

**LA PRUEBA DE POLÍGRAFO EN COLOMBIA, INSTRUMENTO DE
VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD
HUMANA EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL DEL
SECTOR PRIVADO**

GERMÁN ANDRÉS GÓNGORA FONSECA

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA
FACULTAD DE DERECHO.**

Bogotá 2020

**LA PRUEBA DE POLÍGRAFO EN COLOMBIA, INSTRUMENTO DE
VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD
HUMANA EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL DEL
SECTOR PRIVADO**

GERMÁN ANDRÉS GÓNGORA FONSECA

MONOGRAFÍA SOCIOJURIDICA

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA
FACULTAD DE DERECHO.**

Bogotá 2020

NOTA DE ACEPTACIÓN

Asesor Temático

Dr. Pedro Alirio Quintero

Asesor Metodológico

Dra. Myriam Sepúlveda López

Jurado Temático

Dr. Henry Andrey González Sarmiento

Jurado Metodológico

Dra. Lina Paola Triana Martínez

29 días del mes de mayo de 2020

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Germán Andrés Góngora Fonseca

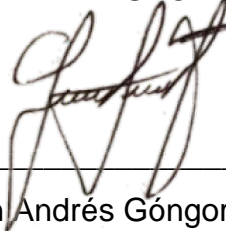
DECLARO QUE:

La presente monografía titulada **LA PRUEBA DE POLÍGRAFO EN COLOMBIA, INSTRUMENTO DE VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD HUMANA EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL DEL SECTOR PRIVADO**, elaborada como requisito previo a la obtención del Grado en Derecho, ha sido elaborada basándose en a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente el presente escrito es de mi completa autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance de la presente monografía y/o proyecto de investigación para el Grado Académico mencionado.

Bogotá, 05 de mayo de 2020

EL AUTOR



Germán Andrés Góngora Fonseca

AGRADECIMIENTOS

Gracias Dios, por estar presente en cada uno de los momentos de mi vida, siempre te he sentido y jamás me has abandonado, eres mi maestro en este bello camino, gracias por regalarme tantos momentos felices, por entenderme y alentarme cuando siento desfallecer.

Este escrito lo logre de tu mano, gracias a ti esta meta se ha alcanzado, por eso, no me canso de agradecerte. Me faltarán palabras para expresarlo, pero nunca amor.

Gracias a mis padres por enseñarme con ejemplo y sembrar en mi corazón sentimientos de bondad, humildad y amor, por brindarme su mano en todo momento y creer en mis sueños, gracias mamá por acompañarme con amor en todo este proceso, gracias papá por estar presente, por cada consejo y palabra.

Gracias a mi esposa, quien es la mayor motivación en mi vida orientada al éxito, fue el ingrediente perfecto para alcanzar esta dichosa y muy merecida victoria, gracias a ella puedo disfrutar del privilegio de ser agradecido al haber culminado este proyecto satisfactoriamente, pues se preocupó por mí en cada instante y siempre ha querido lo mejor para mi futuro.

Te agradezco no solo por tu ayuda y valiosos aportes para el desarrollo de este escrito, sino por todos aquellos que me has brindado en mi vida personal y profesional; eres mi inspiración.

	Pag
RESUMEN	09
INTRODUCCIÓN	10
1. UBICACIÓN DEL PROBLEMA	13
1.1 Descripción del problema	14
1.2 Formulación del problema	16
1.3 Justificación	17
1.4 Objetivos	18
1.4.1 Objetivo General	18
1.4.2 Objetivos específicos	19
1.5 Hipótesis	19
2 MARCO DE REFERENCIA	20
2.1 MARCO HISTÓRICO	20
2.1.1 Hechos y personajes relevantes en el desarrollo del polígrafo.	20
2.1.2 Incursión del polígrafo en Colombia.	26
2.2 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	28
2.2.1 Definición, funcionamiento y aplicación de la prueba de polígrafo.	29
2.2.2 Certeza y confiabilidad del polígrafo.	32
2.2.3 Selección de personal y fundamento jurídico de la aplicación de la prueba de polígrafo en el proceso.	35
2.2.4 La prueba de polígrafo desde el punto de vista del derecho probatorio en materia penal y su relación con la dignidad humana.	40

2.3 MARCO JURÍDICO

49

CAPÍTULO I

La dignidad humana, sentido y alcance de su vulneración con la prueba del polígrafo en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana.

- Acepción de la dignidad humana. 49
- La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos. 55
- Sentido y alcance de la dignidad humana en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana. 57
- Objeto de protección vs prueba de polígrafo en procesos de selección. 58
- Funcionalidad vs prueba de polígrafo en procesos de selección. 65
- Dignidad humana en las Normas Internacionales de Trabajo (NIT). 69

CAPÍTULO II

Análisis Constitucional y legal de las normas, principios y derechos que implica la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal.

- Derechos y principios Constitucionales que involucra la aplicación de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal. 74
- Análisis legal sobre la aplicación de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado en Colombia. 105
- El polígrafo en procesos de selección de personal en América 116

CAPÍTULO III

Ausencia de Consentimiento en las pruebas de polígrafo en procesos de selección de personal del sector privado.

- Consentimiento informado, historia. 128

• Concepto del consentimiento informado.	130
• Consentimiento, voluntad en el contexto jurídico colombiano.	138
• Vicios del consentimiento en la prueba del polígrafo.	144
• Error.	147
• Dolo.	148
• Fuerza.	150
• La fuerza como vicio del consentimiento en las pruebas de polígrafo.	151
• El miedo, condicionante en la firma del consentimiento informado.	158
• Nulidad relativa de la fuerza.	164
• Ausencia de consentimiento en la prueba de polígrafo en procesos de selección de personal.	168
3. MARCO METODOLÓGICO	174
3.1 Línea.	175
3.2 Forma.	176
3.3 Método.	176
3.4 Paradigma.	176
3.5 Tipo de investigación.	179
3.6 Técnica.	180
4. CONCLUSIONES	180
5. ALTERNATIVA DE SOLUCION SOCIO JURÍDICA	184
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	
ANEXO	

RESUMEN

Las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado en Colombia se realizan de forma irregular, pues a la fecha no existe prohibición expresa respecto a su práctica u norma que lo regule, a excepción de la Resolución 2593 de 2003 proferida por la Súper Intendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, donde es autoriza exclusivamente a las empresas de vigilancia y seguridad privada aplicarlas a su personal.

Dicho esto, es necesario entender el panorama completo, por lo que es importante descifrar en que consiste el polígrafo como instrumento y la prueba realizada en los procesos de selección de personal del sector privado, así como su confiabilidad, identificando en el proceso los actores que intervienen en dicho procedimiento y el contexto social en que se desarrolla la misma.

Lo anterior, hace posible identificar qué derechos y principios constitucionales y legales que entran en conflicto con la aplicación de la prueba, en razón al desequilibrio estructural de las relaciones laborales en que se realiza, lo cual trasciende de la simple afectación individual, pues impacta normas consideradas de orden público por ser disposiciones legales que regulan el trabajo.

Es así, como se revela la nulidad absoluta del consentimiento prestado por el trabajador-candidato y el flagrante e injustificado desconocimiento de normas de orden público en aplicación de la prueba por parte del empleador, que configuran la prueba de polígrafo como instrumento de vulneración del derecho fundamental a la dignidad humana en los procesos de selección.

Palabras clave: polígrafo, dignidad humana, autonomía, trabajo, consentimiento, intimidad, fuerza, integridad, autoincriminación, buena fe.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, uno de los procesos más importantes dentro de una organización, en el ámbito laboral, es la selección de personal, requerimiento que nace a partir de la necesidad de las empresas de dar cumplimiento a su objeto social y por supuesto lograr sus metas y objetivos con sostenibilidad y crecimiento constante, por lo que, de una gestión adecuada en el proceso de selección de personal depende la consecución de sus metas y objetivos. (Chiavenato 2009).

Para llevar a cabo la premisa anterior, las empresas se valen de varios procedimientos realizados por diferentes profesionales, los cuales tienen como fin la vinculación del candidato con las mejores características y preparación según las necesidades de la organización, sobre este particular, el Ministerio del Trabajo en Concepto 53266 del 31 de marzo de 2014 refiere que el proceso de selección de personal en el sector privado no está regulado de forma expresa, sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia T-1266 de 2008 (M.P.: Mauricio González Cuervo), destaca que la selección de personal es la “Facultad de las entidades públicas y privadas para establecer requisitos de ingreso, siempre que sean razonables, no impliquen discriminaciones injustificadas entre las personas”, es decir, que estos procedimientos de contratación deben atender a principios y derechos constitucionales.

A ese respecto, es importante resaltar que la Corte Constitucional también había señalado que las empresas, privadas y públicas, están en libertad de establecer los requisitos para el ingreso de su personal dentro del proceso de selección, siempre y cuando estos estén en consonancia con el artículo 26 Constitucional, lo cual “implica la proporcionalidad y la razonabilidad de los requisitos de ingreso a la institución correspondiente”. Corte Constitucional, sentencia T-463 de 1996 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo).

En este orden de ideas, se puede afirmar que las organizaciones que requieran de contratación de personal e implementen procesos de selección con requisitos específicos de ingreso, estos deben estar ajustados al orden constitucional y legal y propender por el respeto de los derechos en general, primordialmente la dignidad humana en todas sus dimensiones (valor, principio y derecho) reconocidas por la Corte Constitucional en Sentencia T-291 de 2 de junio de 2016, (M.P.: Alberto Rojas Ríos), pues de allí se desprenden un sinnúmero de principios y derechos fundamentales como: la buena fe, integridad, la intimidad, la honra, el libre desarrollo de la personalidad, el trabajo e incluso la no autoincriminación.

Teniendo en cuenta lo anterior, y los objetivos del presente escrito, es valioso resaltar que este análisis se decanta en la prueba de polígrafo como uno de los requisitos que implementan algunas organizaciones del sector privado para el análisis de confiabilidad y perfil de sus aspirantes en el proceso de selección, por lo que es indispensable identificar no solo las características de la mismas y derechos que implica ejecutarla, sino el contexto social en que se realiza dicha prueba y las normas que la regulan en Colombia. Las cuales indiscutiblemente son: la Constitución Política de 1991, el CST, el código Civil y la Resolución 2593 de 2003 proferida por la Súper Intendencia de Vigilancia y Seguridad Privada (SIVSP), la cual faculta a las empresas de vigilancia y seguridad privada “a que implementen en los procesos de selección de personal, el examen psicofisiológico de polígrafo”.

De esta manera y para profundizar adecuadamente el tema en cuestión, se realiza en principio un análisis del sustento constitucional y legal de la prueba del polígrafo en Colombia, incluyendo los artículos que se oponen a la práctica de la misma, así como la jurisprudencia en distintas ramas del derecho que sirven de fundamento para argumentar las conclusiones del presente escrito, conceptualizando la prueba de polígrafo y su relación con la dignidad

humana entre otros derechos y valores constitucionales, así como la existencia y validez del consentimiento informado que otorga el candidato.

Para adelantar el análisis de los conceptos anteriores, metodológicamente se realizará inicialmente una exploración documental de todo el material relacionado con los objetivos de la monografía, analizando cada uno de los aspectos relevantes que conduzcan a resolver el problema de investigación, utilizando la deducción como herramienta lógica fundamental para dar solidez a los argumentos planteados en las conclusiones.

Esto con el fin de contribuir con sus conclusiones en el proceso de toma de conciencia y acción por parte del Estado, la empresa privada y la academia, dando pasos hacia a la prohibición de esta prueba en procesos de selección de personal del sector privado donde se exige como requisito de contratación, por cuanto vulnera derechos y principios constitucionales y legales, haciendo visible la problemática y exhortando al Estado a la expedición de normas que prohíban la práctica de esta prueba.

Más aún, si se consideran posturas como la de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 2647 de fecha 1 de agosto de 2008 quien ha dicho expresamente que la prueba de polígrafo constituye un procedimiento que va en contra del derecho a la dignidad humana y colateralmente vulnera derechos como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, puesto que instrumentaliza al individuo sometido al detector de mentiras, lo cual constituye un proceso dramático para el candidato de quien se extraen mediciones, dejando en manos del poligrafista los criterios de credibilidad de las respuestas entregadas por este, contribuyendo en palabras del Consejo de Estado en sentencia 00563-2008 del 20 de agosto 2009 (C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila 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.

Finalmente, pese a que la prueba de polígrafo también se realiza en los procesos de selección de personal del sector público, este análisis se circunscribe únicamente al sector privado, puesto que, aunque las conclusiones serían igualmente válidas, el fundamento de la prueba en cada caso varía drásticamente, debido a que, por ejemplo, en las pruebas del sector público se deben tener en cuenta aspectos como la seguridad nacional, con lo cual se perdería perspectiva y precisión en el presente análisis.

1. UBICACIÓN DEL PROBLEMA.

El presente problema de investigación se establece en la práctica de pruebas de polígrafo como requisito de contratación en procesos de selección de personal del sector privado en Colombia y cómo con este procedimiento se afecta el derecho fundamental a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y trabajo entre otros. Para lo cual, es pertinente analizar no solo los artículos constitucionales y legales que tocan con la prueba, sino el concepto y desarrollo jurisprudencial del consentimiento y sus vicios, por cuanto es incluido como requisito de validez previo a la práctica de la prueba en la Resolución 2593 de 2003, proferida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

1.1 Descripción del problema.

En Colombia no existe prohibición expresa respecto a las pruebas de polígrafo realizadas en procesos de selección de personal del sector privado, sin embargo, la Resolución 2593 de 2003, proferida por la SIVSP, en su artículo primero, autoriza exclusivamente a los servicios de vigilancia y seguridad privada a realizar la prueba a su personal en su proceso de selección.

Lo anterior, supone en primera instancia un vacío normativo y tratamiento desigual al personal de vigilancia y seguridad privada, así como el desconocimiento total del contexto social de las partes que intervienen en el desarrollo y/o realización de esta prueba en Colombia, pues legalmente nada impide su realización, lo que implica la posibilidad de que sea realizada indiscriminadamente sin controles o garantía de respeto a la dignidad humana del examinado.

Dicho esto, la falta de regulación específica que atienda a la realidad social del país en el marco de las relaciones laborales, constituye un gran vacío en la legislación colombiana que abre la puerta a la vulneración de valores, principios y derechos fundamentales como la dignidad humana, la buena fe, honra, integridad personal, intimidad, libre desarrollo de la personalidad, derecho al trabajo y no autoincriminación, de las personas sometidas a la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, pues actualmente es requisito de contratación en muchas empresas como, Alkosto, Amarilo, Experian, Avianca y Hyundai, por mencionar algunas organizaciones que la aplican (LPI 2013), lo cual expone la proliferación de esta prueba en procesos de selección diferentes a los de las empresas de vigilancia y seguridad privada.

Adicionalmente y teniendo en cuenta que en desarrollo de la prueba de polígrafo en el proceso de selección de personal, aun cuando se cumplan con los requisitos exigidos por la Resolución 2593 de 2003 proferida por la SIVSP y se firme la autorización previa “consentimiento informado”, como expresión de la voluntad del examinado, sigue siendo cuestionable su práctica en cuanto a la libertad real con la que se proporciona este consentimiento, pues se da en un contexto de desequilibrio social cierto entre empleador y trabajador-candidato, el cual se revela en la posición privilegiada que tiene el empleador y que compele al trabajador-candidato a consentir en ello, puesto que de no hacerlo sería interpretado negativamente y la consecuencia más lógica sería su exclusión del proceso de selección, más aun, cuando no es obligación legal del empleador dar explicaciones de dicha exclusión, es decir, la práctica de la prueba confronta al examinado con la amenaza real de perder la opción del empleo si no accede a que se realice la prueba.

Esta posición de desventaja manifiesta entre el empleador y quien se postula a un cargo en un proceso de selección, trabajador-candidato, no permite que la expresión de la voluntad de este sea libre y voluntaria. Expresión que en términos de la Corte Constitucional en Sentencia T-059 de 2018 (M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo).

Es el resultado lógico del ejercicio de los derechos constitucionales de recibir información y la autonomía (art. 16 y 20 C.P.) Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, que además ha concluido que este derecho adquiere un carácter de principio autónomo y que permite la materialización de otros principios tales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y el pluralismo, así como es un elemento indispensable para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de las personas.

Teniendo en cuenta el contexto social de las relaciones laborales en que se realiza la prueba en Colombia, incluirla en los procesos de selección como requisito de contratación exhibe una situación irregular para el trabajador-candidato, pues siendo la parte más débil en la relación laboral como lo expresa la Corte Constitucional en Sentencia C-397 de 2006, (M.P.: Jaime Araújo Rentería), carece de opción real en cuanto a presentar o no la prueba, haciendo imposible que proporcione libremente su consentimiento.

Lo dicho hasta aquí supone que, la prueba del polígrafo como requisito en la selección de personal de algunas organizaciones del sector privado, constituye principalmente una violación al derecho fundamental a la dignidad humana entre otros derechos y valores constitucionales del trabajador-candidato, y el consentimiento informado en que se sustenta su práctica y en teoría garantiza la protección de sus derechos, es ausente en el contexto social en que se proporciona.

Conforme a lo anterior, la investigación plantea un análisis entre dos variables a saber: **I)** la dignidad humana en contraste con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal y **II)** la existencia y validez del consentimiento informado que otorga el trabajador-candidato en la prueba de polígrafo en el marco del contexto social de las relaciones laborales en Colombia, esto con el fin de aclarar la forma en que se vulneran derechos, valores y principios constitucionales con la prueba del polígrafo como consecuencia de la ausencia de consentimiento.

1.2 Formulación del problema

¿La prueba del polígrafo como requisito de selección y evaluación de personal del sector privado en Colombia vulnera la dignidad humana entre otros derechos y valores constitucionales?

1.3 Justificación.

El presente trabajo se justifica en la popularización de la práctica de la prueba de polígrafo como requisito para contratación en procesos de selección de personal, donde entidades del orden privado buscan encontrar discrepancias no solo en la historia laboral de los entrevistados vs los resultados obtenidos en el procedimiento, sino conocer de su comportamiento precedente en general y valores. Teniendo como pretensión principal vislumbrar si el trabajador-candidato es o no confiable según la interpretación que da el empleador a los resultados obtenidos en con prueba.

