraban haber sido irrespetados y humillados durante su paso por el detector de mentiras y que además cuestionaban el examen, pues violaba la presunción de inocencia y era efectuado por una autoridad extranjera que no tenía por qué calificarlos. De hecho, formalizaron su inconformidad ante el entonces fiscal, LUIS CAMILO OSORIO, y le hicieron saber que en esos interrogatorios fueron sometidos a toda clase de vejámenes, tratos degradantes y presiones inaceptables.

Para citar algunos ejemplos de los excesos en las pruebas, señalaron que a un fiscal le preguntaron si tenía relaciones íntimas con sus compañeras de trabajo, si había fumado marihuana con ellas y si en alguna oportunidad ‘les había esparcido cocaína en el pubis para aspirarla antes del coito’. A otros los tacharon de mentirosos, de enlaces de las autodefensas, de ladrones, ‘de tal manera que, de una forma u otra, sin fundamentos probatorios, todos en la Fiscalía somos delincuentes según los policías extranjeros’. La exigencia del polígrafo terminó por cortar cabezas. Algunos porque no pasaron la prueba; en el caso de YEPES, porque no la quiso presentar.

Pero fue despedido y con él salieron otros fiscales. El anuncio lo hizo el propio LUIS CAMILO OSORIO. Quedó la sensación de que salían por corruptos. JESÚS ALBEIRO YEPES volvió al litigio, pero demandó a la Fiscalía porque fue removido por haberse negado a la práctica del polígrafo. Y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acaba de ponerle punto final a la controversia: ordenó su reintegro y el pago de todos los salarios que dejó de percibir desde que fue declarado insubsistente en 2004.

El tribunal advirtió que no se entendía cómo un buen funcionario, que apenas cinco meses antes de ser echado había sido merecedor de la condecoración ENRIQUE LOW MURTRA de la propia Fiscalía por sus servicios, súbitamente se convertía en un inconveniente para la institución. Y concluyó que la facultad discrecional de un fiscal no significa arbitrariedad. Un precedente que podría repercutir en innumerables demandas contra la Fiscalía y otras entidades del Estado que hoy cursan en distintos tribunales del país”. El Espectador. *JUDICIAL* 26 ENE. 2012-11:22 P.M. La historia del exfiscal JESÚS ALBEIRO YEPES **“Un polígrafo no basta. Lo echaron por negarse a presentar la prueba ante funcionarios del FBI de EE.UU. Tribunal ordenó su reintegro”**.

**“Artículo 1º. 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”.*

Y:

Provisión de Empleos de libre nombramiento y remoción, en la Unidad Administrativa Especial de la DIAN (*Resolución 000014 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, que permite igualmente el uso del polígrafo para selección de personal*”.

El Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía) dispone que en el marco de las asociaciones constituidas para prestar servicios de vigilancia privada, se podrán adelantar pesquisas. Así, el artículo 54 de dicha normatividad sostiene: “la investigación privada se puede encaminar a coadyuvar el descubrimiento de hechos relativos a infracciones penales

siempre que no interfiera la función judicial. Los resultados de las pesquisas se podrán ofrecer al juez correspondiente”. Y el artículo 55 del mismo estatuto, indica: “La vida íntima de persona ajena a sindicación penal no podrá ser objeto de investigación privada o judicial. Sin embargo, podrán realizarse indagaciones privadas con fines laborales o comerciales”<sup>24</sup>.

24 La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la decisión de tutela 10.646, del cinco (5) de febrero de dos mil dos (2002), M.P. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA, señaló al respecto: “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. Por otra parte, tampoco es exacto que solo las autoridades penales estén autorizadas para efectuar ese tipo de interrogatorios, ya que los artículos 54 y 55 del Decreto 1355 de 1970, facultan a los particulares para realizarlos, con fines laborales o comerciales.

Tampoco se le violó al demandante el derecho a no autoincriminarse, 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.

En cuanto al derecho al *habeas data*, si a raíz del procedimiento fue despedido, aparece evidente que conocía la opinión que sobre él se formó el entrevistador, sobre que no fue sincero en las respuestas y que sí ha estado involucrado con drogas. Además, la fotocopia de las preguntas, de las respuestas y el concepto del entrevistador que aún obran en el archivo de la empresa, han sido anexadas a este diligenciamiento. Por otra parte, no lo dice el accionante, ni resulta del proceso, en qué sentido se debe rectificar o actualizar una simple opinión, resultante de una entrevista”.

En el salvamento de voto a dicho fallo, el magistrado doctor ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, aseveró:

“Asume la Sala que dentro de la empresa se tejía la posibilidad de conductas vinculadas al narcotráfico y/o al contrabando. Si ello es así, la vía no era someter a los ‘sospechosos’ al odioso detector de mentiras –odioso, como que con relatividad penetra sin permiso libre el alma del hombre–, sino comunicar a las autoridades pertinentes –la Fiscalía, por ejemplo– si se quiere con las comillas de ‘delito por establecer o califica’ y de ‘responsables en averiguación”.

No obstante, en aras de la “seguridad” privada, fue preferible invadir la esfera íntima del hombre, que por tener carácter disponible no deja de ser íntima. Desde luego, la infiltración fue arropada: los empleados consintieron. ¡Y cómo no iban a consentir, si se trataba de dependientes, de subor-

Bajo tal forma de entendimiento, en el ámbito laboral es posible utilizar el polígrafo como método de selección de personal. Empero, cuando ha sido practicado a un trabajador, su resultado no se puede usar en cuanto prueba, para determinar la responsabilidad por una falta o violación del contrato, el reglamento laboral o el Código Sustantivo del Trabajo<sup>25</sup>.

Al no ser el resultado del polígrafo una prueba válida para configurar alguna causal de despido, tampoco se puede obligar al trabajador a que se practique las mediciones psicofísicas con el polígrafo, ya que su

---

dinados, para utilizar el lenguaje que grosera y avasallantemente utilizan algunos semejantes de los empleados.

Más adelante, la sentencia de la Sala afirma que la práctica aludida podía ser utilizada, con base en los artículos 54 y 55 del Decreto 1355 de 1970. Extraña referencia, pues mientras el primero de los enunciados dice que “La investigación privada puede encaminarse a coadyuvar al descubrimiento de hechos relativos a infracciones penales siempre que no interfiera la función judicial. Los resultados de las pesquisas podrán ofrecerse al juez correspondiente”, el inciso inicial del segundo de ellos tajantemente expresa que “La vida íntima de la persona ajena a sindicación penal no podrá ser objeto de investigación privada o judicial”.

La conclusión frente a esas disposiciones es la opuesta, pues que se sepa dentro del expediente la “Sociedad Portuaria de Cartagena S. A.” no podía *coadyuvar* a la justicia porque en vez de informar a esta se arrogó funciones judiciales y policiales por fuera de todo control estatal y, desde luego, no para efectos colectivos o societarios sino con finalidades meramente privadas. Pero, además, no solamente no *interfirió la función judicial* sino que, en verdad, la *subrogó, la suplantó*.

Y la conclusión frente a la segunda norma es más fácil: como no había sindicación penal, a la empresa le estaba prohibido hacer investigaciones privadas sobre la vida íntima de las personas.

Desde luego, la Sala opta por acudir al segundo inciso del artículo 55 *ibidem*, que dispone: “Sin embargo, podrán realizarse indagaciones privadas con fines laborales o comerciales”. Pero olvidó el tajante mandato del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo: ‘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”.

25 Una explicación acerca del escenario para el polígrafo, en los tres ámbitos señalados (seguridad privada, impositivo y aduanero, policial, aludiendo a las normas vistas dentro de estos), además con acotaciones frente al ámbito laboral y procesal penal, en: NOVOA, MALAGÓN, WISE, *ob. cit.*, pp. 69 a 78.

exigencia insistente podría ser considerada como “*acoso laboral*”<sup>26</sup>.

Entonces, en Colombia el polígrafo es una realidad normativa, al tenor de un estudio serio y juicioso, suscrito por YINNA RINCÓN FONSECA y referenciado por la Universidad de los Andes, el cual alude al artículo 2 de la Resolución 02593 de 2003 de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, y al artículo 34 del Decreto 2187 de 2001<sup>27</sup>.

Dicha perspectiva fue reforzada con la excepción relevante del artículo 38 de la Ley 1621 de 2013 (Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia), de conformidad con el cual el resultado del polígrafo como prueba de confiabilidad para los servidores públicos que prestan sus servicios en los organismos de inteligencia, puede fundamentar la desvinculación del mencionado personal, es decir, el resultado del polígrafo sirve de prueba para el despido justificado.

Precisamente, tal competencia fue la que permitió a

[...] la Inspección General de las Fuerzas Militares relevar de sus cargos a 20 miembros de la Fuerza Pública (Ejército, Armada, Fuerza

26 Ley 1010 de 2006.

27 [https://ctp.uniandes.edu.co/Empresas/Servicios/Articulos/el\\_poligrafo:\\_una\\_herramienta.php](https://ctp.uniandes.edu.co/Empresas/Servicios/Articulos/el_poligrafo:_una_herramienta.php)

Aérea y Policía Nacional) y desvincular del servicio activo a cinco uniformados más, por las filtraciones de información de Inteligencia relacionada con el caso ‘Andrómeda’, por el caso del hacker Andrés Fernando Sepúlveda, y por la filtración de documentos secretos.

En desarrollo de las investigaciones se realizaron 268 pruebas de credibilidad y confiabilidad a todo el personal de Inteligencia; de estas, ocho pruebas de polígrafo no fueron satisfactorias.

Producto de este procedimiento fueron relevados de sus cargos 10 oficiales, ocho suboficiales, un patrullero y un funcionario administrativo, además del retiro de cinco militares, entre los últimos un Mayor del Ejército, un Cabo Tercero de la Policía, un Mayor, un Teniente y un Patrullero.

De acuerdo con la investigación, en el caso Andrómeda no se aplicó el principio del secreto, establecido por la inteligencia militar para este tipo de actividades, ni se informó de manera inmediata al mando superior de la diligencia de allanamiento y registro que efectuó el CTI a la fachada ‘Buggly Hacker’, el día 23 de enero de 2014.

Así mismo, se realizaron auditorías internas en el Ejército y la Policía Nacional, evidenciando que algunos de los funcionarios de la Fuerza Pública, de manera personal, entregaron irregularmente información clasificada directa o indirecta al hacker Andrés Sepúlveda, por lo que la Fiscalía General de la Nación les dictó medida de aseguramiento.

Por otro lado, el alto oficial aseguró que se presentaron errores de procedimiento y de seguridad con el manejo de la documentación clasificada y gestión documental, observando así la falta de control y supervisión en la cadena de mando directa<sup>28</sup>.

Por otra parte, es de anotar que a través del servicio de inteligencia estatal, los diferentes organismos que tienen atribuida legalmente dicha función (Ejército, Armada Nacional, Policía Nacional –DI-POL– y la UIAF)<sup>29</sup> recogen y analizan información sobre las organizaciones y personas que ejecutan actividades al margen de la ley, con el propósito de adoptar medidas de prevención frente a delitos de alto impacto.

---

28 “20 relevados y 5 destituidos por escándalo Andrómeda y hacker”; en “Periódico La Tarde”, Colombia, edición del 23 de enero de 2015.

29 Artículo 3 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013.

Los informes de inteligencia tienen como destinatario al Gobierno, y en su contenido es posible incorporar versiones de informantes, infiltrados o colaboradores policiales cuya identidad se puede, incluso, reservar a efecto de preservar la seguridad de la persona que entrega la información. Es decir, que la identidad de las fuentes humanas puede ser reservada en los informes de inteligencia, pero usualmente estas son sometidas con su consentimiento a pruebas de polígrafo, para efecto de constatar la credibilidad y pertinencia de la información que suministran<sup>30</sup>.

Asimismo, se debe precisar que recientemente el Gobierno nacional anunció que someterá a prueba de polígrafo a los funcionarios que participan en la elaboración de los pliegos de licitaciones o en la adjudicación de contratos en el sector de infraestructura, vivienda y agua, como herramienta para luchar contra la corrupción y para blindar los procesos de contratación.

[...] Estas primeras pruebas anticorrupción, que aplicará una firma internacional especializada en el tema, se harán en la Agencia Nacional de Hidrocarburos, la Agencia Nacional de

Minería, Colpensiones, el Fondo Nacional del Ahorro y en la DIAN.

Así, según la decisión del Ejecutivo, a partir de ahora *“todos los funcionarios que participan en la elaboración de los pliegos de licitaciones o en la adjudicación de dichos contratos se someterán, antes y después, a una prueba de polígrafo”*, decisión que también incluye a las 72 entidades territoriales que han aceptado la invitación de unirse a un pacto por la transparencia promovido desde la Vicepresidencia colombiana.

El Pacto por la Transparencia incluye siete puntos, entre los que se cuenta el cumplimiento de la legislación vigente en materia contractual, la publicación de los procesos en la página web de las entidades y la implementación de los pliegos para los procesos de obra pública, entre otros<sup>31</sup>.

---

31 “Gobierno colombiano someterá a funcionarios al polígrafo”. Y “Pruebas de polígrafo a 50 funcionarios para frenar la corrupción”; en periódico El Tiempo, ediciones de 2 de julio y 18 de agosto de 2015. Agrega la información periodística que “Las cabezas de esas entidades ya remitieron el listado de los funcionarios a quienes se les practicarán las pruebas, los cuales fueron escogidos de acuerdo con el nivel de riesgo que se genera en sus actividades diarias que, entre otras, están relacionadas con contratación, inversión y pagadurías.

Las primeras pruebas serán voluntarias, pues en Colombia aún no existe una reglamentación específica que permita desarrollar este tipo de ejercicios de manera obligatoria o vinculante.

Lo que se hará—según se informó desde el Ejecutivo— es practicar un cuestionario de 150 preguntas cuyas respuestas serán analizadas por una tecnología de retina, la cual determina si el funcionario dice o no la verdad.

En dado caso, posterior a este proceso, se continuará con la prueba del polígrafo si el funcionario, a quien se le practicó la de retina, evidencia alguna falencia en sus respuestas”.

También, en circunstancias particulares se han aplicado, igualmente, pruebas de polígrafo a fiscales o funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación, que intervienen en las pesquisas de delitos relacionados con tráfico de drogas, como requisito para acceder a especializaciones o cursos de capacitación en las agencias norteamericanas que apoyan la lucha contra los delitos de tráfico:

[...] Antes de ser enviados a hacer cursos de especialización a Estados Unidos, los fiscales nacionales y los investigadores del Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI) que manejan los procesos más importantes de la Fiscalía tienen que pasar por el polígrafo. Desde hace cinco años los funcionarios judiciales colombianos se someten por medio de este aparato, más conocido como el detector de mentiras, a una prueba cuyo resultado determina si son aceptados en los cursos de capacitación. En este lapso el personal estadounidense ha tomado más de 1.000 poligrafías a los funcionarios, algunos de los cuales han presentado la prueba en más de una ocasión.

A comienzos de marzo el fiscal, Luis Camilo Osorio, anunció que ante la racha de escándalos destapados en la institución a su cargo durante las semanas anteriores, le aplicaría el

polígrafo a cualquiera de los 17.000 funcionarios de la entidad como una medida preventiva. Esta conjunción de ideas y propósitos fue la que condujo ante el detector de mentiras a los miembros de la Unidad Nacional de Antinarcóticos e Interdicción Marítima (UNAIM), con quienes agentes o funcionarios estadounidenses mantienen contacto permanente por asuntos de cooperación internacional<sup>32</sup>.

Ahora bien, en el ámbito del proceso penal, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en reiterada y homogénea línea jurisprudencial (la que será examinada más adelante), que el polígrafo constituye un procedimiento contrario a la dignidad de la persona humana, por cuanto la instrumentaliza cuando la somete al “detector de mentiras”, despojando al juez de su facultad para valorar las pruebas, y concretamente, el testimonio o la versión del investigado, con apoyo en los principios de la sana crítica, entregando la determinación de los criterios de credibilidad del testimonio, al analista del polígrafo, en desmedro de la función judicial.

Esto es evidente en la referida jurisprudencia porque, según la misma, el polígrafo no tiene como

---

32 “*Polígrafo de la discordia*”, Revista Semana, edición del 11 de abril de 2004.

finalidad la demostración de un hecho procesal, sino la de ofrecer un dictamen acerca de si un sujeto sometido a un interrogatorio dice o no la verdad en las respuestas a las preguntas que se le formulan. Añade la Corte objeciones relacionadas con la fiabilidad o confiabilidad del polígrafo.

De acuerdo con la jurisprudencia, para la Sala Penal de la Corte se evidencian “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***” (negrilla fuera del texto)<sup>33</sup>.

---

33 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fallo de 1 de agosto de 2008, radicado No. 26470. Aprobado Acta No. 214. Procesado: Luis Eduardo Vives Lacouture. En algunos casos de gran cobertura mediática, como el caso COLMENARES y en los procesos contra el expresidente ÁLVARO URIBE, se ha discutido el uso del polígrafo: “La Fiscalía pidió ante el Juez 11 Penal Municipal que no acepte la petición de utilizar el polígrafo en el juicio que se adelanta contra LAURA MORENO

Pese a esto, la jurisprudencia acerca del polígrafo debería ser reconsiderada, toda vez que se percibe distante y alejada, no solo de los estándares internacionales sobre Derechos Humanos que vinculan la actuación de los poderes públicos, sino de los principios generales del derecho probatorio en materia procesal penal e incluso del ordenamiento jurídico en general, que ha reconocido en eventos específicos, la categoría de prueba a los resultados del polígrafo, como ocurre para el caso de la confiabilidad en la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia (artículos 38 de la Ley 1621 de 2013 y 20 del Decreto 857 de 2014).

En efecto, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que forma parte de los estándares convencio-

---

y JESSY QUINTERO, a quienes se les enjuicia por la muerte del estudiante de la Universidad de los Andes LUIS ANDRÉS COLMENARES ocurrida en octubre de 2010.

La Fiscalía señaló que la prueba del polígrafo atenta contra la dignidad humana y busca relevar al juez en su labor de encontrar la verdad de los hechos. Además, existen sentencias de las altas cortes que han reiterado que el uso del polígrafo viola el principio de la buena fe que les asiste a las personas en sus actuaciones ante el Estado.

En otros países como Estados Unidos no se permite su aplicación, salvo en algunos eventos, puesto que se limita a decir si el sujeto dice la verdad en cuanto a las pulsaciones o alteraciones del sistema nervioso, pero deben tenerse en cuenta la memoria, la sanidad de los sentidos y las circunstancias de modo y lugar de los hechos”, explicó la Fiscal. *El Espectador*, 19 de marzo de 2013.

“Una semana después de haber sido denunciado por su colega ÁLVARO URIBE, por haber recibido dos cheques provenientes de dineros del narcotráfico, el senador JIMMY CHAMORRO llegó a la Corte Suprema de Justicia no solo para denunciar por injuria al ex presidente, sino para presentar una prueba con la que pretende desvirtuar los señalamientos en su contra.

Se trata, precisamente, de una prueba de polígrafo a la que se sometió la semana pasada en el Estado de Utah, para demostrarles al país y a las autoridades que no mintió cuando negó vínculos con dineros calientes”.

Así mismo, retó a URIBE para que se sometiera a la misma prueba del polígrafo, para que así el país supiera “quién está diciendo la verdad”. *El Espectador*, 1 de septiembre de 2014.

nales que integran el Bloque de Constitucionalidad, establece en su artículo 7, que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, ***nadie será sometido, sin su libre consentimiento, a experimentos médicos o científicos***” (cursiva y negrilla fuera del texto), de lo cual se deriva como norma que el consentimiento libre, consciente e informado del testigo o versionado, cuando se somete al polígrafo, para acreditar la conformidad de su dicho con la realidad, y en algunos casos demostrar su inocencia, no puede ser limitado por vía jurisprudencial, dado que tal experimento científico se encuentra avalado de manera general, con apoyo en la disposición del citado estándar, motivo por el cual la jurisprudencia de la Corte no está en sincronía con el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos<sup>34</sup>.

Adicionalmente, el polígrafo se encuentra respaldado y tiene como asidero jurídico, al principio general de libertad probatoria<sup>35</sup>, establecido por las leyes procesales penales y disciplinarias, además del Código General del Proceso, normas que permiten a la parte o sujeto procesal, probar los hechos de cualquier forma que no conculque derechos y garantías,

34 La caracterización del polígrafo, como experimento científico, será explicada más adelante, en el capítulo III.

35 Así, para la Ley 906 de 2007, citando su artículo 373, GRANADOS PEÑA, *ob. cit.*, p. 96.

tomando en consideración, la necesidad de acudir a nuevos métodos y medios de prueba para hacer más eficaz una investigación criminal.

Si bien es cierto que el principio de libertad probatoria se encuentra limitado por los derechos fundamentales, especialmente, la dignidad humana, tal baremo no es aplicable al asunto debatido, pues la dignidad humana queda indemne en la medida en que la práctica del polígrafo debe ser, necesariamente, consecuencia de una decisión libre, voluntaria e informada de quien se someterá al examen, como requisito ineludible de licitud.

Por lo demás, el artículo 38 de la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia (Ley 1621 de 2013) y el artículo 20 del Decreto Reglamentario 857 de 2014, no solo permiten que en los exámenes de ingreso de personal a los organismos de inteligencia se aplique la prueba del polígrafo, sino también en las evaluaciones periódicas y que los resultados de unos y otras sean analizados como criterio para la desvinculación de los miembros que laboren en estas entidades.

La normatividad legal está reconociendo a los resultados del polígrafo como medio de convicción para sustentar decisiones de carácter jurídico (vinculación

o desvinculación del miembro de un cuerpo de inteligencia), entonces, no se advierte razón alguna que torne inexorable su exclusión para demostrar hechos, circunstancias, elementos y aspectos fundamentales en el ámbito del proceso penal o disciplinario.

El empleo del polígrafo dentro de los procesos sancionatorios, disciplinarios y penales, es un tema de suma relevancia, porque está en juego la posibilidad que le asiste al procesado de ofrecer evidencia que respalde sus afirmaciones, por consiguiente, es una de las cuestiones de mayor sensibilidad, ya que encierra el ejercicio real del derecho de defensa. Entonces, es claro que el abordaje del polígrafo no se trata de una moda o de algún intento por crear una controversia en donde no cabe; tampoco es un inconveniente cuyos efectos queden circunscritos a las actuaciones específicas en las que fue inadmitido, sino que es una actitud con la capacidad para vincular (y condicionar) las decisiones de toda la administración de justicia<sup>36</sup>.

---

36 Basado en C. WRIGHT MILLS, el planteamiento (que sería el uso del polígrafo en el proceso disciplinario y penal) corresponde a un problema (que el autor denomina “los problemas públicos de la estructura social”, por oposición a “las inquietudes personales del medio”), porque no es una cuestión íntima de algún sujeto, sino una vicisitud que se extiende sobre la sociedad y a esta interesa, debido a que se puede vulnerar la justicia como valor indispensable y actual para la legitimidad del Estado, al estar siendo menoscabados ciertos derechos fundamentales del procesado (C. WRIGHT MILLS. *La imaginación sociológica*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 27 a 28, y 30. La cita textual es de la p. 27).

A continuación se abordará el análisis del tema. Se comenzará con la exposición y discusión de las posturas que sobre el polígrafo ha sostenido la jurisprudencia de los Tribunales y de la Sala Penal de la Corte. A continuación será revisado el estado del arte en la doctrina. Con posterioridad, se desarrollarán los argumentos que fundamentan, tanto la juridicidad como la conveniencia, en la admisión del polígrafo dentro del proceso penal. A renglón seguido, se analizará el tratamiento que del polígrafo hace la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia. Después, serán evaluados los proyectos de ley que contemplan al polígrafo. También se estudiará el aporte que frente al polígrafo se puede obtener desde las ciencias, las neurociencias y las instituciones jurídicas probatorias. Finalmente, serán formuladas las conclusiones que arrojó la investigación.



# I

## Las líneas jurisprudenciales sobre el tema en el Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Visión Crítica

Es necesario constatar la opinión inmersa en la jurisprudencia, acerca del polígrafo (que de antemano se señala, es de rechazo), dado que la labor judicial de interpretación y aplicación de las normas expresa aquello que la Corte Constitucional ha denominado “*derecho viviente*”.

Si bien, este escrito intenta fundamentar la legitimidad de emplear el polígrafo, dentro del presente apartado son expuestas las decisiones de la justicia penal que lo contemplan, realizando un análisis crítico de las mismas, para sustentar por qué no tienen el carácter de “precedentes judiciales”, al tenor de las sentencias de la Corte Constitucional: C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-643 de 2011. Aunque las decisiones de la justicia penal son, en cierta forma, pacíficas y consistentes, es cuestionable su coherencia y solidez, sin contar que no cumplen con el principio de razón suficiente.

Ahora, pese a que este es el lugar para el mencionado propósito, conviene resaltar que también en otros apartados del trabajo se volverá sobre la cuestión, especialmente, para conseguir una mayor claridad en la explicación del asunto tratado.

## **1. Fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Octubre 20 de 2008. M.P. Dr. RAMIRO RIAÑO RIAÑO. Rad. No. 110013104035200500033 02. Delitos: Falsedad en documento privado y estafa en grado de tentativa.**

El Tribunal señala en dicho fallo que la pretensión central de la defensa estriba en que se les dé valor de indicio a los resultados de la prueba del polígrafo, que es información técnica y científicamente obtenida, practicada por profesionales idóneos y presentada por la defensa en la audiencia pública, al haberla impetrado oportunamente al despacho, quien la decretó y ordenó su recepción, por una entidad experta en criminalística del CTI o del DAS, pero ante la imposibilidad de realizarse por tales agencias del Estado, debió la defensa, por su cuenta y costo, someter a su cliente a la misma ante expertos, quienes rindieron las valoraciones correspondientes y determinaron que el procesado estaba diciendo la verdad, cuando sostuvo que ninguna participación ha tenido en el reato. La prueba es aceptada en investigaciones criminales en Europa y Estados Unidos, como uno de los más certeros indicadores de la verdad, en la expresión de las personas que están siendo investigadas o que ofrecen testimonio.

No obstante, según el Tribunal, en el presente caso, el polígrafo no es incorporado legítimamente, pues se trata de un dictamen particular, y por ello no cumple las condiciones requeridas para ser considerada jurídicamente válida; además, probatoriamente, no tiene la potencialidad de desvirtuar los fundamentos fácticos o jurídicos de la decisión impugnada, y

de propiciar su rescisión, ya que las demás pruebas testimoniales y documentales allegadas a la investigación, principalmente las obtenidas como consecuencia de los rastreos realizados en los sistemas y clave asignada al jefe de seguridad procesado, con la que se creó el usuario, demuestran plenamente la responsabilidad penal del implicado.

La anterior jurisprudencia adolece de graves falencias, las que se pueden contar en:

1. Que se trate de un dictamen particular no hace perder al polígrafo la calidad de prueba, toda vez que el peritaje puede ser practicado por profesionales privados (artículo 251 de la Ley 600 de 2000), incluso a instancia de las partes (artículo 267 de la Ley 906 de 2004). Además, el peritaje privado es un estándar de garantías internacional que está por encima del ordenamiento jurídico interno, pues la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* permite que en ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción, las personas procesadas presenten sus propios peritos (literal f del numeral 2° del artículo 8, sobre “*Garantías Judiciales*”), lo que contempla, implícitamente, a través de una analogía favorable, acudir a sus propios poligrafistas.

2. La conclusión remite a un tema sobre lo “*asaξ probado*” –superfluidad– como tema de utilidad y de necesidad de prueba, lo que no enerva la admisión de un tipo concreto de prueba, sino de cualquier prueba.

## **2. Fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Agosto 24 de 2009. M.P. Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. Rad. No. 11001-3104-038-2007-00396-03. Delito: Hurto agravado.**

Con providencia del 6 de mayo de 2008, la Sala confirmó el auto interlocutorio mediante el cual, el *a-quo* negó la aducción de los resultados del estudio de polígrafo efectuado por la empresa denunciante a la acusada, mediante la entidad SECURITY INVESTIGATION. Para esto analizó la cláusula de exclusión de la prueba ilícita por violación de los derechos y garantías fundamentales, establecida en el artículo 29 de la Carta Política, en el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal y en la sentencia de 24 de noviembre de 2005, con ponencia del H. M. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS que, en virtud de los mandatos constitucionales, es aplicable

a los procesos seguidos bajo la Ley 600 de 2000. El Tribunal halló que “*dicho examen fue realizado a la procesada bajo intimidación derivada de la posición dominante del empleador sobre la trabajadora*”, pese a que el medio buscaba reafirmar la inocencia de la acusada, no se puede convalidar una actuación ilícita adelantada por fuera del proceso.