Aunque la realización de esta prueba dentro de los procesos de selección de personal se ha justificado con el argumento esbozado anteriormente, este resulta incompatible con principios, valores y derechos constitucionales como la buena fe y la dignidad humana, así como las condiciones de libertad en que se debe garantizar esta última, ya que la prueba es un requisito de contratación y el aspirante está contradictoriamente obligado a cumplirlo si desea obtener en el empleo, contrariando garantías constitucionales que hacen parte de la dignidad humana como el trabajo y el libre desarrollo de la personalidad, dando prioridad al interés particular de las empresas, so pena del equilibrio que se pretende en las relaciones laborales, lesionando en consecuencia la persona humana.

Visto de esta forma, el presente trabajo busca poner en evidencia el vacío normativo actual en Colombia y en consecuencia la forma en que este método vulnera principalmente el derecho fundamental a la dignidad humana y el trabajo, mediante el análisis del procedimiento y validez de la prueba de polígrafo, con el fin de responder la pregunta derivada de la formulación del problema.

Es así como la pertinencia de la presente investigación radica en el hecho de que, en la actualidad, distintas organizaciones del sector privado implementan de forma irregular la prueba de polígrafo en su proceso de selección de personal como una forma de conocer la confiabilidad de sus empleados o futuros colaboradores, en un contexto de desequilibrio o asimetría social propia de las relaciones laborales que configura una intromisión irregular en la privacidad del trabajador-candidato. Haciendo necesario explorar el acervo jurídico en la materia de tal forma que permita evaluar la legalidad de dicha técnica en procesos de selección de personal.

De ahí que la pretensión principal en este escrito sea investigar, analizar y establecer como el derecho fundamental a la dignidad humana y otros derechos y valores superiores, se contraponen a la realización de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado donde es un requisito de contratación, aun cuando se realice con un aparente manto de legalidad mediado por el consentimiento informado, el cual se devela en el transcurso de la presente investigación.

1.4 Objetivos.

1.4.1 Objetivo general

- Determinar si la prueba de polígrafo en Colombia vulnera derechos fundamentales como la dignidad humana en procesos de selección de personal del sector privado donde es requisito de contratación.

1.4.2 Objetivos específicos

- Analizar la normatividad vigente en búsqueda del sustento legal para la aplicación de la prueba de polígrafo durante la etapa de selección de personal del sector privado en Colombia.
- Identificar y conceptualizar si se vulneran los derechos conexos a la dignidad humana en desarrollo y aplicación de la prueba del poligráfico en los procesos de selección de personal.
- Establecer si la firma del consentimiento informado tiene existencia y validez en los procesos de selección de personal que aplican la prueba de polígrafo como requisito para contratación.
- Presentar acción de nulidad simple contra la Resolución 2593 de 2003 proferida por la SIVSP por falsa motivación.
- Sintetizar los hallazgos de la investigación en un artículo publicable que contribuya a visibilizar el fenómeno de las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado en Colombia.

1.5 Hipótesis

Las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal como requisito de contratación, vulneran principalmente el derecho fundamental a la dignidad humana y derecho al trabajo, por cuanto quien es sometido a ella, presta su consentimiento en un contexto desigual en el marco de la relación laboral empleador, trabajador-candidato, privando a este último de expresar su consentimiento con la libertad que exige este requisito, el cual tiene como fin garantizar sus derechos.

2. MARCO DE REFERENCIA

2.1 MARCO HISTÓRICO

2.1.1 Hechos y personajes relevantes en el desarrollo del polígrafo.

Históricamente el hombre siempre ha tenido interés y necesidad natural por encontrar la verdad, lo cual es un sentir prácticamente instintivo del ser humano que lo lleva a profundizar en todo lo que le rodea, y para lograr este objetivo, diseñó diferentes estrategias que lo acercaran a esta, sin embargo, la verdad en muchos casos estuvo atada a eventos divinos e inexplicables o sucesos extraterrenales que terminaron en explicaciones filosóficas, es decir, técnicas místicas y religiosas. No obstante, como lo analizan (Villamil y Lizarazo 2016), a partir del nacimiento del método científico en las investigaciones en general y de la mano de un gran crecimiento y precisión de las herramientas tecnológicas, esta búsqueda tiende a ser cada vez menos compleja y más efectiva, evolucionando a través de la historia, llevándonos para fines de este escrito, a lo que conocemos hoy día como poligrafía.

Conviene entonces hacer una breve reseña de como evolucionó la forma en que el hombre busca la verdad, incluyendo en esta búsqueda instrumentos de análisis que derivaron en la invención del polígrafo, detallando hechos relevantes y resumidos que destacan ese instinto natural del hombre por conocer la verdad, instinto que incluye también una necesidad por conocer su entorno.

Dicho lo anterior se hace pertinente traer a colación el antiguo testamento, específicamente el libro de Reyes donde se encuentra una reflexión acerca de la verdad y como esta se buscaba y encontraba en los tiempos del rey Salomón como lo plasma Reina Valera:

21. Y cuando yo me levanté de madrugada para dar el pecho a mi hijo, he aquí que estaba muerto; pero lo observé por la mañana y vi que no era mi hijo, el que yo había dado a luz. 22. Entonces la otra mujer dijo: No, mi hijo es el que vive, y tu hijo es el muerto. Y la otra volvió a decir: No, tu hijo es el muerto y mi hijo es el que vive. Así hablaban delante del rey. 23. El rey entonces dijo: Esta dice: Mi hijo es el que vive, y tu hijo es el muerto; y la otra dice: No, el tuyo es el muerto, y mi hijo es el que vive. 24. Y dijo el rey: Traedme una espada. Y trajeron al rey una espada. 25. En seguida el rey dijo: Partid en dos al niño vivo, y dad la mitad a la una, y la otra mitad a la otra. 26. Entonces la mujer de quien era el hijo vivo habló al rey (porque sus entrañas se conmovieron por su hijo), y dijo: ¡Ah, señor mío! Dad a esta el niño vivo, y no lo matéis. Pero la otra dijo: Ni a mí ni a ti; partidlo. 27. Entonces el rey respondió y dijo: Dad a aquélla el hijo vivo, y no lo matéis; ella es su madre (Reyes 3:15-4:2).

Lo anterior es muestra de cómo en la época del Rey Salomón, quien gobernó el último reino unido de Israel, se establecen algunas prácticas poco ortodoxas pero comunes a la época para encontrar la verdad y con ella tomar decisiones según su criterio.

Un complemento al proceder del rey salomón y que derivó en suma para la creación del polígrafo, fueron los hallazgos de Erasistrato, un médico griego precursor de la neurofisiología y neurología en el periodo helenístico (304 – 250 a. C.), quien advierte cambios en el pulso provocados por las emociones, “entendía que el corazón servía como una bomba, dilatando las arterias” (Papp y Agüero, 1994, p.81), quedando constancia de ello en una de sus anécdotas bibliográficas:

Viendo, pues, que cuando entraban los demás ninguna novedad tenía, y que cuando entraba Estratonica, que iba muchas veces, o sola o acompañada de Seleuco, se notaban en él todas aquellas señales de Safo: apocamiento de la voz, encandimiento del color, caimiento de los ojos, repentinos sudores, alteración e intercadencia del pulso y, finalmente, que tenía desmayos, dudas, temores, y poco a poco se iba quedando pálido, conjeturó Erasítrato, por todos estos indicios, que el hijo del rey no estaba enamorado de otra sino de esta. (Ranz, 1847, p.40)

Dejando en evidencia la profunda relación que existe entre las emociones y la reacción corporal ante estas.

Otro hecho relevante que aportó en la invención del polígrafo fue la investigación desarrollada por el médico italiano Luigi Galvani en 1780, quien en un experimento con ranas descubrió la reacción de estas a la electricidad incluso después de muertas (Gallone. 1986), lo cual derivó en lo que se conoce hoy día como la medida de los cambios constantes en las características eléctricas de la piel, por ejemplo, la conductancia, o Respuesta Galvánica de la Piel (RGP), (Frexia, Garcia, Tobeña, 1977), la cual es generada por la variación de la sudoración del cuerpo humano utilizada actualmente en las pruebas de polígrafo.

Más adelante, en 1895 el criminólogo y medico italiano Ezechia Marco Lombros, conocido como Cesare Lombroso, utiliza el primer instrumento para determinar la mentira en la década de los ochentas, mediante un invento de su autoría denominado Hydrophygmograph, el cual fue aplicado en criminales. Utilizaba un tambor metálico lleno de agua con el fin de registrar el pulso y volumen sanguíneo, esto mediante estímulos que produjesen cambios en la presión sanguínea del sujeto. (Tobar D, 2013)

En esta misma línea, el mismo año, el científico italiano Ángelo Mosso, estudiante de Ezechia Lombros, realiza estudios sobre el miedo con el plethysmograph o Pletismógrafo, demostrando como este afecta el corazón y la respiración; registrando la pulsación de la corteza humana en pacientes con defectos del cráneo después de procedimientos neuroquirúrgicos. A partir de sus hallazgos deduce que estas pulsaciones cambian durante la actividad mental, concluye que durante las actividades mentales el movimiento de sangre aumenta hacia el cerebro. (Tobar, 2013), mostrando la relación consecencial entre las emociones y el incremento del flujo de sangre hacia el cerebro.

Luego, Vittorio Benussi, psicólogo italiano, reafirma en 1914 que la respiración es un elemento importante dentro de la detección de mentiras, utilizando el neumógrafo (aparato que registra los movimientos respiratorios) para reafirmar su tesis, descubriendo con esto cambios en la inhalación y exhalación en el momento que el sujeto miente. (Castaño O. 2016)

Su teoría describió que si el largo de la inhalación era dividido entre el largo de la exhalación. La proporción generalmente era más grande antes de decir la verdad que después y más grande después de mentir que antes de hacerlo. (Castaño O. 2016, p.8)

Relacionando así de forma importante la respiración y la mentira en el sujeto, develando con ello que se generan cambios respiratorios al momento de mentir.

Por otra parte, en 1917, él Dr. William Marston es calificado como el creador del primer aparato funcional para la detección de mentiras, esto en atención a su adaptación de dispositivos para apreciar la presión sanguínea en el cuerpo y otras alteraciones corporales mediante “La técnica discontinua de la presión

sintónica de la sangre” (Castaño, 2016, p.9), que involucraba el inflar repetidamente la manga del instrumento para obtener registros respecto a “la presión sintónica de la sangre en intervalos durante la examinación. Esta técnica fue similar a tomar la presión por un médico”. (Castaño, 2016, p.9), siendo este invento el cimiento del polígrafo desarrollado posteriormente por el Cardiógrafo John Augustus Larson.

Con fundamento en las investigaciones del Dr. William Marston respecto a la presión arterial, en 1921 Jhon Larson, Policía de Berkeley California, integra mediciones para el pulso y la respiración, empleando un procedimiento en el cual grababa los cambios en la presión sanguínea y el pulso, creando el “Primer instrumento Poligráfico” (Tobar, 2013. p11)

Aplicó sensores eléctricos en el sujeto de sus pruebas, para medir el ritmo cardiaco, el respiratorio y la presión sanguínea, y registrarlos automáticamente en un rollo de papel. Más tarde se añadió una cuarta medida: la resistencia de la piel a la corriente eléctrica, que es alta si la piel está seca, pero baja si la piel suda. (Tobar, 2013, p.11)

Invento que es utilizado por los interrogadores, quienes deben tener la habilidad de observar las mediciones en todas variables durante el desarrollo del cuestionario, el cual incluye preguntas inocuas y luego sensibles con el fin de notar cualquier diferencia y/o tensión en el individuo que fuese síntoma de mentira.

En esa misma línea el psicólogo de la Universidad de Stanford, Leonarde Keeler, quien fuera alumno de Larson durante su paso por el Departamento de Policía de Berkeley, en 1925 perfeccionó el polígrafo desarrollado por su maestro incluyendo algunos elementos, como lo señala Daniela Tobar:

La banda de presión sanguínea, tubo-neumográfico. Kimógrafo (dispositivo que halaba el papel a través del instrumento análogo a una velocidad constante. Añadió el GSR al polígrafo en 1938. Desarrolló las pruebas de Pico de Tensión (POT) y Búsqueda de Pico de tensión (SPOT), (Tobar, 2013, p.11)

También desarrolló la técnica de preguntas inocuas mencionada anteriormente en R/I. (relevante/Irrelevante) es decir, incluir preguntas irrelevantes dentro del interrogatorio con preguntas relevantes, esto con el fin de encontrar fácilmente patrones de reacción en el examinado, técnica que por demás es usada hoy día. Adicionalmente fue un acérrimo defensor del polígrafo por lo que también fue llamado El padre de la poligrafía moderna.

En este mismo sentido, Father Walter G. Summers Introdujo en 1932 el uso de preguntas de control o estándares emocionales en la aplicación de la prueba del polígrafo, la cual consiste en realizar tres pruebas y comparar las cantidades de desviación de la pluma de grabación en preguntas inocuas y cruciales.

Luego de esto, continuaron surgiendo técnicas comparativas e instrumentos que generaran mayor confiabilidad en el proceso, ejemplo de ello es la desarrollada por un oficial de policía de Chicago llamado, Jhon Reid quien en 1953 utilizó Técnicas de preguntas comparativas e Instrumentos de contramedidas insertando un control sorpresa, técnica que luego sería conocida como Técnica Reid, lo cual contribuye a establecer si el individuo está diciendo la verdad respecto a su intervención en el tema investigado.

2.1. Incursión del polígrafo en Colombia.

Actualmente no se tiene certeza del momento en que llegó la poligrafía al país, sin embargo, en la década de los noventa algunas empresas privadas realizaban contrataciones de servicios de poligrafía con poligrafistas extranjeros. En esa misma época, una empresa llamada Defence System Colombia, la cual forma parte de la división de servicios de Armor Group Internacional, una de las empresas más grandes a nivel internacional en el ámbito de seguridad, contrata al Sr. Richard Arimer para que dicte un curso de poligrafía a seis profesionales en Colombia. (Boshell, 2014).

Luego, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, a mediados del año 2000, envió a la ciudad de México, exactamente a la escuela México Polygraph Unit, a dos profesionales con el fin de que fuesen capacitados como poligrafistas, y para el mismo año la empresa Defence System Colombia, se hace con los servicios del Dr. Sidney Wise Arias, un destacado profesional en poligrafía con varios años de experiencia en este tipo de pruebas, esto con el fin de dictar un curso intensivo en poligrafía en el que participarían ocho profesionales en Colombia. (Boshell, 2014).

Para el año 2001, la empresa de seguridad Risk & Solutions Group, obtiene el aval académico de la Universidad Nueva Granada para organizar un curso de poligrafía el cual es dictado por el Dr. Sidney Wise Arias, en donde participan 11 profesionales los cuales también terminan a satisfacción el curso y se gradúan en la Universidad Militar. Este mismo año se logra organizar la Asociación Colombiana de Poligrafistas ACP, y para el año 2002 se configuró la agremiación profesional de poligrafistas que se denominó Sociedad Colombiana de Poligrafistas SCP (Boshell, 2014), la cual se conforma con el fin principal de defender la poligrafía en Colombia.

Para agosto del año 2002, fue fundada en Bogotá la escuela Latín American Polygraph Institute (LPI), siendo la primera escuela de poligrafía en Suramérica y Centro América acreditada por la American Poligraph Association (APA), conocida por ser la asociación líder a nivel mundial en el uso de métodos científicos basados en la evidencia para la evaluación de la credibilidad y a partir del año 2003 el LPI recibe certificación por la Asociación Latinoamericana de Poligrafistas (Boshell, 2014), quien asocia poligrafistas profesionales y es el ente rector de la profesión en América latina.

En el año 2003 la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada mediante Resolución 2593 autoriza y regula la utilización del polígrafo a los servicios de vigilancia y seguridad privada y da pautas para la implementación de esta prueba en sus procesos de selección de personal, incluyendo requisitos que deben acreditar las personas naturales y jurídicas que deseen realizar la prueba. (Boshell, 2014).

En este mismo sentido, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, bajo Resolución 2852 de 2006, unifica el régimen de vigilancia y seguridad privada, detallando lo concerniente a las pruebas de polígrafo en los artículos 77, 78 de título IV, capítulo II, los cuales describen los requisitos y formación que deben tener las personas naturales que deseen practicar este tipo de examen, además de los requisitos establecidos en el artículo 34 del Decreto 2187 de 2001, los cuales hacen referencia a las condiciones impuestas por de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada para obtener la credencial de consultor, necesaria para realizar la prueba. Así como los artículos 105-111 de la citada Resolución que definen el examen psicofisiológico del polígrafo y detallan los requisitos para las personas jurídicas que quieran practicar dicho examen.

Finalmente, y Luego de la expedición de la Resolución 2852 de 2006, empiezan a entrar a Colombia empresas extranjeras que también están acreditadas por la APA con el fin de entrenar poligrafistas, empresas como Academy of Polygraph Science, Latin America, International Polygraph Studies Center, Academy for Scientific Investigative Training, Marston Polygraph Academy y Tudor Academy, (Boshell, 2014), todas ellas operando en un vacío legal que únicamente sustentan las resoluciones de la Superintendencia de Vigilancia y seguridad Privada en procesos de selección de empresas de vigilancia y seguridad privada.

Actualmente en Colombia se dictan cursos de poligrafía en algunos institutos avalados por la SIVSP los cuales además de capacitar a las personas que deseen practicar el examen, realizan las pruebas de poligrafía a terceros, esto con la debida remuneración y previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la SIVSP en Resoluciones 2593 de 2003 y artículo 107 de la Resolución 2852 de 2006, sin embargo, no solo se realizan a personal de vigilancia y seguridad privada como lo indican las resoluciones de la SIVSP, lo hacen indistintamente según lo solicite el cliente como se refleja en los sitios web www.latinamericanpolygraph.com y www.guiagr.com, los cuales pertenecen a empresas que ofrecen este tipo de servicios.

2.2 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Para fundamentar correctamente el presente escrito se requiere partir de la revisión y análisis de las normas constitucionales y legales que se relacionan directamente con la aplicación de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal. Así como la conceptualización no solo de la prueba de polígrafo, sino de su confiabilidad, con el fin de evidenciar la forma en que se puede llegar a vulnerar la dignidad humana y demás principios y derechos constitucionales en desarrollo de la misma.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el proceso de selección de personal involucra al sujeto en su realidad social y nivel de competencias, donde ineludiblemente se tiene que considerar la conveniencia y posición económica de las partes que intervienen en la prueba, pues esta se realiza en el marco de un proceso de selección de personal, es decir, relación Empleador vs trabajador-candidato, encontrando allí el contexto que de no ser tenido en cuenta afectaría no solo la dignidad humana, sino la autonomía del examinado y con ello su libertad de consentir y derecho al trabajo, elementos que hacen parte por conexidad de la dignidad humana.

2.2.1 Definición, funcionamiento y aplicación de la prueba de polígrafo

En términos simples, como lo describe (Urbano y Torres 2007), el Polígrafo es un aparato capaz de registrar gráficamente los cambios físico-síquicos de una persona, cuando es interrogada por medio de un “test de verdad”, respecto un hecho en el que se presume ha tomado parte o del cual tiene conocimiento, cambios que son percibidos mediante bandas que llevan unos sensores aplicados en ciertas partes del cuerpo de la persona que es sometida al examen. Etimológicamente está compuesto por el prefijo “poli” el cual significa varios y un sustantivo, “grafía” que quiere decir o significa escritura.

De lo anterior se desprende que el polígrafo es un instrumento capaz de detectar eventuales alteraciones en la respiración, presión arterial y ritmo cardíaco del sujeto, así como cambios en la respuesta galvánica de la piel, lo cual se percibe en la sudoración de la misma, todos estos, cuando se confronta al individuo a la tensión del cuestionario que está inmerso en la prueba psicofisiológica de engaño, en otras palabras, este aparato está diseñado para registrar las variaciones de las áreas corporales sobre las cuales se dice que el sujeto carece de control y son estimuladas en el cuestionario.

Para que estas mediciones se den, el polígrafo, debe contar con un mínimo de tres medios de transmisión de información, los cuales permiten captar las variaciones fisiológicas en el cuerpo del sujeto examinado durante la entrevista y/o cuestionario. Los cuales según (Boshell, 2014) son:

I) Respiración, medido por medio del Neumógrafo, en donde se utilizan dos bandas que se sitúan en el contorno del pecho y abdomen del sujeto y evidencia las variaciones en la actividad respiratoria del mismo.

II) Presión arterial, se mide por medio del cardioesfigmógrafo, complemento que registra la presión arterial y que consiste en una manga semejante a la que mide la presión arterial.

III) Sudor, registro que se obtiene mediante el Galvanómetro, también conocido como Galvanic Skin Reflex o GSR, el cual evidencia la conductancia galvánica de la piel mediante dos placas de metal sujetadas a los dedos de las manos.

Por último, en algunos casos se utiliza una almohadilla de actividad sensorial, instrumento que va sobre la silla en la cual el sujeto se sienta y registra los movimientos corporales, en especial si existe algún tipo de presión y/o movimiento específico en reacción al cuestionario, lo cual concluye con una gráfica que debe ser interpretada por el experto.

En cuanto al procedimiento para la aplicación de la prueba del polígrafo, este se ha estandarizado en un procedimiento de cuatro etapas que puede durar un aproximado de dos horas, las cuales explica (Hernández, 2014) de la siguiente manera:

I). Explicación de la prueba y consentimiento informado: en esta primera etapa de la prueba, se procede a informar al sujeto evaluado cuál es el propósito de la misma y se hace una explicación resumida de los tres componentes principales del polígrafo: NEUMO, GSR y CARDIÓGRAFO y la forma en que operan, así mismo, se informa y explica al entrevistado la importancia de contar con su autorización expresa para la realización de la prueba, la cual se obtiene por medio de la firma del consentimiento informado, al igual que la autorización para entregar los resultados únicamente a la organización o entidad que acordó el servicio.

II) Pre-Tes: en este punto del examen, se adelanta una entrevista general al evaluado, donde es de interés para el experto que realiza la prueba establecer el arraigo del examinado en términos sociales, laborales y familiares, haciendo una apreciación del lenguaje no verbal del sujeto, esto con el fin de generar un ambiente de bienestar para que el evaluado no tenga un estrés adicional y encontrar posibles contradicciones en sus respuestas.

III) Cuestionario: En esta parte de la prueba, luego de la entrevista general, se realizan varios cuestionarios preestablecidos, los cuales están compuestos por preguntas inicialmente irrelevantes, es decir, preguntas que no tienen nada que ver con el objeto del examen, ya sea investigación de delito o evaluación de confiabilidad, las cuales se sabe con certeza, el examinado responderá con la verdad, aunado a ello unas comparativas con el fin de conseguir parámetros de las reacciones psicofisiológicas del entrevistado. Estas preguntas son cerradas y tienen la intención de enfocar al individuo para evitar confusiones.

IV) Preguntas relevantes: Aquí se realizan todas las preguntas objeto de la prueba de polígrafo las cuales son denominadas como relevantes, realizadas en comparación con la evaluación psicofisiológica previa y aun conectado el individuo a los artefactos que registran todos sus cambios físicos.

Por último, y después de un cuidadoso análisis de los resultados matemáticos del Sistema Computarizado de Polígrafo, así como una detallada revisión de las gráficas poligráficas, el experto procede a dar su opinión sobre si el examinado mostró o no respuestas significativas de engaño (SR) o No mostró respuestas significativas de engaño (NSR) al responder las preguntas relevantes realizadas durante el examen.

En conclusión, el polígrafo no es un detector de mentiras como tal, sino un instrumento que realiza mediciones fisiológicas, donde la estimación de la respuesta como “mentira”, es una valoración realizada por el poligrafista a partir de la interpretación de las gráficas obtenidas el instrumento y entrevista.

2.2.2 Certeza y confiabilidad del polígrafo

La prueba del polígrafo ha sido objeto de varios estudios en el desarrollo de la investigación científica, estudios que generalmente tienen como objetivo establecer el grado de fiabilidad de la prueba. No obstante, al discutir sobre la certeza o confiabilidad del polígrafo, se hace relación a **I)** la suficiencia que tiene el aparato para registrar correctamente las reacciones fisiológicas del ser humano, ya que este dentro de la prueba del polígrafo únicamente se encarga de registrar los cambios que se puedan presentar en la respiración, presión arterial y sudor, sin prejuicios o precisiones sobre si el sujeto dice la verdad o miente, y **II)** la interpretación gráfica, tarea del poligrafista.

Respecto al primer punto, se está apuntando a la capacidad o competencia de este instrumento para registrar las reacciones fisiológicas del ser humano, para las cuales fue creado, donde no hay lugar a duda, ya que, si los elementos están bien calibrados y colocados en el individuo, independiente a los factores subjetivos y externos de la prueba, si se presentan cambios en los aspectos medidos por el polígrafo, este los registrara con certeza.

En segundo lugar, como lo expresa el poligrafista José Meléndez en su escrito pericial poligráfico de 2004, el poligrafista se vincula con el instrumento y lo interpreta mediante la técnica utilizada, es decir, se habla del grado de certeza de la técnica interpretativa que se emplee para expresar una opinión respecto a si el examinado miente o no, por lo que el resultado depende en gran medida de la preparación del poligrafista:

Un ejemplo que resulta ilustrativo sobre el particular es el de los análisis radiográficos, Una misma radiografía puede ser interpretada distintamente por dos médicos diferentes dependiendo en gran medida de la experiencia y la especialización de estos. La radiografía misma nada tiene que ver con la interpretación y conclusión a la que lleguen los médicos posteriormente, ella reproducirá fiel y exactamente lo “fotografiado” por el análisis, el cual no se pone en duda. (Meléndez, 2004, p.5).

Lo anterior quiere decir que la “radiografía” en sí, no tiene relación con la interpretación y conclusiones a las que los médicos puedan llegar con posterioridad al analizarla, ya que esta reproduce fielmente la imagen obtenida sobre una placa fotográfica, por lo que este punto no debería ser puesto en duda, aunque “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”. (Defensoría del Pueblo, 2016).

Avanzando en el tema, es importante mencionar algunos estudios científicos con alusión a la confiabilidad de la prueba del polígrafo los cuales fueron destacados en la revista Iter Criminis así:

El estudio realizado por la Office of Technology Assessment (OTA), en 1983, arrojó resultados de 14 estudios análogos, demostraron 86% de

exactitud en sujetos inocentes en casos de simulacro, 90% de exactitud en sujetos culpables en casos de simulacro.

Siguiendo por esta misma línea la OTA, realizó 10 estudios de campo arrojando un promedio de 81% de exactitud en sujetos inocentes y 90% de exactitud en sujetos culpables. [...].

[...] estudio realizado en 2003 por la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos (NAS), por sus siglas en inglés, en el cual se afirma que los resultados tienen una exactitud de 86% de certeza, luego de haber realizado 52 estudios. (Ruiz, 2016, p. 129).

Se puede resumir, en relación con las investigaciones científicas mencionadas anteriormente, que el instrumento puede ser preciso al medir cambios fisiológicos, esto indistintamente de si el sujeto dice la verdad o miente, sin embargo, no brinda certeza en uno u otro sentido.

En vista de lo anterior, aunque se han realizado varios estudios respecto a la confiabilidad y certeza que puede tener este instrumento, los resultados evidencian que la prueba es intrínsecamente susceptible a emitir resultados erróneos, puesto que la subjetividad del polígrafista, como los estados psicológicos asociados con el engaño o miedo a ser juzgado como mentirosos o la ansiedad por ser aprobado, tienden a afectar la respuesta fisiológica que mide el polígrafo, ya que **este mismo estado puede surgir en ausencia del engaño**, por lo que la certeza o grado de confiabilidad del polígrafo al depender de tantos y variados factores externos, no puede indicar si en un caso concreto, la conclusión del polígrafista es acertada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los factores que inciden en la certeza y confiabilidad de la prueba del polígrafo, son el polígrafo y el personal que

aplica la prueba, la American Polygraph Association (APA) resalta que el poligrafista debe ser una persona profesional para practicarla, ello involucra la experiencia y preparación que debe tener, ya que emitir un concepto u opinión sobre si un sujeto miente o no, depende de ello, así como de su experiencia y la técnica utilizada dentro de la misma.

En ese orden de ideas, si la prueba de polígrafo es falible, y los estudios reconocen porcentajes de acierto entre el 80% y 90%, en la medida que se realice por personal capaz y en un ambiente adecuado, la prueba en definitiva no brinda total certeza, y en tal caso la duda respecto al resultado debe resolverse a favor del examinado bajo el principio de buena fe y/o In dubio pro reo según el caso, con lo que se reafirma que no tiene sentido alguno realizar el examen, más aun en los procesos de selección de personal del sector privado, pues se limita el derecho al trabajo sin fundamento.

2.2.3 Selección de personal y fundamento jurídico de la aplicación de la prueba de polígrafo en el proceso.

El proceso de selección de personal dentro de las organizaciones, está orientado en la búsqueda de los individuos con mayores capacidades, los cuales deben estar en sintonía con los intereses estratégicos de la organización, por lo que este punto cobra una extrema importancia para la consecución de los objetivos de la misma.

En términos de Chiavenato, la selección de personal “es el proceso que utiliza una organización para escoger entre una lista de candidatos a la persona que mejor cumple con los criterios de selección para el puesto disponible dadas las condiciones actuales del mercado” (2009, p.137), criterio que en Colombia debe estar orientado dentro del respeto a los parámetros de la **I) Constitución Política de Colombia, II) el bloque de constitucionalidad que**

define los parámetros de asimilación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno, incluido en los artículos constitucionales 9, 93, 94, 102, 214 y 53, inciso final que indica expresamente que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, el **III**) Código Sustantivo del Trabajo, el cual tiene como finalidad primordial según su artículo primero “lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social” **IV**) y las demás leyes y decretos que estén en sintonía para lograr tal fin.

Es importante resaltar entonces que la génesis del proceso de selección de personal, es la necesidad de las organizaciones de alcanzar sus fines con la mejor calidad, contando con el personal idóneo según el análisis de sus capacidades, las cuales son evaluadas mediante un proceso de selección objetivamente centrado en conseguir la mayor cantidad de información respecto de las competencias deseadas y requeridas por la organización para el desarrollo de cierto cargo, para seguidamente proceder con la contratación.

Se debe destacar que, durante todo el proceso de selección, el personal encargado de adelantar el mismo dentro de la organización, está al tanto de todos los aspectos que puedan brindar mayor o menor confiabilidad en la información suministrada por el aspirante, esto por medio de la entrevista de selección, donde por demás se confronta la información contenida en la hoja de vida, en las pruebas de conocimiento y psicológicas de ser el caso.

Para desarrollar lo dicho, es prudente mencionar las técnicas de selección y/o los pasos generales dentro del proceso según (Chiavenato 2009), las cuales están divididas en 5 aspectos a saber:

En primer lugar, se encuentra la **I)** “Entrevista de selección” la cual define como un proceso de comunicación realizado entre dos o más personas que interactúan y en el que una de las partes interesadas conoce lo mejor de la otra y viceversa.

Luego están las **II)** “Pruebas de conocimiento o capacidades”: Herramientas utilizadas para apreciar el grado de conocimiento ordinario y específico de los aspirantes que exige el cargo a cubrir. Pretenden determinar el nivel de conocimientos profesionales o técnicos y su competencia o destreza para ciertas labores.

Posteriormente describe las **III)** “Pruebas Psicológicas”, las cuales se usan como medida de cumplimiento, se apoyan en modelos estadísticos para la equiparación y se aplican en condiciones estandarizadas.

Después resalta las, **IV)** “Pruebas de personalidad”: Son particulares cuando indagan ciertas características o aspectos de la personalidad, debido al valor de su aplicación e interpretación, las pruebas y los inventarios de personalidad se utilizan en casos particulares o cuando el cargo lo requiere.

En último lugar, nos encontramos con las, **V)** “Técnicas de Simulación”: Este procedimiento deja de un lado el trato personal y solitario, para ocuparse del trato de grupos, y reemplaza el método verbal o de ejecución por la acción social.

Finalmente, dentro del proceso de selección, actualmente aparece en última instancia en algunas organizaciones del sector privado la prueba del polígrafo, como requisito de validación del proceso de selección, la cual se ha venido utilizando de forma común y que pretende evaluar la confiabilidad del aspirante durante todo el proceso de selección.

Ahora bien, aun cuando Chiavenato no menciona la verificación de antecedentes y documentación presentada por el trabajador-candidato en el proceso de selección, para el caso, es la forma idónea de verificar de entrada la honestidad y confiabilidad del mismo sin transgredir el principio de buena fe que regula las relaciones laborales, sin embargo, algunas empresas del sector privado complementan este punto con la prueba de polígrafo, presumiendo con ello que el trabajador-candidato está mintiendo.

En atención a lo anterior, cabe preguntarse entonces, cual es el argumento principal de las organizaciones para realizar la prueba del polígrafo o detector de mentiras en el proceso de selección, puesto que con ella se pone contraria el principio de buena fe que regula las relaciones laborales, obviando que se cuenta con herramientas suficientes e idóneas para evaluar correctamente las distintas competencias del aspirante, herramientas que por demás, verifican y/o corroboran las afirmaciones realizadas por el aspirante, pues con ellas es posible confrontar su dicho y afirmaciones.

La respuesta a la incógnita planteada es tan sencilla como cuestionable, ya que básicamente dentro de las muchas herramientas utilizadas dentro del proceso de selección de personal, la prueba del polígrafo es considerada un instrumento adicional de apoyo al proceso, el cual intenta hacer más efectivo el tamiz de la selección del personal, es decir, un filtro final que reduce todo el proceso de selección y en general las técnicas y procedimientos empleados en la verificación de las competencias generales y específicas del aspirante, a la confiabilidad emanada de los resultados de la prueba del polígrafo.

Aunque la prueba del polígrafo en Colombia no puede ser utilizada como fundamento para la toma de una decisión como despedir o contratar un empleado (Consejo de Estado, 2009), y mucho menos como prueba válida para conocer si una persona miente según señala la Corte

Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, proceso 26470 de fecha 01 de agosto de 2008, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, pues “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”, lo cual, para el caso del proceso de selección, se puede constatar mediante las técnicas de selección descritas por Chiavenato y la verificación de antecedentes y documentación entre otras, sin embargo, la prueba se sigue realizando bajo la discrecionalidad de los empleadores, quienes finalmente, con la información obtenida, deciden respecto la vinculación o no del candidato a su organización.

Entonces, más allá de la supuesta verificación de confiabilidad de los candidatos, la prueba no cuenta con sustento legal en cuanto a la utilización de sus resultados en varios aspectos, es decir, **I)** no es válida para justificar un despido ni **II)** se puede utilizar como prueba dentro de un proceso judicial, en consecuencia, tampoco puede justificar la contratación o no de un empleado. Entonces nuevamente es cuestionable la razón de someter a una persona a este tipo de prueba invasiva, más aun en los procesos de selección de personal, teniendo en cuenta que la indiscutible posición dominante del empleador limita la voluntad y libertad del aspirante a decidir sobre someterse o no a la prueba, colocándolo en un dilema cuya decisión deriva en la posibilidad de ser contratado si somete sus derechos o perder la oportunidad laboral de negarse, convirtiendo el examen en una herramienta de desbalance, pues no prueba ni desvirtúa, simplemente se mueve en la subjetividad de quien obtiene la información y la usa según la interpretación que quiera darle.

En Colombia, aun cuando únicamente está permitido realizar la prueba de polígrafo a los candidatos que aspiran conseguir un empleo en empresas de vigilancia y seguridad privada, esto en el marco de la Resolución 2593 de 2003 de la SIVSP que “regula” la práctica de la prueba del polígrafo en los procesos

de selección de personal y condiciona la realización de la misma a la firma del consentimiento informado, esto no significa que la prueba sea válida ni controla que se practique indiscriminadamente, pues no existe norma que lo prohíba.