La misma suerte tuvo la inconformidad de la Defensa al pretender que fueran estimados los resultados del examen de polígrafo, como prueba que desvirtuaba los indicios establecidos contra su prohijada, por cuanto este asunto fue resuelto de manera definitiva por el *a-quo* el 19 de junio de 2007, y por el Tribunal el 6 de mayo de 2008, con aplicación de la cláusula de exclusión por violación de derechos fundamentales, sin que se observe que la situación alegada por el defensor y que fue analizada por la judicatura, haya sufrido variación alguna.

La posición en comento, tampoco resulta convincente, porque en virtud del principio de protección, la prueba ilegal o inconstitucional puede ser valorada, siempre que se haga para absolver al inocente, habida cuenta que “la declaración de inocencia de un

inculpado es demasiado importante para ser sacrificada a los ídolos del procedimiento”<sup>37</sup>.

### 3. Fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Julio 15 de 2008. M.P. Dr. FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER. Rad. No. 11001 6000 019 2008 81317 01. Delitos: Acceso carnal con incapaz de resistir.

En este caso, el recurrente consideró que aun cuando la doctrina y la jurisprudencia no le han otorgado el valor de medio probatorio al polígrafo, es ciertamente un ***“medio auxiliar que contribuye a la búsqueda de la verdad”***, el cual es fin último de cualquier proceso judicial e indicó que es ilógico pensar que un examen de polígrafo, por sí solo, resuelva un caso concreto o un proceso de investigación. Sin embargo, no implica que carezca de utilidad, pues ***“hace parte de los recursos técnicos y científicos disponibles para ayudar a la justicia en su labor de condenar al culpable y absolver al inocente”***.

---

37 JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 963.

Para sustentar su pretensión citó la sentencia del 1 de agosto de 2008, proferida por la Corte Suprema de Justicia, proceso 26.470, en la que uno de los temas era la aceptación del polígrafo como medio de prueba. Si bien la Corte no lo aceptó, dejó entrever que se debe facilitar el espacio procesal en el que se pueda tratar la problemática con mayor profundidad, a fin de tener más información, para formarse un juicio más objetivo y riguroso acerca de la naturaleza del polígrafo y también en aras del respeto, para que se le permita a la defensa desarrollar el planteamiento y el interés jurídico que subyace en este.

Además, indicó que las pruebas se aúnan a ***“conformar un indicio de verdad o de credibilidad”***, sobre lo que el procesado ha narrado acerca de los hechos presuntamente ocurridos el 16 de agosto de 2008, ***“y aclaró que el polígrafo no violentaría el respeto por la dignidad humana del examinado, porque es él mismo quien solicita su práctica”***.

Sin embargo, la Sala confirmó la negación de la prueba del polígrafo:

***[...] pues en el estado actual de su desarrollo científico, no resulta conducente para acreditar, de modo absoluto, si los hechos afirmados o negados en una declaración, son verdaderos o falsos. Esto obedece a***

*que este procedimiento lo que registra son cambios fisiológicos que corresponden a respuestas emocionales o psicológicas, referidos a sudoración, cambio de temperatura, cambios en la tensión arterial, en el ritmo cardíaco o en la frecuencia respiratoria, que además pueden ser producto de causas distintas a si el examinado tiene conciencia de que su respuesta corresponde al conocimiento real que tiene sobre dicho hecho.*

Otra circunstancia que se reconoce y que le resta méritos a este procedimiento para establecer verdad o mentira de una respuesta, es que *se sabe de casos ciertos en los cuales, no una sino varias personas examinadas han logrado controlar esas respuestas fisiológicas, de modo que a pesar de estar mintiendo, no se registraron cambios en los aspectos controlados por los sensores electrónicos, generando respuestas que no son homologadas por la comunidad científica, sobre su valor real.*

El último argumento en el que se apoya la crítica mayoritariamente aceptada a la validez de este procedimiento, es que a través de ella se obtienen respuestas que, eventualmente, pue-

den estar *asociadas a lo que el examinado entiende como verdad o mentira para él, pero solo de modo subjetivo*, de manera que no es posible, que a través de los detallados procedimientos para detectar cambios en estos aspectos fisiológicos relevantes, se pueden mostrar elementos para establecer afirmaciones creíbles de modo objetivo, entendiendo por esto, verdades que puedan ser compartidas por los distintos observadores.

Como entre el resultado de la prueba del polígrafo y una conclusión judicialmente válida sobre la credibilidad de una afirmación de un testigo, no es unívoca, la utilidad real que pueda ofrecer esta prueba a la solución del proceso judicial de referencia, es demasiado limitada.

Respecto de que su resultado compromete la autonomía del juez para resolver el caso, no es una consideración acertada porque el juez debe valorar esta prueba, en conjunto con las demás, según las reglas de la sana crítica, además, el alcance que se le puede dar no es establecer la inocencia del procesado, sino una más modesta: mejorar las condiciones de credibilidad de su testimonio, con lo que no se entorpece ni se cuestiona el arbitrio del juez

para resolver el caso sin someterlo a la validez del rigor científico de la prueba.

Como lo indicó la defensa, la finalidad propia con esa prueba no es asegurar el valor probatorio del dicho del procesado sino redundar en un medio de prueba más completo para la apreciación judicial. ***Sin embargo y teniendo en cuenta lo ya expuesto, la prueba es inconducente, pues su práctica en juicio implicaría, tal y como lo solicitó la defensa, comprometer su protocolo, y los tratadistas de esta ciencia coinciden en que la audiencia es un medio hostil e inapropiado para practicar el examen simultáneamente con la declaración,*** porque los estímulos concurrentes en ese acto interfieren los cambios en la reacción fisiológica del interesado, de modo que es difícil establecer que determinado cambio es producto de que el testigo miente al afirmar o negar algo, o si lo es como reacción a la tensión propia de la dinámica adversarial de la audiencia.

Además, en el caso concreto se decretó el experticio psicológico del procesado, tendiente a determinar entre otros aspectos la credibilidad de sus dichos, prueba que sí supera la exigencia de validación de la comunidad científica y

utilidad en el medio judicial, con lo que la defensa tendrá elementos ciertos para afrontar el juicio (Resaltado fuera de texto).

La jurisprudencia previa incurre en graves errores conceptuales y científicos, pues:

1. Para la mejor doctrina, el problema de la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba no radica en el ofrecimiento que haga sobre la garantía de la verdad. Si así fuere, el primer medio que se habría de rechazar sería el testimonio, por deleznable. Lo decisivo, entonces, en la utilización de determinadas técnicas de indagación, no radica en la “falta de certeza sobre la atendibilidad de sus resultados”, sino en la prudencia y control en su valoración, como también en el respeto por los derechos inalienables de las personas, lo que abre el camino para la admisión de las pruebas bajo un esquema de *numerus apertus*<sup>38</sup>.
2. Como en cualquier prueba técnico-científica, varios criterios se deben considerar para que el juez la valore, “[como] modos de control que posee la opinión pública frente a la obra de un experto: a) la valoración de su autoridad científica; b) la incorporación al patri-

*monio científico comúnmente aceptado de los métodos de investigación por él seguidos; c) la coherencia lógica de su argumentación”<sup>39</sup>.*

3. Que la persona sujeta al procedimiento pueda evadir la verdad, no es relevante, pues como señalaba BECCARIA en “*De los delitos y de las penas*”, muchos podían escapar de la tortura mintiendo. Además, sí está demostrado científicamente que incluso para el pentotal sódico o suero de la verdad, el individuo puede mentir bajo sus efectos<sup>40</sup>. Luego es propio de cualquier medio probatorio que pueda no ser veraz.
4. Como será visto al abordar la crítica científica del testimonio a partir del conocimiento aportado por las neurociencias, el cuestionamiento en el numeral anterior es un problema común en busca de la verdad con cualquier método.
5. Por supuesto, así como el perito no examina y hace sus experimentos en la audiencia, tampoco lo haría el poligrafista.

---

39 DENTI, *ob. cit.*, p. 302.

40 MICHIO KAKU. *El futuro de nuestra mente. El reto científico para entender, mejorar y fortalecer nuestra mente*, JUAN MANUEL IBEAS DELGADO y MARCOS PÉREZ SÁNCHEZ (trad.), Bogotá, Penguin Random House Grupo Editorial S.A., 2014, p. 249.

#### 4. Fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Diciembre 18 de 2007. M.P. Dr. MARCO ANTONIO RUEDA SOTO. Rad. No. 110013104038200400034 01. Delitos: Acceso carnal violento.

Asevera el Tribunal en el citado fallo, que:

[...] sin desarrollo argumentativo alguno distinto de la cita del artículo 20 del estatuto procesal penal, el apelante afirma que resultó conculcado el principio de investigación integral para pretender, a renglón seguido y bajo el epígrafe de “*pruebas*”, el decreto de algunos medios demostrativos que considera pertinentes para esclarecer los sucesos, una de ellas, el sometimiento de los menores a polígrafo con el propósito de discernir la veracidad de sus asertos.

El sometimiento de los aludidos ofendidos a “*la prueba de polígrafo*”, **registra gráficamente tan solo las variaciones fisiológicas en un individuo estimulado mediante un interrogatorio, implicaría una indebida intromisión en la labor analítica propia del juzgador**, a quien le corresponde determinar

la veracidad de los deponentes al tamiz de los postulados de la sana crítica (Resaltado fuera de texto).

Aquí, el problema surge porque la negativa no residió, fundamentalmente, en la consideración de la licitud o ilicitud de la prueba, sino en la argumentación y en el soporte de legitimación al solicitar la práctica del polígrafo.

## **5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Agosto 1 de 2008. Proceso No. 26470. Delito: Concierto para delinquir agravado.**

El caso emblemático en donde la Sala Penal de la Corte abordó con mayor detenimiento la problemática relacionada con la utilización del polígrafo en el proceso penal, fue en el juicio de única instancia contra un senador de la República.

En dicho fallo, la Corte señaló:

[...] Si bien en principio en la resolución de acusación la Sala negó como medio de prueba el examen de polígrafo presentado por la defensa, aduciendo que aquel no tenía el carác-

ter de prueba por cuanto solamente reflejaba impulsos corporales como la presión arterial, el ritmo cardiaco, la tasa respiratoria y la respuesta galvánica de la piel del individuo y que esas manifestaciones podían derivar de factores diversos al de responder con la verdad o con la mentira a las preguntas formuladas en la sesión y a que además son los códigos éticos propios de cada individuo los que están de por medio en esa evaluación, finalmente accedió a escuchar el testimonio de un experto en la materia, al resolver favorablemente el recurso de reposición interpuesto por el defensor dentro de la audiencia preparatoria para que así se hiciera.

Sin embargo, esa decisión de ningún modo significa que la Corte haya resuelto fijar como precedente la admisibilidad del polígrafo como medio de prueba, pues simplemente apuntó a facilitar un espacio procesal donde se pudiera tratar la temática con mayor profundidad a fin de obtener mayor y mejor información para formarse un juicio más objetivo y riguroso acerca de la naturaleza del polígrafo, de los detalles de su práctica, del estado del arte en el derecho comparado y de sus aspectos téc-

nicos, para fijar así una posición frente a él en este asunto.

Eso quiere decir que la sola explicación científica acerca del grado de eficacia y de seguridad que ofrece el resultado del polígrafo, colocándose porcentualmente por encima del promedio de acierto de algunos otros aparatos empleados por la ciencia médica, no presupone que inexorablemente pueda o deba tenérselo como un medio de prueba, pues una cosa es establecer su naturaleza como tal y otra muy distinta es determinar el nivel de confiabilidad que pueda tener si se opta por habilitar su uso en el campo forense.

En ese orden de ideas, el primer escaño consiste en definir, si es factible, de cara a la legislación colombiana, considerar al polígrafo como un medio de prueba válido.

Para tal efecto, resulta oportuno recordar que el artículo 233 de la Ley 600 de 2000 enuncia como medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio y adiciona la posibilidad de practicar pruebas no previstas en el código siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales. Ese dispositivo lo comple-

menta el principio de libertad probatoria (Art. 237), conforme al cual los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad y la naturaleza y cuantía de los perjuicios se pueden acreditar con cualquier medio probatorio que no ponga en riesgo derechos individuales. Siguiendo esa misma línea, también la Ley 906 de 2004 señala que los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso se pueden probar por cualquiera de los medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico respetuoso de los derechos humanos.

De esa manera se tiene que es el principio de libertad probatoria consagrado en la legislación patria el argumento cardinal a que apelan quienes abogan por la aceptación como medio de prueba del polígrafo, al considerar que se trata de una práctica soportada técnicamente cuyo empleo no quebranta derechos fundamentales. No obstante, cuando se revisan las normas procesales relativas a los medios de prueba, claramente se advierte que *el concepto de libertad probatoria que gobierna la materia está inescindiblemente ligado a la*

*aptitud para demostrar hechos, elementos o circunstancias de la conducta punible y sus consecuencias, y no propiamente para establecer si un testigo dice la verdad o no, o si sus afirmaciones son creíbles.*

Tanto es así, que en el caso de la Ley 600 de 2000 el artículo 238 sobre apreciación de las pruebas, que es la previsión normativa que genéricamente rige la evaluación probatoria y que desde luego comprende el análisis del testimonio, categóricamente impone como derrotero de esa actividad **las reglas de la sana crítica**, debiendo el funcionario judicial exponer de forma razonada el mérito asignado a cada prueba, lo cual denota que **el examen sobre la credibilidad de los testigos constituye una atribución privativa e insustituible del juez o fiscal según el caso.**

Idéntica situación se presenta en la Ley 906 de 2004, habida cuenta que en los artículos 404, 420 y 432, para enumerar solamente algunos, se fijan criterios y parámetros específicos con base en los cuales el juez debe examinar el valor suasorio de cada medio de prueba, destacándose que en el evento de la prueba testimonial se habrán de tomar en cuenta elementos como la percepción, la memoria, la naturale-

za del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Es decir, tanto en una como en otra legislación, ***la valoración acerca de la credibilidad del testigo y también del sindicado o acusado cuando declara, se halla estrictamente diferida al funcionario judicial (fiscal o juez)***, a quien la ley le provee de una serie de pautas que contrastadas con las reglas de la sana crítica, reglas de la experiencia y la persuasión racional, le ayudan a determinar mediante un proceso de inferencia debidamente argumentado y explicado, si merece credibilidad o no, o sea, si a juicio del funcionario judicial el deponente está diciendo la verdad o si falta a ella.

Insiste la Sala en este aspecto, 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.***

Es aquí donde reside la gran diferencia con otros medios técnicos empleados en el campo forense y que representan una ayuda inmejorable para la administración de justicia, pues mientras los experticias de ADN, de balística, de dactiloscopia o documentales para mencionar solo algunos, se dirigen a comprobar la existencia o no de un hecho, o la compatibilidad entre una y otra muestra, o la legitimidad o autenticidad de una determinada evidencia en pos de acreditar o desacreditar una circunstancia jurídicamente relevante, ***la prueba de polígrafo se encamina a sustituir al juez en su labor de valoración del testimonio, pues aquel no tiene como finalidad la demostración de un hecho procesal sino la de ofrecer un dictamen acerca de si un sujeto sometido a un interrogatorio dice o no la verdad en las respuestas a las preguntas que se le formulan.***

Nótese que de llegar a admitirse el polígrafo como un medio de prueba válido para conocer si una persona miente, su aplicabilidad no se podría restringir al acusado, pues cabría hacerlo con todos los testigos tanto de cargo como de descargo, ***con lo que la función de apreciación del testimonio atribuida al funcionario judicial quedaría subordinada a los resultados del polígrafo.*** Bien se podría objetar a este planteamiento que el funcionario judicial es libre para separarse de ese diagnóstico, pero en ese caso ***su tarea ya no estaría enfocada en apreciar la prueba testimonial haciendo uso de las reglas que la ley le impone sino en examinar el rigor técnico con que se practicó el polígrafo para deducir si se aviene o no con su conclusión.***

En ese caso el juez o el fiscal antes que consultar las reglas de la sana crítica para argumentar sobre la credibilidad de un testigo se tendría que dedicar a determinar otros asuntos, 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 que 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.***

Desde otro margen, no es cierto, como algunos afirman, que en el derecho comparado y específicamente en los Estados Unidos, lugar donde tuvo su origen el examen de polígrafo, se haya generalizado su aceptación como medio de prueba. La literatura informa de lo excepcional de su admisibilidad, hallándose limitada a los siguientes eventos: (i) cuando hay estipulación entre las partes; y (ii) una vez estipulada, cuando se usa para impugnar o corroborar un testimonio. Consecuentes con esa tradición, los tribunales norteamericanos ***prosiguen excluyendo la evidencia poligráfi-***

*ca cuando no ha sido estipulada, salvo el caso excepcional de Nuevo Méjico donde se ha admitido sin necesidad de acuerdo previo entre las partes.*

Ahora bien, en Colombia habría dificultades para admitirlo aún si fuera objeto de estipulación en los asuntos tramitados por medio de la Ley 906 de 2004, 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.

Finalmente, 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.

Por tanto, la Sala no apreciará los resultados del polígrafo aportados por la defensa y mediante los cuales pretende controvertir la prueba legal y oportunamente allegada al proceso (Resaltado fuera de texto).

La citada jurisprudencia también adolece de graves defectos argumentativos. Sumando las críticas regis-

tradas para las decisiones judiciales previas, se puede observar que:

1. Dentro de un proceso, la prueba no solo versa sobre los hechos, pues el derecho de defensa quedaría seriamente limitado si se tratara de circunscribir el tema probatorio a los mismos y no se extendiera a las posibilidades de acreditar hechos indirectos que influyen en la apreciación de las pruebas. Esto es precisamente lo que se quiere evitar con la propuesta aquí desarrollada para el polígrafo, toda vez que “*la intervención de las técnicas modernas, sea en la formación de las pruebas o en el control de su veracidad*”, es un asunto de suma importancia, el cual se desprende de la recomendación de DENTI, que en “*el amplio concepto de relevancia de la prueba se incluye también un control de verosimilitud*”<sup>41</sup> (Resaltado fuera de texto).
2. El mismo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en su artículo 375, dispone que la pertinencia de la prueba está relacionada, entre otros aspectos, con “*la credibilidad de un testigo o perito*”.
3. Sí resulta admisible introducir en el proceso, a través del testimonio de los expertos, su criterio

técnico; o por medio del “*asesor*”, que, como “*experto asiste al juez en el examen de cuestiones técnicas*”<sup>42</sup>. Entonces, por este camino, también es admisible el poligrafista.

## 6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Mayo 15 de 2013. M. P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. Aprobado acta N° 148. Bogotá, D.C.

En esta decisión, la Corte sostuvo frente al polígrafo:

[...] El hecho que determinado elemento de conocimiento sirva para orientar la investigación o decantar la misma, no significa que por ello se legitime *ipso facto* para introducirse en el juicio como prueba pertinente, conducente, lícita y útil.

Si la Fiscalía o la Policía Judicial, como lo propone el recurrente, en su tarea inicial se valen de variados mecanismos de pesquisa o averiguación, dígame el polígrafo, ello no convierte a ese mecanismo en apto para introducirlo en juicio, en tanto, la presentación allí del medio

42 DENTI, *ob. cit.*, pp. 282 y 285.

suasorio obedece a estrictas reglas y finalidades que no operan en esas labores de investigación u orientación.

Como el juicio tiene un objeto específico, conforme los hechos y conducta punible atribuidos al acusado, la prueba que allí se practique, a más de lícita y legal, debe ser pertinente, conducente y útil, acorde con lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley 906 de 2004. Esos, precisamente, son los factores que deben aducirse por las partes en la audiencia preparatoria cuando de presentar una prueba en el juicio oral se trata, y a ellos necesariamente ha de referirse el juzgado o tribunal para su admisión o inadmisión.

Consecuente con lo anotado, no es posible aceptar la tesis de la defensa en procura de habilitar las pruebas negadas por el *a quo*, solo porque esos medios fueron utilizados para orientar la investigación o en el cometido de cubrir el objeto propio de audiencias preliminares.

Al efecto, independientemente de que, como en efecto sucedió, la Corte ya haya desestimado la posibilidad de valerse del polígrafo como prueba factible de introducir en juicio oral, es

lo cierto que para obtener lo contrario el defensor no puede aducir *que ese elemento suasorio se acostumbra utilizar en calidad de factor de orientación de la investigación.*

Era menester, para la buena fortuna de su propuesta, que el defensor señalase las razones concretas y puntuales que facultan estimar medio de prueba válido el polígrafo –humano o técnico, que para el caso sus efectos son los mismos–; y, más importante aún, que determinase cuál es su pertinencia, en tanto, el Tribunal al momento de inadmitir el medio suasorio expresamente advirtió que el defensor nunca estableció qué era lo pretendido con la prueba.

Amplio estudio sobre el polígrafo y su inadmisión como medio de prueba, se encuentra en la sentencia con radicado 26470, del 1 de agosto de 2008. Tiene razón el Fiscal cuando, en su argumento de no impugnante, señala que jamás el defensor precisó por qué o para qué debía acudirse al polígrafo en cuestión. Ello es suficiente para desestimar la impugnación en lo que a ese medio concreto respecta (Resaltado fuera de texto).

En relación con el fallo en comentario, las críticas anteriores condensan razones aplicables a esta juris-

prudencia. Pero es necesario resaltar que aquí el problema estuvo, más bien, en la fundamentación de la pertinencia y conducencia de la prueba, no sobre su prohibición. Además, se equivoca la Corte cuando señala que un instrumento utilizado en la investigación no pueda ser aportado en juicio, ya que está cerrando el camino a su impugnación y controversia, permitiendo que en aquella sean utilizados mecanismos que puedan resultar ilícitos o ilegales.

## 7. Balance de la jurisprudencia

La revisión de la jurisprudencia en torno del polígrafo arroja resultados que no pasan inadvertidos, especialmente, por la reiteración generalizada y constante de la negativa a admitirlo. También se puede ver que ante el conflicto jurídico planteado por el polígrafo, los jueces penales han optado por una posición que es, simultáneamente, intransigente e irreflexiva. Es intransigente porque de manera sistemática han considerado que el polígrafo es inadmisibile. Es irreflexiva porque han cerrado cualquier posibilidad de revisar su propia postura, formulándola con un carácter perenne<sup>43</sup>.

---

43 Resulta ilustrativa la opinión de RASKIN. Aunque referida al contexto estadounidense, encierra una idea cardinal con aplicabilidad para el escenario colombiano: "Los tribunales son intrínsecamente conservadores por naturaleza y son muy reacios en aceptar la evidencia científica en los juicios penales. La mayoría de los fiscales y jueces no están capacitados científicamente y con frecuencia tienen dificultades para entender la instrumentación, investigación y los principios estadísticos expresados

Parece haberse olvidado que en algún momento de la historia, cada medio probatorio existente en la actualidad, fue discutido y utilizado por primera vez. En relación con el polígrafo, se puede inferir que los jueces penales no confían en la capacidad y en la utilidad de aquel<sup>44</sup>. Así, la jurisprudencia colombiana ha ignorado opiniones distintas a la propia, incluso científicas, en torno del polígrafo, para caracterizarlo jurídicamente de forma terminante: no es admisible. Esta decisión ha transformado a la negativa en una realidad social (más que en un hecho social) vinculante<sup>45</sup>.

---

en la ciencia del polígrafo. Adicionalmente, el sistema judicial de los Estados Unidos se basa en la noción del derecho consuetudinario que señala que el jurado es el mejor juez de la credibilidad de los testigos. Por temor a que el polígrafo pueda invadir el terreno del jurado, los tribunales, tradicionalmente, se resisten a permitir el testimonio de un experto y que las pruebas del polígrafo ayuden al jurado a determinar la credibilidad. Los tribunales mantienen esta visión a pesar de la aplastante evidencia científica de que la gente no es exacta al juzgar la credibilidad de otra persona” (DAVID C. RASKIN. “El uso y alcance de las exámenes poligráficos en las cortes estadounidenses, casos actuales.” (EE.UU)”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 10, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2014, p. 30).

44 Pero no han sido los únicos funcionarios expuestos a esto. Por ejemplo, la incredulidad por la utilización del polígrafo en China fue tan grande, que alcanzó a ser desacreditado al concebirlo como un plan de occidente (ZHANG, *ob. cit.*, p. 182). Más adelante señala que la inclinación por el descubrimiento del engaño a través del mecanismo psicofisiológico, ha aumentado, estando impulsada por entidades que brindan, ya sean programas o cursos, vinculados con dicho campo forense (*ibidem*, p. 184). El repudio en China, es confirmado por CHEN y SUN, quienes indican que las tecnologías para identificar el engaño, llegaron de Estados Unidos de América a China, hacia 1943. Sin embargo, motivos ideológicos lograron la oposición al polígrafo hasta 1980 (CHEN y SUN, *ob. cit.*, p. 136).

45 Lo adecuado es vislumbrar la negativa de aceptar el polígrafo como una realidad social. Empero, si fuese considerada un hecho social, le serían predicables las propiedades que ÉMILE DURKHEIM atribuye al mismo, pues la decisión de la judicatura penal es exterior, coactiva e independiente. En efecto, es externa a la conciencia o las ideas de cada persona –exterior–, tiene la capacidad de obligarlas por la posibilidad de enfrentar una sanción o la resistencia ante su desconocimiento –coactiva– y subsiste con autonomía de sus expresiones particulares –independiente– (ÉMILE DURKHEIM. *Las reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Hyspamerica, 1982, pp. 37 a 46 y 171).

No obstante, la postura de la administración de justicia penal acude a una argumentación que, bajo el estándar impuesto por los avances científicos y doctrinarios, sobre todo, en el último cuarto de siglo, ya están revaluados y superados<sup>46</sup>.

La actitud de la jurisprudencia frente al polígrafo obliga a cuestionar en semejante operación del sistema jurídico, cuál es la verdad que se busca en el proceso penal colombiano y, por supuesto, qué tan importante es una decisión con fundamento en la verdad<sup>47</sup>. Resulta innegable, no solo que hay testigos con interés y mendaces, con los que han sido iniciados e impulsados distintos procesos penales. Negarlo es cerrar los ojos a la realidad; realidad que no puede ser desatendida y exige respuestas contundentes para acceder a un mínimo de justicia.

Entonces, la implementación del polígrafo en los procesos está ligada, indiscutiblemente, con el valor social y cultural que tiene la verdad dentro de una sociedad determinada<sup>48</sup>. Dentro de esta perspectiva, la

---

46 Los aportes que en la materia han logrado las neurociencias, serán explorados en el capítulo VI.

47 ZHANG indica que en China las cortes de justicia están concentradas en la verdad real, no como en otros Estados, la cual puede ser hallada a través de evaluaciones poligráficas aplicadas de modo adecuado (ZHANG, *ob. cit.*, p. 192).

48 CHEN y SUN advierten que según la cultura china, calificar a una persona como mentirosa, es atribuirle una cualidad negativa muy grave. En consecuencia, pedir a un individuo el sometimiento al polígrafo, lo lleva a suponer que está bajo sospecha de mentiroso. Por consiguiente, así los sujetos confían en su inocencia no tienden a ofrecerse o someterse libremente al polígrafo (CHEN y SUN,

jurisprudencia ha desestimado el valor de la verdad real, pues la negativa a permitir el empleo del polígrafo y valorar sus resultados en el proceso penal, demuestra que la búsqueda de la verdad no es tan relevante, al contrario de lo que se suele decir.

La disminución en la importancia jurídica de la verdad, conseguida con la inadmisibilidad del polígrafo, podría obedecer a que este riñe con el modo tradicional de construir la “verdad judicial”, pese a que se podría acomodar mejor a las finalidades legítimas de un proceso sancionatorio, al considerar que la verdad es una meta expresa del mismo.

Tal vez, en la mente de los juzgadores, continúa la imagen del viejo aparato de cables, tubos, agujas y tinta, en donde el sujeto sometido a la práctica no sabía nada de lo que ocurría con él<sup>49</sup>. Empero, el desarrollo del análisis con polígrafo es más complejo de lo que a primera vista parece<sup>50</sup>. Esta complejidad

---

*ob. cit.*, p. 136). No obstante, dicha prueba ha resultado famosa, por ende, dentro de las pesquisas penales, es común que el inocente se practique la prueba poligráfica de manera libre (*ibidem*, p. 137).

49 No obstante, actualmente: “Durante la misma entrevista los examinadores explican el instrumento de polígrafo, sus componentes, la fisiología y las instrucciones del examen a todos los examinados” (BEN BLALOCK. “Capitalizando la Tecnología para incrementar la estandarización y la confiabilidad en un examen de polígrafo”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 08, FELIPE MALAGÓN [traductor], Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2011, p. 89).