Justificado en ello, es decir, la no prohibición y la Resolución 2593 de 2003 de la SIVSP, las empresas realizan la prueba del polígrafo en todos los sectores laborales y reducen el proceso de selección al análisis de confiabilidad que resulta en la prueba de polígrafo, pues de obtener un resultado adverso o negativo, el aspirante puede ser descartado sin mayor justificación, limitando el derecho al trabajo y dejando en evidencia el vacío legal, pues nada garantiza que la información obtenida en desarrollo de la prueba se utilice contra el aspirante, ya que el empleador no está obligado a dar explicaciones en ningún caso.

Finalmente, aunque la prueba no esté expresamente prohibida y la normatividad laboral tampoco contenga disposiciones expresas en ese sentido, se debe tener en cuenta que existen normas constitucionales y legales, que se desarrollaran más adelante, que prohíben a los empleadores realizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores u ofenda su dignidad, lo cual debería ser suficiente para que el Estado se pronuncie al respecto y prohíba expresamente su práctica en procesos de selección de personal.

2.2.4 La prueba de polígrafo desde el punto de vista del derecho probatorio en materia penal y su relación con la dignidad humana.

La prueba del polígrafo ha sido tratada en reiterados pronunciamientos del Tribunal Superior de Bogotá y especialmente por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, de forma unánime en su negativa de admitir la

prueba dentro del proceso penal, ya que los operadores judiciales en general no confían en la capacidad probatoria y provecho de la misma.

Lo anterior, se puede apreciar por ejemplo en el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal superior de Bogotá Rad. No. 110013104035200500033 02. (M.P.: Ramiro Riaño Riaño) y retomado por la Defensoría del Pueblo en su escrito “El polígrafo como mecanismo de investigación en el proceso penal”, que resume el pronunciamiento del tribunal señalando que no se admite el polígrafo como prueba en el proceso, aun cuando indicaba como resultado que el examinado estaba diciendo la verdad ya que:

Probatoriamente, no tiene la capacidad 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 creo el usuario, demuestran plenamente la responsabilidad del implicado. (Defensoría del Pueblo 2016).

Sin embargo, en contraposición a lo manifestado por el alto Tribunal, la Defensoría del Pueblo, en este mismo texto, Insiste en la viabilidad del Polígrafo como mecanismo de investigación en el proceso penal, resaltando que las pruebas de polígrafo deben tener valor probatorio equivalente por cumplir con las exigencias del artículo 267 de la Ley 906 de 2004.

Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales

probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga.

Sin embargo, el razonamiento del alto Tribunal deja claro que aun cuando la prueba se realice bajo el marco establecido en el artículo 267 de la Ley 906 de 2004, esta no cuenta o no tiene la capacidad de desvirtuar todo aquello relacionado con los hechos, así como el fundamento jurídico de la decisión impugnada.

Otra sentencia que vale la pena revisar por su relevancia en el tema, por cuanto plasma el sentir y la línea jurisprudencial que han venido manejando las altas cortes, es el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Rad. No. 11001-3104-038-2007-00396-03 de 2009 (M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero) el cual trata el delito de hurto, donde el Tribunal no tiene en cuenta la prueba del polígrafo realizada por la compañía denunciante “SECURITY INVESTIGATION” a la procesada, aplicando la cláusula de exclusión de la prueba ilícita, aduciendo la trasgresión de los derechos y garantías esenciales estipulados en los artículos 29 de la Constitución Política de Colombia 1991 y 359 del CPP entre otras razones, donde adicionalmente expuso que “dicho examen fue realizado a la procesada bajo intimidación derivada de la posición dominante del empleador sobre la trabajadora” (Defensoría del Pueblo. 2009, p. 56).

No obstante los argumentos críticos del texto de la Defensoría respecto a la postura del Tribunal, los cuales se centran en resaltar el principio de protección en cuanto a que “la prueba ilegal o ilícita puede ser valorada siempre que se haga para absolver el inocente”, o que cumple los requisitos del artículo 267 de la Ley 906 de 2004, dejando de lado que los argumentos del Tribunal no solo relacionan a la forma en que la prueba fue obtenida “exclusión de la prueba ilícita”, o la capacidad probatoria de la misma, si no

principalmente los que relacionan con la posición dominante del empleador sobre el trabajador-candidato y como esto afecta tácitamente la voluntad del mismo para someterse a la prueba, y en consecuencia la limitación a la libertad que existe en la firma del consentimiento informado, adicionalmente, la Defensoría del Pueblo desconoce que la prohibición constitucional no contiene excepciones.

La misma suerte tuvo la defensa de la procesada en el caso mencionado al solicitar que fuesen valorados los resultados de la prueba del polígrafo dentro del proceso, ya que esta, según la interpretación de la defensa en sus resultados desvirtuaba los indicios que existían en su contra, sin embargo, el Tribunal se sostuvo en su tesis de no aceptar la misma atendiendo a la cláusula de exclusión y la intimidación que puede existir derivada de la posición dominante que ejercía el empleador sobre la trabajadora.

Es así como queda claro que más allá que la prueba del polígrafo favorezca o no al procesado, y cumpla los requisitos establecidos en la Ley 906 del 2004 para ser practicada e “incluida” dentro del proceso, no tiene la fuerza suficiente para ser reconocida como medio probatorio y fundamentar una decisión judicial ni con ella se conjura la posición dominante del empleador.

Por otra parte, y como argumento a favor de la práctica de la prueba del polígrafo y su aceptación dentro del proceso penal, en el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá con radicado 11001 6000 019 2008 81317 de Julio 15 de 2008 MP. Fernando Adolfo Pareja Reiner, el recurrente estimó que aun cuando la doctrina y la jurisprudencia no dan el alcance de medio probatorio a la prueba del polígrafo, este efectivamente es un “medio auxiliar que contribuye a la búsqueda de la verdad” (Defensoría del Pueblo, 2009. p.57), que la defensa enfatiza como razón de cualquier proceso judicial, además, el recurrente indica que sería “ilógico pensar que un examen de

polígrafo, por sí solo, resuelva un caso concreto o un proceso de investigación” (Defensoría del Pueblo, 2009. p.57). No obstante, ello no supone que carezca de provecho pues “hace parte de los recursos técnicos y científicos disponibles para ayudar a la justicia en su labor de condenar culpables y absolver al inocente”.

Así mismo, la defensa señaló que el test suma en el sentido de “Conformar un indicio de verdad o de credibilidad” (Defensoría del Pueblo, 2009. p.58) en cuanto a lo que se ha expuesto en el proceso respecto de los acontecimientos que supuestamente ocurrieron, aclarando que para la defensa el polígrafo no vulnera el derecho fundamental a la dignidad humana ni la garantía de no autoincriminación en el entendido de que es el mismo procesado quien solicita su práctica.

A pesar de ello, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá ratificó su postura en cuanto a la negación de la prueba del polígrafo haciendo énfasis en el desarrollo científico actual de la prueba:

[...] pues 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, el ritmo cardíaco o en la frecuencia respiratoria, que además pueden ser distintas a si el examinado tiene conciencia de que su respuesta corresponde al conocimiento real que tiene sobre el hecho. (Como se citó en Defensoría del Pueblo, 2009. p.58)

Otro rasgo que vislumbra el Tribunal y que resta valía a este procedimiento en cuanto a determinar el grado de 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. (Como se citó en Defensoría del Pueblo, 2009. p.58)

Dicho de otra manera, cabe la posibilidad de que la persona examinada en la prueba del polígrafo logre controlar sus respuestas fisiológicas durante la entrevista, superando los sensores dispuestos para evitar este tipo de contra medida, por lo que existiendo esta ventana a la fiabilidad del resultado es cuestionable y no homologada por la comunidad científica.

Simultáneamente, el razonamiento más importante que argumenta el rechazo a la prueba del polígrafo en general y su utilidad, se resume en que por medio de la prueba se obtienen respuestas que ocasionalmente estarían relacionadas con “lo que el examinado entiende como verdad o mentira para él, pero solo de modo subjetivo” (Defensoría del Pueblo, 2009. p.59), de modo que no es admisible que por medio del procedimiento establecido en el polígrafo se puedan descubrir piezas que establezcan afirmaciones verosímiles de modo objetivo.

Por lo que en conclusión y teniendo en cuenta que entre el resultado de la prueba del polígrafo como una deducción relativa a la credibilidad de la afirmación del testigo y que no tiene un solo significado, el beneficio real que puede brindar a la solución del proceso es en extremo restringida.

Es importante considerar ahora, un argumento adicional esbozado por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en proceso 26470 de fecha 1 de agosto de 2008, donde manifiesta que:

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 (subrayado fuera de texto) de la conducta investigada. (Centro internacional para la justicia Transicional. 2007. P. 206)

Dicho esto, hay una gran disparidad con los otros medios técnicos usados en el campo forense y que prestan una ayuda real e inconmensurable para la administración de justicia, medios que por demás también son señalados por la Corte en contraposición de la prueba del polígrafo así:

mientras los experticios 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 (subrayado fuera de texto), pues aquél 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. (Centro internacional para la justicia Transicional. 2007. P. 206)

Es por esto, que la Corte advierte que de ser aceptado el polígrafo como un medio de prueba válido para establecer si el procesado miente, este no podría limitarse únicamente a ese sujeto procesal, ya que también sería propicio con los testigos de cargo o de descargo, con lo que la apreciación de las declaraciones atribuida al operador judicial quedaría sujeta al resultado de la prueba de polígrafo y su labor no estaría centrada en valorar la prueba testimonial usando las pautas que impone la ley, sino en inspeccionar la rigurosidad con la que se realizó la prueba de polígrafo y definir si armoniza o no con las conclusiones del mismo.

Es decir, el juez o fiscal, antes de analizar lo dicho bajo las reglas de la sana crítica con el fin de concluir respecto de la credibilidad de un testigo, estaría obligado a establecer otros asuntos como las circunstancias en que se realizó la prueba, así como todo aspecto en relación con el cumplimiento de los requerimientos técnicos de la misma, para obtener de ello lo que se debería inferir con el uso de las reglas legales dispuestas para tal propósito.

Para hacer claridad en lo anterior, habría que decir, que lo que específicamente traza el polígrafo, es la respuesta del examinado con relación a situaciones y preguntas acontecidas en un ambiente privado, en donde el técnico poligrafista, según sus conocimientos, califica al individuo dentro de tres parámetros:

I) “DI” (decepción indicada) si advierte reacciones fisiológicas indicativas de engaño.

II) “NDI” (no decepción indicada) si no las hay

III) y como “NO” cuando no puede dar una opinión (Defensoría del Pueblo. 2009. p.73), sin embargo, en ningún caso, ese diagnóstico y/o resultado es capaz de transmitirle al operador judicial la cognición requerida para tomar una decisión que es en esencia el objeto del medio de prueba.

En síntesis, la Corte Suprema de Justicia, evidencia grandes riesgos relacionados con la libertad y la dignidad del sujeto si la prueba de polígrafo es admitida como medio de prueba, pues:

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. (Defensoría del Pueblo, 2009. p.74)

Con lo cual se convierte al examinado en un “instrumento de corroboración de una verdad” (Defensoría del Pueblo, 2009. p.75), verdad que debe vislumbrar la administración de justicia como uno de sus deberes, pero con rotundo respeto a dignidad humana.

En conclusión, al integrar todas las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, deduce que la prueba del polígrafo “no es admisible como medio de prueba en el contexto de la teología de la investigación penal” (Centro internacional para la justicia Transicional. 2007. P.206), más allá de la confiabilidad que pueda o no prestar el instrumento.

2.3 MARCO JURÍDICO

CAPÍTULO I

La dignidad humana, sentido y alcance de su vulneración con la prueba del polígrafo en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana.

- **Acepción de la Dignidad Humana.**

Para desarrollar adecuadamente el contenido del presente capítulo, es imprescindible precisar la acepción histórica y actual del concepto “dignidad humana” y sus diferentes sentidos como valor, principio y derecho, para luego centrar el tema y su entendimiento en el marco de la jurisprudencia Constitucional Colombiana y sus diversos enfoques, identificando efectivamente como en desarrollo y aplicación de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal se vulnera este derecho fundamental.

Por lo tanto, la pregunta ineludible es evidente: ¿Qué se entiende por dignidad humana?, pregunta que será resuelta desde sus nociones más básicas como lo es la raíz ontológica y etimológica de la palabra, hasta su entendimiento en el marco del ordenamiento jurídico colombiano y la Jurisprudencia, a fin de relacionar y sustentar como la prueba de polígrafo vulnera la dignidad humana en los procesos de selección de personal.

En primer lugar, la dignidad, ontológicamente hablando, según la filóloga y lexicógrafa española María Moliner, “es una cualidad de las personas por la que son sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones o faltas de consideración” (como se citó en Sepúlveda M. 2009, p, 116), esto es, la indiscutible naturaleza humana, pues son características que hacen del ser humano excepcional y distinto a los demás seres vivos, ya que está provisto

de racionalidad como cualidad que lo identifica, y “existe en sí mismo sin menoscabo de ninguno con posibilidad de autodeterminarse e imponerse sus propios límites y posibilidades”, (Romero J. 2011, p. 43), dicho de otra forma, su autonomía, con lo que se descarta este sea un medio para los fines, lo que en palabras de Kant “un fin en sí mismo”.

Dicho esto, el segundo punto a tratar es la raíz etimológica de la dignidad humana, la cual:

tiene su origen en el sánscrito, concretamente en la raíz dec, que querría decir ser conveniente, conforme, adecuado a algo o alguien. Posteriormente, fue adoptada por la lengua latina, que le añadió el sufijo -mus, formando el vocablo decmus, que acabó derivando en dignus, que en castellano se convirtió en digno, de donde, a su vez, surgió la palabra dignidad. (Berriain, 2011, p.89)

Igualmente, la palabra dignidad, se refiere a una cualidad destacada o excelencia “usado en relación con o con respecto a: digno de, apto para, merecedor de, superior a;” (Romero 2011 p.38), lo cual revela por qué el concepto de dignidad se enlaza al de equidad y justicia, dejando claro por demás que la dignidad es un atributo de los seres humanos.

El teólogo y filósofo católico perteneciente a la Orden de Predicadores Tomás de Aquino, menciona precisamente la semejanza y correlación existente entre, dignidad, equidad y justicia de la siguiente manera: “lo que va contra la naturaleza, ni es digno ni justo” (Roche y Martínez 2019), no obstante, el vocablo dignidad, más que correspondencia o proporción de justicia o equidad, hacia relación a superioridad, es decir, distinción del hombre sobre las demás cosas, o social, que se corresponde al asentimiento de su situación política o religiosa.

Lo anterior, hace pertinente mencionar el renacimiento español, donde el ingeniero y humanista Fernán Pérez de Oliva en su obra *Diálogo de la Dignidad del Hombre*, presenta al hombre con el propósito de hacerse a sí mismo, no una naturaleza prefijada, y que el “libre albedrío es aquel por cuyo poderío es el género humano señor de sí mismo y cada hombre tal cual él quisiere hacerse”. (como se citó en Pérez. A 2003. p.223)

El tema se ha mantenido en el centro del razonamiento filosófico, por lo que también cabe señalar la consideración hecha por el matemático y filósofo Blaise Pascal quien en su obra *Pensées* hace una reflexión sobre el ser humano uniendo la dignidad con el pensamiento y, posteriormente en los siglos XVII y XVIII, el jurista Samuel Pufendorf y el filósofo Kant, efectuaron una distinción del tema soportado en el paralelismo de los conceptos de racionalidad y dignidad, “de la idea del hombre como ser éticamente libre y de la dimensión moral de la personalidad” (como se citó en Gros, 2003, p.194), visiones que influyeron de forma determinante en todo el pensamiento occidental subsiguiente.

No es la intención del presente escrito, hacer cuenta minuciosa de los diferentes filósofos y pensadores que se han expresado respecto al concepto de dignidad, pero si es esencial indicar que la filosofía y doctrina sobre el tema es bastante amplia, por lo que buscar el origen del concepto no es para nada simple, sin embargo, si es posible reseñar algunos escritos y pensadores que hicieron exposiciones respecto de la dignidad humana con los que el concepto se puede ir haciendo cada vez más claro.

Lo dicho hasta aquí, es entonces un breve análisis a modo de recapitulación en relación con la noción del concepto “*dignidad humana*” y su paso por varios pensadores en diferentes épocas, quienes han demarcado un camino que intenta en la práctica la construcción más acertada de su significado,

explorando la naturaleza humana, sus relaciones y su entorno con el fin de lograr una idea cierta, que ineludiblemente deriva en la actualización constante del concepto de dignidad humana.

Es pertinente entonces, acercarnos un poco más al siglo XX con el artículo “Una aproximación al concepto de dignidad humana” escrito en 2014 por el profesor de leyes de la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro Antonio Pele, quien señala como la idea de dignidad humana sufre un proceso evolutivo que emana de la era premoderna, en donde inicialmente el atributo de dignidad al ser humano fue dado por Dios a su máxima creación y luego es precisada en toda su extensión al término de la Segunda Guerra Mundial: (Pele. A 2014):

Sería interesante recordar que el concepto de dignidad humana ha conocido varias fases en su formulación histórica. Durante la época premoderna, dicho valor derivaba del parentesco uniendo el hombre con Dios y hacía del primero un ser excelente por ser creado a imagen de Dios. Gracias a las cualidades que le fueron atribuidas (pensamiento, lenguaje, etc.) el ser humano podía demostrar su grandeza y superioridad sobre los demás animales: el hombre era el único ser valioso puesto que Dios le otorgó solo a él las capacidades más nobles para ejercer su predominio y perfeccionar su conocimiento. El concepto de dignidad era así un concepto religioso y las razones de su aparición deben buscarse en el antropocentrismo fomentado en gran parte por la religión judeo-cristiana. (Pelé, 2014, p.1).

Seguramente el mayor avance en la acepción de la dignidad humana que conocemos hoy, nace al finalizar la segunda guerra mundial, la cual se dio entre 1939 y 1945, y se vieron involucrados gran parte de los pueblos del mundo. Estuvo afectada por sucesos con grandes consecuencias que

implicaron muertes masivas de civiles, las cuales, según (Sommerville. D 2008), se dieron a consecuencia de los fuertes bombardeos en ciudades y el uso, por una vez, de armas nucleares en un enfrentamiento militar, convirtiendo la Segunda Guerra Mundial en la más letal en la historia de la humanidad, dejando como resultado entre cincuenta y setenta millones de víctimas.