50 TAPIAS, NOVOA y RIVERA sintetizan las distintas etapas seguidas al realizarse un examen con el polígrafo: entrevista pre-test, utilización de aparato, análisis y evaluación de gráficas, entrevista post-test; a su vez, explican el desarrollo de cada una de ellas (TAPIAS, NOVOA, RIVERA, *ob. cit.*, pp. 6 a 9). Acotan que al practicarlo, no es como se piensa coloquialmente, pues los dispositivos no son adheridos a la persona de modo instantáneo, cuestionándola y finalizando dicha práctica, haciendo todo con rapidez (*ibidem*, p. 6). Más adelante, también relacionado a la práctica del análisis con po-

está ligada con la dificultad que entraña la detección del engaño<sup>51</sup>.

Es claro que la teleología, la ética, la mecánica y la ingeniería del polígrafo han evolucionado, experimentando una mejora desde lo cuantitativo hasta lo cualitativo, pues los fundamentos y la práctica pasaron de técnicos a científicos<sup>52</sup>. Es más, los fundamentos

---

lígrafo, niegan su carácter de sencillo o de automático, pues hay distintas entrevistas, según la clase de análisis; mientras los interrogantes formulados están sustentados en múltiples técnicas (*ibidem*, p. 14). NOVOA, MALAGÓN y WISE coinciden en los pasos, pues son estándares, aunque exponen cinco, elucidándolos: pretest, test, análisis de gráficas, posttest e informe (NOVOA, MALAGÓN, WISE, *ob. cit.*, pp. 65 a 66).

- 51 TAPIAS, NOVOA y RIVERA consideran que: “Detectar la mentira es un proceso acumulativo”, en donde se exigen facultades en el poligrafista más allá de analizar gráficas, para utilizar con idoneidad las técnicas de entrevista, en el esfuerzo de conseguir una confesión. También, para utilizar con idoneidad el set psicológico, el equipo, el software y las normas con sujeción a las cuales es valorado el gráfico, así como emitido el diagnóstico (TAPIAS, NOVOA, RIVERA, *ob. cit.*, p. 11, incluida la cita textual).
- 52 TAPIAS, NOVOA y RIVERA opinan acerca del carácter científico del polígrafo, anclándolo en tres ciencias: medicina, psicología, derecho; mencionando la contribución de cada una. La medicina contribuye con el saber sobre la actividad cerebral y las modificaciones físicas que tiene la persona al mentir. El derecho contribuye con el saber sobre las nociones para delimitar la utilización dada al polígrafo, la viabilidad del examen, la sujeción a la ética y el resguardo de los derechos de quien es sometido a la práctica. La psicología contribuye con el saber sobre la asimilación cognoscitiva, expresiones del estrés, junto con la ansiedad (TAPIAS, NOVOA, RIVERA, *ob. cit.*, pp. 7 a 8). Continuando con la cientificidad del polígrafo, RASKIN, MALAGÓN y NOVOA arguyen que dicha práctica logró el reconocimiento en psicología y en fisiología; también por los sectores que estas tienen para examinar la credibilidad (DAVID RASKIN, FELIPE MALAGÓN, MANUEL NOVOA. “Validez de los exámenes Poligráficos”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 09, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2013, p. 3). Resaltan que el sustento para analizar credibilidad mediante psicofisiología está acreditado por la metodología científica, en atención a que el intento hecho para lograr el engaño, cuando es consciente, ocasiona reacciones en el sistema nervioso autónomo, susceptibles de medición (*idem*). La ciencia y las técnicas comprometidas en encontrar engaños por medios psicofisiológicos tienen una gran cantidad de investigaciones a lo largo de los 30 años recientes, estando publicadas por revistas calificadas, sometidas al escrutinio entre los pares (*ibidem*, p. 4). Las investigaciones demuestran el asidero de hallar engaños recurriendo a la psicofisiología, brindando tasas de error, al menos frente a análisis con preguntas comparativas, cuya precisión se inspecciona con pesquisas en el laboratorio y en el campo (*idem*). El talante científico para la evidencia obtenida cuando el polígrafo se aplica de manera adecuada, puede contrastarse frente a distinta evidencia que también tiene procedencia científica, resultando con mayor confiabilidad que la declaración del perito en determinadas cuestiones psiquiátricas y psicológicas, por ejemplo, la mengua en la capacidad, la peligrosidad e incluso, modalidades del síndrome del estrés posttraumático o de recobrar la memoria (*ibidem*, p. 12). Hay armonía entre el colectivo destacado dentro de las ciencias, en recibir al polígrafo (*ibidem*, p. 14). A su vez, la cantidad de indagación cien-

y metodología del polígrafo, han sido comprobados por las neurociencias, integrando al polígrafo dentro de las ciencias forenses<sup>53</sup>. Este ha sido un proceso complejo, pero basado en el reconocimiento científico<sup>54</sup>.

---

tífica, original y publicada por revistas sometidas a inspección entre pares, señala que al hallazgo de un engaño empleando la psicofisiología, lo aprueban los científicos (*ibidem*, p. 17). Muchos trabajos publicados por revistas del primer orden dedicadas a la psicología científica, exhiben el asentimiento efectuado desde los psicólogos científicos hacia la metodología para encontrar el engaño a través de lo psicofisiológico (*idem*). NOVOA, MALAGÓN y WISE consideran actualmente a la poligrafía como disciplina científica, con los estándares, los protocolos, los procedimientos, las técnicas, los sistemas de evaluación, todo lo cual está confirmado, al mismo tiempo asentado, sobre investigación científica (NOVOA, MALAGÓN, WISE, *ob. cit.*, p. 60). Para el año 1995, fue estandarizada y atribuido el nombre “Psicofisiología Forense” (*idem*, incluida la cita textual).

- 53 Siguiendo con el fenómeno en China, el Ministerio de Recursos Humanos junto al Ministerio de Seguridad Pública, consideraron que la práctica del polígrafo era una ciencia forense, desde 2004, y los poligrafistas pasaron a ser “técnicos forenses”, por eso fue creado el respectivo comité para expedir reglas tendientes a la reglamentación de dicha práctica (ZHANG, *ob. cit.*, pp. 188 a 189). CHEN y SUN, lo confirman: el polígrafo está considerado una ciencia forense desde 2004, recibiendo la denominación de “Exploración de Psico-información”, a instancia del Ministerio de Seguridad Pública (CHEN y SUN, *ob. cit.*, pp. 136 a 137).
- 54 TAPIAS, NOVOA y RIVERA explican que: “la poligrafía es considerada una disciplina científica, estandarizada por la AMERICAN SOCIETY FOR TESTING AND MATERIAL INTERNATIONAL –ASTM– como ‘Psicofisiología Forense’, y reconocida por la AMERICAN ACADEMY OF FORENSIC SCIENCES –AAFS– (2010) dentro de la sección de Evaluación Forense de la Credibilidad como una disciplina que se apoya en un instrumento médico científico, empleado en la detección del engaño y su utilización permite dar como resultado la evaluación de la confiabilidad de las declaraciones que realiza una persona acerca de diferentes temas de importancia o para una investigación donde se busca establecer la veracidad del testimonio del examinado” (TAPIAS, NOVOA, RIVERA, *ob. cit.*, p. 6). NOVOA, MALAGÓN y WISE señalan que: “Por su parte la Academia Americana de Ciencias Forenses (AAFS) clasificó el uso del polígrafo dentro de la sección general ‘Disciplinas Forenses’ con el nombre de Evaluación Forense de la Credibilidad, definida como ‘Personas que evalúan la confiabilidad y validez de información, usando métodos basados en el uso de instrumentación (p.e. polígrafo, FMRI, etc.) o no basados en este (entrevista, Análisis de la Validez del Testimonio, etc.). Esta información incluye mediciones psicológicas y conductuales, tanto encubiertas como expuestas” (NOVOA, MALAGÓN, WISE, *ob. cit.*, p. 61). Y, TAPIAS considera que: “La psicofisiología forense de la que se deriva el polígrafo es lícitamente utilizada por la psicología forense, como una de las técnicas de evaluación psicológica experta, aunque no todos los poligrafistas son psicólogos, ni todos los psicólogos forenses son poligrafistas. La psicología forense es un área de experticia como auxiliar de la justicia para aportar medios de conocimiento orientadores no necesariamente vinculantes, es una subárea de especialización de la ps. Jurídica, comprende la realización de evaluaciones psicológicas, que se realizan por solicitud de autoridades competentes (Administrativas, Policivas, Judiciales, otras), para aportar información especializada, específica y veraz, a través de un dictamen que se convertirá en un medio probatorio para orientar la toma de decisiones judiciales” (PS. ÁNGELA TAPIAS. “Introducción judicial del polígrafo a través de la pericia psicológica forense a presuntos agresores sexuales”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 10, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2014, p. 32).

No admitir los resultados del polígrafo y la declaración del poligrafista, en cuanto testigo experto, parece más una negativa orientada a impedir la generación y generalización de un nuevo estándar para la impugnación de las decisiones judiciales.

En efecto, si la aplicación del polígrafo y el testimonio del poligrafista exhiben o excluyen las características consistentes con el engaño en alguna declaración, el perjudicado con la decisión judicial en contra de semejante hallazgo, contaría con un soporte para impugnar, el cual incorporaría a través de los recursos ordinarios y dentro del cauce natural del proceso, un asunto que antes estaba reservado para su propio juicio por medio de una acción de revisión, con requisitos estrictos, salvo que fuera clamoroso, acudiendo a una acción de tutela por la vía de hecho.

Por otro lado, no es cierto que el polígrafo reduzca hasta eliminar al funcionario judicial, especialmente, haciendo que pierda el control sobre la valoración probatoria. Este argumento, que es recurrente en la oposición hacia el polígrafo, es errado. Si hay un momento en que el funcionario no controla la valoración de la prueba, es cuando decide, con base en medios engañosos, porque ha tomado una decisión inducido al equívoco, o sea, manipulado por quien

tuvo interés en hacerlo. El polígrafo ayuda a evitar tal situación, lo que significa que no es enemigo del juez, es una herramienta que lo auxilia para controlar la valoración de la prueba, jamás se apropia de ella, ni usurpa el rol del juzgador<sup>55</sup>.

Luego el polígrafo ofrece elementos para una sana crítica de la credibilidad de las declaraciones, es para lo único que sirve, ya que no tiene aptitud para probar algo distinto<sup>56</sup>. Es más, aun cuando sea demostrado que un testigo es mentiroso o es veraz, el hecho sobre el cual ha mentido puede ser cierto o aquel sobre el cual dice la verdad, puede ser falso. Esto sería establecido con otros medios de prueba. Así, el polígrafo permite defender o impugnar la credibilidad, más que eso no puede conseguir; y sus hallazgos no son invencibles, ya que también son susceptibles de refutación con otra prueba poligráfica o con otros medios probatorios<sup>57</sup>.

---

55 CHEN y SUN afirman que al emplear un polígrafo se pretende, como finalidad, conseguir datos; también encontrar mentiras y verdades (CHEN y SUN, *ob. cit.*, p. 136). Para los autores, el sentido del polígrafo es identificar el engaño en cuanto sea posible. Por esta razón, señalan que en China, la noción “Psico-información” proviene de tal efecto (*idem*). Estiman “Psico-información” como un concepto más apropiado para caracterizar la finalidad perseguida con el polígrafo y con algunas técnicas adicionales (*ibidem*, p. 137).

56 Para RASKIN, MALAGÓN y NOVOA: “un examen poligráfico, apropiadamente conducido, puede ofrecer información válida y útil a quien esté juzgando los hechos, en la tarea de evaluar la credibilidad en el contexto de un juicio civil o penal” (RASKIN, MALAGÓN, NOVOA, *ob. cit.*, p. 23).

57 SLOWIK señala que la supuesta infalibilidad lo único que hace es asegurar una oposición, orientada hacia la búsqueda de las más pequeñas mutaciones en el procedimiento que, aun cuando no impacten en la precisión de la evaluación, crean una imagen negativa (STANLEY M. SLOWIK. “Polygraph Testimony in Criminal Cases”, en *Polygraph*, Volume 41, Number 1, Chattanooga, American Polygraph Association, 2012, p. 40).

Colegir que un hecho está probado o no, persiste como un problema resuelto exclusivamente por el juez, apoyado en la sana crítica. Que el polígrafo indique la veracidad o mendacidad de una declaración, es un dato que contribuye para que el juez califique el medio con el que pretende la prueba de un hecho, al prevenir un engaño, y pueda llegar hasta la verdad, basado en datos fidedignos<sup>58</sup>.

A lo mejor, la problemática planteada por el polígrafo se debería someter a un giro conceptual: no se debería disputar la admisibilidad del polígrafo y de los hallazgos deberían ser admisibles para desplazar el conflicto a la valoración probatoria, en donde la información o la evidencia aportada reciban el mérito que la sana crítica sugiera, una vez que los contornos interpretativos sean delineados por la jurisprudencia.

Un peligro real en la posición de la judicatura subyace en que cierra los caminos jurídicos para quien necesita defenderse de un montaje o para quien carece de pruebas distintas a su propia declaración. Con esta consecuencia, de nuevo es patente que las decisiones judiciales no están respondiendo a las exigencias reales de los problemas actuales, porque

---

58 Para CHEN y SUN es en torno de la información que debe gravitar cualquier examen que involucre respuestas ocasionadas por el engaño (CHEN y SUN, *ob. cit.*, p. 139). Esto obedece a que la información reside como médula encerrada por el engaño, contando con el potencial para contestar de forma suficiente, cuando es preguntado por las respuestas en una evaluación (*idem*).

el pretendido paternalismo, que supuestamente sabe más que la propia persona, aquello mejor para ella, podría lograr uno de los resultados que el derecho de defensa, el derecho de contradicción, el debido proceso, la libertad probatoria y la sana crítica intentan evitar: la indefensión del procesado.

La inadmisibilidad del polígrafo ha identificado dos problemas centrales: no es científico y no es confiable. Con base en ambos, se reivindica el valor que tiene la meta perseguida: proteger al individuo, porque los jueces saben mejor que aquel, lo conveniente para él mismo, esto es, resguardar la libertad mediante su negación.

En cuanto a la científicidad del polígrafo, basta añadir en este apartado de la monografía que tiene un peso menor al que busca otorgársele. Las pruebas no requieren, al menos todas ellas, de fundamento científico para ser admisibles, incluso como prueba pericial, de lo contrario, el Código de Procedimiento Penal únicamente consideraría como perito al científico y no a cualquier otro experto, aunque no sea científico. Esto implica que habría una cantidad de especialidades forenses menor a la que existe, pues ni el retrato hablado, ni el perfil criminal, son ciencias; sin embargo, nadie discute que sus practicantes son verdaderos expertos.

En cuanto a la confiabilidad del polígrafo, este no es infalible, como no lo es ningún ser humano, ningún aparato, ninguna prueba y, con mayor razón, ninguna valoración, incluida la sana crítica<sup>59</sup>. La confiabilidad de cualquier herramienta no implica que los resultados obtenidos por ella, sean acertados<sup>60</sup>.

Ni el ADN, que destronó a la confesión como la “prueba reina”, es infalible, aun cuando ofrezca un estándar de certeza inalcanzable para otras pruebas, por la simple razón que ninguna otra prueba está basada en la constitución genética del individuo. O sea que la prueba de ADN convierte al sujeto en objeto de la prueba, empero, como su nombre es prueba de ADN y no polígrafo, ese efecto no le importa a nadie. A su vez, el ADN carece de infalibilidad, pues los gemelos univitelinos, siendo dos personas diferentes, tienen el mismo ADN, por tanto, tener un

---

59 PETERS indica que el éxito, en tratándose del análisis de los datos arrojados por la práctica de un polígrafo, se limita al más alto nivel de precisión al evaluar si ha existido verdad o engaño (ROBERT PETERS. “A History of Polygraph Digitization: Credibility Sleuths Encounter the Geeks”, en *Polygraph*, Volume 40, Number 3, Chattanooga, American Polygraph Association, 2011, p. 169). Mientras, para TAPIAS, NOVOA y RIVERA, hay éxito cuando la persona confiesa, pese a no emplearse el dispositivo con él (TAPIAS, NOVOA, RIVERA, *ob. cit.*, p. 17). Los mismos autores habían señalado el compromiso en el poligrafista, con buscar modos de estimular a la persona para manifestarse verazmente, pero haciéndole ver que podrá identificar la mendacidad, luego el individuo entenderá el riesgo de mentir (*ibidem*, p. 10).

60 KIRCHER, KRISTJANSSON, GARDNER y WEBB, niegan que la confiabilidad sea suficiente para estimar como correctas las valoraciones, pero sí logra que el parámetro sea más elevado al momento de evaluar que una decisión tenga validez. En tal sentido, cualquier esquema para la calificación de la información arrojada por las prácticas poligráficas, provoca decisiones precisas cuando puede considerarse confiable (JOHN C. KIRCHER, SEAN D. KRISTJANSSON, MICHAEL K. GARDNER y ANDREA WEBB. “Human and Computer Decision-Making in the Psychophysiological Detection of Deception”, en *Polygraph*, Volume 41, Number 2, Chattanooga, American Polygraph Association, 2012, p. 79).

gemelo univitelino, al tratarse de un clon natural, es, por antonomasia, una circunstancia que representa lo que teóricamente implica la duda razonable. También cabe recordar que existe la condición genética llamada (de mal gusto): quimeras humanas, humanos quiméricos o, simplemente, quimerismo, en la que un individuo posee dos cargas genéticas distintas, cada una ubicada en partes u órganos desemejantes de su cuerpo. Además, desde una perspectiva práctica, pese al estándar de certeza y de confiabilidad que alcanza la prueba de ADN, esta no es pertinente en muchos delitos con preponderancia dentro de la realidad colombiana, por ejemplo, peculado, cohecho, concusión, rebelión, lavado de activos, estafa, abuso de confianza, etcétera, en varios de los cuales, acaso irónicamente, cabe el polígrafo.

Ahora bien, cualquier funcionario judicial debe ser precavido al tomar las decisiones procesales, sobre todo, en aquellas de índole o con efectos sustanciales, lo que afecta el tema de las pruebas y un hipotético empleo del polígrafo, junto con el entendimiento de la precisión que alcanza<sup>61</sup>.

---

61 “El tema de la precisión en la toma de decisiones en un examen de polígrafo tiene implicaciones importantes para las autoridades policiales, los gobiernos, los examinadores y los examinados, por los efectos que pueden tener los resultados de un examen de polígrafo. Estos resultados afectan a la vida, la reputación, las oportunidades y las libertades de los examinados y con frecuencia afectan a sus seres queridos y hasta dónde se puede tomar acción basándose en los resultados del polígrafo, depende de su precisión” (DONALD J. KRAPOHL. “Una Revisión Bibliográfica de los Principios

Aquí no está siendo defendida la invencibilidad del polígrafo. Empero, sí está siendo propuesta su admisión en desarrollo del derecho fundamental de defensa y los principios del derecho probatorio, como quiera que aquello para lo que es usado, conforma una materia susceptible de prueba, motivo que libera el asunto a la sede de la valoración y no de la admisibilidad.

La jurisprudencia penal colombiana está empecinada en la inadmisibilidad de los resultados obtenidos con el polígrafo. Esta postura se puede analizar como una definición de la situación<sup>62</sup>. La situación ha quedado definida así: los jueces penales han fijado como “verdad”, a través de sus decisiones jurisprudenciales, que el polígrafo no es científico y no es confiable, aun cuando no es una afirmación acertada; no obstante, de esta han extraído la consecuencia de negarlo, la cual es real.

---

de Poligrafía”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 09, AIDA N. WISE ARIAS [traductora], Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2013, pp. 48 a 49)

62 Según BERGER: “Un concepto empleado comúnmente en la sociología es el de la definición de la situación. Inventado originalmente por el sociólogo estadounidense W.I. Thomas, significa que una situación social es tal como la definen sus participantes. En otras palabras, para los fines del sociólogo, la realidad es cuestión de definición” (PETER L. BERGER. *Introducción a la sociología*, 3ª ed., México, Limusa, 1997, pp. 121 a 122). La definición de la situación es un concepto basado en el “Teorema de Thomas”, según el cual: “Si los individuos definen las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias”; esto indica que los sujetos adjudican significados a las situaciones y orientan su obrar conforme aquellos (ROBERT K. MERTON. *Teoría y estructura sociales*, 4ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 505).

En vista de que una noción falsa generó una nueva realidad, que es verdadera, la profecía sobre el polígrafo ha terminado por realizarse, siendo verificable<sup>63</sup>.

En suma, la vehemente postura que niega el polígrafo en el proceso penal es más intuitiva que técnica, plasmándose en una acción social irracional: la tradición jurisprudencial indica que el polígrafo debe ser inadmitido<sup>64</sup>. Decisión que está siendo motivada por un contexto cimentado en ficciones<sup>65</sup>. Lo que salta a

63 “La profecía que se cumple a sí misma es, en el origen, una definición *falsa* de la situación que suscita una conducta nueva, la cual convierte en *verdadero* el concepto originariamente falso. La especiosa validez de la profecía que se cumple a sí misma perpetúa el reinado del error, pues el profeta citará el curso real de los acontecimientos como prueba de que tenía razón desde el principio” (MERTON, *ob. cit.*, p. 507. *Cursiva* en el texto original).

64 Para WEBER, las acciones sociales son racionales cuando persiguen la concreción de un fin o cuando se llevan a cabo en atención a un valor; mientras que son irracionales cuando se efectúan por la influencia de los sentimientos o por las tradiciones (MAX WEBER. *Economía y sociedad*, 2ª ed., Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 6 a 7 y 20 a 21).

65 TAPIAS compendia una serie de objeciones tradicionalmente formuladas hacia el polígrafo, basándose “en la Tutela 1099 del Consejo Superior de la Judicatura CSJ; la Tutela 10646 y del Consejo de Estado 0563-2008”, replicando a cada una de ellas: “**Objeción 1:** El polígrafo no hace alusión a los hechos sino a la fisiología del evaluado. Argumentación: La psicofisiología forense es un indicio que permite inferir la subjetividad del procesado frente a los hechos, pero en el contexto de la psicología se comprende que la emoción es correlato del pensamiento y de la acción asociados a un acontecimiento. La psicofisiología varía acorde con lo que la persona piense, sienta y hace, es decir, es parte de la subjetividad que se debe analizar al momento de juzgar un ser humano, ya que esta proscriba toda responsabilidad objetiva. Como afirma Gómez (2004) ‘Juzgar al hombre sin comprender sus móviles, las poderosas fuerzas que se mueven en las profundidades de su psicología, es una grave forma de inequidad.’ (p. X)”. Y prosigue: “**Objeción 2:** Es invasivo del fuero interno de la persona, no es emanado propiamente por una persona, desde el punto de vista del derecho civil. Argumentación: La detección psicofisiológica del engaño registra unas respuestas del sujeto emanadas por el sistema nervioso autónomo, unas respuestas que la persona no puede controlar, de allí viene su validez, pero durante la prueba poligráfica no solo intervienen los registros fisiológicos, la persona brinda su aquiescencia con carácter legal (consentimiento), da acceso a su fuero interno para someterse al examen, el cual requiere de una entrevista a profundidad, en la cual sí participan las funciones psicológicas superiores como pensamiento, lenguaje, memoria y luego voluntariamente y con toda su capacidad mental, particularmente la de comprensión, porque el examinado responde a unos cuestionamientos directos sobre los hechos cuyo correlato es la fisiología”. Después añade: “**Objeción 3:** No es vinculante. Argumentación: En efecto, la prueba pericial y la poligrafía no son vinculantes y no se pretende que lo sean, solo es un medio de orientación del criterio del juez”.

la vista del polígrafo es que deviene en un medio útil para la averiguación de la verdad y es, precisamente lo que no está siendo discutido<sup>66</sup>.

Resulta bastante curiosa la falta de confianza en los instrumentos que articulan el polígrafo (cardiógrafo, neumógrafo, galvanógrafo, pletismógrafo), sobre todo, porque cada uno cuenta con una utilidad independiente, en sectores donde no son disputados, pues por mérito del ámbito, se transformaron en confiables, lo que es contradictorio<sup>67</sup>.

---

Además: “**Objeción 4:** Se obtiene consentimiento con coerción. Argumentación: En el contexto de la defensa penal, no es posible la coerción porque es justamente el abogado defensor y el procesado quienes solicitan la prueba, como estrategia de defensa, no se puede concebir una defensa coaccionada y perjudicial. Adicionalmente la prueba es asumida bajo el principio de la no autoincriminación”. Finalizando así: “**Objeción 5:** Incluye preguntas personales violentando la dignidad. No es cierto que se pregunten temas políticos, religiosos o personales irrelevantes, incluye solo preguntas relativas a los hechos y preguntas comparativas sobre temas similares” (TAPIAS, *ob. cit.*, pp. 35 a 36. Negrilla en el texto original).

- 66 ZHANG sostiene que la delantera de China reside en que no son dominantes, como ocurre en los demás Estados, lo que denomina “creencias dogmáticas del pasado” (ZHANG, *ob. cit.*, p. 190). Por eso, distintos sectores del gobierno han entendido que al unir el polígrafo con interrogadores calificados, es obtenida una considerable resolución de crímenes graves (*ibidem*, p. 192).
- 67 SLOWIK señala que CREWSON, desarrollando una investigación con financiación federal (en Estados Unidos de América), halló que emplear técnicas de control y comparación en prácticas poligráficas para temas concretos, alcanza una validez y confiabilidad en el diagnóstico, semejante a múltiples evaluaciones médicas frecuentes, igualmente, en materia de diagnóstico (SLOWIK, *ob. cit.*, p. 43). RASKIN, MALAGÓN y NOVOA también se refieren al trabajo de CREWSON, explicando el contraste que hizo en materia de precisión poligráfica frente a mecanismos para diagnosticar, médicos o psicológicos; además, muestran cada mecanismo cotejado y los hallazgos, resaltando el grado, tanto de precisión como de confiabilidad que surge del polígrafo (RASKIN, MALAGÓN, NOVOA, *ob. cit.*, pp. 23 a 25). Para el propio CREWSON, informes sobre precisión junto a confiabilidad del polígrafo practicado para asuntos concretos, sugieren una coincidencia ante investigaciones sobre mecanismos para diagnosticar en medicina o psicología (CREWSON, citado por RASKIN, MALAGÓN, NOVOA, *ob. cit.*, p. 24). A su vez, NOVOA, MALAGÓN y WISE aluden a CREWSON y la confiabilidad y precisión alcanzada por el polígrafo al cotejarlo frente a mecanismos para diagnosticar o analizar, médicos o psicológicos (NOVOA, MALAGÓN, WISE, *ob. cit.*, pp. 66 a 67); además, mencionan pesquisas científicas confrontando al polígrafo ante varias formas para obtener evidencia admisible e identificar delinquentes, obras que revelan confiabilidad igual o más elevada del polígrafo (*ibidem*, p. 66).

El estado actual de los avances en materia del polígrafo, la práctica y la formación de los poligrafistas, amerita que la jurisprudencia reconsidere qué es lo esencial y lo accidental dentro de la lógica, los principios y las finalidades de un proceso jurisdiccional o administrativo, cuestionando cuál es el lugar que la obtención de la verdad debe ocupar<sup>68</sup>. Esta vicisitud es, particularmente, relevante cuando se trata del proceso penal<sup>69</sup>.

---

68 “De todas las tecnologías usadas para verificar si alguien está siendo veraz, el polígrafo ha demostrado una y otra vez ser la manera más confiable de determinar la verdad” (BLALOCK, *ob. cit.*, p. 91).

69 “Si bien es cierto que actualmente existen muchos mitos relacionados con el uso del polígrafo, especialmente los que aparecen en internet y medios de televisión, también lo es que la poligrafía ha evolucionado tanto, que hoy es considerado por la ciencia como el medio más efectivo para detectar el engaño, especialmente cuando se usa para investigación criminal” (NOVOA, MALAGÓN, WISE, *ob. cit.*, p. 59). NOVOA, MALAGÓN y WISE abordan el estudio de mitos contruidos de cara al polígrafo, sobre todo, la ausencia de confiabilidad de sus resultados. Consideran cinco mitos: el polígrafo no sirve con psicópatas, las contramedidas alteran los datos, si el poligrafista trabaja para la defensa podrán haber falsos negativos, pues el individuo no siente temor, la toma del polígrafo vulnera derechos humanos, hay autoincriminación. Frente a lo anterior, señalan pesquisas científicas para controvertirlos. Afirman la efectividad de datos poligráficos obtenidos ante psicópatas. Además, las contramedidas no generan pérdida de confiabilidad en los datos. También, no hay prueba en sustento del poligrafista amigable. A su vez, el polígrafo no vulnera derechos humanos porque el sujeto recibe ilustración acerca del análisis, las cuestiones por abordar, el aparato y el tiempo; acepta y autoriza la práctica; recibe el informe; termina la práctica en cualquier instante, aunque consintió; lleva a su abogado. Por último, no hay autoincriminación, pues la práctica del polígrafo debe adelantarse con la voluntad del sometido a ella (*ibidem*, pp. 78 a 80).



## II

## El Estado del arte en la Doctrina

En el marco de las investigaciones penales existen prohibiciones en materia probatoria (hechos que no pueden ser objeto de prueba o medios que no pueden ser utilizados para recaudar pruebas). Por ejemplo, forzar una declaración incriminatoria de la madre del imputado o acudir a métodos o técnicas de investigación que no son admisibles, como las torturas, amenazas o promesas, so pena que la prueba recolectada o producida reciba la calificación de nula de pleno derecho, debiendo ser excluida del proceso.

Dentro de tales parámetros, la libertad para decidir durante la declaración no puede ser coartada a través de coacción física o moral, amenazas, promesas ilegítimas o engaños, entre otras.

En este sentido, se ha dicho:

[...] Los estándares internacionales en materia de derechos humanos, la Constitución Política de 1991, que reconoce y protege los derechos fundamentales a la vida, integridad personal, intimidad, el secreto de las comunicaciones, etc., cuyo sustento axiológico es el reconocimiento de la dignidad humana como principio fundante del Estado, rechazan entonces las declaraciones obtenidas bajo tortura, coacción o amenaza, y las pruebas así obtenidas se consideran inexistentes, nulas de pleno derecho o cobijadas por la regla de exclusión.

De igual manera, se someten a idéntica consecuencia jurídica las pruebas incorporadas al proceso penal con vulneración del derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, como el allanamiento de domicilio o la interceptación de comunicaciones telefónicas no ordenadas por autoridad judicial, o que no se encuentren debidamente sustentadas en el juicio fáctico y jurídico que el principio de proporcionalidad exige para la validez de tales injerencias<sup>70</sup>.

Así mismo, según un sector de la doctrina, análoga consecuencia procesal ocurre cuando se aplica cualquier medio de investigación o método probatorio que de alguna forma limite, anule o disminuya la libertad o capacidad de autodeterminación de la persona que emite una declaración, aunque esta haya autorizado o consentido. Desde ahí, concluyen que en el actual proceso penal, tanto la hipnosis como el narcoanálisis (suero de la verdad) e incluso el polígrafo, son métodos de investigación prohibidos<sup>71</sup>.

En tal contexto, se considera ilícita la prueba obtenida mediante métodos capaces de influir en la libre autodeterminación o de alterar la capacidad de recordar o valorar el hecho, aun cuando se practiquen con el consentimiento del imputado, pues implican una injerencia grave, en espacios de libertad no disponibles<sup>72</sup>.

71 Ver en MANUEL MIRANDA ESTRAMPES. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1999, p. 37. Al respecto señala JULIO MAIER: la voluntariedad de la declaración del imputado no puede ser menoscabada por medio alguno **que la excluya** (administración de psicofármacos, sueros de la verdad o hipnosis. También otros métodos que no suprimen la voluntariedad del acto sino que **afectan la libertad de decidir aquello que se informa** están incluidas en las prohibiciones probatorias, como los detectores de mentiras o polígrafos que registran reacciones inconscientes o reflejos condicionados" (Resaltado fuera de texto). JULIO B. J. MAIER. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 666.

72 La jurisprudencia estadounidense le otorga validez a la prueba obtenida bajo detector de mentiras o polígrafo, siempre y cuando ella se practique con el consentimiento escrito del órgano de prueba (DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, *ob. cit.*, p. 188). Una explicación más detallada acerca de la situación judicial del polígrafo en Estados Unidos es ofrecida por RASKIN (RASKIN, *ob. cit.*, pp. 19 a 30). Extractando lo que se considera más importante, el mencionado autor señala las distintas áreas en que puede utilizarse el polígrafo y aquellas exentas del mismo (*ibidem*, p. 19). Indica la implementación por las entidades que integran la administración de justicia, desde las locales, pasando por las estatales, hasta las federales. Resalta la prohibición de obligar que las personas hagan

Según ALARCÓN GRANNOBLES y CADENA LOZANO, “dentro de tal espectro se incluyen las pruebas obtenidas mediante el narcoanálisis, el hipnotismo y a través del polígrafo o detector de mentiras. Varios de estos medios pueden acarrear serias lesiones orgánicas o psíquicas, y aun cuando no las

el examen, aunque es viable pedir al sospechoso y al testigo el análisis de polígrafo; al consentir, el individuo faculta la práctica válida del polígrafo (*idem*). En este evento, al sujeto habrá de prevenirse acerca del potencial encerrado por el resultado, para usarse en contra suyo (*idem*). Por otra parte, cuando le son expuestos sus derechos antes de practicarle el polígrafo y aún así la persona voluntariamente confiesa, la manifestación es admisible (*ibidem*, p. 20). Mientras que la consecución de un abogado por el individuo, antes de asentir a la práctica del polígrafo, faculta a aquel en el sentido de establecer salvedades, verbigracia, la aceptación de los interrogantes por el cliente, ver la conducción del examen, finalizarlo a voluntad, la ausencia de preguntas para el cliente, previo o con posterioridad al examen. Por lo general, es concertado acerca del uso que recibirán los datos, por ejemplo, el descarte de los cargos o estipular la admisión, cualquiera que sea el desenlace (*idem*). También reporta que no son pocos los defensores solicitando el polígrafo, con el propósito de dilucidar la veracidad en las afirmaciones que expresan los prohijados (*idem*). Es más, el poligrafista que trabaja con la defensa está compelido a guardar el secreto profesional y para revelar el análisis hecho debe haber una decisión del defensor, sin que este tenga el deber de enseñarlo a las autoridades (*ibidem*, p. 21). Cuando una práctica poligráfica exhibe veracidad en la versión del defendido, esto suele implementarse con el fin que los policiales no continúen con la pesquisa en torno de tal individuo o la desatención de los cargos. Pero al continuarse con la acusación, entonces, el defensor tiene la opción de exponer los datos arrojados por el polígrafo ante el gran jurado, mientras que al corresponder audiencia preliminar, no un gran jurado, esos datos son ofrecidos durante dicha audiencia (*idem*). Las cortes, ya sean de rango federal o estatal, tienen por inadmisibles evidencias provenientes de la práctica poligráfica, con la salvedad del estado de Nuevo México, en donde sí la admiten (*idem*). Frente a las cortes federales, la admisibilidad del polígrafo transita entre un par de caminos: a través del acuerdo extrajudicial de las partes o mediante la moción, aunque en esta última, el contrario cuenta con opción de controvertir y la Corte decide al tenor del parecer que se forme sobre el asunto, concluido el debate (*ibidem*, p. 23). Así como existen estados admitiendo el polígrafo ante el acuerdo de partes, existen estados con leyes que evitan admitirlo, recordando que Nuevo México lo admite al atenderse condiciones concretas (*ibidem*, p. 24). La mecánica procesal en la admisión del polígrafo exige que quien lo postula lleve al testigo, el cual debe demostrar la formación científica idónea, así como el discernimiento suficiente en torno del instrumento (*ibidem*, p. 25). De otro lado, como complemento, vale la pena advertir que RASKIN, MALAGÓN y NOVOA, también aluden a los semejantes campos e instituciones del nivel federal, implementando análisis con polígrafo (RASKIN, MALAGÓN, NOVOA, *ob. cit.*, p. 20). Mientras, NOVOA, MALAGÓN y WISE ofrecen cifras indicadoras sobre Estados Unidos: 28 estados licencian poligrafistas; 19 estados admiten evidencia poligráfica si existe estipulación; Nuevo México admite evidencia poligráfica regularmente, sin estipularla; existen 26 programas para el polígrafo, funcionando con 9 instituciones distintas (NOVOA, MALAGÓN, WISE, *ob. cit.*, p. 61); además, mencionan el respaldo hacia la poligrafía proveniente del departamento de justicia y de defensa, entidades del gobierno adicionales, junto a fuerzas policiales del nivel local (*ibidem*, p. 70). Finalmente, TAPIAS menciona la admisibilidad del polígrafo hecha por ciertos estados, la prohibición de utilizarlo con civiles y la admisibilidad otorgada en Nuevo México (TAPIAS, *ob. cit.*, p. 31); igualmente, la multiplicidad de lugares y sectores para los cuales resulta implementado (*ibidem*, pp. 31 a 32).

produzcan, su ilicitud es manifiesta, pues atentan contra la dignidad de la persona humana y vulneran los principios de lealtad y probidad de la pruebas, así como la intimidad y libertad humana”.

El narcoanálisis, como lo indican los citados autores,

[...] consiste en someter al paciente, por medio de una sustancia química, por ejemplo, amital, pentotal, entre otras, a una ligera narcosis, que hace efecto en el sistema nervioso y le produce una relajación de la conciencia, sin suprimir las funciones expresivas de sus ideas. Pero, con dicho quebranto a su autonomía, el sujeto pierde el control sobre lo que narra, y así cualquier elemento de represión en la exteriorización del estado de ánimo, que por su euforia llega a la supresión de inhibiciones que derivan en la falta de control consciente de las declaraciones y a expansiones verbales que en algunos casos contradicen la verdad real de lo acontecido<sup>73</sup>.

Conviene advertir que el narcoanálisis y el empleo de otras drogas o métodos químicos utilizados irregularmente “pueden causar alucinaciones y estados

---

73 HÉCTOR ALARCÓN GRANNOBLES y RAÚL CADENA LOZANO. *Garantías Constitucionales y Prueba Ilicita*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2004, p. 92.

altamente sugestivos, con los cuales el interrogador puede llevar al interrogado a decir lo que quiere o le insinúa, produciéndose así falsas declaraciones y errores judiciales subsiguientes, pues puede ocurrir que el sujeto narre los hechos como producto de las imágenes que el interrogatorio le produce, toda vez que su conciencia se encuentra limitada y violentada por la sustancia que se le ha suministrado”<sup>74</sup>.

Por otra parte, el polígrafo es un aparato diseñado para realizar mediciones en aquellas áreas biológicas sobre las cuales se dice que la persona carece de dominio, como la función circulatoria y respiratoria. Este progreso técnico permite registrar e imprimir las oscilaciones y reacciones respiratorias y circulatorias, así como las variaciones de la presión arterial, el pulso y la secreción transpiratoria, construyendo con ellas una gráfica que puede ser interpretada por un experto, quien de acuerdo con las variaciones eléctricas que se presentan en el cuerpo del imputado, testigo o perito, y los parámetros de la sicometría, determinará si el respectivo relato se ajusta a la verdad<sup>75</sup>.

De conformidad con la postura de ALARCÓN 103  
GRANNOBLES y CADENA LOZANO, así como  
la de ALFONSO RODRÍGUEZ:

[...] En el marco jurídico colombiano se considera ilícita la prueba obtenida mediante utilización del polígrafo, por ser contraria a la dignidad de la persona humana, al derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, y al debido proceso probatorio, según el cual solo se estima válida la prueba obtenida de manera legal y porque además es una prueba no confiable, ya que son muchas las causas que motivan las mutaciones psico-fisiológicas, como el temor al interrogatorio.

Por otro lado, el llamado “detector de mentiras” restringe de manera irrazonable la libertad del interrogado, pues la respuesta a los interrogantes debe estar enmarcada en monosílabos. Por la forma en que está diseñado el aparato registra solo respuestas negativas o afirmativas, coartando la libertad de expresión y el derecho a la defensa constitucionalmente reconocidos, lo que impide una versión judicial libre y espontánea”<sup>76</sup>.

---

76 ORLANDO ALFONSO RODRÍGUEZ. *Prueba ilícita penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 139 a 141.

Por su lado, CAFFERATA NORES y HAIRABEDIÁN, indican que:

[...] desde el campo de otras ciencias se ha intentado, históricamente, auxiliar la labor de verificar la credibilidad de una declaración mediante variadas técnicas. Una de ellas es el polígrafo o detector de mentiras, caracterizado como un conjunto de aparatos (neumógrafo-respiración; esfigmomanógrafo-presión arterial y pulso y espiraciones), que registra gráficamente cambios fisiológicos (presión arterial, palpitaciones, ritmo respiratorio, tono, resistencia eléctrica de la piel) que se producen por el estrés que puede generar la mentira de un interrogado.

Como lo indica Biagiarelli, “la eficacia del polígrafo es relativo porque se basa, casi exclusivamente, en la pericia del investigador al formular dichas preguntas en una atmósfera de distensión tal que excluya cualquier estímulo emotivo no ligado con el argumento objetivo del interrogatorio, por lo que cualquier verbalización inadecuada por parte del examinador o estímulo externo que interfiera, o modificación de la actitud o cambios bruscos del tono de la voz en la formulación de las preguntas, podrán provocar en un sujeto que no miente

reacciones que no se podrían distinguir de las procedentes de la mentira y, en un sujeto que mienta. Podrían alterar el gráfico en puntos diferentes.

***Por su naturaleza, el examen del polígrafo representa un proceso de evaluación de tipo confrontativo, que genera miedo, tensión y angustia,*** y por eso la técnica en la construcción de la pregunta, en donde juegan la semántica, la discrecionalidad y la intención del cuestionario, constituyen una vertiente importante para evitar los falsos resultados.

***Por otra parte, la hipnosis regresiva*** es un estado psico-fisiológico, provocado a base de la sugestión, que hace operar al sometido con su inconsciente, por lo que se disminuye notablemente la capacidad de raciocinio y autoconciencia.

La sugestión caracteriza tal estado, por lo que la mente del hipnotizado, en cierta forma, queda en manos del hipnotizador, quien podrá sugestionarlo e instalarle una idea a la que tomará por cierta.

***El narcoanálisis*** consiste en un interrogatorio en un estado de subnarcosis mediante la administración de drogas cuyo efecto es la

sedación profunda, liberando a las respuestas de las inhibiciones del consciente. Tampoco ha escapado esta técnica a los cuestionamientos sobre su fiabilidad, ya que las respuestas pueden estar contaminadas con las fantasías del paciente y porque las resistencias del consciente no se suprimen con igual intensidad en todas las personas, y lo que el sujeto afirme seguirá siendo una verdad subjetiva.

***Quizás existan o se puedan desarrollar otras técnicas que proporcionen criterios para distinguir una declaración falsa de una verdadera.*** La evolución de la cuestión hace que parezca imprescindible recurrir al auxilio de la ciencia de los psicólogos forenses para la mejor valoración de ciertos testimonios vg. de los niños, y conveniente para cualquier caso, a fin de disminuir el margen de error judicial.

Mas hoy los avances tecnológicos son optimistas en cuanto a técnicas confiables de detección de mentiras sin riesgos para la salud del examinado. Es el caso de la *neuroimagen psiquiátrica o funcional*, que con el apoyo de programas informáticos ha permitido analizar minuciosamente y simular la función global del cerebro, obteniéndose una especie de “mapa”

en el que se refleja, mediante contraste, el nivel de oxigenación de la sangre, detectándose lo aumentos en la función cerebral y cambios localizados en la actividad intelectual.

Además de su uso para detectar mentiras con una alta precisión, también serviría la neuroimagen funcional para comprobar la reacción cerebral a otros estímulos idóneos para generar conocimiento. Como, por ejemplo, para medir respuestas neurológicas positivas –a título de reconocimiento– que podría generar la exhibición de fotografías de una persona a quien se quiere relacionar con el sujeto.

En oposición al polígrafo tradicional –que mide la respuesta emocional del sujeto ante una mentira– ***la neuroimagen detectaría el proceso mental mismo de la mentira.*** Más aún, a diferencia del polígrafo –en el que el individuo puede ser entrenado para suprimir una respuesta emocional a la mentira– en la neuroimagen el sujeto no puede controlar su actividad cerebral para evitar la detección. Y así como con la mentira ciertas regiones del cerebro se “encienden” durante el escaneo, lo mismo ocurre cuando el sujeto observa un rostro humano que le es familiar, aún prescin-

diendo de expresiones o intentos del sujeto para ocultarlo<sup>77</sup> (Resaltado fuera de texto).

Finalmente, DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, advierten que:

[...] La utilización del suero de la verdad representa una intervención corporal, cuyo objetivo estriba en suministrar sustancias narcóticas al testigo o declarante, para que afloren y se verbalicen contenidos inconscientes mediante la acción que tales sustancias tienen sobre el yo al liberar frenos y defensas, desligando de sus autocontroles al sujeto, ya que se parte de la tesis de que el subconsciente no puede mentir.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2702), se indica que la admisión indiscriminada del narcoanálisis conculcaría el principio de legalidad y supondría una forma indirecta y torticera de obtener la confesión del reo, en cuanto significa un desprecio a la persona humana y el aniquilamiento de los resortes físicos y psíquicos del ser humano.

La sentencia del 26 de noviembre de 1991 (Rj 1991, 8562) ya no deja resquicios abiertos, en cuanto establece que la confesión obtenida mediante tortura, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 de la Constitución, no aceptándose siquiera cuando es el propio imputado el que solicita estos medios de prueba, ya que la dignidad humana es innegociable al tratarse de pruebas que afectan la libertad de la declaración, la cual falta en estos casos, por lo que solo son factibles en el mundo del psicodiagnóstico y de la psicoterapia.

El polígrafo, en la misma línea de razonamiento, es un método que suprime o disminuye las facultades de conocimiento, discernimiento y decisión del ser humano, y en virtud de ello la jurisprudencia de los tribunales españoles no lo admiten como prueba válida<sup>78</sup>.

---

78 DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, *ob. cit.*, pp. 186 a 189.



## III

## Los Argumentos que Sustentan la Juridicidad y Conveniencia de Admitir la Utilización del Polígrafo en el Proceso Penal

Varios son los argumentos que se pueden usar en favor del reconocimiento del polígrafo como prueba, medio probatorio o instrumento de auxilio en la valoración de la prueba. Empero, dentro de este apartado, el trabajo estará concentrado en aquellos que otorgan legitimidad y viabilidad jurídica a su empleo.

# 1. El polígrafo y el Bloque de Constitucionalidad. El Control de Convencionalidad.

Dado el valor jerárquico de los tratados internacionales, por supuesto, respetando siempre la interpretación y aplicación de los mismos a partir de la determinación y escogencia del mejor estándar de garantías que rija una materia, se ha esbozado un concepto jurídico que cada día toma mayor fuerza, según el cual es obligación de toda autoridad de un Estado, pero especialmente si la misma tiene la calidad de juez (en sentido formal o material), de confrontar y contrastar las normas nacionales e internacionales, con la finalidad de ejercer un control de convencionalidad, como muestra real, eficaz y eficiente de respeto hacia el valor del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos<sup>79</sup>.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: *“El poder judicial debe ejercer una especie de **control de convencionalidad** entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En*

---

79 Salvamento de voto del magistrado NÉSTOR OSUNA PATIÑO, a la sentencia de tutela de segunda instancia, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, caso PETRO, M.P. PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO, radicación No. 110011102000201308120 01.

*esta tarea el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*<sup>80</sup>.

El control de convencionalidad es obligatorio, sobre todo, cuando se alegan mejores garantías a partir del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, toda vez que, como dice el órgano judicial de supervisión arriba señalado: “*cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesaria traerla a esta Corte para su **aprobación o confirmación***”<sup>81</sup>.

Así, la definición de un asunto por los poderes públicos de los Estados, incluyendo el poder judicial, debe atender el control de convencionalidad, so pena de intervención de los órganos de supervisión internacional sobre derechos humanos.

Recientemente ha sido señalado<sup>82</sup>:

142. La responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel interna-

80 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de noviembre 24 de 2006, Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, párrafo 128.

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de diciembre 6 de 2001, Caso “Las Palmeras” vs. Colombia, párrafo 33

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de noviembre 30 de 2012, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia.

cional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”<sup>83</sup>.

Las ideas en comento han adquirido forma en la reciente jurisprudencia, bajo la concepción consistente

en que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte de la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad<sup>84</sup>.

143. Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí.

Se afirma por la doctrina especializada que “el fundamento normativo de este control de convencionalidad estaría en el art. 2º de la Convención Americana, de acuerdo con el cual los Estados partes en ese tratado tienen

---

84 Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos los jueces, quedan sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar que los efectos de las disposiciones de la Convención no sean mermados con la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Entonces, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, tienen el deber de ejercer, *ex officio*, un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea deberán considerar, no solo el tratado, también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 176, y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225. Véase, así mismo, Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 193.

la obligación de armonizar el derecho interno con las disposiciones de esa convención”<sup>85</sup>.

Tal control de convencionalidad resulta obvio, pues existe la obligación de instrumentar medidas legislativas y judiciales para hacer efectivos los derechos fundamentales (artículo 2 numeral 2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y artículo 2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Este mecanismo sirve para garantizar los derechos que emanan del derecho fundamental a la libertad, regulado por los tratados que prevalecen en el orden interno y condicionan la interpretación de los derechos y los deberes constitucionales, de los Estados Parte (artículos 4 y 93 de la Carta Política, y 29 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*).

No existe contradicción entre las normas internacionales y las nacionales, porque en aplicación del artículo 93 de la Carta Política, aquellas se encuentran incorporadas al ordenamiento jurídico, con rango constitucional.

Por este motivo, ha aseverado la Corte Constitucional:

“La conformidad de la legislación interna con los tratados internacionales y con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano con otros estados o con entidades supranacionales es exigida con mayor rigor por la Constitución Política cuando se trata de la aplicación y el ejercicio de los derechos fundamentales, según resulta con nitidez meridiana del artículo 93 de la Carta Política, a cuyo tenor los tratados y convenios internacionales que hubiere aprobado el Congreso y ratificado el Ejecutivo, mediante los cuales se reconocen los derechos humanos y en los que se prohíbe su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”<sup>86</sup>.

## **2. El consentimiento informado como fundamento del polígrafo, de acuerdo con los instrumentos convencionales sobre derechos humanos.**

Conforme al artículo 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de la Organización de Naciones Unidas, adoptado en Colombia mediante la Ley 74

---

86 Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 1996, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

de 1968, “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. ***En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos***” (negrilla fuera de texto).

La norma citada, de manera categórica y contundente, erige al consentimiento libre e informado, como presupuesto esencial para la práctica de experimentos o intervenciones corporales, con fines diversos.

El aporte de VILLAMARÍN LÓPEZ es muy importante para el tema, pues de la mano con la obligación de no declarar en su contra, que tiene todo procesado, afirma que la voluntad informada y libre de someterse al polígrafo, incluso con la posibilidad de revocar el consentimiento una vez la prueba se ha puesto en marcha, legitiman la intervención en la persona desde una perspectiva constitucional<sup>87</sup>.

El polígrafo, como fue dicho, 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.

A su vez, se reitera que está científicamente comprobado que cuando una persona miente, se producen en su organismo, a través del sistema nervioso autónomo, reacciones fisiológicas y emocionales espontáneas de intensidad variable, en la presión sanguínea, el ritmo cardíaco, la respiración y la conductancia de la piel, todo lo cual se ve alterado<sup>88</sup>.

Dentro de este contexto, el polígrafo es, en esencia, un experimento científico dirigido a establecer y evaluar reacciones corporales específicas, producidas en circunstancias de tensión, ocasionadas por afirmaciones contrarias a la verdad<sup>89</sup>. En tal sentido, el consentimiento libre y consciente de quien se va a someter al polígrafo, válida y otorga licitud al método, como se desprende del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, sin que sea posible para los jueces colombianos, en virtud del control de convencionalidad, elaborar interpretaciones jurisprudenciales que desconozcan o ignoren el citado estándar.

---

88 TAPIAS, AVENDAÑO, FUENTES y ZALDÚA, *ob. cit.*

89 En sus comienzos, el polígrafo aparece como una técnica, esto es “un procedimiento o conjunto de reglas, normas o protocolos que tiene como objetivo obtener un resultado determinado”. Sin embargo, no identificaba la causalidad específica que regía los fenómenos. Se afirma que una técnica puede o no ser utilizada conscientemente, lo que no ocurre con la ciencia, que sí identifica la causalidad específica y, por lo tanto, solo puede ser entendida y usada de modo consciente. En este sentido, el polígrafo toma, cada vez más, los rasgos de una ciencia, especialmente, porque a la reacción galvánica (que al inicio era su fundamento), se le han asociado, en apoyo, otros mecanismos como la presión arterial, la respiración, además que ya está siendo empleado el examen visual y la termodinámica facial, métodos caracterizados por un claro anclaje científico. Por tratarse del desarrollo práctico de conocimientos científicos, el polígrafo es una tecnología, la que no es otra cosa, que ciencia aplicada.

La misma línea jurisprudencial sobre consentimiento informado, decantada por la Corte Constitucional colombiana, ha señalado de manera reiterada que: “la exigencia del consentimiento resulta de la consideración del individuo como un agente moral autónomo, capaz de decidir por sí mismo en los distintos ámbitos de la vida. Solo él está en condiciones de adoptar decisiones relevantes relativas a su propia salud, como si quiere recibir o no tratamiento, asumir el riesgo de una intervención, perder un miembro u órgano, o incluso morir, pues conoce sus intereses mejor que el Estado, que en tal contexto debe respetar y proteger la autonomía personal y no interferir las acciones libres del sujeto” (Sentencias T-493 de 1993, T-401 de 1994, T-559 de 1995, y T-692 de 1999)<sup>90</sup>.

Así, es aceptado por el ordenamiento jurídico colombiano, que el consentimiento constituye exigencia ineludible para llevar a efecto la actividad médica o cualquier intervención en el cuerpo humano, lo que, por supuesto, incluye al polígrafo.

Inclusive, con apoyo en el consentimiento libre del enfermo terminal, es posible ejecutar actos constitu-

tivos de eutanasia activa, pasiva o indirecta (cuidados paliativos). En este caso, para que el consentimiento se estime válido y eficaz, deben concurrir, desde luego, ciertos requisitos. En la eutanasia activa, que es la acción médica por medio de la cual se pone fin a la vida de un enfermo terminal irrecuperable, siempre y cuando este consienta el hecho, el consentimiento puede ser expresado directamente, mediante un documento denominado “testamento vital”; o, en principio, a través de sus familiares, cuando se encuentre en estado de inconsciencia. Cabe resaltar que en la sentencia C-239 de 1997, la Corte Constitucional reconoció eficacia al consentimiento del enfermo terminal en tales hipótesis, creando una causal de justificación, pero únicamente en favor del médico que ejercita la eutanasia activa, a solicitud del sujeto pasivo:

[...] La eficacia del consentimiento del enfermo o individuo que será sometido al experimento o intervención, se encuentra su-peditada, en primer término a que el médico o encargado cumpla su correlativo deber de información, pues solo si aquel conoce el significado, alcance, riesgos, diagnóstico, pronóstico y alternativas del tratamiento o intervención, que autoriza, el consentimiento es válido. Adicionalmente, se exige que el consentimien-

to sea manifestado por un paciente con capacidad natural de juicio y discernimiento, pues la eficacia del mismo dependerá de que se trate de un verdadero acto de autodeterminación.

Adicionalmente, es necesario que el consentimiento sea anterior o coetáneo, es decir, que el acto de disposición sea previo, o en casos extremos coetáneo con la afectación del bien jurídico sobre el cual se dispone, y que sea expreso, es decir, que la manifestación se realice de manera clara, precisa y seria, es decir, que por lo menos sea reconocible externamente. También la validez requiere la seriedad, concreción, y que sea emitido libre de vicios, sin error, dolo ni violencia. Por esto el consentimiento prestado mediante coacción es ineficaz<sup>91</sup>.

En este orden de ideas, “el consentimiento, como expresión del libre desarrollo de la personalidad, solo puede ser limitado cuando afecte intereses ajenos o cuando exista una disposición constitucional relevante que así lo disponga. Si se mantiene su ejercicio en el marco de la libre disposición, no existe razón alguna para no reconocerle eficacia”<sup>92</sup>.

91 FARFÁN MOLINA, *Eutanasia*, *ob. cit.*, p. 266.

92 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Estudios de Dogmática en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2003, p. 160.

Desde las anteriores premisas, es necesario concluir que al considerarse el polígrafo un experimento científico, su exclusión como acto investigativo en el proceso penal, solo sería viable en los casos en que no exista consentimiento del indiciado, acusado o testigo que será sometido al mismo, o en los eventos en que tal consentimiento no reúna los requisitos y presupuestos explicados.

A *contrario sensu*, en caso de existir consentimiento informado, el estándar convencional respalda su práctica, sobre todo, en cuanto se trata de un mecanismo solicitado por el reo para demostrar su inocencia<sup>93</sup>. Y, si la única prueba con la que cuenta es su propia versión, la negativa equivaldría a dejarlo en indefensión.