La Segunda Guerra Mundial, derivó entonces en cambios importantes en el ordenamiento jurídico internacional en favor de evitar que las mismas leyes consientan crímenes en la humanidad, es así que para “proteger a las generaciones venideras de la guerra” (Naciones Unidas. 1945), se incluye en la Carta de las Naciones Unidas el término dignidad humana:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas [...] hemos decidido unir nuestros esfuerzos para realizar estos designios. (Naciones Unidas. 1945).

Finalmente, es pertinente recordar el concepto sobre la dignidad humana abordado por la Iglesia católica, específicamente por el Concilio Vaticano II, que en palabras expresadas por el sumo pontífice Juan Pablo II en discurso pronunciado en las Naciones Unidas el 2 de octubre de 1979, proclamó:

El conjunto de los derechos del hombre corresponde a la sustancia de la dignidad del ser humano, entendido íntegramente y no reducido a una sola dimensión. Se refiere a la satisfacción de las necesidades esenciales del hombre, al ejercicio de sus libertades, a sus relaciones con otras personas. Pero se refiere también, siempre y dondequiera que

sea, al hombre, a su plena dimensión humana, sin olvidar una doctrina cada vez más rica al respecto. (Pablo II. 1929).

Por otra parte, un complemento del vocablo dignidad es la expresión Dignificación, la cual está íntimamente asociada con el adjetivo digno, “resultado de hacer o hacerse digno de algo superior u obrar conforme a la propia condición o destino” (Romero J. 2011.p. 38). Como resultado, cuando se hace la respectiva diferenciación entre los términos de dignidad y dignificación, se hace referencia a las dimensiones propias del ser humano, **I) dignidad**, “corresponde al nivel ontológico en consonancia con el reconocimiento a la superioridad de la especie que otorga el atributo de la racionalidad, por el cual es posible abarcar y dominar la creación entera” (Romero J. (2011). p. 39), y de otro lado una **II) dignidad adquirida** o sucedida de forma accidental asociada al ejercicio del proceder personal y social.

Así mismo, la dignidad, entendida desde cualquiera de los dos puntos de vista o criterios mencionados anteriormente, contiene el cumplimiento del precepto utilizado por el poeta lírico de la Grecia clásica Píndaro “llegar a ser lo que eres” (Como se citó en Romero 2011.p.39), suscitando en el individuo una postura humana conforme a su naturaleza:

Entra en ti mismo y mira: si no ves todavía la belleza en ti, haz como el escultor que quiere hacer una hermosa estatua; quita materia, araña, pule, limpia. Como él, retira lo superfluo, rectifica lo que está torcido, limpia lo que está manchado a fin de conseguir tu propia brillantez, no ceses de esculpir tu propia estatua (Como se citó en Romero 2011). p. 39).

Conviene subrayar entonces de forma clara y con el objetivo de eludir errores conceptuales, las diferencias entre la **I) dignidad intrínseca**, es decir,

inherente a todo ser humano y la **II)** dignidad que se puede producir o no en el comportamiento del mismo, discriminación entre el ser general y sus particularidades esenciales y la parte axiológica asociada con la dignidad de su conducta. Diferenciación ostensible para el Filósofo e historiador uruguayo Arturo Ardao, quien en su obra *El Hombre en Cuanto Objeto Axiológico* la expuso en los siguientes términos:

Pero en todo momento, cualquiera sea su edad o su normalidad —y cualquiera sea su grado de dignidad o de indignidad moral— ostenta aquella interior dignidad que le viene, no de ser un hombre de dignidad, sino de tener la dignidad de un hombre. Semejante dignidad anterior independiente de la dignidad moral, que ni se conquista ni se pierde, es una dignidad, a diferencia de aquélla, ontológica tanto como axiológica. En otros términos: no ya axioética como la dignidad moral, sino, originariamente, axioontológica. (como se citó en Gros, 2003, p.196).

Es decir, la dignidad humana, es connatural o propia de todos los seres humanos, es independiente a “los contenidos de la conducta” (como se citó en Gros, 2003, p.196).

- **La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos.**

Hay que mencionar que, el contenido de la dignidad humana como raíz de los derechos humanos, pese a que no es sinónimo de la dignidad, son nociones genuinamente unidas y naturalmente inseparables, ya que la dignidad humana implica “el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad” (Gros, 2003. p. 198), la cual forma parte del conjunto de derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Por lo

que el desconocimiento de alguno de estos derechos representa la negación de la dignidad humana en su inapelable integralidad con aquellos.

Es decir, como convenientemente la ha descrito, el jurista y filósofo español Antonio Enrique Pérez Luño en su obra “Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos” tiene implícito un doble enfoque: “entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”. (como se citó en Gros. 2003. P 198), planteamiento positivo que unifica el respeto por la dignidad en consonancia con el libre desarrollo de la personalidad.

Evidenciando que la dignidad cuenta con el rasgo fundamenta de hacer a la persona en si misma un fin y no un medio para conseguir fines de otros sujetos de derecho, y para el caso concreto de las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal, es trasgredida al instrumentalizar el trabajador-candidato, pues priman los intereses y fines del Empleador, obviando que la dignidad, hace a cada ser humano particular y divergente a todos los demás seres en el universo, tan distinto como cualquier otro ser humano. (como se citó en Gros. 2003).

En conclusión, es innegable que el concepto de dignidad, al estar vinculado al ser humano como un atributo y connatural a este, los principios y derechos constitucionales que entran en juego en desarrollo de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal como la buena fe, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, integridad, intimidad, trabajo, honra y no autoincriminación, aunque tienen una estrecha relación con la dignidad humana, no significa que los conceptos coincidan totalmente. La dignidad tiene un contenido tan amplio que abarca todos los mencionados, de tal suerte que

al protegerse la dignidad humana se garantizaría la protección general de los principios y derechos constitucionales, así como los derechos humanos.

Finalmente, la dignidad humana, no solo es un concepto intangible e inherente al ser humano, conlleva el reconocimiento y respeto al cuerpo humano, no solo durante la vida, ya que incluso después de la muerte los restos humanos de ningún modo son considerados objetos. En palabras de Yoshihiko Komatsu, (como se citó en Gros. 2003). “La dignidad se proyecta así, también, sobre la naturaleza y las características del cuerpo humano”, por lo que la dignidad humana es un atributo constitutivo e inseparable del ser y en efecto inviolable, no puede ser negada o desconocida bajo ninguna circunstancia y cualquier acto que la desconozca o violente es per se ilegítimo, teniendo en cuenta que no puede desligarse de lo que la persona humana inexorablemente es.

- **Sentido y alcance de la dignidad humana en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana.**

Luego del acercamiento y comprensión de los diferentes rasgos de la dignidad humana y sus alcances en general, es pertinente observar cómo entiende la normatividad colombiana el concepto, para lo cual el camino más adecuado es el trazado por la Constitución Política de Colombia de 1991 y la jurisprudencia, donde en primera instancia la Norma de normas expresa en su artículo 1:

Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Mostrando la relevancia del concepto en el contexto constitucional, estableciendo el derecho a la dignidad humana como eje transversal en la exegesis de todas las normas constitucionales, por lo que la Corte Constitucional, desde su creación, y en virtud de las competencias emanadas de la Constitución Política, empezó a descifrar el concepto y sus diferentes rasgos, llegando a la Sentencia T-881 de 2002 (M.P: Eduardo Montealegre Lynett) donde unificó sus pronunciamientos desde la sentencia T-532 de 1992 con varias claridades respecto a la configuración jurisprudencial de la naturaleza de la dignidad humana, claridades que se presentan en dos sentidos **I) Objeto de protección y II) Funcionalidad normativa**, los cuales serán revisados en contraste con la prueba de polígrafo.

- **Objeto de protección vs prueba de polígrafo en procesos de selección.**

En cuanto al objeto de protección, la dignidad humana, por cuanto es transversal en la Constitución Política, la apreciación de la Corte Constitucional parte de la idea de “un objeto de protección o de un cierto contenido material de la dignidad humana como concepto normativo” (Corte Constitucional 2002), identificando en ello tres líneas jurisprudenciales, cada una con enfoques que se pueden distinguir y delimitar así: **I)** la dignidad humana como autonomía individual, **II)** la dignidad humana como condiciones de existencia y **III)** la dignidad humana como intangibilidad de ciertos bienes. Líneas construidas por la Corte Constitucional en Sentencia T-881 de 2002 (M.P: Eduardo Montealegre Lynett) con las sentencias que se describen a continuación, las cuales configuran los principales conceptos en cada caso:

I) la dignidad humana y la autonomía individual.

Sentencia	Año	Concepto
T-532	1992	la Corte señaló la estrecha relación entre la libertad individual y la dignidad humana.
C-542	1993	no pueden superponerse los intereses generales a los derechos fundamentales, especialmente los de la libertad y la vida que son “inherentes” a la dignidad del ser humano.
C-221	1994	la Corte consideró la dignidad humana como el fundamento de la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino
T-477	1995	al estudiar el caso de la readecuación de sexo de un menor, decidió proteger los derechos fundamentales del menor con fundamento en la caracterización de la dignidad humana como autonomía personal.
T-472	1996	la Corte estableció que las personas jurídicas no son titulares de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, debido a que los mismos constituyen una “derivación directa del principio de dignidad humana”, en esta oportunidad se pronunció sobre el contenido de la dignidad asociándola a la autonomía individual.
C-239	1997	la Corte creó una causal de justificación o eximente de responsabilidad, en el caso del homicidio pietístico; uno de los ejes de la argumentación fue el de la dignidad entendida como autonomía del enfermo para decidir sobre su vida en determinadas circunstancias.
T-461	1998	la Corte decidió que la práctica consistente en limitar la actividad del trabajador a acudir al sitio de trabajo y no

		<p>permitirle desarrollar las labores para las cuales fue contratado, al estar dirigida a configurar despido indirecto, afecta la dignidad humana en tanto imposibilita al trabajador el despliegue de la actividad y el “desarrollo de su ser”.</p>
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

II) la dignidad humana y las condiciones materiales de existencia.

Sentencia	Año	Concepto
T-596	1992	la Corte ordenó realizar algunas reparaciones en un centro penitenciario a partir de la acción de tutela presentada por un recluso que dormía en un lugar incómodo expuesto a malos olores, con letrinas abiertas, etc., para la Corte en este caso la dignidad opera como calificativo de la forma de vida, de la cual se desprende una relación entre la dignidad y unas ciertas condiciones materiales de existencia.
T-124	1993	la Corte tuteló el derecho de petición de una persona de la tercera edad que solicitaba el reconocimiento de la pensión. En esta oportunidad señaló la relación existente entre la igualdad material, las condiciones materiales de vida y la dignidad.
C-239	1997	la Corte creó una causal de justificación o eximente de responsabilidad, en el caso del homicidio pietístico. Uno de los ejes de la argumentación fue el de la dignidad, pero ahora en función de las condiciones materiales de la vida del enfermo
T-296	1998	la Corte revisó la acción de tutela presentada por una persona recluida en una cárcel con problemas de

		hacinamiento y que tenía que dormir sobre un piso húmedo, lugar de paso de otros reclusos. Se pronunció sobre la relación entre el hacinamiento penitenciario la dignidad humana y las condiciones materiales de existencia.
C-521	1998	la Corte declaró inexecutable una norma del código de tránsito que disponía que para efectos de la capacidad de transporte de pasajeros, los niños menores de 7 años se considerarían como medio pasajero; las razones giraron en torno a las condiciones de comodidad y seguridad durante el transporte como predicados de la dignidad humana.
T-556	1998	la Corte concedió la tutela del derecho a la salud y al desarrollo armónico físico y psíquico de una menor bajo la idea de la dignidad humana en función de las necesidades materiales.
T-565	1999	la Corte ordenó a una E.P.S. suministrar pañales (excluidos del POS) a una persona de la tercera edad con dificultades económicas y con un problema de control de esfínteres; en este caso es clara la relación existente entre la dignidad humana y las condiciones materiales de existencia.
C-012	2001	la Corte revisó la constitucionalidad de un tratado internacional sobre repatriación de presos; en este caso consideró que la dignidad no se restringe a la creación de las condiciones de vida digna, sino que se extiende a la obligación de velar por que se alcance tal resultado.

III) la dignidad humana y la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral

Sentencia	Año	Concepto
T-401	1992	la Corte resolvió el caso de reclusos inimputables por demencia cuya medida de seguridad de internación psiquiátrica se había prolongado indefinidamente lo cual constituía una pena o trato cruel, inhumano o degradante, que claramente afecta la dignidad humana
T-402	1992	la Corte revisó la tutela interpuesta por la madre de un niño a quien su profesora le castigó poniéndole un esparadrapo en la boca, la humillación padecida por el menor fue una de las razones para determinar la procedencia de la tutela de sus derechos.
T-123	1994	la Corte al estudiar un caso de violencia intrafamiliar, tuteló los derechos de una menor a partir del enunciado normativo “respeto a la dignidad humana” del cual se desprende el derecho fundamental “a la integridad física y moral”
T-036	1995	la Corte puso de presente la relación entre la noción normativa de dignidad y la integridad física. De tal forma que es la prohibición de someter a persona alguna a la realización de “trabajos forzados” la que permite perfilar el contenido del llamado derecho a la “dignidad humana”.
T-645	1996	la Corte resolvió el caso de una señora a quien después de varias revisiones médicas no le resolvían sus problemas de salud. La Corte tuteló el derecho a la integridad física el cual es “manifestación directa del

		principio de la dignidad humana”, ordenando la revisión de la actora por parte de un especialista
T-572	1999	la Corte al resolver el caso de una mujer que perdió la fisonomía de su cuerpo después de una operación de senos, concedió la tutela del derecho a la integridad física en relación con el derecho a la dignidad humana, ordenando la realización de una cirugía estética.
T-879	2001	la Corte al resolver el caso de un delincuente gravemente herido que fue esposado a la cama del hospital por el policía custodio, tuteló los derechos del herido bajo el argumento según el cual, tal situación constituía un trato cruel que representaba una “vulneración de la dignidad humana”.

Fuente: Elaboración propia.

Dicho esto, hay que destacar que la Corte Constitucional dedujo a partir de los pronunciamientos compilados respecto a la dignidad humana, “que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural” (Corte Constitucional. 2002), los cuales describe así: **I)** Autonomía individual, consumada en la facultad de elegir un plan de vida y de establecerlo según esa preferencia. **II)** Condiciones de vida cualificadas, relacionadas con las circunstancias físicas y necesarias para crecer en su plan de vida. Y **III)** la intangibilidad del cuerpo y del espíritu interpretada como probidad física y espiritual, supuesto para el cumplimiento del plan de vida.

Ámbitos que, en su conjunto, conforman el objeto protegido por la normativa constitucional, el cual evolucionó de los planteamientos normativos respecto de la dignidad, esencialmente los contenidos en el artículo primero

constitucional, secundado por los artículos 42, 53 y 70, los cuales se abordaran más adelante.

Es preciso recordar que la Corte no solo delimito el derecho en función de los artículos constitucionales que hacen alusión expresa al término dignidad, ya que la delimitación en función del objeto protegido abarca múltiples enunciados constitucionales relacionados con la dignidad, como el artículo 12 el cual derivó en la norma que protege el derecho fundamental a la integridad física y moral o el artículo 13, el cual culminó con el perfeccionamiento del objeto de protección “dignidad humana”, abarcando la posibilidad tangible de alcanzar ciertos bienes o servicios.

Dicho esto, en desarrollo de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, al ser esta un requisito de contratación irregular en algunas organizaciones del sector privado, afecta el objeto de protección en sus tres ámbitos:

I) Autonomía individual, pues restringe la libertad con la que el individuo debe elegir si presenta la prueba o no, esto en atención a la posición dominante que ostenta el Empleador sobre el trabajador-candidato, que somete a este último a consentir en la prueba, pues de no hacerlo se ve expuesto a la amenaza real de no obtener el empleo.

II) Condiciones de vida cualificada, el cual se ve limitado por cuanto la prueba es una barrera irregular de acceso al trabajo, el cual garantiza las condiciones materiales necesarias que permiten al individuo el desarrollo de su proyecto de vida.

III) La integridad física del individuo, ya que se somete al individuo a un delicado proceso de instrumentalización, donde es conectado a diversos

equipos que intentan medir sus cambios psicofisiológicos. Todo lo cual, desde ya puede afirmarse, no está respaldado por nuestro ordenamiento jurídico.

- **Funcionalidad vs prueba de polígrafo en procesos de selección.**

En segunda instancia, en cuanto a la funcionalidad del planteamiento normativo relacionado con la dignidad humana, la Corte Constitucional, identifico tres lineamientos en el ordenamiento jurídico, los cuales aportan los elementos necesarios para su correcta comprensión y determinar el alcance del principio en la Constitución Política (Corte Constitucional 2002) así:

1. La dignidad humana como principio fundante del ordenamiento jurídico y el Estado, esto es, la dignidad a manera de valor.
2. La dignidad humana como principio constitucional
3. La dignidad humana como derecho fundamental autónomo

En razón a lo abstracto del concepto, la Corte estimó que la dignidad humana no expone una posición inaccesible o inalterable, por lo que para usar eficazmente el término no es necesario que este sea expresado como derecho fundamental, principio o valor, ya que siempre que se garantice su protección no importa su calificativo, lo esencial y verdaderamente importante es su real y efectiva realización.

Sin embargo, para efectos del presente trabajo, es necesario revisar cada una de las perspectivas para encontrar el cómo de su vulneración con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, iniciando con, la dignidad humana como principio, el cual ha sido tratado por la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos, en especial en la (Sentencia T-1134 de 2004 M.P Alfredo Beltrán Sierra) donde señaló que:

El principio de la dignidad humana, se constituye como un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana identificados así: autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral.

Visto de esta manera, el concepto de dignidad humana exhorta al Estado a garantizar y salvaguardar los derechos humanos, no solo como inicialmente se entendieron, en el sentido de no inmiscuirse en el disfrute de estos por parte de los individuos, si no en el deber de fomentar las acciones esenciales que conlleven a que estos derechos puedan ser ejercidos real y efectivamente por todas las personas, con lo cual se rebasa la simple retórica al interior de un universo de escollos jurídicos y se instauran fundamentos que soportan la ética del Estado social de derecho.