### 3. La decisión libre, voluntaria, consciente e informada de someterse al polígrafo.

De conformidad con lo que ha sido señalado, en tanto el sometimiento a la prueba técnica sea libre, ***consciente, voluntario e informado***, no puede haber quebrantamiento de la dignidad humana como fundamento del orden jurídico (artículo 1 de

---

93 Así, GRANADOS PEÑA, *ob. cit.*, p. 96.

la Carta Política) y mucho menos puede haber una instrumentalización del ser humano.

Esto es aseverado porque resulta contradictorio que en el proceso penal un individuo tenga, entre otras facultades, la de renunciar a la prueba o allanarse a los cargos como expresión legítima de la voluntad personal de participar en las decisiones que lo afectan como ciudadano (que es un derecho constitucional fundamental, según el artículo 2, *ibídem*), pero no resulte jurídicamente viable acudir al polígrafo para probar su inocencia.

Que el juez se deba ocupar de la pericia del polígrafo no es obstáculo alguno, ya que un deber igual le asiste en la valoración del peritazgo, como demanda el artículo 257 de la Ley 600 de 2000. Dicha disposición sirve para crear una semejanza entre el polígrafo con la asesoría especializada, como se desprende del artículo 242 *ibídem*, lo que también resulta aplicable en el derecho disciplinario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 21 de la Ley 734 de 2002 y 16 de la Ley 1123 de 2007.

Aquí, lo decisivo es el juicio prudente del juez, enfocado en que no sean vulnerados los derechos fundamentales (inciso 2 del artículo 32 de la Ley 600 de 2000, e inciso 3 del artículo 86 de la Ley 1123 de 2007).

La petición del examen poligráfico es decisión libre, consciente, voluntaria e informada, y al ser un juicio fundado en la plenitud de la autonomía ética del ser humano, no se puede considerar que exista violación alguna hacia los derechos fundamentales. Es verdaderamente contradictorio que para la eutanasia, según la sentencia C-239 de 1997, sea válida una decisión fundada en dicho consentimiento, mas no suceda lo propio frente a la utilización del polígrafo. Es decir, resulta viable que un sujeto decida morir, mas no resulta viable que se someta al polígrafo. Aquí, la valoración de la viabilidad jurídica de ambos fenómenos carece de proporcionalidad.

Como afirma PARRA QUIJANO, con el principio de proporcionalidad se trata de “sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas”<sup>94</sup>.

Al ser cuestionado, el poligrafista deberá explicar sus “credenciales”, demostrando pericia y calidades, lo que deberá ser ponderado por el juez al momento

---

94 JAIRO PARRA QUIJANO. *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 37.

de valorar su explicación<sup>95</sup>. El poligrafista también deberá exhibir toda su habilidad técnica y comunicativa<sup>96</sup>. Estas destrezas deberán ser mostradas en conjunto con su imparcialidad<sup>97</sup>.

También se debe presentar como un profesional que reúne las características adecuadas para emprender las evaluaciones, no solo desde la perspectiva de su formación y experiencia, sino desde su ética<sup>98</sup>. Tal preparación tiene suma importancia, especialmente, porque el poligrafista invocado por la defensa

---

95 Tan importante es la preparación e idoneidad de los poligrafistas, que SLOWIK considera que hay un par de eventos en los que aquellos declararían en torno de los análisis que han sido practicados por los mismos o por alguien más, en algún asunto penal. Los roles asignados por el autor, son: como un testigo experto o como un evaluador del registro (SLOWIK, *ob. cit.*, p. 39). El autor recomienda que ante múltiples esquemas con semejanzas para ser calificado, lo apropiado sería que el poligrafista se sometiera al más exigente (*idem*). Considera que la educación recibida en la formación también es parámetro de la capacidad de un poligrafista, siempre que este la aplique en su ejercicio. A su vez, la educación que imparte en asuntos vinculados con el polígrafo, sirve para acreditarlo (*ibidem*, p. 40). Además, resalta el gran valor que tiene la experiencia para demostrar la capacidad del poligrafista, al estimar que nada la reemplaza, pues aquella permite ser más precisa, al saber enfrentarse a situaciones análogas o individuos parecidos, resultando más deseable la experiencia en el manejo del polígrafo en determinados casos, que el manejo del polígrafo en general (*ibidem*, pp. 40 a 41). Frente a los poligrafistas que solo evalúan los datos de una práctica poligráfica que no realizaron, pueden exhibir su capacidad para evaluar esos resultados aplicando el Protocolo Marin (*ibidem*, p. 41), el cual no apunta a comprobar lo adecuado de la práctica poligráfica, sino la capacidad de evaluar los datos, pese a no haberlos obtenido (*idem*). Sin olvidar que el poligrafista tiene que estar en condiciones de aclarar cómo funciona el aparato y sus componentes (*idem*).

96 El poligrafista no solo debe comprender las teorías psicológicas y las respuesta fisiológicas (SLOWIK, *ob. cit.*, p. 42). Cuando declara, se debe hacer comprender por el juez o el jurado (*idem*).

97 Si el poligrafista es señalado de prejuicio por trabajar o atender solo a determinado solicitante, la forma más apropiada de comprobar la ausencia de prejuicio es trabajar en los dos frentes (SLOWIK, *ob. cit.*, p. 42). O sea, en el contexto procesal, la acusación y la defensa. Clientes en los dos frentes, es denominado por el autor, como “una indicación autoevidente de objetividad” (*ibidem*, p. 43).

98 Como lo plantea GALLEGO ACERO: “del cumplimiento ético de la poligrafía como disciplina científica, depende su reconocimiento para el apoyo de procesos que contribuyan a la garantía de los derechos fundamentales, solo así podremos demostrar a los usuarios, examinados y rama judicial, que verdaderamente estamos listos para dar un paso a los estrados judiciales y actuar en esa dimensión que nos demanda como hasta hoy lo han experimentado otras naciones” (ALEXANDER GALLEGO ACERO. “En la Poligrafía la calidad no se improvisa... es una cuestión de verdad”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 08, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2011, p. 107).

desarrolla una práctica privada, luego debe disipar cualquier duda acerca del modo en el que despliega su actividad<sup>99</sup>.

La revisión exhaustiva de la idoneidad del poligrafista también resulta un modo de resguardar al individuo en contra de un profesional inidóneo que pueda lesionar los derechos de aquel en la conducción de la evaluación<sup>100</sup>. Finalmente, despeja dudas concernientes a la objetividad del análisis, no siendo este parcializado ni manipulado para favorecer a la parte que contrata al poligrafista<sup>101</sup>. Así se podrá potenciar, razonablemente, el uso del polígrafo, sobre todo, al cimentar un empleo transparente del mismo<sup>102</sup>.

99 Siguiendo con GALLEGO ACERO: “implementar un sistema de gestión de calidad no es tan complicado como mantenerlo; indudablemente es imprescindible conservar una cultura de calidad revestida de integridad, para que las malas prácticas no afecten el modelaje de servir con responsabilidad corporativa que conlleve a la construcción de tejido social y escenarios de justicia con responsabilidad social” (GALLEGO ACERO, *ob. cit.*, p. 107).

100 “Como estamos acercándonos al final del primer siglo de la poligrafía y está mostrando claros signos de madurez, tales como la búsqueda de las mejores prácticas y la atención a los fundamentos científicos de los métodos de campo. Con la madurez ha llegado una comprensión de lo que es realmente la responsabilidad de un profesional de la poligrafía. No se trata de la protección decidida de la industria, ni de la consideración de los intereses económicos exclusivamente, tampoco se trata de una actitud defensiva frente al escrutinio: hemos comprendido que tenemos que darle la mayor importancia a la protección de la población contra los incompetentes, la falta de ética, los mal capacitados y el profesional irresponsable, además de la utilización de métodos no validados. Una base importante para el cumplimiento de ese deber profesional es saber cuáles prácticas se pueden defender y cuáles prácticas no se pueden defender” (Krapohl, *ob. cit.*, p. 51).

101 “Quizás el más grande factor involucrado en la introducción de variabilidad en el proceso de examinación poligráfica es el mismo examinador” (BLALOCK, *ob. cit.*, p. 88). Y un poco más adelante, añade: “Cualquier crítica al sesgo del examinador y al decremento en la confiabilidad, se reduce sustancialmente mediante la implementación de presentaciones del pretest y el test en un formato estandarizado” (*idem*).

102 Como concluyen TAPIAS, NOVOA y RIVERA, quienes sostienen su convergencia con KRAPOHL en el asunto: “el polígrafo tiene un gran potencial, pero se puede abusar de su capacidad si es usado por personas incompetentes, sin entrenamiento y sin ética” (TAPIAS, NOVOA, RIVERA, *ob. cit.*, p. 22).

El estado actual de la justicia, sometido a mercaderes de la **“apariencia”**, reclama medidas que equilibren las injusticias que puedan recaer sobre quienes proceden lealmente y colaboran con la justicia, según se desprende del numeral 7 del artículo 95 de la Carta Política. Siendo la Constitución “norma de normas” (artículo 4), establece el estándar para otorgar validez y legitimación al polígrafo.

Por otro lado, debido a que la decisión de someterse al polígrafo es libre, su negativa no puede derivar la construcción de indicios en contra del procesado, aplicando el Código de Procedimiento Civil en su artículo 249, en virtud del cual, de la *“conducta procesal de las partes”*, **“el juez podrá deducir indicios”**, hoy en el artículo 241 del Código General del Proceso.

En efecto, en materias sancionatorias, el procesado tiene derecho a **“guardar silencio”**, de donde surge **“la prohibición de derivar de tal comportamiento indicios en su contra”** (artículo 337 de la Ley 600 de 2000, aplicable a la Ley 734 de 2002, con base en el artículo 21, también aplicable a la Ley 1123 de 2007, en razón del artículo 16). Este principio probatorio se aplica por analogía *iuris* a la Ley 906 de

2004, como ha sido fijado en materia de nulidades, al recurrirse a los principios de la Ley 600 de 2000<sup>103</sup>.

Es más, en cuanto principio rector, el literal c) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, incorpora el derecho del procesado a que “**no se utilice el silencio en su contra**”. Lo contrario a dicha potestad, sería tornar en obligatorio aquello que es objeto de libre voluntad, vaciando de contenido la dignidad del ser humano y por tanto, contrariando las bases fundamentales del orden jurídico, en perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1 de la Carta Política.

Las partes no se rigen por el “**deber de decir la verdad**”, que según CAPPELLETI, es un “instituto inquisitorio y contrario a la libre disposición de las partes, un instrumento de tortura moral”<sup>104</sup>.

En estas condiciones, indudablemente, se respeta la dignidad del ser humano. Por este motivo, ante el uso del polígrafo se está frente a una renuncia al derecho de guardar silencio, globalmente considerado, a través de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, la cual puede,

---

103 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones de abril 4 de 2006, M.P. LOMBANA TRUJILLO, radicación No. 24.187; mayo 15 de 2008, M.P. SOCHA SALAMANCA, radicación No. 28.716 y agosto 24 de 2009, M.P. BUSTOS MARTÍNEZ, radicación No. 31.900.

104 MAURO CAPPELLETI. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, p. 81.

incluso, primar sobre el derecho a **“no autoincriminación”** (literal 1 del artículo 8 de la Ley 906 de 2004). Para garantizar con transparencia y certeza jurídica el cumplimiento de las normas es necesaria e imprescindible la presencia del abogado defensor (artículos 305 de la Ley 600 de 2000, y 282 de la Ley 906 de 2004). En lo que respecta al derecho disciplinario, rigen reglas especiales, pues la defensa técnica no es obligatoria (artículos 17 de la Ley 734 de 2002, y 12 de la Ley 1123 de 2007).

#### **4. El polígrafo como técnica auxiliar para la averiguación de la verdad, con base en la libertad probatoria.**

Para la doctrina, “la declaración de inocencia de un inculpado es demasiado importante para ser sacrificada a los ídolos del procedimiento”<sup>105</sup>. Esta afirmación se puede complementar con lo aseverado por CAPELLETTI, en cuya opinión “siempre que las garantías constitucionales sean observadas, no veo, pues, por qué razón no se debería admitir que

el juez base su convicción también sobre pruebas no expresamente previstas por la ley”<sup>106</sup>.

Las pruebas devienen admisibles por “*las características de la propia sociedad en la que los procedimientos probatorios están destinados a ponerse en práctica*”, por supuesto, atendiendo también los avances científicos que la misma produce<sup>107</sup>.

TARUFFO enseña que la admisión de las pruebas está demarcada por la relevancia de las mismas para acreditar los hechos del proceso, pero a pesar de su necesidad no es suficiente, toda vez que resultan imprescindibles ciertas formas en su producción, que se encarnan en las normas de exclusión, las que deben ser racionales y proporcionales para no desvirtuar el primer principio<sup>108</sup>.

Al plano cognoscitivo o epistémico, siguiendo a PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, se agrega para cumplir con el programa de las garantías constitucionales, el respeto por otros valores de naturaleza

106 JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Akal/iure, 1999, p. 276.

107 DENTI, *ob. cit.*, pp. 85, 102 y 111.

108 MICHELE TARUFFO. “*Consideraciones sobre prueba y motivación*” en *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial Fontamara, 2011, pp. 21 y 22.

jurídica, sin que, como tal, no se consideren los relacionados con la verdad<sup>109</sup>.

De una manera más acabada, LARRY LAUDAN, filósofo y epistemólogo norteamericano, al proponer a la “*Epistemología Jurídica*” como una nueva disciplina, señala que el objetivo principal del proceso judicial es la averiguación de la verdad, ante lo cual surgen diferentes niveles: a) El núcleo duro de la epistemología jurídica está caracterizado por el valor de la verdad, lo que determina la relevancia de la prueba y la manera en que se debe proceder para reducir y aminorar los errores, ofreciendo soluciones tendientes a la búsqueda de la improbabilidad al máximo de su ocurrencia; b) El núcleo débil de la epistemología jurídica se ocupa de la distribución de los errores, para lo cual sienta reglas como la carga de la prueba, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, con una profunda carga política, por lo que se conocen también como valores *cuasi-epistémicos*. Al lado de los anteriores, surgen los valores *extra-epistémicos*, como son: a) Consideraciones de oportunidad; b) Derechos de los acusados; c) Transparencia de los procesos probatorios, y, d) Debido proceso<sup>110</sup>.

109 PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ. “*Sobre prueba y motivación*” en Consideraciones sobre la prueba judicial, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial Fontamara, 2011, pp. 57 y 58.

110 LARRY LAUDAN. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 58 y ss.

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, no se debe dudar de la idoneidad científica del polígrafo, empero, tampoco de su aptitud para servir de instrumento en busca de la verdad, lo que ha quedado acreditado.

Por tanto, el polígrafo cumple con el nivel de exigencia impuesto por el núcleo duro de la epistemología jurídica. Esto solventa, en gran medida, los problemas que deben ser superados, según el núcleo débil de la epistemología jurídica –***decisión libre, voluntaria, consciente e informada***–, amén de la carga de la prueba, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, que son temas solucionados por la Constitución, con el artículo 29; también por las leyes procesales penales y disciplinarias (artículos 7 y 234 de la Ley 600 de 2000, 7 de la Ley 906 de 2004, 9 y 128 de la Ley 734 de 2002, 8 y 85 de la Ley 1123 de 2007). Adicionalmente, es resuelta la cuestión de algunos valores *extra-epistémicos* como consideraciones de oportunidad, derechos de los acusados y transparencia de los procesos probatorios, quedando por atar el asunto del debido proceso que cobra singular importancia por el mandato del inciso final del artículo 29 mencionado, según el cual “*es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*” (cursiva fuera de texto).

Ahora será confrontado el debido proceso (pues los otros temas ya fueron estudiados), aunque en particular la legalidad de la prueba dentro de un sistema probatorio de *numerus apertus*, que cumple con el establecimiento de “*los límites r acionales al efecto contra-epistémico que produce la incorporación de esos valores*”<sup>111</sup>, complementa la epistemología con los debidos controles jurídicos que aseguran las garantías procesales y los derechos constitucionales fundamentales.

El test “*epistemológico jurídico*” propuesto, es satisfecho a cabalidad por el polígrafo.

En este sentido, los artículos 233 de la Ley 600 de 2000, 130 de la Ley 734 de 2002 y 86 de la Ley 1123 de 2007 incorporan los medios de prueba, agregando a la lista enunciativa “cualquier otro medio técnico o científico, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario”.

El Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, señala en el artículo 1, que el mismo “se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y

autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”.

Sobre la interpretación de las normas procesales el artículo 11 indica:

Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código se deberán aclarar ***mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal*** garantizando, en todo caso, el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias (Resaltado fuera de texto).

El artículo 12, sobre los vacíos normativos, expresa que serán llenados “con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial”.

El artículo 165, en el inciso 2, precisa que “el juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”.

Además, en los artículos 237 de la Ley 600 de 2000, 131 de la Ley 734 de 2002 y 87 de la Ley 1123 de 2007, es establecido el principio de la libertad de prueba, lo cual significa que el único límite en la materia es el respeto por los derechos fundamentales<sup>112</sup>.

De manera contundente, el artículo 374 de la Ley 906 de 2004, dispone, a su vez, el principio de libertad de pruebas y el principio de *numerus apertus* para las pruebas legales de naturaleza técnica o científica, con tal que “*no viole los derechos humanos*”.

---

112 “El principio de la libertad probatoria ha sido caracterizado diciendo que en el proceso penal todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba. Esto no significa que se haga prueba de cualquier modo –ya que hay que respetar las regulaciones procesales de los medios de prueba, ni mucho menos a cualquier precio, pues el orden jurídico impone limitaciones derivadas del respeto de la dignidad humana u otros intereses. En relación con el objeto de prueba, es posible hacer prueba sobre cualquier hecho o circunstancia interesante para la investigación. No obstante, la prueba no puede recaer sobre hechos o circunstancias que no estén relacionados con la hipótesis que generó el proceso, de modo directo o indirecto. Además, hay ciertos temas sobre los cuales no se puede probar por expresa prohibición de la ley como es el caso de imputación de injuria relacionada con la vida sexual, conyugal o de familia del sujeto pasivo. En relación con los medios de prueba, la libertad probatoria significa que no se exige la utilización de un medio determinado para probar un objeto específico, y si bien se debe recurrir al que ofrezca mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción alguna, y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios. Así, es posible hacer prueba no solo con los medios expresamente regulados, sino con cualquiera otro no reglamentado, siempre que sea adecuado para descubrir la verdad. Cada prueba se ajustará al trámite asignado, y cuando se quiera optar por un medio probatorio no previsto, se deberá utilizar el procedimiento señalado para el medio expresamente regulado que sea análogicamente más aplicable, según la naturaleza y modalidades de aquel, respetando sus formas”. CAFFERATA NORES y HAIRABEDIÁN, *ob. cit.*, pp. 40 a 46.

Así lo ratifica el artículo 382, sobre los **“medios de conocimiento”**. 137

No es del todo correcto decir que una prueba es solamente aquello capaz de demostrar un hecho, elemento o circunstancia, pues:

- a. Se discute arduamente si el indicio es un medio probatorio en tal sentido, lo cual afirma el inciso 1 del artículo 233 de la Ley 600 de 2000 y también lo hacía el artículo 258 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), empero, lo niega el inciso 2 del artículo 86 de la Ley 1123 de 2007, el inciso 2 del artículo 130 de la Ley 734 de 2002 y lo hacía el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (Decreto 2700); la Ley 906 de 2004, no se refiere al indicio. Esto demuestra que no existen imponderables en la materia, porque el indicio es un razonamiento y, al hecho, elemento o circunstancia, solo se refiere el hecho indicador, a partir del cual es construida la inferencia.
- b. Además de los hechos, elementos y circunstancias, la prueba también está referida a “estados”, tal como lo reconoce el artículo 244 de la Ley 600 de 2000, siendo evidente cuando se trata de los llamados indicios de inimputabilidad y culpabili-

dad. Por tanto, el peritazgo en materia de inimputabilidad versa acerca de un “estado” y no de hechos, elementos o circunstancias.

- c. Tampoco se refieren a hechos, elementos y circunstancias, las operaciones técnicas y el juramento estimatorio (artículos 247 y 278 de la Ley 600 de 2000).

Pensar que las pruebas recaen exclusivamente sobre hechos, elementos y circunstancias, deriva de épocas fundadas en la responsabilidad objetiva, anclada en el puro aspecto físico, ya que la prueba aludía al “hecho” (por ejemplo, los artículos 217, 218 y 221 del Código de Procedimiento Penal de 1938), lo cual no encaja con la fase culpabilista, fundada en el modelo de responsabilidad que se inaugura con el Código Penal de 1980 y es refinada con el destierro de la palabra “**hecho**” y su reemplazo por la expresión “**conducta**” en la Ley 599 de 2000.

Entonces, no solo lo físico es objeto de prueba, salvo que se interprete de forma literal, gramatical y exegética, la expresión “elementos físicos materia de prueba” (artículo 288 de la Ley 600 de 2000). La prueba también está referida a “**estados**”, especialmente, los llamados “**personales**”, pues al valorar el testimonio se deberá acreditar, dejando las constan-

cias, de conformidad con el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 (a su vez, el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal de 1991), “la forma como hubiere declarado –el testigo– y las singularidades que se puedan observar en el testimonio”. Esta disposición integra los **“criterios para la apreciación del testimonio”**. Así era exigido, de manera expresa, por los artículos 236 del Código de Procedimiento Penal de 1971 y 295 del Código de Procedimiento Penal de 1987.

Al fenómeno descrito (la valoración de una declaración), es precisamente a lo que apunta el polígrafo, pues “el llamado **detector de mentiras, máquina de la verdad o polígrafo** es un tipo particular de instrumento de medición utilizado para el registro de respuestas fisiológicas. Registra las variaciones de la presión arterial, el ritmo cardíaco, la frecuencia respiratoria y la respuesta galvánica o conductancia de la piel, que se generan ante determinadas preguntas que se realizan al sujeto sometido a la prueba. También posee la capacidad de medir parámetros como el movimiento del interrogado, de cara a evitar posibles contramedidas durante el interrogatorio”, y “la tensión emotiva que provoca el conocimiento propio de la verdad, que modifica ostensiblemente la progresión orgánica de una persona que engaña sobre un aspecto específico. Consideran, por tanto,

notorios los indicadores de medida de discordancia del pensamiento, al valorar que la inexactitud conceptual en las emociones provocadas ante un tema específico y la activación compleja de neurotransmisores modifica las constantes orgánicas”. Por tanto, “cabe recalcar que el polígrafo no es un instrumento que detecte mentiras por sí mismo, aunque las nuevas unidades digitales realizan una evaluación del interrogatorio de manera autónoma, con altos ratios de fiabilidad. En cualquier caso, la evaluación final es responsabilidad del técnico poligrafista”<sup>113</sup>.

En consecuencia, el polígrafo resulta un insumo para valorar la declaración, similar al asesoramiento especializado, contemplado por el artículo 242 de la Ley 600 de 2000, pues en cuanto técnica auxiliar para la averiguación de la verdad, queda cobijada por la teleología de las expresiones “ciencia, arte o técnica” del artículo. En este sentido, los asesores especializados ilustran al juez en dichas materias, el cual no es suplantado, por el contrario, recibe apoyo frente a un tópico específico y definitivo para la valoración de la prueba<sup>114</sup>.

---

113 En: [http://es.wikipedia.org/wiki/Detector\\_de\\_mentiras](http://es.wikipedia.org/wiki/Detector_de_mentiras).

114 ZHANG cita la postura que tiene la Oficina del Alto Procurador (de China), en la que afirma que los datos proporcionados por la práctica del polígrafo, no son evidencia, aun cuando la implementación es viable dentro de las pesquisas, como apoyo y como herramienta en la búsqueda y en la comprobación de la evidencia (ZHANG, *ob. cit.*, p. 188). Los datos provenientes del polígrafo no constituyen evidencia, sin embargo, la confesión del sujeto mientras es sometido al polígrafo, sí es admisible en los procesos penales de China, así como ocurre en Estados Unidos de América (*ibidem*,

Los asesores especiales no son peritos y el polígrafo no sería un peritazgo, luego cabe en el mencionado artículo, porque este se refiere a que ellos (los asesores especiales) “tomarán posesión como los peritos”, aunque sea evidente que no tienen tal calidad, ya que el artículo no pertenece a los capítulos sobre las pruebas en concreto, sino a los **“PRINCIPIOS GENERALES”** de las pruebas.

Lo anterior significa que el técnico poligrafista auxilia o colabora con el juez en un asunto técnico, el cual está relacionado con los criterios para la apreciación del testimonio, que son igualmente válidos para evaluar la exposición del imputado (artículos 277 y 282 de la Ley 600 de 2000).

En el proceso penal existen muestras irrefutables de pruebas complejas, las cuales están acompañadas por asesorías semejantes, como sucede en los artículos 247, 248 y 263 de la Ley 600 de 2000, sobre todo, el **“testigo técnico”**<sup>115</sup>.

Por esta razón, vale la pena registrar la opinión en derecho comparado, cuando se afirma que “la téc-

---

p. 189). Al mismo tiempo, ZHANG incorpora una concepción jurídica según la cual cuando hay datos conseguidos con el polígrafo, estos no son una decisión legal, solo guían, siendo valorados junto a las indagaciones y al examen lógico de cada hecho, cuando deba emitirse el pronunciamiento que corresponda (*idem*).

115 De hecho, si en una moderna concepción probatoria el perito es un “testigo técnico”, ninguna objeción cabría que por esta vía también fuera admitido el polígrafo; GRANADOS PEÑA, *ob. cit.*, pp. 75 y ss.

nica del polígrafo puede ser usada con seguridad, su uso no se encuentra restringido, no existe ninguna ley que regule o limite el uso y aplicación del polígrafo, se dice que mientras se respete la intimidad de la persona y que esta, acepte libremente la aplicación de la prueba, mediante un consentimiento por escrito, no existe ningún obstáculo para su aplicación”<sup>116</sup>.

En contraste con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con respecto del polígrafo, todavía se admite la diligencia de careo, que no aparece en los Códigos de Procedimiento Penal, pese a que la misma le permite al juez indagar por “la actitud, el comportamiento, la expresión y las deposiciones” de los careados –testigos y sindicados—<sup>117</sup>, lo que no es otra cosa que lo buscado con el polígrafo, solo que con el acompañamiento de un experto, siendo menos agresivo que el careo.

El careo fue eliminado a partir del Código de Procedimiento de 1991, pero aparece implícitamente en los actuales estatutos procesales, pues las listas de pruebas en estos son apenas enunciativas, como lo tiene dicho con suficiencia la jurisprudencia de

<sup>116</sup> TAPIAS, AVENDAÑO, FUENTES y ZALDÚA, *ob. cit.*

<sup>117</sup> PARRA QUIJANO, *ob. cit.*, p. 339.

la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. 143

Una importante decisión de tutela, proferida por la Sala de Casación Penal, desechó las interpretaciones literales y gramaticales, advirtiendo aperturas teleológicas, cuando fue más allá del texto de la ley, señalando respecto de la asistencia de expertos que acompañen a las partes en las audiencias:

*Sin embargo, el que el legislador haya permitido a las partes estar acompañadas durante las diligencias por determinadas personas, no excluye la posibilidad de que otras, no mencionadas expresamente —para este caso un experto que no funge como testigo ni perito—, hagan lo propio; ni mucho menos implica que el rol de asesor científico sea incompatible con la esencia del sistema procesal de tendencia acusatoria.*

*Por el contrario, la Corte considera que, la atribución de definir los causes (sic) de su estrategia litigiosa, implica que los sujetos procesales tienen la oportunidad de contar con la asesoría técnica de un determinado especialista durante la recolección de evidencias, preparación y presentación de la teoría del caso, y en fin, producción de la prueba a través del interrogatorio cruzado.*

*Dicha posibilidad no puede ser limitada mediante la imposición de una carga desproporcionada e innecesaria, consistente en que en tales casos, las partes deban ofrecer al experto como testigo o perito, para que se autorice su presencia durante el juicio oral.*

*Entonces, provisionalmente puede concluirse que el esquema procesal consagrado en el estatuto adjetivo del 2004, no descarta la existencia de los asesores científicos ni excluye la eventualidad de que apoyen a la Fiscalía o la defensa durante la celebración de las vistas públicas. Si ello es así, como en efecto lo es, los funcionarios judiciales no pueden restringir de antemano dicha facultad.*

No obstante, la Sala de Casación Penal no ha hecho una interpretación semejante en torno del polígrafo cuando es, precisamente, a lo que la decisión citada invita.

## 5. La prueba novel

En el terreno de la Ley 906 de 2004, el polígrafo podría, eventualmente, considerarse una prueba novel según lo establecido por el artículo 422, sobre admisibilidad de publicaciones científicas y aspectos noveles de conocimiento<sup>118</sup>.

Al tenor de la disposición aludida, para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:

- a) Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.
- b) Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.
- c) Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.
- d) Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

Luego el problema estriba en determinar si el examen poligráfico, como opinión relativa a aspectos noveles del conocimiento, cumple con los requisitos que la base científica o técnica exige para ser admisible en el juicio.