En cuanto al reconocimiento de la dignidad humana como derecho fundamental, inmerso en la Constitución Política, la Corte Constitucional indicó:

El derecho a la dignidad humana constituye un derecho fundamental autónomo y cuenta con los elementos de todo derecho: un titular claramente identificado, un objeto de protección más o menos delimitado y un mecanismo judicial para su protección. En este sentido, se consagra como un verdadero derecho subjetivo que posibilita la irradiación de los contenidos axiológicos de la Carta e influye definitivamente en la interpretación del ordenamiento jurídico. En

definitiva, los ámbitos de protección de la dignidad humana deberán apreciarse no como contenidos abstractos sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales el ser humano desarrolla su vida ordinariamente. Sentencia C-397 de 2006, (M.P.: Jaime Araújo Rentería).

Por lo que la autonomía como atributo reconocido al derecho fundamental de la dignidad humana, es reconocido cuando se puede identificar sin duda la persona titular del derecho, y este a su vez pueda hacerlo exigible ante el Estado, dejando claro que básicamente no es un derecho derivado o por conexidad aunque no debe ser analizado de forma aislada, ya que al tratarse de un derecho fundamental y/o esencial de la persona humana, debe ser examinado a la luz de “todo el sistema de derechos que tiene como sujeto la persona” Corte Constitucional sentencia T002 de 1992 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero).

Como resultado, los distintos alcances atribuidos a la dignidad humana sirven de base a la construcción jurídica de la noción de Estado social de derecho, lo cual rebasa la simple positivización, ya que, si bien está inmersa constitucionalmente, indirectamente impregna completamente el universo jurídico, es así como la Corte Constitucional en sentencia T-881 de 2002 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynett), expresa:

[...] la operatividad del concepto pasa del plano prescriptivo al plano descriptivo, en este sentido la dignidad humana constituye un elemento definitorio del Estado social y de la democracia constitucional, existiendo entonces una suerte de relación conceptual necesaria entre dignidad humana y Estado social de derecho.

Para finalizar, la Corte ha señalado en reiterada jurisprudencia que la dignidad humana equivale “al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona” y este trato es merecido por el simple hecho de ser persona, adicional a ello, no es solamente el trato merecido, también la posibilidad que tiene el individuo de exigir este trato acorde con su condición humana por lo que la Corte es clara al indicar que el derecho fundamental a la dignidad es de eficacia directa, es decir que la norma es clara y precisa además de ser un mandato incondicional y “cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado” Corte Constitucional. Sentencia SU-062 de 1999 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa).

En conclusión, dignidad humana no es solo un principio y mandato constitucional fundante del ordenamiento jurídico colombiano en favor del sujeto por el simple hecho de serlo, es un derecho fundamental autónomo, innegociable, el cual hace parte del ser humano, que en palabras de la Corte Constitucional en sentencia T002 de 1992 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), es “razón y fin de la Constitución de 1991”, no es entonces el individuo en abstracto y considerado de forma aislada, si no específicamente considerado en su dimensión social, valorado como objetivo de la Constitución Política desde la rigidez de las relaciones individuo comunidad.

Por lo que, la situación del trabajador-candidato, en el proceso de selección de personal donde se exige la prueba de polígrafo, carece de presencia estatal, pues es una situación actual que no ha sido revisada responsablemente por el Estado, conllevando a la proliferación de las pruebas en el sector privado y la vulneración no solo de la dignidad humana sino principios y valores éticos, sociales, legales e ideológicos consagrados en el CST y la Constitución Política de Colombia, de donde nace todo el ordenamiento jurídico.

Por lo que, la permisividad por parte del Estado en cuanto a la práctica de la prueba en los procesos de selección, no es coherente con el principio positivo de proteger la dignidad humana inmerso en la constitución, lo cual se demuestra con la ausencia de reglamentación clara y expresa que proteja efectivamente al trabajador de su empleador cuando es obligado a someterse a la prueba del polígrafo, afectando la funcionalidad de la dignidad humana.

En este sentido, si bien se respeta la libertad de empresa, lo cual envuelve la posibilidad de generar procesos de reclutamiento de personal acordes con el objeto social, estos, en manera alguna, puede desconocer derechos ciertos e irrenunciables del trabajador (art 13 CST). En concreto para los fines del presente estudio, ningún instrumento de selección puede valerse de medios o instrumentos que lesionen la dignidad humana. La Prohibición expresa debe disponerse e incluirse en el Estatuto del Trabajo que el congreso esta en mora de promulgar.

- **Dignidad humana en las Normas Internacionales de Trabajo (NIT)**

Es importante resaltar, que no solo en Colombia se da trascendencia al concepto de dignidad humana, un artículo escrito por Víctor M, investigador de la UNAM, reflexiona en relación con el desarrollo del concepto *dignidad* humana, dignidad, derechos humanos y dignidad bioética, indicando que al concluir la segunda guerra mundial los derechos humanos se transformaron en “paradigma ético de las sociedades contemporáneas y en criterio de valoración del desarrollo moral de los estados” (como se cita en Lastra J. 2015). A partir de allí, la ONU fijo en **La Carta de Naciones Unidas** de 1945 dentro de sus objetivos esenciales, la paz, respeto y defensa de los derechos humanos, al igual que el valor de la persona humana y su dignidad, expresando:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos: a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de la vida dentro de un concepto más amplio de la libertad. (Naciones Unidas 1945).

Luego, En 1944, **La Declaración de Filadelfia**, redefinió los objetivos y fines de la OIT, expresando en su título segundo:

La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma que:

(a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

Premisas que también son incluidas en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, adoptada en París, por la 183 Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, donde su preámbulo ratifica la “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. Complementado con el

artículo 1º, el cual reza: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Sin olvidar los Artículo y 5 y 22 de la misma declaración, los cuales expresan:

Artículo 5: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

Artículo 22: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Luego, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, promulgado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de Las Naciones Unidas, reafirma en su preámbulo que:

conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

Adicionando en los artículos 7: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Seguidamente de **El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** de 1966, atiende a la motivación y principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas conviene:

Artículo 13: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Posteriormente, en 1948 aparece La Carta de la OEA, que proclama los derechos fundamentales de las personas y la erradicación de la pobreza, donde en su título VII, artículo 45 dispone:

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;

b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo

como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.

Reformada en 1967 mediante El Protocolo de Buenos Aires, cambiando respecto al artículo mencionado anteriormente solo su numeración y título, pasando al capítulo VIII artículo 43.

Por último, el **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales**, que representa el principal instrumento de las normas internacionales del trabajo en el sistema interamericano, incluye:

Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Vale mencionar que las NIT relacionadas anteriormente fueron aceptadas, ratificadas o adheridas por Colombia.

CAPÍTULO II

Análisis Constitucional y legal de las normas, principios y derechos que implica la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal.

• Derechos y principios Constitucionales que involucra la aplicación de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal.

- Dignidad humana.**

En primer lugar, es importante recordar que, a partir de la revisión documental y normativa de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, se evidencia que actualmente en Colombia no existe norma que regule o prohíba expresamente estas pruebas, a excepción de las resoluciones emitidas por la SIVSP, las cuales regulan su práctica en los procesos de selección de personal en las empresas de vigilancia y seguridad privada.

Producto de ello, se hace necesario exponer y relacionar las normas constitucionales y legales que regulan su práctica tácitamente, las cuales se deducen del procedimiento y contexto en que la prueba se realiza, con el fin de evidenciar si la prueba efectivamente está en consonancia con aquellas o trasgrede principios y derechos fundamentales conexos a la dignidad humana del examinado, obviando profundizar en la firma del consentimiento informado, el cual será analizado ampliamente en el último capítulo.

Dicho esto, el primer artículo que vale la pena destacar es el Artículo 1° de la Constitución Política de 1991, el cual está relacionado no solo con la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal por cuanto hace

relación directa a la dignidad humana, pues también describe el tipo de Estado que es Colombia e incluye principios que lo fundamentan.

Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

En términos generales, este artículo es uno de los más importantes, ya que describe el tipo de Estado que es Colombia, “social de derecho”, lo cual se relaciona con las libertades del ciudadano, y el deber del estado de propender por la satisfacción de las necesidades de los menos favorecidos corrigiendo las estructuras injustas del Estado de 1886, incluyendo el nuevo modelo administrativo, considerándolo como una república unitaria y descentralizada, es decir, con autonomía total en cualquier instancia, pues no depende más que de sí mismo para tomar decisiones. (Villar. L. 2007).

Adicionalmente, el rasgo más impórtate de este artículo de la Constitución y que se relaciona con la materia central de este escrito, es que se hace mención por primera vez al “respeto de la dignidad humana”, entendido como principio, valor y derecho, garantía fundante y obligación del Estado Colombiano (Corte Constitucional 2002), por lo que debe estar presente en todas las actuaciones estatales, con independencia total de la persona.

En términos de la Corte Constitucional en Sentencia T-190 de 2010, (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio), la dignidad humana es tan relevante, que se resalta como cimiento de garantía de los derechos humanos y esencia de la naturaleza del hombre, y con el paso del tiempo se ha positivizado de tal

manera que evoluciona y se convierte en derecho fundamental y garantía a los demás derechos.

Sin embargo, como se describe en el capítulo I, la dignidad humana es vulnerada en todas sus dimensiones con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, pues no existe norma que autorice o prohíba su práctica en casos diferentes a la vinculación de personal de empresas de vigilancia y seguridad, aunado al desequilibrio natural de las relaciones laborales, empleador vs trabajador-candidato, en el contexto colombiano, pues en la práctica, no se garantiza la autonomía del individuo como elemento de la dignidad humana.

Derecho que debe ser garantizado entre otros, en el marco del artículo 13 ibidem, del mismo cuerpo normativo:

Artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica [...] El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Por lo que es deber del Estado, indistintamente de la condición individual de la persona, garantizar este derecho y tenerlo en cuenta en todas las decisiones que lo afecten, promoviendo las condiciones para que se cumpla de forma real y efectiva, es decir, su deber es instaurar medidas con el objeto de amparar a todos los ciudadanos, especialmente a los grupos que pudiesen ser discriminados o segregados por condiciones especiales.

Además, con la creación de la Honorable Corte Constitucional, es menester de aquella realizar el control y vigilancia de la Constitución, ya que todo el ordenamiento jurídico debe y está sometido a su examen, lo cual encuentra sustento en el artículo 4 Constitucional, pues en todo caso de incompatibilidad entre esta y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales, es decir que, formalmente tanto la jurisdicción como la competencia de la Honorable Corte Constitucional contemplan un espectro amplio de acción que debe garantizar el respeto por las normas constitucionales y su concordancia con las demás, lo cual, para el caso no se evidencia.

En definitiva, no se puede desconocer la importancia de la dignidad humana dentro de la construcción del Estado y el deber de protección que se tiene sobre este derecho, situación entonces que obligatoriamente se debe contrastar con la aplicación de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, ya que es un hecho social que impacta la vida laboral y derechos de todas las personas en el territorio nacional.

- **Buena fe**

En cuanto a los principios Constitucionales que involucra la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, es más que valioso resaltar el artículo 83 Constitucional, el cual incluye la buena fe en las actuaciones de los particulares, la cual no es solo un principio constitucional, pues también está consagrada en el artículo 55 del Código Sustantivo de Trabajo.

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

Principio que ha sido definido por la Corte Constitucional en sentencia C-1194 de 2008. M.P.: (Rodrigo Escobar Gil), como:

aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”.

Además, conlleva la creencia de que la relación laboral se debe cumplir con total normalidad, sin excesos y mucho menos falsedades entre las partes, es decir, se refiere a una postura ante todas las personas “consciente, responsable y recta” (Corte Suprema de Justicia 2018), postura que se puede medir mas no cuestionar, en otras palabras, se pueden emplear métodos eficaces de selección sin que aquellos transgredan el principio de buena fe.

En atención a ello, la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, no coincide con este principio, pues con la realización de la misma se quebranta el principio de buena fe, al cuestionar toda la información brindada por este en el proceso de selección, información que por demás se otorga en medios idóneos que contrastan su dicho, es decir, hoja de vida, certificados laborales, certificados de estudio, antecedentes disciplinarios y judiciales, así como las pruebas psicotécnicas o aptitudes que considere la empresa para el cargo, por lo que realizar la prueba de polígrafo es per se presumir la mala fe del aspirante “vulnerando con ello el principio conforme con el cual la buena fe se presume y la mala fe debe ser probada”.

Adicionalmente, si se utilizara el mismo razonamiento, contrario al principio de buena fe, con el que actualmente se justifica la realización de la prueba de

polígrafo en los procesos de selección, el cual es analizar la confiabilidad del candidato, la situación de este último es completamente desigual y contraria a la existencia de relaciones recíprocas señaladas por la Corte, pues no está en posición ni es lógico que solicite al empleador someterse a la prueba y se confirme si por ejemplo paga impuestos, es cumplido en el pago de la nómina, ha robado o cometido algún delito entre otros aspectos.

En conclusión, realizar la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal contraría completamente el principio de buena fe que debe orientar las relaciones entre particulares, especialmente cuando el candidato es la parte vulnerable de la relación laboral, por cuanto presume la mala fe en lo dicho durante el proceso de selección evaluando cada palabra con el polígrafo, con lo que en consecuencia, también se afecta la honra del candidato, pues esta según la Corte Constitucional en sentencia T-022 de 2017. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Es la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana. Es, por consiguiente, un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad.

La cual indudablemente “se afecta por la información errónea o tendenciosa respecto a la persona, en su conducta privada” Corte Constitucional, Sentencia T-121 de 2018. (M.P.: Carlos Bernal Pulido), es decir que, el solo hecho de someter al candidato a la prueba de polígrafo durante el proceso de selección, va en contra del trato que este debe tener en sociedad, pues cuestiona la

integridad con la que actuó en el proceso de selección y este hecho se ve reflejado en su imagen en sociedad.

Para terminar, como es evidente, la legislación actual resalta el atributo bilateral y correlativo de la buena fe en el campo laboral, de tal forma que su existencia se justifica en la intención de salvaguardar el entorno laboral y la armonía en que deben sobrellevarse las relaciones en este campo, impidiendo para el caso, que el aspirante por la necesidad del empleo, rente por error su conciencia y renuncie a su dignidad y demás derechos fundamentales sin saberlo, siendo injustificable en consecuencia la práctica de la prueba del polígrafo en los procesos de selección, ya que la autoridad patronal no puede ser tirana y desconocer el principio de la buena fe.

- **Derecho a la Intimidad**

Otro derecho que se relaciona directamente con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, es la intimidad, el cual la Constitución Política de Colombia incluye en los artículos 15 y 45:

Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

Poniendo de presente el derecho a la intimidad de todas las personas, complementado con la inviolabilidad del mismo incluida en el artículo 42. Derecho que por demás contiene varios elementos que la Corte Constitucional en sentencia C-881-14 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), aclara en cuanto al concepto y alcance del mismo, señalando inicialmente que el derecho a la

intimidad hace parte del ámbito privado de cada persona, el cual no es susceptible a la interferencia arbitraria de las demás personas incluyendo al Estado, esto por considerarse un elemento esencial del ser, que se traduce en el derecho de actuar libremente, ejerciendo el derecho a la libertad personal con solo dos limitaciones, los derechos de los demás y el respeto por el ordenamiento jurídico.

Se debe mencionar entonces, que el derecho a la intimidad hace parte o corresponde según Sentencia de la Corte Constitucional T-696 de 1996, (M.P.: Fabio Morón Díaz) al “área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley”, dicho esto, el derecho a la intimidad se refiere al dominio personalísimo de cada individuo a los acontecimientos, fenómenos y situaciones que están fuera del conocimiento y/o son ajenos a extraños.

En conclusión, el derecho a la intimidad se divide en dos dimensiones según Sentencia de la Corte Constitucional T-222 de 1992, (M.P: Ciro Angarita Barón), primero como el debido secreto que impide la divulgación de hechos o documentos privados y segundo como libertad, es decir, el hecho de que cada persona es libre en la toma de decisiones que correspondan al ámbito privado de su vida.

Llegando a este punto, es relevante descifrar entonces como se puede llegar a vulnerar este derecho, encontrando sustento en la sentencia T-696 de 1996 (M.P.: Fabio Morón Díaz) de la Corte Constitucional donde se resaltan por lo menos tres formas de vulneración.

(i) La intromisión en la intimidad de la persona que sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado. Es un aspecto meramente material, físico, objetivo, independiente de que lo encontrado en dicho interior sea publicado o de los efectos que tal intrusión acarree. Cabe en este análisis la forma en que el agente violador se introduce en la intimidad del titular del derecho y no tanto el éxito obtenido en la operación o el producto de la misma, que se encuentran en el terreno de la segunda forma de vulneración. **(ii)** En la divulgación de hechos privados, en la cual incurre quien presenta al público una información cierta, veraz, pero no susceptible de ser compartida, es decir, perteneciente al círculo íntimo de cada quien, siempre y cuando no se cuente con autorización para hacerlo bien de su titular, bien de autoridad competente. **(iii)** Finalmente, la presentación falsa de aparentes hechos íntimos que no corresponden con la realidad.

Situaciones de vulneración que, en los dos primeros puntos que señala la Corte Constitucional, se presentan en la prueba de polígrafo, pues **I)**, aun cuando se cuente con la firma del consentimiento informado, este es obtenido de forma irregular como se explicará más adelante, por lo que en el trámite y aplicación de la prueba de polígrafo se somete al sujeto a un proceso de instrumentalización irregular con el que se obtiene información que atañe única y exclusivamente a la esfera privada del individuo, y **II)** no existe un protocolo claro de cuidado y custodia de esta información, lo cual constituye un riesgo inminente a la debida reserva de la información obtenida, representando una amenaza al derecho a la intimidad del individuo.