Debe tenerse en cuenta que:

“Al respecto debe indicarse que esta técnica cuenta con un gran respaldo técnico científico, puesto que existe una Asociación Ame-

ricana del Polígrafo (APA), la cual confirma la validez y confiabilidad del referido método (Capps, M. (2002), estudios y conceptos sobre los detectores de mentiras. El poligrafista Internacional)”<sup>119</sup>.

Frente a la confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión, se trata de una prueba en cuyo contexto, la clave es el experto que utiliza el aparato y que ha de comparecer al juicio si es llamado para explicar y aclarar las conclusiones obtenidas.

Si bien el polígrafo no tiene un ciento por ciento de confiabilidad, ningún instrumento posee ese nivel de confiabilidad, ni puede superar por completo los errores humanos. Empero, con la existencia del polígrafo computarizado, se ha podido lograr, según Kircher y Raskin (1988), un mayor nivel de confiabilidad, pues la computadora obtiene resultados con mayor consistencia y minuciosidad, lo que resulta ser como un segundo examinador que observa las gráficas y las interpreta.

Aun cuando el polígrafo tiene una naturaleza polémica<sup>120</sup>, no es menos la predicable de medios proba-

119 TAPIAS, AVENDAÑO, FUENTES y ZALDÚA, *ob. cit.*

120 Es muy significativa la conversión de un escéptico, la que se puede consultar en: [http://www.elabedul.net/Correos/sobre\\_el\\_poligrafo.php](http://www.elabedul.net/Correos/sobre_el_poligrafo.php)

torios como el testimonio, la confesión, el indicio, entre otros. Inclusive, algunos expertos en la materia afirman que solo las pruebas de ADN superan en confiabilidad a los resultados del polígrafo<sup>121</sup>.

Bajo tal perspectiva, se podría considerar que la naturaleza del polígrafo es aquella de prueba novel<sup>122</sup>. Esta sería incorporada al juicio oral en el sistema penal acusatorio, utilizando como testigo de acreditación al técnico poligrafista, quien explicará la base de la opinión pericial que aparece en la interpretación del examen, mediante las respuestas que brinde a su interrogatorio<sup>123</sup>.

Corresponde acotar que el polígrafo en cuanto tal, esto es, el aparato o la máquina en sí, no tendría carácter novel. Empero, al considerar la posibilidad de utilizarlo con validez dentro del campo de la investigación criminal en Colombia, sobre todo, al estimarlo como medio de prueba judicial, en parti-

121 [http://www.lafayettecolombia.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4&Itemid=6](http://www.lafayettecolombia.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=6).

122 NOVOA, MALAGÓN y WISE aluden al análisis con polígrafo vinculado al proceso penal colombiano, considerando las disposiciones sobre libertad probatoria y pruebas noveles, ambas pertenecientes al estatuto procesal penal (NOVOA, MALAGON, WISE, *ob. cit.*, pp. 75 a 76).

123 En opinión de TAPIAS, existe la opción de incorporar al polígrafo en cuanto mecanismo para complementar un examen de psicología forense (TAPIAS, *ob. cit.*, p. 34). Encuentra factible la admisión del polígrafo, mediante los términos para la prueba novel, fijados por el código de procedimiento penal (*idem*). Señala que el polígrafo satisface las condiciones (para la prueba novel), entonces, cabe incorporarlo en los estudios psicológicos a la par de psicofisiológicos forenses (*ibidem*, p. 35). Además, carece de obligatoriedad en el juez, darle una apreciación en cierto sentido, pues son aspectos que se añaden al momento en que acude a la sana crítica (*idem*).

cular, gracias a la confirmación de su concepto y de su metodología general, por las pruebas de neuroimágenes, no hay lugar a duda, acerca de la condición de novel que ostenta<sup>124</sup>.

En suma, el polígrafo sería una prueba pericial, tanto en la Ley 600 de 2000 como en la Ley 906 de 2004<sup>125</sup>. Ahora bien, dentro de la Ley 600 de 2000, acaso subsidiariamente y frente a la reticencia de verlo como perito, se puede considerar al poligrafista un asesor especial para controlar la veracidad del testimonio, de la indagatoria o del interrogatorio del procesado<sup>126</sup>. A su vez, en la Ley 906 de 2004, como último recurso, de no valorarse en cuanto prueba novel, también cabría en calidad de asesor especializado, al tratarse de una aplicación favorable del régimen de la Ley 600 de 2000 a la Ley 906 de 2004, lo que es jurídicamente viable.

---

124 Siguiendo a SLOWIK una vez más, conforme el polígrafo está siendo aceptado, la declaración requiere concentrarse en la capacidad del poligrafista, en los procedimientos y en los principios, utilizados en los análisis, demostrando validez y confiabilidad (SLOWIK, *ob. cit.*, p. 42). Aun cuando continúe como excepcional que una declaración valiéndose del polígrafo, sea admitida (*ibidem*, p. 43). En parte, porque el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Clarence Thomas, sentenció “el jurado es el detector de mentiras”, lo cual genera que se prescinda de discutir la validez, confiabilidad, aceptabilidad, competencia, valor probatorio, entre muchos aspectos (*idem*, incluida la cita de Thomas).

125 Así, GRANADOS PEÑA, *ob. cit.*, p. 96.

126 Para CHEN y SUN, un poligrafista debe captar información válida, pero carece de la condición de interrogador (CHEN y SUN, *ob. cit.*, p. 138). Ahora bien, para TAPIAS, NOVOA y RIVERA, una entrevista conducida por el poligrafista tiene similitud con el interrogatorio, aunque el entrevistado brinda datos de manera espontánea, mientras el cuestionado es reticente a hacerlo (TAPIAS, NOVOA, RIVERA, *ob. cit.*, p. 11).

No se puede dejar de registrar cómo la doctrina más selecta sobre el tema señala que el polígrafo y las neuroimágenes se constituyen en pruebas periciales. Se enfatiza, y aquí es compartido de conformidad con la estructura del derecho de defensa en Colombia, que su práctica se debe hacer con presencia y asistencia de la defensa técnica, pues tradicionalmente en nuestro medio las diligencias practicadas sin asistencia del defensor se estiman inexistentes<sup>127</sup>.

## 6. Algunos argumentos de conveniencia

En opinión de TARUFFO, la relevancia de la prueba determina su admisibilidad en el proceso judicial, relevancia que está dada por su “*función epistémica*”, la cual por cierto es mucho más significativa cuando se trata de pruebas científicas, habida cuenta que “*el incremento del uso judicial de los conocimientos científicos reduce proporcionalmente la inevitabilidad del uso del sentido común*”, que solo introduce a la justicia factores de perversión y desconcierto como la vaguedad, incertidumbre, falta de fiabilidad y, sobre todo, subjetividad<sup>128</sup>.

127 VILLAMARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 39, 111, 145 y 148.

128 TARUFFO, *Consideraciones sobre prueba y motivación, cit.*, pp. 22, 33 y 36.

Por lo demás, el polígrafo es un excelente instrumento para orientar la actividad de policía judicial, específicamente, para excluir tanto hipótesis como sospechosos<sup>129</sup>. Esta cualidad del polígrafo repercute en las investigaciones criminales, introduciendo agilidad, economía, eficacia y eficiencia, lo que se podría traducir en la anhelada celeridad en la justicia<sup>130</sup>.

Aunque se debe reconocer que el propósito del polígrafo es común a toda clase de procesos judiciales, incluso administrativos. Luego ingresando por los procesos sancionatorios, no se debe descartar su generalización a otras competencias<sup>131</sup>.

---

129 KOZENCZAK y KOZENCZAK arguyen que a pesar de la discusión en torno de la eficacia del polígrafo, sobre todo a nivel judicial, aquel tiene utilidad para los aparatos policiales, en cuanto permite descartar como sospechosas a las personas que dicen la verdad, mientras que permite detectar a quienes tratan de engañar (JOSEPH R. KOZENCZAK y KAREN M. KOZENCZAK. "The Value of the Polygraph Technique in a Serial Murder Investigation", en *Polygraph*, Volume 40, Number 3, Chattanooga, American Polygraph Association, 2011, p. 157).

130 Por ejemplo, desde la óptica estadounidense, KOZENCZAK y KOZENCZAK explican la utilidad que prestó el polígrafo en las pesquisas seguidas para capturar al asesino en serie John Wayne Gacy, condenado a la pena de muerte por matar a treinta y tres personas (KOZENCZAK y KOZENCZAK, *ob. cit.*, pp. 157 a 165). Los autores aseveran que el polígrafo brinda beneficios para acceder a información vital al momento de solucionar ciertos casos, los más decisivos (*ibidem*, p. 160).

131 Los chinos emplean el polígrafo en asuntos penales y civiles (ZHANG, *ob. cit.*, p. 187).

## IV

# El Polígrafo y su Estimación como Prueba en la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia (Ley 1621 de 2013)

La normatividad legal colombiana ha abordado el polígrafo y ha sancionado jurídicamente su admisibilidad, aun cuando circunscrita a temas muy específicos. Empero, tratándose de la regulación impuesta por una Ley Estatutaria, es claro que al ocuparse y referirse al literal a) del artículo 152 de la Carta Política, amén del respaldo de constitucionalidad que recibió de la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2012, no se puede afirmar que dicho instrumento sea contrario a los derechos fundamentales.

# 1. La Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia

La citada Ley Estatutaria disciplina lo atinente a los principios, fines, límites, mecanismos de control y supervisión, cooperación y coordinación interinstitucional, de las funciones de inteligencia y contrainteligencia del Estado, entre otros aspectos.

La función de inteligencia y contrainteligencia es definida en esta normatividad como aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los Derechos Humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional.

De acuerdo con la misma, tal competencia solo puede ser ejercida por las dependencias de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, organizadas por estas para tal fin, la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) y por los demás organismos que sean facultados por la ley para esto.

en su ejercicio por el respeto de los Derechos Humanos y se debe ceñir al cumplimiento estricto de la Constitución, la ley, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especialmente, la función de inteligencia estará circunscrita al principio de reserva legal, que garantiza la protección de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad personal y familiar, y al debido proceso.

En cuanto a los principios que rigen la función, la referida ley indica que quienes autoricen y lleven a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, además de verificar la relación entre la labor y los fines normativamente enunciados, evaluarán y observarán de manera estricta y en todo momento, los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

## **2. Las referencias al polígrafo como prueba de admisión y de retiro del servicio**

El artículo 38 del mencionado cuerpo normativo, hace referencia al compromiso de reserva, en los siguientes términos:

[...] Los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, los funcionarios que adelanten actividades de control, supervisión y revisión de documentos o bases de datos de inteligencia y contrainteligencia, y los receptores de productos de inteligencia, se encuentran obligados a suscribir acta de compromiso de reserva en relación con la información de que tengan conocimiento. Quienes indebidamente divulguen, entreguen, filtren, comercialicen, empleen o permitan que alguien emplee la información o documentos reservados, incurrirán en causal de mala conducta, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.

***Para garantizar la reserva, los organismos de inteligencia y contrainteligencia podrán aplicar todas las pruebas técnicas, con la periodicidad que consideren conveniente, para la verificación de las calidades y el cumplimiento de los más altos estándares en materia de seguridad por parte de los servidores públicos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia.***

PARÁGRAFO 1o. El deber de reserva de los servidores públicos de los organismos que

desarrollen actividades de inteligencia y con-  
trainteligencia, y de receptores antes mencio-  
nados, permanecerá aún después del cese de  
sus funciones o retiro de la institución hasta el  
término máximo que establece la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. Los organismos que de-  
sarrollan actividades de inteligencia y contra-  
inteligencia deberán tomar todas las medidas  
necesarias para impedir que sus miembros co-  
pien, porten, reproduzcan, almacenen, mani-  
pulen o divulguen cualquier tipo de informa-  
ción de inteligencia o con-  
trainteligencia con  
fines distintos al cumplimiento de su misión.

PARÁGRAFO 3o. *Las personas capaci-  
tadas para cumplir funciones relaciona-  
das con las actividades de inteligencia y  
con-  
trainteligencia deberán cumplir, en  
todo momento, los más altos estándares  
de idoneidad y confianza que permitan  
mantener el compromiso de reserva en el  
desarrollo de sus funciones. Para tal efec-  
to, cada una de las entidades que realizan  
actividades de inteligencia y con-  
trainteli-  
gencia desarrollarán protocolos internos  
para el proceso de selección, contratación,  
incorporación y capacitación del personal  
de inteligencia y con-  
trainteligencia, teniendo*

en cuenta la doctrina, funciones y especialidades de cada una de las entidades.

**PARÁGRAFO 4o. *La no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad será causal de no ingreso o retiro del organismo de inteligencia y contrainteligencia de acuerdo con la reglamentación establecida por el Gobierno nacional.*** En los organismos de inteligencia y contrainteligencia que no pertenezcan al sector defensa, el retiro del servicio de los servidores públicos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia se producirá cuando el nominador, previo concepto de un comité asesor o quien haga sus veces, en ejercicio de la facultad discrecional considere que no se cumple con los estándares de idoneidad y confianza.

Para los organismos de inteligencia y contrainteligencia que pertenecen al sector defensa, el retiro de servicios se hará de conformidad con las normas de carrera correspondientes (Resaltado fuera de texto).

Por otra parte, el Decreto 857 del 2 de mayo de 2014, por el cual el Presidente de la República reglamentó la Ley 1621 de 2013, aborda en el artículo 20 la regulación de los estudios de credibilidad y confiabilidad

e ingreso y retiro de personal de los organismos de 157  
inteligencia y contrainteligencia, así:

Artículo 20. Estudios de credibilidad y confiabilidad. Los estudios de credibilidad y confiabilidad son de obligatorio acatamiento y comprenden un conjunto de actividades, exámenes y/o evaluaciones, orientadas a asegurar los más altos estándares en materia de seguridad y reserva de la información, mediante la aplicación de exámenes técnicos o evaluaciones periódicas que verifiquen la idoneidad, credibilidad y confiabilidad de los servidores públicos y/o contratistas de los organismos de inteligencia y contrainteligencia y/o de personas que por razón de sus funciones y actividades tengan que conocer información con nivel de clasificación.

En este sentido, los estudios de credibilidad y confiabilidad podrán componerse, entre otros similares, de los siguientes exámenes técnicos que evalúen los siguientes aspectos:

- a. Individual: Verificación administrativa de información y datos, referencias, anotaciones, antecedentes judiciales, antecedentes disciplinarios, antecedentes médicos, prueba y evaluación psicotécnica, entrevistas,

competencias, prueba informatizada de integridad y veracidad, ***examen psicofisiológico de polígrafo***.

- b. Familiar: Visita domiciliaria y de vecindario.
- c. Social: Estudio socioeconómico, referencias personales, profesionales, laborales, comerciales y financieras.

Cada organismo de inteligencia y contrainteligencia determinará el objeto, finalidad y alcance de los estudios de credibilidad y confiabilidad, sus características, ámbito de aplicación, periodicidad, protocolos y procedimientos de realización y evaluación, privilegiando el interés general y la dignidad de los evaluados.

Los organismos de inteligencia y contrainteligencia podrán coordinar su realización con otras dependencias y extenderlos a los procesos y procedimientos internos en cada institución, siempre que tengan relación directa con las actividades de inteligencia, contrainteligencia y los demás fines enunciados en la Ley 1621 de 2013.

Parágrafo 1. Los organismos que integran la comunidad de inteligencia, cuando las circunstancias lo requieran, podrán apoyarse entre sí

o con organismos homólogos internacionales, para la coordinación y realización de estudios de credibilidad y confiabilidad, con el fin de optimizar las fortalezas institucionales en materia de conocimiento específico, recursos humanos y recursos técnicos especializados.

Para la aplicación de las pruebas de credibilidad y confianza, el nivel de acceso a la información que se haya dado al funcionario y el nivel que posea para la autorización de cada operación o misión de trabajo, cuando fuere el caso, serán factores decisivos para el diseño e implementación del conjunto de exámenes a practicar al funcionario.

Parágrafo 2. Los organismos de inteligencia y contrainteligencia desarrollarán protocolos internos para la aplicación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad, cuando se trate de actividades específicas, de apoyo dirigido a la recolección de información a través de fuentes humanas y, de la dirección, orientación y coordinación de equipos especializados de inteligencia, contrainteligencia o asuntos internos, entre otros (Resaltado fuera de texto).

Al realizar el control de constitucionalidad previo de la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteli-

gencia, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-540 de 2012, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, señaló que el artículo 38:

[...] busca salvaguardar la necesaria reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia, estableciendo compromisos de reserva y responsabilidades disciplinarias y penales (arts. 1º, 2º, 4º, 6º, 29, 74, 209, 217 y 218 superiores).

El inciso primero instituye que los servidores públicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, los funcionarios de control, supervisión y revisión de documentos o bases de datos, y los receptores de productos de inteligencia, están obligados a suscribir actas de compromiso de reserva en relación con la información de que tengan conocimiento; lo cual para la Corte no se opone a la Constitución ya que al comprender el manejo de información que envuelve caros intereses para el Estado como la seguridad y defensa de la Nación, es comprensible que el legislador se hubiere preocupado por establecer mecanismos que busquen salvaguardar la necesaria reserva en la materia.

El inciso segundo dispone que para garantizar la reserva los organismos de inteligencia y contrainteligencia ***podrán aplicar todas las pruebas técnicas***, con la periodicidad que consideren conveniente, para la verificación de las calidades y el cumplimiento de los más altos estándares en materia de seguridad por parte de los servidores públicos que llevan a cabo tales actividades; lo cual para la Corte se ajusta al ordenamiento constitucional en cuanto busca asegurar el manejo adecuado y la reserva de la información. Al respecto, debe señalarse que los estudios de seguridad deben fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, que además habrá de atender una base fáctica idónea y cierta dada a conocer al servidor público.

El párrafo 3° se declarará constitucional al limitarse a señalar que las personas capacitadas para cumplir funciones relacionadas con las actividades de inteligencia y contrainteligencia deberán cumplir, en todo momento, los más altos estándares de idoneidad y confianza que permitan mantener el compromiso de reserva en el desarrollo de sus funciones. Para este efecto se prevé que cada una de las entidades

que realicen actividades de inteligencia y contrainteligencia desarrollen protocolos internos para el proceso de selección, contratación, incorporación y capacitación del personal de inteligencia y contrainteligencia, teniendo en cuenta la doctrina, funciones y especialidades de cada una de las entidades. Para la Corte no se contradice la Constitución en la medida en que el desarrollo de los protocolos internos atienda, entre otros, a criterios objetivos y razonables como al empleo de factores de evaluación compatibles con las finalidades y requerimientos de la ley de inteligencia.

El párrafo 4º prevé ***que la no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad será causal de no ingreso o retiro del organismo de inteligencia y contrainteligencia de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno.*** También establece que en los organismos de inteligencia y contrainteligencia que no pertenezcan al sector defensa, el retiro del servicio de los servidores públicos que llevan a cabo tales actividades, se producirá cuando el nominador, previo concepto de un comité asesor o quien haga sus veces, en ejercicio de la facultad discrecional considere que no se cumplen con los están-

dares de idoneidad y confianza. Al respecto, la Corte considera que los actos de retiro del servicio deben estar fundados en un procedimiento previo que permita al retirado ser informado y presentar los descargos, además de soportarse en razones objetivas y estar motivados (art. 29 superior).

En suma, la Corte procederá a declarar la exequibilidad de esta disposición (Resaltado fuera de texto).

Dentro de este orden de ideas, la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia, junto con su Decreto Reglamentario a la par del pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la primera, establecen y autorizan el uso del polígrafo como uno de los mecanismos que pueden ser aplicados al realizar las pruebas de confiabilidad y credibilidad para el acceso a la prestación de servicios, en los organismos de inteligencia del Estado<sup>132</sup>.

Adicionalmente, prevén que la no superación de dichas pruebas, incluido el polígrafo, permitirá negar

---

132 “Podría decirse que el tipo de examinación poligráfica más utilizada por quienes toman decisiones de vinculación y que emplean el polígrafo para apoyar esa decisión, es el examen de preempleo. Los exámenes de preempleo difieren de otros tipos de exámenes en que se caracterizan por la ausencia de incidentes o acusaciones conocidas. Las formas más comunes de exámenes de preempleo son las verificaciones de antecedentes de empleados involucrados en la seguridad nacional, la selección de personal de cumplimiento de la ley y exámenes relacionados con programas PCSOT” (BLALOCK, *ob. cit.*, p. 89).

el acceso al servicio e inclusive el retiro del mismo, con lo que los resultados del detector de mentiras reciben la categoría o rango de prueba de una justa causa de despido.

Lo anterior revela que parte del ordenamiento jurídico nacional considera al polígrafo una prueba o medio de convicción para acreditar hechos jurídicamente relevantes. Esto constituye un argumento de refuerzo que debe conducir necesariamente a su admisibilidad y licitud, también en los procesos penales. De lo contrario, el polígrafo se mantendrá en un contexto jurídico paradójico: admisible-inadmisible, lícito-ilícito.

### **3. El polígrafo como instrumento para cumplir con el deber de cuidado**

La situación normativa del polígrafo en Colombia, al menos en el ámbito laboral y en materia de seguridad del Estado (dentro de la que está ubicada la inteligencia y la contrainteligencia), revela un atributo con enorme trascendencia: la aplicación del polígrafo resulta un medio para verificar la atención hacia el deber de cuidado o la diligencia debida. En vista de que el presente capítulo ha sido destinado a la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia, que

abrió la posibilidad jurídica para usar el polígrafo en el control del personal, la explicación incorporada en este apartado quedará concentrada en torno de dicha ley<sup>133</sup>.

El polígrafo se revela como una herramienta, cuya utilización de cara a las actividades de inteligencia y contrainteligencia, no solo acoge, sino que tiende a la satisfacción de las exigencias impuestas por el deber de cuidado, porque la realización de aquellas se materializa dentro de este escenario, en el conocimiento estricto y riguroso, de los agentes vinculados con las tareas de inteligencia y contrainteligencia<sup>134</sup>.

133 BARLAND explica que la implementación del polígrafo por el gobierno federal (de Estados Unidos de América), se remonta a la década del cincuenta (del siglo XX), en cuanto técnica empujada a falta o en conexión con una pesquisa oficial, acerca de los antecedentes de determinadas personas, sobre todo, de las extranjeras, si no era viable una indagación ordinaria, en especial, por razones de índole tanto geográficas como políticas (MAJ GORDON H. BARLAND. "Validation and Reliability Study of Counterintelligence Screening Test", en *Polygraph*, Volume 41, Number 1, Chattanooga, American Polygraph Association, 2012, p. 2). TAPIAS, NOVOA y RIVERA aluden al uso recibido por el polígrafo antes de otorgar un trabajo, en las pesquisas en inteligencia, así como en contrainteligencia, junto con la comprobación del origen para los datos, entre otras cuestiones (TAPIAS, NOVOA, RIVERA, *ob. cit.*, p. 13). Igualmente, RASKIN, MALAGÓN y NOVOA indican la pesquisa sobre funcionarios, la contrainteligencia, la inteligencia (aunque la limitan al extranjero), junto a la seguridad nacional, entre otras, como asignaturas del ámbito federal implementando polígrafo; a su vez, refieren la toma del polígrafo dentro del sector defensa, al conceder trabajos con manejo de datos clasificados, entre otras prácticas (RASKIN, MALAGÓN, NOVOA, *ob. cit.*, p. 20). Mientras que RASKIN, también refiriéndose a Estados Unidos, menciona la utilización recibida por el polígrafo tanto en materia de defensa como en seguridad nacional, entre otras (RASKIN, *ob. cit.*, p. 19). Finalmente, TAPIAS señala la expansión del polígrafo por múltiples estados de Latinoamérica, dentro de la escena militar junto con la seguridad, sin agotar el fenómeno en las antedichas tareas ni a tales estados (TAPIAS, *ob. cit.*, pp. 31 a 32).

134 El polígrafo, junto con otros mecanismos, puede y debe utilizarse para la selección de personal en las instituciones estatales, en especial, aquellas cuyo servicio implica la prestación de seguridad a la población. Esto se desprende del evento expuesto por AUSTIN acerca de un individuo con la aspiración de incorporarse a una de las policías federales en Estados Unidos de América, pero gracias a la pericia de una poligrafista, la persona manifestó haber adquirido, tratado de adquirir y consumido diversas drogas, además de compartirlas con amigos; también, estar en posesión de alguna. Incluso, el consumo fue previo a la práctica del polígrafo, para superarlo; así como aceptar la comisión de otros comportamientos delictivos (descargar de manera contraria a la ley, elementos protegidos por

O sea que el uso del polígrafo para la selección y la evaluación del personal, implica que el Estado obra con precaución al momento de determinar quiénes serán los servidores encargados de manejar cierta clase de información, además de escindir qué tanta información y cuál información, habrá de saber cada uno de ellos.

Adicionalmente, su atadura con las labores de inteligencia y contrainteligencia demuestra que el polígrafo ofrece un provecho real y verificable, no solo en lo relativo a la vinculación o desvinculación de los servidores, sino también para una tarea en la que ha sido utilizado desde hace algún tiempo, como es evaluar la información recibida por los agentes.

En efecto, cuando la Fuerza Pública obtiene información de una persona, esto es, encuentra una fuente humana de inteligencia que puede brindar datos acerca de acciones, sujetos, organizaciones o lugares

---

derechos de autor y vender programas, música, películas, juegos, todo lo cual consiguió ilegalmente). Lo anterior demostró que la información incluida por el sujeto, al diligenciar el formulario para el ingreso, no era veraz, al no revelar información y al intentar engañar con la expresada (DALE E. AUSTIN, "Just Another Routine Screening Exam - With a Dose of Mescaline", en *Polygraph*, Volume 41, Number 1, Chattanooga, American Polygraph Association, 2012, pp. 54 a 60). Por eso, AUSTIN indica que tanto los administradores de seguridad como los decisores señalan que el polígrafo suministra datos útiles en cantidad y calidad, siendo superior a otras herramientas como la investigación de antecedentes, los exámenes psicológicos o las entrevistas (*ibidem*, p. 60). TAPIAS, NOVOA y RIVERA, también se habían expresado en cuanto a la superioridad en la práctica poligráfica, al ofrecer un número elevado de datos con respecto al proveniente de distintos mecanismos en la escogencia del personal (TAPIAS, NOVOA, RIVERA, *ob. cit.*, p. 13).

de interés para las operaciones de seguridad, es imprescindible examinar la credibilidad del individuo.

Esto significa que la información debe ser sometida a un control de veracidad a través de diversos mecanismos, entre los que se halla el polígrafo, pues los datos brindados por la fuente tienen el potencial para motivar una operación policial o militar. Luego la confiabilidad de la información es primordial, de lo contrario, los actos del Estado podrían carecer de efectividad, por imprudencia o temeridad e inclusive podrían permitir la infiltración en la institución de inteligencia que maneja la fuente.

Entonces, para que la Fuerza Pública evite operaciones inútiles y no exponga al personal, requiere de canales para la depuración de los datos recibidos. Al ser uno de ellos, el análisis de la fiabilidad de la información, el polígrafo resalta, entre otros insumos, con los que se puede obtener la mencionada finalidad.

El cumplimiento del deber de cuidado, en el contexto expuesto, impone la carga de verificar la información. Por tanto, no solo encierra el examen del contenido de la misma; a su vez, obliga a examinar la credibilidad que merece la fuente. Esto implica obrar con prudencia, evitando embelesarse con los

datos recibidos o crear falsas expectativas de éxito. La diligencia y el cuidado en el área de inteligencia y contrainteligencia es un presupuesto para orientar la actuación subsiguiente del Estado, contribuyendo en el control de las decisiones y de las operaciones, por más que se puedan producir consecuencias imposibles de evitar, como daños colaterales.

Cabe resaltar que el deber de cuidado es objetivo, por consiguiente, resulta siendo el mismo en situaciones análogas. Por tal razón, en el ámbito de la inteligencia y contrainteligencia, la implementación del polígrafo se convierte en una práctica estandarizada, cuyo propósito específico es el suministro de datos que permitan, por un lado, evaluar la confiabilidad del personal para la vinculación o desvinculación y, por otro, evaluar la credibilidad de la información que reciben en desarrollo de su trabajo.

Ahora bien, a pesar de la relevancia que tiene la aceptación del polígrafo en temas laborales, para los propósitos de esta monografía es más importante su utilización en la inteligencia y contrainteligencia, ya que lo entrelaza, indisolublemente, con el mundo penal.