- **Derecho a la información y datos personales**

En consonancia con lo dicho, y dada la importancia que tiene actualmente la protección de los datos personales, el Congreso de la República promulgó la Ley Estatutaria 1581 de 2012, la cual contiene disposiciones generales para la protección de los datos personales Artículo 5:

Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revele el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derecho humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

De modo que la intimidad de la persona y todos sus datos e información personal gozan de especial protección constitucional y legal, lo cual implica que todas las normas que de allí deriven deben estar en consonancia con estos preceptos, incluyendo la prueba de polígrafo, pues se debe garantizar el derecho a la intimidad, que, según la Corte Constitucional en Sentencia T-261 de 1995 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo).

se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la auto conservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera

reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones.

- **Derecho al libre desarrollo de la personalidad**

Por otra parte, el “derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal” (Corte Constitucional 2008), inmerso en el Artículo 16 de la Constitución Política de Colombia, señala: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

Reconociendo en todos los individuos la posibilidad de establecer autónomamente su plan de vida, concepto que la Corte Constitucional ha reiterado en numerosa jurisprudencia no solo como un derecho en concreto, sino como un derecho de naturaleza compleja, (Corte Constitucional. 1992), donde se hace especial énfasis a la protección del fuero interno de las personas, el cual según la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2008. (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández).

busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional.

Con lo cual, se puede afirmar que este derecho supone la libertad e independencia de la persona para regir su existencia.

Se debe agregar, que el carácter de derecho fundamental otorgado al libre desarrollo de la personalidad, hace parte del desarrollo de la sociedad, y busca brindar a los individuos la garantía de libertad en sus decisiones de forma justa, esto según su razón, “que es expresión de sabiduría, [...] suprema ley del hombre” (Corte Constitucional 2004), lo anterior en cuanto a no afecten o interfieran con la autonomía de los demás, haciendo efectivo el respeto por el derecho como individuo y parte de un colectivo.

Se podría decir entonces, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene dos dimensiones según (Bastida et al, 2004), una subjetiva, que da la facultad de exigir al individuo la garantía de su derecho frente al Estado y una objetiva, que se fundamenta en los principios constitucionales inmersos en el ordenamiento jurídico colombiano, los cuales son en sí mismos la característica fundamental que determina el efecto que produce el derecho sobre el ordenamiento jurídico.

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia T-542 de 1992 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero) ha sostenido que:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido. Debe ser por tanto considerado como principio por cuanto es orientador, integrador y crítico de las normas constitucionales.

Dejando así en evidencia que la esencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es la autonomía individual, una autonomía que encierra todos

los asuntos que solo interesan al individuo y hacen parte de su esfera privada, “sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. (Corte Constitucional 1992).

Frase última que merece un análisis adicional a la luz de lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-221-94 (MP: Dr. Carlos Gaviria Díaz), donde se hace una especial referencia a la misma, ya que se pone de presente que cualquier limitación al libre desarrollo de la personalidad, hace engañoso el concepto, ya que las únicas limitaciones válidas serían las que estén en armonía con el espíritu constitucional, es decir, no puede estar sujeta al capricho del legislador.

Es relevante entonces tener en cuenta lo fundamental del reconocimiento de la libertad, no importa el tipo de libertad, en síntesis, es eso, libertad de la persona digna como se consagra en el artículo 1° de la Constitución Política de Colombia, en otras palabras, “un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino.” (Corte Constitucional 1994).

De ahí que, que quisiera enfatizar en que la autonomía deriva en la propia persona, la cual debe darle sentido a su propia existencia, y que al ser reconocida no puede ser limitada más allá de la autonomía de las demás personas, como lo indico John Rawls al hablar de sociedades justas y libres, "Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás". (Rawls. J. 1971. P.68) En otras palabras, solo en función de la libertad se puede restringir la libertad.

Indiscutiblemente lo dicho hasta aquí se enmarca en una idea personalista de la sociedad donde se propende por un Estado al servicio del hombre y no

el hombre al servicio del Estado, realizando los fines más allá de la persona. Por lo que considerar una persona como autónoma conlleva algunas consecuencias importantes, una de ellas y de las más importantes para este escrito, es que los temas que incumben a la persona solo deben ser resueltos y conocidos por ella, no se puede suplantar este atributo de la persona cosificándola y convirtiéndola en medio para un fin sea cual sea, como sucede con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, pues con esta se restringe la libertad del ser autónomo por cuanto se condiciona su capacidad de decidir a presentar la prueba o no obtener el empleo.

En ese orden de ideas, para el caso de las pruebas de polígrafo en el proceso de selección de personal, el consentimiento informado es la expresión misma de la autonomía como parte del libre desarrollo de la personalidad como lo expresa Carlos Gómez en su escrito Estudios de Dogmática en el nuevo Código Penal:

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. (Gustavo, 2003, p. 160)

Por lo anterior, si este consentimiento en los procesos de selección de personal se presta bajo la relación de poder y desigualdad que existe entre empleador y empleado o candidato, y no de forma libre y voluntaria como es deber y exigencia para no vulnerar los derechos del individuo, no hay certeza en la expresión libre con la que el candidato da a conocer su voluntad.

En consecuencia, este libre albedrío, con las limitaciones referidas en el párrafo anterior, es ejercido con temor, es decir, se asume por el miedo de las consecuencias de la correspondiente decisión, representadas en la posibilidad de no obtener el empleo.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, es más que importante y pertinente para el desarrollo del presente escrito, por cuanto revela el reconocimiento del sujeto libre y autónomo, capaz de tomar sus propias decisiones de vida, sin ser cuestionado en ningún aspecto de la misma, así estas decisiones no sean compartidas por los demás o el Estado, desde que estas decisiones no perjudiquen a nadie, por lo que este derecho no puede ser reconocido y garantizado fijando extremos que desconozcan el límite natural de la libertad como el caso del polígrafo en los procesos de selección.

En definitiva, si se toma el sentido y espíritu real del derecho al libre desarrollo de la personalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de manera puntual y por las razones expuestas, se puede deducir que la Resolución de la SIVSP que fundamenta la aplicación de las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal, es ineludiblemente contrario a los conceptos de libertad y autonomía que componen el derecho, ya que la prueba de polígrafo deriva en el juzgamiento del fuero interno del individuo, del cual es despojado sin su consentimiento libre, transgrediendo sus derechos sin fundamento legal.

- **Derecho al trabajo**

Finalmente, además de los derechos mencionados anteriormente, la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal tiene relación directa con el derecho al trabajo, ya que el objetivo principal de la prueba es analizar la confiabilidad del candidato y de acuerdo a ello dar acceso o no al

empleo, limitando el derecho al trabajo de forma irregular, Por lo que se hace necesario describir el concepto del derecho al trabajo, sus características y la forma en que este se vulnera con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal.

El trabajo, según el Código sustantivo del Trabajo es definido en su artículo 5 como:

toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo

Y como derecho el Artículo 25 Constitucional expresa que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. haciendo relación no solo al derecho al trabajo, sino a las condiciones dignas y justas en que este derecho debe ser garantizado.

Por otra parte, es importante mencionar que, el derecho al trabajo cuanta con una doble dimensión, individual y colectiva, según la Corte Constitucional en Sentencia T-611 de 2001 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño). En cuanto a la primera, esta se fundamenta en la capacidad que tiene cada persona de elegir y sobre todo ejercer su profesión en condiciones dignas y justas. Seguidamente, la dimensión colectiva, implica en palabras de la misma Corte, una disposición al poder público para que desarrolle el derecho, por lo que es deber del Estado cumplir con una política que materialice las expectativas de las personas y no se convierta en una mera posibilidad.

Adicionalmente, si entendemos la naturaleza del derecho al trabajo en sus dimensiones de valor, principio y derecho en el Estado Social, como lo describe Sala plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-593-2014 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

la lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.

Y se asegura su realización en cada una de estas dimensiones en condiciones de dignidad y justicia, así como la implementación de una política de Estado, es posible garantizar el goce pleno del derecho al trabajo.

Es clara la especial importancia y protección del derecho al trabajo para los fines del Estado, en consecuencia, se puede afirmar como lo argumenta la Corte Constitucional que “La protección del derecho al trabajo desde la interpretación constitucional tiene el propósito de optimizar un mandato en las

más altas condiciones de racionalidad y proporcionalidad”. (Corte Constitucional 2001).

En consecuencia, este derecho, en cumplimiento de las políticas de Estado, es parte fundamental de toda reglamentación o política que desarrolle el Estado, la cual debe estar acorde con el espíritu protector de la Constitución y de las garantías mínimas que deben ser respetadas en todos los aspectos que irradie, propendiendo por una garantía efectiva.

Esta reseña de interpretación constitucional de las dimensiones del derecho al trabajo incluyendo las relacionadas en la Sentencia C-593-2014 tiene como fin hacer claridad respecto a los campos y dimensiones que componen el derecho, mismos que deben ser revisados al momento de presentarse una controversia entre derechos y principios, separando los campos, es decir, potenciar las disposiciones en forma racional y proporcional, creando un justo equilibrio entre la garantía de este derecho en condiciones de dignidad y justicia, y la forma en que se garantiza y entre los diferentes actores que pudiesen intervenir, ya que no se debe perder de vista la proporcionalidad global que justifica la forma en que se garantiza para no afectar el derecho ni su goce.

Se debe agregar entonces, que la dignidad como una de las condiciones en que debe ser garantizado el derecho al trabajo, implica que está presente no solo desde que se configura la relación laboral, ya sea con la firma del contrato o la existencia de los elementos que configuran el mismo, incluye todo el proceso de selección de personal, por lo que la garantía se extiende a todas las actuaciones previas y posteriores de la relación laboral, es decir, proceso de selección y terminación del contrato de trabajo, por lo que todas estas actuaciones deben estar enmarcadas dentro del respeto de la “dignidad”, punto de controversia cuando se incluye la prueba del polígrafo en los

procesos de selección de personal, ya que como se ha manifestado anteriormente y se desarrollará más adelante con suficiencia, la relación de poder existente incluso el proceso de selección entre empleador y trabajador-candidato, impide que la firma del consentimiento informado sea libre y voluntaria.

En complemento del artículo 25 constitucional, es valioso resaltar la continua trascendencia que se da en la Constitución Política de Colombia al derecho al trabajo con en el Artículo 53 inicio 6 “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

Este artículo, se relaciona sustancialmente con el tema que nos ocupa en el sentido de ilustrar el alcance constitucional del derecho al trabajo, ampliación que tiene como fin encaminar armónicamente todas las partes intervinientes dentro de las relaciones laborales, incluyendo el Estado, bajo el deber de actuar dentro de un profundo respeto a la dignidad humana y la libertad, derechos que son parte del fundamento de la constitución y que no pueden ser reducidos o limitados más que por los ajenos, dejando claro precisamente este margen en el actuar del empleador, trabajador-candidato y legislador.

Se debe agregar que estos límites y/o protección no son una simple interpretación del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, ya que tal como lo indica la Corte Constitucional en Sentencia SU-342 de 1995 (M.P. Antonio barrera Carbonell) es una regla que gobierna las relaciones laborales:

No solo se origina y fundamenta en la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le imponen como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de

solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Simultáneamente, y como se refería en párrafos anteriores, las normas inmersas en los convenios y tratados internacionales, con relación a los derechos humanos en asuntos laborales, según la constitución, predominan en la organización interna y hacen parte del bloque de constitucionalidad, es decir, toda relación laboral está íntimamente ligada a los designios constitucionales y tienen los límites en orden jerárquico, donde prima la constitución, los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos en relación con el derecho laboral y las sentencias de la Corte Constitucional, para luego complementarse con la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, los cuales, en términos del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Así mismo, se hace referencia implícitamente al poder de subordinación que tiene el empleador respecto del empleado, situación que incluso se entiende extendida al proceso de selección, ya que, en todo el proceso de vinculación laboral el aspirante o candidato, se debe someter a cada una de las pruebas que se precisan en el proceso de selección, de manera que este debe desarrollarse en condiciones de dignidad y justicia, pues es de vital importancia no solo porque ayuda a cumplir los objetivos e intereses de las organizaciones, sino porque es la puerta de entrada a las posibles vulneraciones de derechos y debe estar acorde con la relación de normas y principios descritas anteriormente.

Más aun, cuando la Corte Constitucional en Sentencia C-299/98 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz) hizo referencia a la subordinación laboral como un elemento esencial en los contratos de trabajo, sin que esa pueda llegar al punto de menoscabar o afectar los derechos del trabajador:

El Código Sustantivo del Trabajo, al consagrar en el artículo 23 los elementos esenciales del contrato de trabajo, estatuye la continuada subordinación o dependencia del trabajador con respecto del empleador en las actividades contratadas, facultad que lo autoriza para "exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento e imponerle reglamentos [...] sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador [...]". Es decir, que corresponde al empleador impartir las órdenes, dirigir a los empleados, imponer los reglamentos, y disponer lo relativo a las relaciones internas de la empresa, con el propósito de conseguir que ella marche de acuerdo con los fines y objetivos para los cuales se creó; el trabajador debe acatar lo ordenado, y someterse a las reglas y cumplirlas, lo cual no afecta por sí solo sus derechos ni su dignidad. Sin embargo, la subordinación no se puede extender hasta el punto de afectar "los derechos y prerrogativas que son esenciales a la persona humana para mantener su dignidad.

De ahí que el respeto por la condición humana y sobre todo los derechos de dignidad y libertad, prevalecen en la relación laboral, entendida desde el proceso de selección pues la subordinación existe incluso desde esta etapa, el cual está enmarcado dentro del artículo 26 constitucional, por lo que todas las evaluaciones de capacidad y exigencias que las empresas realizan a los candidatos deben estar alineadas y el empleador está sometido a su respeto.

- **Derecho a la Integridad personal**

Continuando con la relación de derechos vulnerados con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, es infaltable tratar la integridad personal, la cual es incluida en el artículo 12 constitucional “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, prohibiendo la tortura física o moral, así como los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, buscando con ello proteger la integridad del ser humano.

Sin embargo, en contraste con la definición y objetivo de protección del Estado en cuanto a la integridad personal, la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal según el (Consejo de Estado 2009)

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.

Por lo que la prueba de polígrafo en su desarrollo, según la descripción que hace el Consejo de Estado, sin duda coincide con “Acciones que afectan la integridad física o psicológica por crueldad, inhumanidad o degradación” (Lugo M. 2007. p. 74).

- **Garantía de no autoincriminación**

Para desarrollar este punto, es importante descifrar en primera instancia el su **I)** consagración constitucional, **II)** contenido de la garantía, y desarrollo

jurisprudencial, por lo que se hace necesario verificar su **III)** ámbito de aplicación y **IV)** conexidad con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado. Para empezar, es necesario señalar que la Corte Constitucional se refirió a la aplicabilidad de la garantía de no autoincriminación en ámbitos diferentes al proceso penal, precisando en Sentencia C-422 de 2002:

la no aplicabilidad del artículo 33 constitucional en los asuntos de competencia de la jurisdicción civil, laboral y administrativa, atendiendo i) a la “Tradicón constitucional” en la materia, ii) a los antecedentes de la disposición y iii) al texto de los artículos 83, 96.7 y 228 de la Carta, conforme a los cuales las actuaciones de los particulares deben ceñirse a la buena fe, las personas están obligadas a colaborar con la justicia y los jueces a hacer efectivos los derechos reconocidos en las normas sustanciales.

Sin embargo, la propia corte profundizar un poco más y reconoce en sentencia C-258 de 2011 que:

en los términos textuales de la regla Constitucional, reviste una amplitud mayor, pues ésta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos y por ello bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas.

Por lo que, para el caso de las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, que como se ha dicho, obvia el desequilibrio estructural de las relaciones laborales, y por consiguiente la dignidad humana, el respeto al principio constitucional y legal de la buena fe que regula las relaciones laborales y el derecho a la intimidad entre otros, es inevitable concluir que también afecta la garantía de no autoincriminación por

las condiciones y consecuencias que el procedimiento conlleva, pues se da como un caso extraordinario e irregular con repercusiones directas al derecho al trabajo, ya que su aplicación deriva en sanciones ilegales como la no contratación del trabajador-candidato.

I) En cuanto a la Consagración constitucional, el artículo 33 superior, consagra la garantía de no auto incriminación, lo cual supone que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”, de donde se infiere que las personas no pueden ser coaccionadas a declarar contra sí mismas o en oposición a sus allegados.

Seguidamente el artículo 93 superior expresa que:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En consecuencia, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, al cual Colombia adhirió por medio de la Ley 16 de 1972, hace parte del orden interno, y este pacto refiere expresamente sobre esta garantía judicial, haciendo énfasis en su artículo 8° al:

“g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

Así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968, en su artículo 14 dispone:

“g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

Haciendo evidente que la garantía constitucional no solo es expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, pues mediante el artículo 93 superior ha sido ratificada por el congreso colombiano mediante leyes que adhieren a tratados y convenios internacionales.

II) En cuanto al contenido de la garantía, en primera instancia es oportuno revisar la naturaleza y origen de esta, pues permite un mejor entendimiento del concepto, el cual se decanta en lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-285 de 2011 (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) donde relaciona su pronunciamiento en cuanto a “la naturaleza y los orígenes de esta institución”. Con lo expresado en Sentencia C-102 de 2005 (M.P.: Alfredo Beltrán Sierra) indicando que:

ha sido tomada como una de las garantías civiles más importantes en el proceso penal, que está directamente relacionada con la prohibición de la tortura. Expresó la Corte que “(...) el origen inmediato de la figura se remonta a la respuesta que tuvo el mundo liberal frente a las prácticas inquisitoriales del Tribunal de la Santa Inquisición, que estuvo presente en varios lugares del mundo. En los procesos que realizaba el Tribunal, como se recuerda, se consideraba que el mismo tenía por función investigar acusados, extraer la confesión y “salvar el alma”. De allí que la confesión fuera la prueba reina -probatio probatissima-, y para lograrla, los jueces debían procurar del encartado su confesión, utilizando cualquier medio: tormentos, amenazas, dádivas, todo con el fin de ahorrarle al funcionario la obligación de probar los cargos, pues

con la confesión era suficiente. Aunado a las circunstancias de que se trataba de procesos oscuros y secretos, en los que los jueces no le informaban al acusado los motivos de la detención y, sin embargo, se les obligaba a contestar preguntas que no sólo los autoincriminaban, sino que podían constituir indicios para otras acusaciones distintas a las que originaron su detención e iniciar de esta forma otro proceso igualmente oscuro y secreto.” Añadió la Corporación que “[c]ontra estas prácticas, hoy en día el derecho contra la tortura – art. 12 de la Constitución, y la prohibición de la autoincriminación – art. 33 ibídem, son garantías esenciales a favor del inculpado. Estas garantías no admiten matices, ni modulaciones, ni salvedades, pues están directamente relacionadas con valores y principios tan importantes como la vida, la dignidad de la persona, asuntos que son de la esencia de la Constitución colombiana. Además, la prohibición de la autoincriminación y de la tortura están consagrados como derechos fundamentales de aplicación inmediata (art. 85 de la Carta).”