Nacional o de las Fuerzas Militares constituyen una herramienta de represión penal, como quiera que están dirigidas en contra de organizaciones delictivas. Por ende, el polígrafo es un instrumento con un papel dentro de la persecución del crimen, aun cuando su uso se encuentre marginado de la administración de justicia penal, lo que ciertamente es contradictorio, porque el polígrafo sirve y está siendo utilizado para enfrentar la delincuencia, mas no es admisible para probar la inocencia.

En el mismo sentido, si el empleo del polígrafo es aceptado, sin problema alguno, dentro de una materia tan sensible como la inteligencia y contrainteligencia, resulta claro que es confiable, seguro y presta una ayuda valiosa, rescatando el funcionamiento del aparato, junto con la capacidad de los poligrafistas.

Desde esta perspectiva, no es coherente endilgarle al polígrafo ciertas cualidades en un escenario (procesal penal), empero, quitárselas en otro (inteligencia y contrainteligencia), pues el equipo y la formación del experto, no varían.

La concepción del polígrafo en la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia deja una enorme enseñanza en un país donde basta manifestar cualquier información acerca de cualquier persona, para

comenzar con un proceso penal o disciplinario. El polígrafo se debe situar en el centro de la discusión, porque permite controlar la fiabilidad de los datos que se habrán de implementar, razón por la que se debería extender a otras entidades del Estado, resguardando el valor de la credibilidad<sup>135</sup>.

Semejante uso del polígrafo sería deseable con especialidad, mas no con exclusividad, por la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, para analizar la credibilidad de la información que reciben. Al menos, un par de “errores” o más bien, “horrores”, en cuanto a procesos adelantados, pudieron haberse evitado sometiendo a los supuestos “informantes” o “testigos” a un polígrafo.

---

135 KIRCHER, KRISTJANSSON, GARDNER y WEBB indican, desde la experiencia estadounidense, que la entidad llamada “Instituto del Polígrafo del Departamento de Defensa” (*Department of Defense Polygraph Institute*) pasó a convertirse en una nueva, denominada “Centro Nacional para la Evaluación de la Credibilidad” (*National Center for Credibility Assessment*), (KIRCHER, KRISTJANSSON, GARDNER y WEBB, *ob. cit.*, p. 77). Igualmente, RASKIN, MALAGÓN y NOVOA se refieren a tal entidad y exponen que los propósitos de la misma son dirigir junto con promover la pesquisa con carácter científico en torno al polígrafo, fijar lineamientos comunes, además de preparar poligrafistas federales (RASKIN, MALAGÓN, NOVOA, *ob. cit.*, p. 20). En el mismo sentido, sostienen que el mencionado ente plantea, de postura oficial, una estimación de la precisión del polígrafo, en el 90%, si está utilizado con idoneidad y el poligrafista es calificado; a su vez, ofrece formación para llevar los datos de la práctica de polígrafo, al juicio (*idem*). NOVOA, MALAGÓN y WISE coinciden en las funciones, exponen la evolución (incluidos los distintos nombres detentados por la entidad) e indican que dicha entidad establece controles a la calidad, los cuales crean un estándar en el ámbito federal, aplicado por varias instituciones de carácter federal pertenecientes a Estados Unidos (NOVOA, MALAGÓN, WISE, *ob. cit.*, p. 65).

## V

## Los Proyectos de Ley sobre el Polígrafo

Tres proyectos de ley han procurado, sin éxito, establecer la prueba del polígrafo en la legislación penal de Colombia.

En primer lugar, el proyecto de ley 144 de 2008, donde se intentó modificar el Código de Procedimiento Penal, con el propósito de introducir el resultado del examen de poligrafía, como elemento material probatorio. Sin embargo, la iniciativa no prosperó.

Luego, fue presentado el proyecto de ley 062 de 2010 Cámara, por medio del cual se regula el uso de la poligrafía como medio de prueba en los procesos penales y se modifican los artículos 275, 282, 383, 403 y 424 del Código de Procedimiento Penal, pre-

sentado el 28 de octubre de 2010, por el honorable representante doctor Camilo Andrés Abril Jaimes.

El contenido sustancial de dicho proyecto, indicaba:

Artículo 1°. Adiciónese un ítem al artículo 275: h) Prueba de Psicofisiológica Forense o Poligrafía requerida por el juez o que sea solicitada por alguna de las partes y que en cualquier caso debe ser practicada por persona idónea y miembro de la Asociación Colombiana de Profesionales en Poligrafía.

Artículo 2°. Adiciónense 2 párrafos al artículo 282:

Parágrafo 1°. El fiscal podrá solicitar la prueba Psicofisiológica Forense o Poligráfica, para obtener elementos de juicio y establecer la veracidad o no del interrogatorio. El indiciado podrá someterse a la prueba de manera voluntaria, o también puede solicitarla potestativamente.

Parágrafo 2°. La prueba Psicofisiológica Forense o Poligráfica deberá ser practicada por persona idónea y miembro de la Asociación Colombiana de Profesionales en Poligrafía.

Artículo 3°. Adiciónese un inciso al artículo 383: El juez, oficiosamente o a petición

de cualquiera de las partes, podrá requerir la prueba Psicofisiológica Forense o Poligráfica, para obtener elementos de juicio y establecer la veracidad o no del testimonio. La defensa puede solicitar la prueba a uno o varios testigos.

Artículo 4°. Adiciónese un inciso al artículo 403: Cuando exista contradicción entre los testigos sobre un mismo hecho, podrá ser requerida por el juez, o solicitada por alguna de las partes la prueba Psicofisiológica Forense o Poligráfica para demostrar la falsedad o veracidad del testimonio.

Finalmente, se tiene el proyecto de ley 048 de 2012, Cámara de Representantes, por medio del cual se reglamenta el uso del polígrafo en Colombia, como medio de prueba en materia penal, laboral y disciplinaria, y se dictan otras disposiciones, el cual tampoco prosperó<sup>136</sup>.

---

136 CASTILLO RUÍZ y GIRÓN HERRERA, *ob. cit.*, p. 50.



## VI

# Las Ciencias, Neurociencias e Instituciones Jurídicas Probatorias

El tratamiento judicial recibido por el polígrafo en Colombia, ha sido infortunado. El mismo se revela fundado en especulaciones y prejuicios que soslayan su carácter científico o técnico, para crear paradojas verdaderamente inaceptables. En este sentido, afirmar que el polígrafo solo alcanza un grado de efectividad del 85 por ciento en aciertos, con el propósito de negar su admisión, no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta que el testimonio, base sobre la cual descansa la justicia, en gran medida, resulta deleznable desde su concepción científica y práctica social.

El siglo XIX fue escenario de la disputa entre la filosofía o metafísica y la ciencia, donde esta influenció en aquella de tal forma que casi la hace desaparecer, pero con logros interesantes respecto del nacimiento de la “*Teoría de la Ciencia*” y la “*Teoría del Conocimiento*” a cargo de la Filosofía de la Ciencia, como preámbulo de entendimiento de las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu. Uno de los aspectos más golpeados de la filosofía radicó en la tentativa de su reemplazo por la psicología social –“*omnem philosophiae progressum in psychologia constitutum esse*”–, de lo cual surgieron propuestas de ciencias particulares muy importantes, como resultó ser la psicología con rasgos profundamente culturales<sup>137</sup>.

Se produjo un *big bang* de conocimientos que poco a poco fue menguando. No obstante, hoy parece revitalizarse con superlativa fuerza e intensidad, en virtud de la entrada en escena de las neurociencias, las que prometen grandes transformaciones en los estudios científicos, especialmente, con una nueva perspectiva de entendimiento entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, siendo paradigmática la afirmación de la existencia de nuevas disciplinas

---

137 KLAUS CHRISTIAN KÖHNKE. *Surgimiento y auge del neokantismo. La filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo*, JOSÉ ANDRÉS ANCONA QUIROZ (trad.), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 27, 30, 38, 53, 54, 73, 89, 138, 139, 161, 177, 182, 243, 259, 275 y 292.

como la llamada “*neurofilosofía*”, campo perteneciente a la moderna neurociencia<sup>138</sup>.

Es afirmado con propiedad, que “*la ciencia y la tecnología avanzan a un ritmo nunca visto en la Historia de la Humanidad*” y es preciso, para lo cual se cita al científico ANTONIO DAMASIO, que tal tipo de conocimiento se traslade al público en general, en particular, a los gobernantes<sup>139</sup>, pues así se legitiman en la conciencia colectiva los procesos legales y de justicia, los cuales demandan que a los mismos se incorpore como un todo del conocimiento jurídico, los conocimientos científicos pertinentes y relevantes.

En el siglo XXI se plantea por los científicos la necesidad futura que las neurociencias trabajen conjuntamente con otras disciplinas culturales y sociales, para propiciar un “*diálogo entre las neurociencias y los diferentes dominios de la sociedad*” fundado en “*trabajos mancomunados e interdisciplinarios*”. Cumple así la ciencia, la “*metáfora*” contundente y extraordinaria, “*capaz de formular las preguntas y elaborar las respuestas sobre grandes desafíos*” culturales y sociales, pues también a estos

138 FACUNDO MANES y MATEO NIRO. *Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor*, Bogotá, Editorial Planeta Colombia S.A., 2014, p. 267. También, JEAN-PIERRE CHANGEUX. *El hombre de verdad*, VIRGINIA AGUIRRE (trad.), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 247.

139 EDUARDO PUNSET. *El alma está en el cerebro. Radiografía de la máquina de pensar*, Barcelona, Ediciones Destino S.A., 2012, pp. 80 y 180.

sirve de modelo para su desenvolvimiento, aun en temas que fueron dominados por filósofos y juristas, con claras implicaciones éticas, legales y judiciales<sup>140</sup>. Como afirma el neurocientífico JEAN-PIERRE CHANGEUX, se “*hace necesaria una reflexión crítica que confronte los diversos planteamientos de las ciencias de la vida y las ciencias humanas y sociales acerca del cerebro humano y su función*”, a partir de una metodología multidisciplinaria<sup>141</sup>.

Dice un sociólogo y antropólogo que la expansión de las neurociencias “*contribuye creativamente a borrar la tradicional frontera entre las humanidades y las ciencias naturales*”<sup>142</sup>.

En efecto, la “*neurociencia demuestra que no se trata de que nosotros tengamos cerebro, sino de que nosotros somos nuestro cerebro*”<sup>143</sup>. Las imágenes eléctricas y las ondas electromagnéticas producidas por el cerebro, ya pueden ser captadas por novedosas y complejas máquinas como los escáneres cerebrales, de lo cual se puede inferir “*el funcionamiento interno del cerebro mientras experimenta sensaciones y emociones*”, lo que en-

140 MANES y NIRO, *ob. cit.*, pp. 23, 30, 31, 34, 37, 84 y 85.

141 CHANGEUX, *ob. cit.*, p. 11. También se reclaman los estudios multidisciplinarios, en materia de la mente humana, por JORDI AGUSTÍ, ENRIC BUFILL y MARINA MOSQUERA. *El precio de la inteligencia. La evolución de la mente y sus consecuencias*, Barcelona, Crítica, 2012, p. 9.

142 ROGER BARTRA. *Antropología del cerebro. Conciencia, cultura y libre albedrío*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 171.

143 PUNSET, *ob. cit.*, p. 107.

frenta a las neurociencias con una nueva revolución del conocimiento humano, solo comparable con la generada por la invención del telescopio aplicado a la astronomía<sup>144</sup>.

Con aparatos de tecnología de punta, como los “*tomógrafos por emisión de positrones*” (PET) y la “*resonancia magnética funcional*” (RMNf), por medio de los cuales es posible “*observar la actividad cerebral in vivo*”, para inferir si una persona está mintiendo o diciendo la verdad, se confirma que la metodología usada por el polígrafo es adecuada, toda vez que también se funda en la detección de “*ciertos estados de ánimo, como la ansiedad o el miedo que vienen asociados con la mentira*”<sup>145</sup>.

Los científicos que se ocupan del tema afirman que dichas máquinas tienen la capacidad de acertar en la mentira o en la verdad manifestada por quien se somete a ellas, con una precisión igual o superior al 95por ciento. Este dato predice su necesidad y utilidad en los procesos legales y de justicia, incluso de aparatos futuristas para la lectura del pensamiento y la descarga de recuerdos que almacena una persona<sup>146</sup>.

---

144 KAKU, *ob. cit.*, pp. 23 y 45.

145 MANES y NIRO, *ob. cit.*, pp. 28, 29 y 49.

146 KAKU, *ob. cit.*, pp. 48 y ss, especialmente, 116 y ss, además de 148 y ss.

Las neurociencias han puesto de presente algunos fenómenos de la fisiología cerebral, que deberían repercutir en una redefinición de los institutos jurídicos, sempiternamente reconocidos, pero necesitados de una urgente actualización y revisión. Esto obedece a que no resulta tolerable que las prácticas judiciales pretendan fundar verdades relevantes jurídicamente, al margen de lo que está siendo acreditado por los científicos.

En este sentido, con el polígrafo y los escáneres cerebrales, se conserva la facultad de decisión, sometimiento libre e informado, también aquella de poner fin al proceso científico, si a bien lo tuviere durante su desarrollo; cuestión que en cierta forma no se podría obtener con otros métodos como el pentotal sódico, droga que “*reduce la actividad de la corteza prefrontal, haciendo que una persona se vuelva más relajada, habladora y desinhibida*”<sup>147</sup>, cuestionado, con toda razón, pues el sujeto quedaba privado del ejercicio de su libertad mientras estuviese bajo los efectos del químico.

Si tal conocimiento al que han llegado las neurociencias es sólido, certero y, en particular, confiable, se cabe preguntar cuál es la razón para que otros medios probatorios, verdaderamente cuestionables,

todavía encuentren numerosos adeptos, situación que parece más asunto de fe, que de ciencia.

Respecto del testimonio, cualquiera que se aproxime al tema, se debe preguntar por qué motivo tiene una aceptación tan amplia y no así el polígrafo, cuando este último posee claros y evidentes soportes científicos, mientras que aquel solo recibe cuestionamientos que lo horadan cada vez más, en torno de su idoneidad para producir credibilidad judicial.

Las mismas neurociencias que acreditan al polígrafo (rechazado por la práctica judicial, mas no por la vía de razonamientos jurídicos, sino técnicos), desacreditan al testimonio, validado por la justicia a partir de razones inconfesables de mala práctica judicial, aunque tambaleante desde perspectivas científicas modernas<sup>148</sup>.

A pesar de lo anterior, la justicia, de espalda al mundo científico<sup>149</sup>, por la fuerza del poder desnudo y ausente de la fuerza que otorga la razón, sigue despreciando lo útil y refrendando lo maculado.

---

148 Dentro de este trabajo, el fundamento científico del polígrafo está siendo ligado con las neurociencias. Sin embargo, cabe mencionar que para SLOWIK, al eliminar o reducir las cuestiones de índole clínica, se observa que en gran parte el polígrafo resulta una ciencia de la conducta (SLOWIK, *ob. cit.*, p. 41).

149 BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ. "Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?" en Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, abril-junio 2012, No. 39. Bogotá, LEGIS, 2012, p. 34.

A su vez, quien se aproxime al tema se debe preguntar cómo resulta tan escabroso el estado de cosas abordado, cuando científicamente se encuentra acreditado que:

Primero, el sujeto que percibe solo extracta de la realidad externa, un 10% de la representación que se forma en su cerebro, por lo que “*nuestra percepción del mundo es muy sesgada*”, toda vez que “*la mayor parte de lo que vemos lo construye el cerebro*”<sup>150</sup>, pues el 90% forma parte de la interpretación que el más complejo órgano humano ha condicionado evolutivamente a partir de procesos inconscientes, intuitivos, de sentido común y experienciales.

Los científicos afirman que “*la actividad cerebral que crea una percepción del mundo visual al traducir patrones de luz y colores en objetos y eventos es, quizás, uno de los actos creativos más sofisticados. Por eso, más que del cristal, todo parece depender del cerebro que interpreta lo que se mira*”; esto es, “*el cerebro visual no retrata la realidad como una máquina de fotos sino que le otorga un significado a las imágenes (tanto en forma consciente como no consciente). El ojo captura información incompleta del mundo externo a partir de*

---

150 El neurocientífico MARCUS RAICHLE, luego de serias investigaciones, afirma que “*el 10% de las sinapsis de nuestro sistema visual proceden de lo que vemos, el resto lo construye nuestro cerebro*”, esto es, “*posemos nuestras propias gafas para ver el mundo y esto determina nuestras creencias*”, citado por ROSA CASAFONT. *Viaje a tu cerebro*, Barcelona, Ediciones B, 2014, pp. 67, 178, 286 y 287.

*una imagen que no es ciento por ciento fidedigna: retiene lo más importante y descarta los detalles más triviales. El cerebro es, realmente, el órgano que le da sentido a esta información*<sup>151</sup>.

Pues bien, en dónde radica la amplia aceptación del testimonio como prueba si, en gran medida, lo representado en el cerebro no coincide con la realidad externa como suceso histórico. Solo un acto de fe, por supuesto, con total ausencia del método científico, puede sostener hoy las tendencias judiciales que subliman la certeza del testimonio.

Segundo, son importantes los fenómenos de la percepción de los hechos, uno de los temas favoritos de la crítica judicial del testimonio. Empero, son más importantes los llamados tres estadios que forman parte de la *capacidad de recordar*, a saber: “*codificación, almacenamiento y recuperación*”<sup>152</sup>, porque en los mismos ocurren situaciones que han sido develadas por la ciencia, pero de alguna manera señalan que a pesar de la sinceridad de un testigo, cuando relata su conocimiento histórico, a este han penetrado elementos que no integran la fidelidad de lo ocurrido.

Esto significa que en los fenómenos de incorporación y registro de la información, correspondientes

151 MANES y NIRO, *ob. cit.*, pp. 76 y 78.

152 MANES y NIRO, *ob. cit.*, p. 126.

con la codificación; en los fenómenos de guardar la información en la memoria hasta tanto se necesite, atinentes al almacenamiento, y en los fenómenos de recobrar el recuerdo cuando es imprescindible, relativos a la recuperación, se pueden incluir elementos extraños a aquellos sucedidos en el momento de la percepción.

En efecto, el testimonio como prueba judicial es expresión de la “*memoria autobiográfica*” o “*episódica*”, que apunta hacia la “*colección de los recuerdos de nuestra historia*” en términos de espacio y tiempo. No obstante, se debe precisar, como lo han demostrado las neurociencias, que “*la forma en que recordamos un evento en particular no es muchas veces una recopilación exacta de cómo sucedió originalmente, sino el modo en que lo relatamos la última vez*”<sup>153</sup>. Es decir, los “*recuerdos pueden ser modificados –revisados– intencionalmente por la incorporación deliberada de nueva información que traiciona la verdad*”<sup>154</sup>.

Está demostrado que “*la memoria, cuando se evoca, se hace inestable, frágil y permeable a nuestras emociones del presente*”, pues como lo señalan científicos altamente reconocidos hoy, “*nuestro cerebro puede cambiarse a sí mismo*”:

---

153 MANES y NIRO, *ob. cit.*, pp. 137 y 138.

154 CHANGEUX, *ob. cit.*, p. 113.

[...] Cuando uno tiene un recuerdo almacenado en su cerebro y se expone a un estímulo que se relaciona con aquel evento, va a reactivar el recuerdo y a volverlo inestable nuevamente por un período corto de tiempo, para volver a guardarlo luego y fijarlo nuevamente en un proceso llamado reconsolidación de la memoria. La evidencia científica indica que cada vez que recuperemos una memoria de un hecho, esta se hace inestable permitiendo la incorporación de nueva información. Cuando almacenamos nuevamente esta memoria, como una nueva memoria, **contiene información adicional al evento original**. En otras palabras, muchas veces aquello que nosotros recordamos no es el acontecimiento exactamente cuál fue en realidad, sino **la forma en que fue recordado la última vez que lo trajimos a la memoria**”<sup>155</sup> (Resaltado fuera de texto).

Con base en lo anterior, “cada vez que realizamos una evocación de nuestra memoria, hacemos una modificación o reconstrucción de la vivencia pasada, incorporando en ella las experiencias nuevas experimentadas posteriormente a la misma. Por este motivo podemos comprobar en ocasiones que recordamos sucesos de forma diferente a como los recuerdan otras personas que vivieron nuestra misma experiencia”<sup>156</sup>.

155 MANES y NIRO, *ob. cit.*, pp. 138, 152 y 156.

156 CASAFONT, *ob. cit.*, pp. 102 y 265.

Así, “*a veces, lo que parece verdad para alguien no lo es a los ojos de otro, lo cual ocurre en plena conciencia*”, opina CHANGEUX, quien además afirma:

*El hecho de que haya una intrusión de inexactitudes o distorsiones en la rememoración indica que los recuerdos no consisten, simplemente, en rememoraciones directas de las cosas, sino que serían más bien el resultado de test internos referidos a hipótesis<sup>157</sup>.*

A la discusión precedente, se debe adicionar que el hemisferio cerebral izquierdo hace las veces de “**intérprete**”, con lo que “*toma la información que tiene (percepciones, memorias, acciones y la relación entre ellas) e inventa un relato coherente para nuestra conciencia, armando así una narrativa personal. Es decir, que nuestra narrativa personal está basada tanto en memorias verdaderas como en aquellas memorias falsas, que son el resultado de la interpretación del hemisferio izquierdo sobre los datos que le llegan*”<sup>158</sup>.

Luego, ¿qué es aquello entre lo afirmado por un testigo sincero, perteneciente a su construcción subjetiva y personal, y qué a lo realmente ocurrido en un espacio y tiempo determinado?

---

157 CHANGEUX, *ob. cit.*, pp. 79 y 113.

158 MANES y NIRO, *ob. cit.*, p. 68. También AGUSTÍ, BUFILL y MOSQUERA, *ob. cit.*, p. 111.

Científicos como PASCUAL-LEONE, tomando también los conocimientos aportados por el colombiano RODOLFO LLINÁS, afirman que “*el hombre cree que tiene que ver para creer, y el cerebro tiene que crear para poder ver*”. Algunos psicólogos como MICHAEL GAZZANIGA, llaman a esta destreza “**cerebro intérprete**”. MORGADO BERNAL asegura que “*el cerebro crea la mente y nos hace percibir lo que ocurre fuera y dentro de nuestro cuerpo de un modo especial y fascinante que no tiene por qué coincidir con la realidad misma*”<sup>159</sup>, por este motivo, “*de él depende, en primera instancia, toda la cognición humana*”<sup>160</sup>.

Tales afirmaciones no solo provienen de los neurocientíficos, porque en sentido similar parece la opinión de los científicos en biología evolutiva, pues el reputado RICHARD DAWKINS estima que “*nuestros sentidos se engañan fácilmente*”, por ende, “*la fe ingenua en nuestros sentidos no es una guía infalible para hallar la verdad*”<sup>161</sup>.

Nótese que aquí se ha aludido al testigo sincero. Ahora se debería pensar en el testigo interesado o mendaz, para encontrar el modo de expurgar lo real-

159 CASAFONT, *ob. cit.*, pp. 11, 109 y 178.

160 AGUSTÍ, BUFILL y MOSQUERA, *ob. cit.*, p. 62.

161 RICHARD DAWKINS. *El capellán del diablo. Reflexiones sobre la esperanza, la mentira, la ciencia y el amor*, RAFAEL GONZÁLEZ DEL SOLAR (trad.), Barcelona, Editorial Gedisa S.A., 2008, pp. 28 y 29. Con una muy buena explicación, CHANGEUX, *ob. cit.*, pp. 244 y ss.

mente percibido, de lo creado; y, sobre todo, cuál es la información adicional que no pertenece al evento original y que es incorporada a través de múltiples evocaciones, especialmente, cuando las mismas sufren el trauma de la información mediática.

Sobre esta situación, TARUFFO advertía cuando señalaba que *“en realidad –según muestra la experiencia de los mass media– a menudo acontece que se utilicen eficazmente instrumentos de persuasión irracional para crear estados mentales –es decir, convicciones– en aquellos que sufren su influencia”*<sup>162</sup>.

Tercero, para la ciencia, *“las emociones son las que nos hacen, sin más, seres humanos”*, desatando cambios fisiológicos y comportamentales relevantes. A su vez, las emociones también son pasiones, como las llamaban los filósofos griegos, por tanto, ¿cómo valorar la conducta humana, cuando científicamente se encuentra acreditado que *“decidimos, básicamente, con las emociones”*?<sup>163</sup>.

Las emociones influyen en el comportamiento y en las decisiones, de una manera tan significativa, que pueden originar aquello conocido como **“desvia-**

162 TARUFFO, *Consideraciones sobre prueba y motivación, cit.*, p. 31.

163 MANES y NIRO, *ob. cit.*, pp. 189, 191, 192 y 231. Para más detalle, en cuanto a la forma en que inciden las emociones sobre el comportamiento, CASAFONT, *ob. cit.*, pp. 215 y ss.

**ción sesgada**”, fenómeno psicológico según el cual se apartan datos desfavorables a los propios intereses y solo se tiende a considerar los favorables. Es por esta razón que coloquialmente es dicho: “vemos solo lo que queremos ver”<sup>164</sup>.

Cuarto, científicos como DAWKINS llaman la atención acerca de los peligros frente a los “*virus mentales*”, soportados en la fe, lo que puede suscitar serias repercusiones en el comportamiento humano, pues crean “*ambientes favorables para las ideas o para la información autorreplicadora parasítica*”, difíciles de detectar, incluso para sus propias víctimas<sup>165</sup>.

Los lavados de cerebro son una realidad científica y según criterio de los expertos en la materia, “*si hay muchas personas que constantemente te dicen lo mismo y no hay nadie que te ofrezca algo distinto, la realidad se convertirá para ti en lo que esa gente te diga. No hay nada más, no hay opciones, no hay fuentes alternativas de información*”<sup>166</sup>, lo que pone de presente un nivel mucho más crítico para efecto de la credibilidad del testigo.

Así, se debe pensar en el testimonio rendido por personas bajo el influjo de dichos procesos de inter-

164 PUNSET, *oh. cit.*, pp. 192, 271 y 308.

165 DAWKINS, *oh. cit.*, pp. 188 y ss.

166 PUNSET, *oh. cit.*, pp. 132 y ss.

vección psicológica, ya que aun siendo sinceros, no dicen la verdad.

Quinto, no se puede dejar de lado lo que ha acreditado la ciencia:

*A lo largo de nuestra vida, el cerebro va creando un marco psicológico del que es muy difícil salir, como si desde pequeños nos hubieran puesto unas gafas que se interpusieran entre el pensamiento y la observación de la realidad*<sup>167</sup>.

Emociones y pasiones<sup>168</sup>, sin afirmar que sean determinantes en todos los casos, ya que “*no son un lujo*” y “*son absolutamente imprescindibles*”, para entender el comportamiento<sup>169</sup>, pueden influir consciente e inconscientemente, en el testimonio como revelación de un pretendido hecho histórico.

De nuevo corresponde preguntar, ¿por qué judicialmente es válido el testimonio como idóneo para la búsqueda de la verdad y no el polígrafo?

La metáfora científica, que sirve de pauta para otras disciplinas sociales, no arroja en este sector del co-

167 PUNSET, *ob. cit.*, p. 123.

168 ANTONIO DAMASIO. *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, JOANDOMENEK ROS (trad.), Barcelona, Ediciones Destino S.A., 2013, pp. 185 y ss.

169 KAKU, *ob. cit.*, pp. 302 y ss.

nocimiento, los cuales se encuentran estrechamente ligados ontológicamente, conclusiones que dejen sentir a cabalidad todas sus consecuencias y repercusiones.

Frente al polígrafo, la ciencia ofrece, en “bandeja de plata”, los conocimientos relevantes para obtener la acreditación técnica y, por supuesto, la jurídica.

No debería seguir con validez el parroquialismo gnoseológico padecido en el tema, cuando la misma ciencia manifiesta que “*ser inteligente es tener flexibilidad para mirar un problema y ver ahí una posibilidad nueva, una salida antes no pensada para enfrentarlo*”<sup>170</sup>. En consecuencia, es necesario “*derribar las fronteras entre campos de conocimiento*”<sup>171</sup>, para comenzar con la creación de sintonía entre los asuntos legales y de justicia, con los conocimientos aportados por la ciencia.

Ante los descubrimientos de la ciencia, los científicos claman porque sean abordadas las cuestiones legales y de justicia, a partir de los conocimientos ofrecidos por aquella, mostrando los errores que actualmente se cometen, por ejemplo, en la organización del juicio por jurados, que va en contra de todo lo que

---

170 MANES y NIRO, *ob. cit.*, p. 36.

171 PUNSET, *ob. cit.*, p. 124.

enseñan los principios del muestreo estadístico y el diseño experimental<sup>172</sup>.

La práctica judicial estadounidense ha sabido superar los retos que ofrecen los avances tecnológicos propiciados por la ciencia, cumpliendo con la consigna que la caracteriza, según la cual, sus cambios no se producen pensando en hoy ni en mañana, sino en pasado mañana<sup>173</sup>, muestra irrefutable de coherencia y solidez, que resguardan a la ciencia jurídica de parásitos dañinos como el azar y la coyuntura.

En Estados Unidos no solo el polígrafo es admitido como prueba de investigación, también la hipnosis, porque a pesar del peso específico que guardan los precedentes, los jueces saben cambiar<sup>174</sup>.

Esto muestra que el enfoque asumido en el presente trabajo, puede resultar productivo para la evolución y la aceptación de la temática.

---

172 DAWKINS, *ob. cit.*, pp. 55 y ss.

173 SCHWARTZ cita la opinión del juez Traynor, para quien “cun juez debe tener siempre en cuenta, como mínimo, la situación de pasado mañana» (BERNARD SCHWARTZ. *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, ENRIQUE ALONSO [traductor], Madrid, Civitas, 1990, p. 96).

174 Como explica NEUBORNE: “Tampoco pretendo sugerir que el juez americano debe aferrarse ciegamente a los precedentes judiciales. *Stare decisis* es meramente una regla de decisión presumible. Los jueces americanos pueden –y de hecho lo hacen– modificar el precedente anterior. Pero soo cuando se ha producido algún acontecimiento extraordinario que priva al razonamiento, y al consiguiente resultado de la decisión anterior, de su presumible legitimidad. Es posible que la decisión anterior haya resultado inútil en la práctica. Quizás estaba basada en presunciones fácticas superadas. Quizás ya no refleja las normas morales profundamente sentidas por la sociedad” (BURT NEUBORNE. *El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, MONTSERRAT CUCHILLO FOIX [traductora], Madrid, Universitat Pompeu Fabra y Civitas 1995, p. 59).

Científicamente se encuentra demostrado que “*durante la hipnosis el sujeto tiene una estimulación sensorial mínima procedente del exterior*”, lo que permite “*acceder a algunos recuerdos que están enterrados*”, sin cambiar la personalidad<sup>175</sup>. Por consiguiente, es garantizada la voluntad libre, consciente e informada, que legitima la intervención, todo lo que está presente, no solo en las pruebas corporales y de fluidos, sino en las psicológicas, psiquiátricas y, generalmente, en las pruebas que abarcan el ámbito de la imputabilidad.

Es más, basta preguntarse la razón por la que se admite el allanamiento de cargos y las negociaciones de culpabilidad, las cuales están cimentadas sobre la voluntad libre, consciente e informada, mas no es aceptado el sometimiento al polígrafo, si la práctica demuestra, con vehemencia, que no son pocos los casos en los que el sujeto recurre a aquellas para librarse de un proceso tortuoso, aunque sea inocente, porque no quiere correr el albur de un fallo judicial erróneo, precipitándose a padecer un mal menor o favorecer a un ser querido, razón que sirve de sustento al delito de “*falsa autoacusación*” (artículo 437 del Código Penal).

---

175 KAKU, *ob. cit.*, p. 248.

Sobre la admisión de la prueba de hipnosis, indica CHIESA APONTE que:

[...] hay una especial preocupación con la persona que es sometida a hipnosis para revivir el recuerdo sobre los hechos sobre los que declararía. Si bien es cierto que el hipnotismo puede revivir percepciones ya olvidadas, también entraña peligros de falsos recuerdos. Como reacción a este problema, algunos Estados han aprobado estatutos especiales para condicionar la admisión del testimonio tras hipnosis; algunos estatutos llegan al extremo de la prohibición del llamado “*hypnotically refreshed testimony*”. En *Rock vs. Arkansas* la Corte Suprema de los Estados Unidos se enfrentó a la validez de este tipo de estatuto cuando se utiliza para impedir testimonio del acusado. A la acusada se le imputó haber dado muerte a su esposo. Este murió a causa de un tiro que le hizo la acusada, aparentemente en medio de una disputa. Como la acusada no podía recordar bien los detalles del incidente, fue sometida en dos ocasiones, por consejo de su abogado, a hipnotismo, llevado a cabo por un experto.

Luego de estos hipnotismos la acusada pudo recordar que el arma se disparó durante la tri-

fulca, sin ella tener el dedo en el gatillo. Con este cuadro, el abogado hizo que un perito examinara el arma y el resultado de la prueba pericial fue que el arma estaba defectuosa y que tendía a dispararse sin que se activara el gatillo, si se caía o tropezaba con algo. El fiscal se opuso al testimonio revivido con hipnosis. El Tribunal lo sostuvo y resolvió que solo permitiría el testimonio en relación con materia recordada antes de los episodios de hipnosis. El jurado halló a la acusada culpable de homicidio y la Corte Suprema de Arkansas confirmó, rechazando un planteamiento de vicio constitucional en la exclusión del testimonio con la ayuda de la hipnosis. La Corte Suprema de los Estados Unidos revocó al resolver que la regla de Arkansas, prohibiendo el “*hypnotically refreshed testimony*” violaba el derecho constitucional de la acusada de testificar a su favor.

Este derecho emana de la cláusula del debido proceso de ley, del derecho a la comparecencia compulsatoria de testigos de defensa y de la quinta enmienda, que garantiza al acusado el derecho a elegir entre declarar y no declarar. La restricción a estos derechos que impone la regla de Arkansas es arbitraria y desproporcionada a su propósito. El interés legítimo del Es-

tado en excluir evidencia no confiable no justifica una regla de exclusión *per se*, al menos en el caso del testimonio de un acusado. La regla de Arkansas excluye tanto el testimonio confiable como el no confiable. En el caso concreto de la acusada, había indicios de confiabilidad, tal como el resultado de la prueba del arma por el perito, que tendía a corroborar lo recordado por la acusada tras la hipnosis. En fin, los Estados pueden condicionar la admisibilidad del testimonio tras hipnosis, y hasta prohibirlo en ciertas circunstancias que indiquen falta de confiabilidad, pero sin llegar a extremos de una regla *per se*, absoluta, de exclusión, al menos en el caso del testimonio de un acusado<sup>176</sup>.

La anterior es una enseñanza muy significativa. Demuestra cómo la justicia no se debe anquilosar ante prejuicios que carecen de bases científicas y tecnológicas, recurriendo a una interpretación acorde con los derechos fundamentales (la que está siendo pregonada en este trabajo), pues nada resulta más absurdo que alegar en abstracto, una vulneración a los mencionados derechos cuando en la práctica, al negarse la prueba del polígrafo, es precisamente

cercenado el derecho de defensa. En efecto, muchas personas se pueden librar de montajes, encerronas, colusiones procesales y fraudes del mismo carácter que, con otros medios, difícilmente convencerían a las autoridades de su inocencia. Tales alegatos en contra del polígrafo no son más que saludos a la bandera, justicia formal e insustancial, desconociendo que la realidad camina por otros senderos.

Los derechos fundamentales son mandatos de optimización y en el discurso en contra del polígrafo, fundado en criterios metafísicos, se está mostrando una apariencia de respeto por la libre voluntad, consciente e informada, pero en el fondo, en muchas ocasiones, al procesado le resulta cerrada la única luz visible en el túnel de la injusticia.

Basta con los discursos metafísicos que enmascaran la realidad<sup>177</sup>. La ciencia debe ser utilizada en beneficio de la justicia. Por el momento, parece que la orientación es fedataria y metafísica.

Las acusaciones falsas y tendenciosas han obligado a la Fiscalía General de la Nación a crear grupos especiales de investigadores sobre el tema. Por ende, el polígrafo sería un buen instrumento para recupe-

---

177 Solo las ideas metafísicas puras *"no aceptan que las funciones mentales, incluyendo la conciencia, están basadas en la actividad cerebral"*, BARTRA, *ob. cit.*, p. 38.

rar cierta credibilidad, al menos, la esperada de una prueba tan generalizada como el testimonio.

Un reconocido penalista español manifiesta que ante los descubrimientos de la ciencia, sin caer en la falacia naturalista, pero sin mantener la falacia normativa, lo que corresponde a los estudiosos del Derecho, es “*traducir normativamente las conclusiones aceptadas por la comunidad científica*”<sup>178</sup>.

---

178 FEIJOO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 65.

## VII

# Conclusiones

De conformidad con una interpretación acorde con el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, cuya prelación es indiscutible y funda la defensa (artículos 3, 124 y 130 de la Ley 906 de 2004), que además, respeta la dignidad humana (artículo 1 *ibídem*) y está soportada en las ciencias y neurociencias, sobre todo, para el ejercicio de las facultades de la defensa, relativas a la identificación de materiales probatorios y realización de valoraciones que requieran conocimientos especializados de técnicos (artículo 125 numeral 9° *ibídem*), se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Generalmente el polígrafo es un registro de variaciones emocionales (presión arterial, ritmo cardíaco y respiratorio, resistencia eléctrica de la piel, entre otros), por estados de emotividad provocada, que busca detectar reacciones fisiológicas

asociadas con el engaño, bajo la premisa de un cuestionario preconcebido, con el propósito de delatar signos de mentira. Por tanto, es un método auxiliar de investigación que le permite al operador judicial verificar la veracidad de una declaración con mejores elementos de juicio, es decir, la credibilidad de un testigo o la versión del implicado en hechos con relevancia jurídico penal.

2. La normatividad colombiana admite al polígrafo, en el ámbito laboral, para adelantar la selección de personal e incluso, como método de investigación de los injustos que transcurren en el interior de las empresas, sin que la negativa de algún sujeto a someterse al mismo o el resultado adverso tras la práctica, se puedan utilizar como motivo válido o justa causa, para justificar el despido de un empleado, salvo las pruebas de confiabilidad y seguridad practicadas a los servidores públicos que laboran en organismos de inteligencia estatal, en cuyo caso, la Ley Estatutaria 1621 de 2013, permite la desvinculación de los empleados que no superen las pruebas de polígrafo.
3. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, en reiterada y homogénea línea, especialmente, la sentencia de

agosto 1 de 2008, proceso No. 26470, que el polígrafo no es admisible como método de averiguación de la verdad, pues se refiere a la credibilidad del interrogado y no a la comprobación de hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada, que “la prueba de polígrafo se encamina a sustituir al juez en su labor de valoración del testimonio, pues aquel no tiene como finalidad la demostración de un hecho procesal sino la de ofrecer un dictamen acerca de si un sujeto sometido a un interrogatorio dice o no la verdad en las respuestas a las preguntas que se le formulan”.

La Corte agrega que “antes que consultar las reglas de la sana crítica para argumentar sobre la credibilidad de un testigo, el Juez tendría que dedicarse a determinar otros asuntos, como la pericia del examinador, las condiciones en que se realizó y demás aspectos concernientes a sus requerimientos técnicos”; y en suma, que 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***” (Resaltado fuera de texto).

Es decir, según la Corte Suprema de Justicia, el polígrafo constituye un procedimiento contrario a la dignidad de la persona humana, por cuanto la instrumentaliza y despoja al juez de la facultad para valorar las pruebas, en concreto, el testimonio o la versión del investigado, con apoyo en los principios de la sana crítica, entregando la determinación de los criterios de credibilidad al poligrafista.

4. La doctrina mayoritaria, como se dijo anteriormente, también ha planteado diversas objeciones vinculadas, por ejemplo, con la relatividad de “la eficacia del polígrafo, porque se basa, casi exclusivamente, en la pericia del investigador al formular dichas preguntas en una atmósfera de distensión tal que excluya cualquier estímulo emotivo no ligado con el argumento objetivo del interrogato-

rio, por lo que cualquier verbalización inadecuada por parte del examinador o estímulo externo que interfiera, modificación de la actitud o cambios bruscos del tono de la voz en la formulación de las preguntas, podrán provocar en un sujeto que no miente reacciones que no se podrían distinguir de las procedentes de la mentira y, en un sujeto que mienta, podrían alterar el gráfico en puntos diferentes”.

5. Al tenor del artículo 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de la Organización de Naciones Unidas (Ley 74 de 1968), “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. ***En particular, nadie será sometido, sin su libre consentimiento, a experimentos médicos o científicos***” (Resaltado fuera de texto). Dicha norma, de manera categórica, erige al consentimiento libre e informado, en el presupuesto esencial para la práctica de experimentos o intervenciones corporales con diversos fines, incluido el polígrafo.

El polígrafo es, en esencia, un experimento científico y en tal sentido, el consentimiento libre y consciente de quien va a someterse a la prueba, válida y otorga licitud a tal método, como señala el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, sin

que les sea posible para los jueces colombianos, en virtud del control de convencionalidad, elaborar interpretaciones que desconozcan o ignoren el citado estándar.

6. Cuando el sometimiento a la prueba técnica es **consciente, voluntario e informado**, no hay quebrantamiento de la dignidad humana como fundamento del orden jurídico (artículo 1 de la Carta Política) y mucho menos se puede encontrar allí una instrumentalización del ser humano. No es coherente que en el proceso penal el investigado cuente con las facultades de renunciar a la prueba o de allanarse a los cargos, entre otras, las cuales configuran una expresión legítima de la voluntad personal para participar en las decisiones que afectan a los ciudadanos que es un derecho constitucional fundamental (artículo 2 *ibidem*), pero le sea impedido que demuestre su inocencia mediante la utilización del polígrafo.
7. Frente a un escenario de admisibilidad, ante la negativa a practicarse el polígrafo, no se podrá inferir indicio alguno en contra de la persona, al contrario de lo sucedido en el procedimiento civil, porque en el penal y sancionatorio en general, está vedado derivar indicios a partir del comportamiento procesal de las partes.

8. El artículo 237 de la Ley 600 de 2000 establece el principio de libertad probatoria, lo que significa que el único límite que resulta válido imponer, subyace en el respeto por los derechos fundamentales. El mencionado límite es preservado en cuanto el polígrafo es practicado con el consentimiento libre de quien pretende someterse al examen.
9. El polígrafo es *una técnica auxiliar para la averiguación de la verdad, por lo que queda recogida dentro de aquella teleología de las expresiones “ciencia, arte o técnica” aludida por el artículo 242 de la Ley 600 de 2000. Los asesores especializados ilustran al juez en dichas materias, el cual no se ve suplantado, sino, por el contrario, asesorado en un tópico específico y definitivo, para la valoración de la prueba.* Lo anterior implica que el técnico poligrafista auxilia o colabora con el juez en un asunto técnico relativo a los criterios para la apreciación del testimonio y de la exposición del imputado (artículos 277 y 282 de la Ley 600 de 2000).
10. En el terreno de la Ley 906 de 2004, el polígrafo se podría considerar una prueba novel, con base en lo establecido por el artículo 422, sobre la ad-

misibilidad de publicaciones científicas y aspectos noveles de conocimiento.

11. La Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia, junto con su Decreto Reglamentario y el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la primera, autorizan el empleo del polígrafo como una de las pruebas de confiabilidad y credibilidad, para el acceso a la prestación de servicios en los organismos de inteligencia del Estado o para la desvinculación de los funcionarios de los mismos. Esto revela que el ordenamiento jurídico nacional, le ha otorgado la categoría de prueba o medio de convicción al polígrafo, para acreditar hechos jurídicamente relevantes, lo que ofrece un argumento de refuerzo, que debe conducir, necesariamente, a su admisibilidad y licitud, también en los procesos penales.

12. Con respecto del testimonio, cualquiera que se aproxime al tema se preguntará inmediatamente, por qué tiene tan amplia aceptación y no así el polígrafo, cuando este posee soporte científico y aquel solo recibe cuestionamientos que lo horadan cada vez más en torno de su idoneidad para la producción de credibilidad judicial. La misma neurociencia que acredita al polígrafo, rechazado por la práctica judicial, no por la vía de los razo-

namientos jurídicos sino técnicos, desacredita al testimonio, validado por la justicia con asidero en razones inconfesables de mala práctica judicial, pero tambaleante desde perspectivas científicas modernas.

13. El sujeto que percibe solo extracta de la realidad externa un 10% de la representación que se forma en su cerebro, por lo que “*nuestra percepción del mundo es muy sesgada*”, toda vez que “*la mayor parte de lo que vemos lo construye el cerebro*”<sup>179</sup>. El 90% forma parte de la interpretación que el más complejo órgano humano ha condicionado evolutivamente, a partir de procesos inconscientes, intuitivos, de sentido común y experienciales. Así, conviene preguntar: ¿dónde radica la aceptación tan amplia del testimonio como prueba, si en gran medida aquello representado en el cerebro no coincide con la realidad externa como suceso histórico? Solo un acto de fe, con total ausencia del método científico, puede sostener hoy las tendencias judiciales que subliman la certeza del testimonio.

---

179 El neurocientífico MARCUS RAICHLE, luego de serias investigaciones, afirma que “*el 10% de las sinapsis de nuestro sistema visual proceden de lo que vemos, el resto lo construye nuestro cerebro*”, esto es, “*posemos nuestras propias gafas para ver el mundo y esto determina nuestras creencias*”, citado por CASAFONT, *ob. cit.*, pp. 67, 178, 286 y 287.

14. Así, “*cada vez que realizamos una evocación de nuestra memoria, hacemos una modificación o reconstrucción de la vivencia pasada, incorporando en ella las experiencias nuevas experimentadas posteriormente a la misma. Por este motivo podemos comprobar, en ocasiones, que recordamos sucesos de forma diferente a como los recuerdan otras personas que vivieron nuestra misma experiencia*”<sup>180</sup>. Entre aquello afirmado por un testigo sincero, ¿qué pertenece a su construcción subjetiva y personal y qué a lo realmente ocurrido en un espacio y tiempo determinado? Ahora, pensando en el testigo interesado o mendaz, ¿cómo expurgar lo realmente percibido de lo creado?; y, sobre todo, ¿cuál es la información adicional que no pertenece al evento original y que ha sido incorporada a través de múltiples evocaciones, especialmente, cuando sufren el trauma de la disparatada información mediática?
15. Las emociones y las pasiones pueden influir, consciente e inconscientemente, en el testimonio como revelación de un pretendido hecho histórico. Por este motivo, no es plausible la validez judicial del testimonio como idóneo en busca de la verdad, mientras es inadmisibles el polígrafo. La metáfora científica, que sirve de pauta para otras

disciplinas culturales y sociales, no deja sentir a 209 |  
cabalidad en este sector del conocimiento, tan es-  
trechamente ligados ontológicamente, todas sus  
consecuencias y repercusiones.





## Bibliografía

AGUSTÍ JORDI, BUFILL ENRIC y MOSQUERA MARINA. *El precio de la inteligencia. La evolución de la mente y sus consecuencias*, Barcelona, Crítica, 2012.

ALARCÓN GRANOBLES HÉCTOR y CADENA LOZANO RAÚL. *Garantías Constitucionales y Prueba Ilícita*. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2004.

ALFONSO RODRÍGUEZ ORLANDO. *Prueba ilícita penal*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

AUSTIN DALE E. “*Just Another Routine Screening Exam - With a Dose of Mescaline*”, en *Polygraph*, Volume 41, Number 1, Chattanooga, American Polygraph Association, 2012.

BARLAND MAJ GORDON H. “*Validation and Reliability Study of Counterintelligence Screening Test*”, en *Polygraph*, Volume 41, Number 1, Chattanooga, American Polygraph Association, 2012.

- BARTRA ROGER. *Antropología del cerebro. Conciencia, cultura y libre albedrío*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014.
- BERGER PETER L. *Introducción a la sociología*. México, Limusa, 1997.
- BLALOCK BEN. “Capitalizando la Tecnología para incrementar la estandarización y la confiabilidad en un examen de polígrafo”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 08, FELIPE MALAGÓN (traductor), Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2011.
- CAFFERATA NORES JOSE I. y HAIRABEDIÁN MAXIMILIANO. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires, Editorial Lexis-Nexis, 2008.
- CAPPELETTI MAURO. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.
- CASAFONT ROSA. *Viaje a tu cerebro*, Barcelona, Ediciones B, 2014.
- CASTILLO RUIZ DIANA MILENA y GIRÓN HERRERA OLGA LUCÍA. *Viabilidad del Polígrafo como elemento materia de prueba en el sistema penal acusatorio “Ley 906 de 2004”*. Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012.

CHANGEUX PIERRE. El hombre de verdad, VIRGINIA AGUIRRE (trad.). México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2005.

CHIESA APONTE ERNESTO L. Tratado de Derecho Probatorio. Estados Unidos de Norte América, Publicaciones JTS., 2005.

CHEN YUNLIN y SUN LIBIN. “*Psycho-information and Credibility Assessment*” en *Polygraph*, Volume 41, Number 3, Chattanooga, American Polygraph Association, 2012.

CLIMENT DURÁN CARLOS. La Prueba Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Madrid, Tirant lo Blanch, 1999.

DAMASIO ANTONIO. El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano, JOAN-DOMENEC ROS (trad.). Barcelona, Ediciones Destino S.A., 2013.

DAWKINS RICHARD. El capellán del diablo. Reflexiones sobre la esperanza, la mentira, la ciencia y el amor, RAFAEL GONZÁLEZ DEL SOLAR (trad.). Barcelona, Editorial Gedisa S.A., 2008.

DE URBANO CASTRILLO EDUARDO y TORRES MORATO MIGUEL ÁNGEL. La prue-

ba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial. Madrid, Thomson-Aranzadi, 2007.

DEMETRIO CRESPO EDUARDO (Director) y MAROTO CALATAYUD MANUEL (Coordinador). Neurociencias y Derecho Penal. Buenos Aires, St. Gráfico, 2013.

DENTI VITTORIO. Estudios de Derecho Probatorio. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1974.

DURKHEIM, ÉMILE. Las reglas del método sociológico. Buenos Aires, Hyspamerica, 1982.

FARFÁN MOLINA FRANCISCO. La prueba ilícita en el proceso disciplinario. Bogotá, Procuraduría General de la Nación-Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007.

FARFÁN MOLINA FRANCISCO. Eutanasia, Derechos fundamentales y ley penal. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2008.

FARFÁN MOLINA FRANCISCO. Interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal y disciplinario. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2014.

FEIJOO SÁNCHEZ BERNARDO. “*Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*” en Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, abril-junio 2012, No. 39. Bogotá, LEGIS, 2012.

GALLEGO ACERO ALEXÁNDER. “En la Poligrafía la calidad no se improvisa... es una cuestión de verdad”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 08, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2011.

GÓMEZ COLOMER JUAN LUIS (Coordinador). Prueba y Proceso penal. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2008.

GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Estudios de Dogmática en el nuevo Código Penal. Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2003.

GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. “*Defensoría Pública y Litigio Estratégico Institucional*” en la Defensa, Revista de la Defensoría Pública No. 15. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2013.

GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. “*Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en materia penal y disciplinaria*” en Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, coordinadores JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ, ESQUIVO MANUEL SÁNCHEZ

HERRERA Y MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2013.

GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Neurociencias y Derecho. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO y DEL VILLAR DELGADO DONALDO DANILO. Estándares Internacionales Vinculantes que Rigen la Detención Preventiva. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2014.

GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO y FARFÁN MOLINA FRANCISCO JAVIER. “El polígrafo y su utilización como acto de investigación en el derecho sancionatorio”, en *Derecho Penal y Criminología*, Volumen XXXV, Número 98, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

GRANADOS PEÑA JAIME ENRIQUE. “*La prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia*” en *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, No. 11 abril-junio de 2005. Bogotá, Legis, 2005.

IBÁÑEZ PERFECTO ANDRÉS. “*Sobre prueba y motivación*” en Consideraciones sobre la prueba

judicial, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial Fontamara, 2011. 217

KAKU MICHIO. El futuro de nuestra mente. El reto científico para entender, mejorar y fortalecer nuestra mente, JUAN MANUEL IBEAS DELGADO y MARCOS PÉREZ SÁNCHEZ (trad.). Bogotá, Penguin Random House Grupo Editorial S.A., 2014.

KIRCHER JOHN C., KRISTJANSSON SEAN D., GARDNER MICHAEL K. y WEBB ANDREA. “*Human and Computer Decision-Making in the Psychophysiological Detection of Deception*”, en Polygraph, Volume 41, Number 2, Chattanooga, American Polygraph Association, 2012.

KÖHNKE KLAUS CHRISTIAN. Surgimiento y auge del neokantismo. La filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo, JOSÉ ANDRÉS ANCONA QUIROZ (trad.). México, D.F, Fondo de Cultura Económica, 2011.

KOZENCZAK JOSEPH R. y KOZENCZAK KAREN M. “*The Value of the Polygraph Technique in a Serial Murder Investigation*”, en Polygraph, Volume 40, Number 3, Chattanooga, American Polygraph Association, 2011.

KRAPOHL DONALD J. “Una Revisión Bibliográfica de los Principios de Poligrafía”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 09, AIDA N. WISE ARIAS (traductora), Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2013.

LAUDAN LARRY. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA JACOBO. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Akal/iure, 1999.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA JACOBO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Thomson-Aranzadi, 2005.

MANES FACUNDO y NIRO MATEO. Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor. Bogotá, Editorial Planeta Colombiana S.A., 2014.

MAIER JULIO B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999.

MERTON ROBERT K. Teoría y estructura sociales. México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

MILLS C. WRIGHT. La imaginación sociológica. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

MIRANDA ESTRAMPES MANUEL. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1999.

MORAS MON JORGE R. La Investigación en el Proceso Penal. La Técnica del Descubrimiento. Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1998.

NEUBORNE BURT. *El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Montserrat Cuchillo Foix (traductora). Madrid, Universitat Pompeu Fabra y Civitas 1995.

NOVOA BERMÚDEZ MANUEL, MALAGÓN BOLAÑOS FELIPE, WISE ARIAS SIDNEY. “La poligrafía, una visión general ante la comunidad académica”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 09, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2013.

PACHECO IVÁN F. “*El método de análisis funcional en la criminología. Hacia una visión integral y no sistémica de las funciones*”, en *La criminología del siglo XXI en América Latina*, Carlos Alberto Elbert (coordinador). Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

PARRA QUIJANO JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Librería Ediciones del profesional Ltda., 2009.

PETERS ROBERT. “*A History of Polygraph Digitization: Credibility Sleuths Encounter the Geeks?*”, en Polygraph, Volume 40, Number 3, Chattanooga, American Polygraph Association, 2011.

PUNSET EDUARDO. El alma está en el cerebro. Radiografía de la máquina de pensar. Barcelona, Ediciones Destino S.A., 2012.

RASKIN DAVID C. “El uso y alcance de las exámenes poligráficos en las cortes estadounidenses, casos actuales (EE.UU.)”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 10, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2014.

RASKIN DAVID, MALAGÓN FELIPE, NOVOA MANUEL. “Validez de los exámenes Poligráficos”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 09, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2013.

ROMERO PÉREZ XIOMARA LORENA. Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

SCHWARTZ BERNARD. Los diez mejores jueces de la historia norteamericana, ENRIQUE ALONSO (traductor). Madrid, Civitas, 1990.

SLOWIK STANLEY M. “*Polygraph Testimony in Criminal Cases*”, en *Polygraph*, Volume 41, Number 1, Chattanooga, American Polygraph Association, 2012.

TAPIAS PS. ÁNGELA. “Introducción judicial del polígrafo a través de la pericia psicológica forense a presuntos agresores sexuales”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 10, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2014.

TAPIAS ÁNGELA, AVENDAÑO ANDREA, FUENTES ANA MARÍA y ZALDÚA JENNY. Viabilidad de la aplicación en Colombia de las técnicas psicológicas: el polígrafo, el análisis del estrés de la voz, el análisis de contenido basado en criterios, la hipnosis y la entrevista asistida con drogas; para evaluar la credibilidad del testimonio en <http://psicologiajuridica.org/psj97.html>.

TAPIAS ÁNGELA, NOVOA MANUEL, RIVERA HILDA. “La Entrevista Poligráfica”, en *El Poligrafista Internacional*, Num. 08, Bogotá, D.C., Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, 2011.

TARUFFO MICHELE. “*Consideraciones sobre prueba y motivación*” en Consideraciones sobre la prueba judicial. Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial Fontamara, 2011.

VILLAMARÍN LÓPEZ MARÍA LUISA. Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300). Madrid, Marcial Pons, 2014.

WEBER MAX. Economía y sociedad. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997.

ZHANG XIAOHONG. “*The Evolution of Polygraph Testing in the People’s Republic of China*”, en Polygraph, Volume 40, Number 3, Chattanooga, American Polygraph Association, 2011.



IMPRESA  
NACIONAL  
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09  
Tel.: (571) 4578000  
[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)  
Bogotá, D. C., Colombia





**Defensoría  
del Pueblo**  
C O L O M B I A

Calle 55 No. 10-32  
Tel. 57+1 314 4000  
57+1 314 7300  
Bogotá, D. C., Colombia

[www.defensoria.gov.co](http://www.defensoria.gov.co)  
[info@defensoria.gov.co](mailto:info@defensoria.gov.co)