Es decir, este derecho más allá de su contenido textual, se establece como una garantía de las personas y una frontera al poder punitivo del Estado, componente esencial del derecho de defensa e integridad personal, limite que también debe ser considerado en las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, pues el empleador en su posición dominante respecto al trabajador-candidato, cuenta con la facultad de elegir si el trabajador-candidato es contratado o no, lo cual, guardadas las proporciones se asimila a la facultad sancionatoria del Estado.

III) En cuanto al ámbito de aplicación, la jurisprudencia de la Corte Constitucional “Sentencia C-426 de 1997, S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz” en principio había indicado que el contenido de esta garantía “solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía”, sin embargo,

como ya se había mencionado, la Corte Constitucional en Sentencias C-422 de 2002, (M.P.: Álvaro Tafur Galvis) y C-285 de 2011 (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), hizo énfasis en que este principio, conforme al texto constitucional, implica mayor amplitud, puesto que el texto constitucional no limita “la vigencia” del mismo a ciertos asuntos, por lo que “bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas”.

En este sentido, es viable incluir la garantía de no autoincriminación como limitación a la práctica de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, pues su objetivo es restringir el poder sancionatorio en pro de los derechos del indiciado, el cual ostenta el Estado y para el caso es el empleador aun cuando no se haya configurado el contrato de trabajo, pues cuenta con la facultad de usar su dicho para no contratarlo si es su voluntad.

IV) En cuanto a la Conexidad de la garantía con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, es importante recordar en primera instancia que este proceso consiste en la instrumentalización del candidato, ya que es conectado a varios dispositivos que son capaces de medir las variaciones en la presión arterial y ritmo cardiaco del sujeto al momento de responder un cuestionario preestablecido que pretende evaluar su confiabilidad.

Es así, como durante la prueba se realiza un cuestionario, que incluye preguntas relacionadas con suministro de información falsa en la hoja de vida, consumo de sustancias psicoactivas, hurtos y relaciones con personas al margen de la ley. Todas ellas realizadas obviando el principio de buena fe que rige las actuaciones entre particulares, dignidad y honra del trabajador-candidato, pues este último entrega previamente toda la información requerida por el empleador en el proceso de selección en los medios idóneos que

prueban su dicho, por lo que al realizar la prueba se presume de hecho la mala fe del candidato. Al verse compelido a hacer manifestaciones (relacionadas con conductas que podría ser constitutivas de delitos o de conductas que sin ser delitos pudieren reputarse de indecorosas), no se está haciendo otra cosa, que forzar al candidato, so pena de no acceder al empleo, a hacer declaraciones contra sí mismo y de las personas que refiere el artículo 33 constitucional. Se está violando con esta práctica, la garantía de no autoincriminación, en un ámbito enteramente privado, ajeno a cualquier tipo de control judicial.

En este sentido, se debe hacer énfasis nuevamente en uno de los elementos más importantes que conecta el hecho, es decir, la prueba de polígrafo en procesos de selección de personal del sector privado, con sus posibles repercusiones, esto es, la limitación del derecho al trabajo al ser excluido del proceso de selección si no presenta la prueba o no demuestra confiabilidad a los ojos del empleador en desarrollo de la misma, lo que revela el poder del empleador y consecuencias para el trabajador candidato.

Son evidentes y manifiestas las condiciones de desigualdad en que se presenta la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, ya que el trabajador-candidato se encuentra en una situación de desequilibrio estructural respecto del empleador, lo cual genera una situación de abuso de la situación privilegiada del empleador y que determina la decisión final del trabajador-candidato para presentar la prueba, es decir, impide que este tome una decisión libre respecto de someterse o no a la prueba. Y con ello, respecto de las aseveraciones en el curso de dicha prueba podrían autoincriminarlo.

En suma, **I)** el desequilibrio estructural en que se presenta en la prueba y posición privilegiada del empleador, obligan al trabajador-candidato a

consentir en su aplicación, dado que de no hacerlo sería excluido del proceso, y **II)** que el empleador utiliza lo dicho por el candidato subjetivamente para decidir si es confiable o no, en otras palabras, si lo contrata o no, se tiene como resultado que el empleador no solo desconoce el principio de buena fe que rige las relaciones entre privados, también afecta la garantía de no autoincriminación y una parte fundamental del derecho a la intimidad, “guardar silencio” como soporte esencial que asegura el goce efectivo del derecho a la intimidad. Corte Constitucional Sentencia C-881 de 2014 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), utilizando subjetivamente lo dicho por el candidato para excluirlo del proceso de selección.

En conclusión y teniendo en cuenta que la garantía de no auto incriminación no solo resulta susceptible de ser aplicada en el ámbito penal, si no también, en todos los ámbitos del actuar de las personas, y que la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado constituye una intromisión irregular en la esfera íntima del individuo, pues es un método inquisitivo que busca extraer información del sujeto y utilizarla en su contra so pena de un castigo, es decir, una doble victimización, agravada por cuanto el empleador tiene la obligación de proteger al trabajador-candidato, por lo que, la garantía de no autoincriminación es perfectamente válida y aplicable al caso como protección a los derechos del trabajador-candidato.

- **Bloque de Constitucionalidad**

Finalmente, en el marco de la Constitución Política de Colombia, ineludiblemente se debe incluir el bloque de constitucionalidad, el cual define los parámetros de asimilación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno, incluidas mediante los artículos constitucionales 9, 53, 93, 94, 102 y 214, los cuales resaltan específicamente que los tratados

y convenios internacionales hacen parte de la legislación interna y prevalecen en la misma, siempre y cuando hayan sido ratificados por Colombia.

El artículo 53, inciso cuarto de la Constitución Política de Colombia indica expresamente que: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”.

Dicho esto, supone que Colombia incluyó con rango constitucional, el compromiso de protección de los derechos laborales en el marco de los convenios internacionales ratificados, por lo que al hacer un análisis general de los 61 convenios ratificados actualmente por Colombia ante la OIT, de los cuales 54 están en vigor (Ministerio del Trabajo 2019), todos ellos están enmarcados dentro del concepto de “trabajo Decente”, propuesto por la Organización Internacional del Trabajo y acogido por Colombia a través Ministerio del Trabajo, el cual orienta el objetivo de acción de la OIT.

En términos del director de la OIT en 1999, Juan Somavia “la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana” (Somavia. 1999) agregando que para llevar a cabo ese deseo es esencial trabajar en cuatro objetivos. **I)** Las oportunidades de empleo e ingresos **II)** La promoción de los derechos fundamentales en el trabajo **III)** La protección social y **IV)** El diálogo social.

Llegados a este punto, es indiscutible que la protección en general de los derechos fundamentales es eje central del “trabajo decente”, por lo que aun cuando el término “trabajo digno” evoluciona en un sentido más amplio, este no pierde el valor de respeto, protección y promoción de los derechos humanos, manteniendo esencialmente la dignidad humana como una de sus

bases, ya que de allí se desprenden los demás derechos. (Procuraduría General de la Nación. 2013)

En síntesis, es deber del Estado colombiano, propender por el respeto a la dignidad humana no solo por estar plasmado en la constitución, también es compromiso adquirido mediante la ratificación de diversos convenios internacionales relacionados con el trabajo y la forma en que este se debe garantizar, aun cuando en muchos casos no hablen directamente de dignidad, todo en ellos está relacionado y se desprende de este principio y derecho del ser por el solo hecho de su condición humana.

Así mismo, y en relación con las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal, el texto “protección de los datos personales de los trabajadores” (ISBN 92-2-310329-O), incluida en el repertorio de recomendaciones practicas realizado por la OIT para promover la salud y la seguridad en el trabajo, hace mención a la prueba de polígrafo indicando que, “prohíbe el uso de polígrafos y procedimientos similares” razón por la que no debería emplearse la prueba de polígrafo o detectores de mentiras u otros o procedimientos similares de comprobación de verdad en ningún caso, sin embargo, Colombia, al permitir la realización de dicha prueba desconoce el compromiso ante la OIT de garantizar los derechos laborales en el marco del “trabajo Decente”. (OIT.1997).

En definitiva, no hay espacio para la aplicación de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal sin contrariar los convenios y recomendaciones de la OIT en cuanto al respeto de la dignidad humana y la forma en que se obtiene cierto tipo de información personal del trabajador por parte de la organización, ya que su obligación de obtener datos de los trabajadores no implica que tengan total libertad para elegir la forma de

obtenerla, es decir, no puede pasar desapercibida la intromisión en la vida privada que implica la prueba. (OIT.1997)

En este mismo escenario, dentro de los artículos relacionados con el bloque de constitucionalidad, el artículo 93 de la Constitución Política también incluye los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Por lo que, para el caso del respeto a la dignidad de la persona, es muy pertinente recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, el cual fue aprobado en Colombia mediante la Ley 16 de 1972 y en su artículo 11 reza: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación”, adicionando en el artículo siguiente que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” por lo que esta convención que hace parte del ordenamiento jurídico Colombiano, es fundamento en la política de Estado, y debe primar la exigencia del respeto a la dignidad e intimidad de la persona, sobre todo y para el caso, en las relaciones laborales donde pueda existir mayor vulnerabilidad del trabajador-candidato respecto de su empleador.

- **Análisis legal sobre la aplicación de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado en Colombia.**

De igual manera, se hace fundamental una revisión del aspecto legal que atañe a la práctica de la prueba del polígrafo en Colombia, iniciando por la Resolución 2593 de 2003 (Anexo), proferida por la Superintendencia de

Vigilancia y Seguridad Privada, la cual autorizó exclusivamente a los servicios de vigilancia y seguridad privada para que implementen en sus procesos de selección de personal el examen p8100 fisiológico de polígrafo.

Aunque, según concepto emitido por el Ministerio del Trabajo con radicado 87758 de 2015, a la fecha no existe una ley que regule la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado en Colombia, diferente a la Resolución 2593 de 2003, tampoco existe alguna disposición que prohíba expresamente su práctica.

Esto quiere decir que, aunque la prueba de polígrafo actualmente solo haya sido prevista en la mencionada resolución para procesos de selección de personal de las empresas que se dediquen a la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada. No encontrándose su práctica prohibida por la ley según el Ministerio de Trabajo, es permitido que se realice indiscriminadamente a cualquier persona y/o trabajador-candidato, sin obligación alguna a que se cumplan en aquellos los requisitos inmersos en la resolución, los cuales, en esencia, por el contexto en que se da la prueba, no pueden en ningún sentido proveer garantías suficientes en pro de la protección de los derechos fundamentales del trabajador-candidato.

Vale resaltar entonces, que la Resolución de la SIVSP, trata de garantizar el respeto por la dignidad humana del examinado exigiendo que la prueba cuente con algunas garantías a favor del aspirante para que pueda ser realizada, dentro de las cuales se encuentran **I)** Las personas que presten los servicios de poligrafía están obligadas a guardar absoluta reserva sobre la información obtenida. **II)** Debe ser autorizada por escrito previa y voluntariamente (la práctica de la prueba) por parte del aspirante. **III)** El examinado debe ser informado por el personal a cargo de su práctica sobre cómo funciona el polígrafo, advirtiéndole que de ninguna manera puede

constituirse en una amenaza a su dignidad humana y demás derechos fundamentales.

Es decir, según la Resolución 2593 de 2003 de la Súper Intendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, la simple advertencia al examinado de que la práctica de la prueba del polígrafo “de ninguna manera puede constituirse en una amenaza a su dignidad humana y demás derechos fundamentales” aunado a la firma del consentimiento informado, legitima la prueba y elimina cualquier posible vulneración a los derechos humanos del aspirante, sin embargo, esta idea no tiene en cuenta varios elementos:

- I) La ausencia de un protocolo legal para el manejo de información, el cual debe ser implementado por la empresa y experto que adelanta la prueba del polígrafo, que garantice la protección, cuidado y custodia de la información obtenida durante la misma.
- II) Aun cuando el examinado firme el consentimiento informado, es claro que la Resolución de la SIVSP no tiene en cuenta las condiciones en que esta se firma, pues el contexto de las relaciones empleador vs trabajador-candidato no garantiza que se cumplan las condiciones de libertad y voluntad con la que se debe proporcionar, ya que, por lógica, si el examinado no consciente en ello pone en riesgo su vinculación laboral.
- III) El hecho de advertir por parte del personal a cargo al examinado que la prueba de ninguna manera puede constituirse en una amenaza a su dignidad humana y demás derechos fundamentales es inicua y un contrasentido en relación al proceso como tal. El hecho contradice el dicho, teniendo en cuenta que la firma del consentimiento informado se realiza precisamente para autorizar

que la prueba irrumpa en la esfera privada del examinado y busca legalizar la trasgresión a su dignidad humana y demás derechos fundamentales.

- IV)** Ausencia de control real respecto a las preguntas que se realizan durante la prueba, de manera que se deja un margen de amplitud al actuar del polígrafo que permite invadir la intimidad del examinado sin restricciones, pues nada impide que se ventilen temas tan íntimos como su orientación sexual, creencias religiosas o ideas políticas entre otros, información irrelevante que puede propiciar discriminación.

Sin embargo, aun con lo dicho anteriormente, y que hace evidente la vulneración a derechos como la dignidad humana. Actualmente en Colombia la prueba de polígrafo en procesos de selección de personal, se está realizando indistintamente bajo el amparo de la Resolución 2593 de 2003 de la Súper Intendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, aunado a la indiferencia del Estado que es reacio a la prohibición de la prueba, permitiendo de manera cómplice que se continúen vulnerando derechos fundamentales con la el examen psicofisiológico de polígrafo en procesos de selección de personal en cualquier tipo de empresa y para cualquier cargo.

No obstante, lo anterior, en ausencia de regulación expresa de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, se deben tener en cuenta varios artículos del Código Sustantivo del Trabajo que desarrollan principios y derechos constitucionales de donde se desprende su clara prohibición los cuales se relacionan así:

- **Coordinación económica y equilibrio social, Artículo 1**

“La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”

Artículo que pone de presente que el objeto principal del código es velar por que las relaciones laborales se den en armonía, reconociendo la existencia de un desequilibrio estructural en la relación empleador-empleado, que requiere ser balanceada mediante la expedición de normas que propendan a este fin, por lo que permitir la prueba de polígrafo en el proceso de selección de personal del sector privado, contrario al espíritu legal, es reflejo del desequilibrio y abuso de la situación privilegiada o poder que tiene el empleador sobre el trabajador-candidato, pues gracias a ello puede someter a este último a la disyuntiva de renunciar a su dignidad o renunciar a la opción de obtener un empleo, es decir, renunciar a su derecho al trabajo, con lo cual la prueba obvia el espíritu de las relaciones laborales.

- **Igualdad de los trabajadores, Artículo 10**

Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la Ley.

En primer lugar, vale decir que la Resolución 2539 de 2003, de la SIVSP, autoriza que la prueba de polígrafo sea realizada exclusivamente a las personas que prestan sus servicios en las empresas de seguridad privada, con lo cual se está haciendo una distinción jurídica sin justificación Constitucional de estos empleados, discriminando no solo a los trabajadores que prestan sus

servicios en estas empresas, sino que privilegia los intereses particulares que la realizan, obviando que las normas que rigen las relaciones laborales se estiman de orden público.

- **Derecho al trabajo, Artículo 11**

“Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la Ley”

Como extensión del artículo 25 constitucional, el derecho al trabajo según la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia C-593 de 2014, (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), señala que:

la lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.

Por lo que, la SIVSP, con la resolución 2593 de 2003 promueve una restricción de acceso al trabajo ingresando al plano laboral el cual no le corresponde, permitiendo la realización de la prueba de polígrafo en procesos de selección de personal del sector privado, y privilegiando los intereses individuales de los empleadores, convirtiéndose en cómplice de la limitación del derecho al trabajo de las personas sometidas a la prueba.

El empleador por su parte, se vale no solo de la Resolución 2539 de 2003, sino del contexto social en que se realiza la misma, donde el candidato o empleado en razón al desequilibrio estructural de la relación laboral no tiene poder de resistencia por lo que prevalece la voluntad del empleador, pues la voluntad del trabajador-candidato se ve aniquilada por la acusante necesidad de obtener el empleo.

- **Mínimo de derechos y garantías, Artículo 13**

El cual reza, “Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo”.

Los derechos y garantías incluidas en el Código Sustantivo del Trabajo, hacen relación a los preceptos mínimos en favor de los trabajadores, por lo que, si la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, afecta y desconoce los derechos y garantías incluidas en el mismo, lo deja sin efecto, sin embargo, en este caso la protección a los derechos del trabajador-candidato, no puede ser posterior a la realización de la prueba, por cuanto no hay forma de reparar el daño a derechos como la Dignidad, intimidad, honra, integridad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, trabajo y no autoincriminación, así como el desconocimiento del

principio de buena fe, pues mientras subsista la dependencia y subordinación, la amenaza al derecho al trabajo es latente.

Dentro de un proceso de selección, ajeno a todo tipo de control estatal, el candidato es rechazado sin que se le informe el porqué, con el agravante de que, al haberse sometido a una prueba de polígrafo, no conserva evidencia de ella ni de su resultado, para ejercer su derecho de contradicción, inescindible de su derecho al debido proceso. Es sometido a la decisión patronal si posibilidad alguna de defenderse.

- **Norma general de interpretación Artículo 18**

“Para la interpretación de este Código debe tomarse en cuenta su finalidad, expresada en el artículo 1º”

Lo anterior reafirma el espíritu de “coordinación económica y equilibrio social” que buscan los artículos inmersos el Código Sustantivo del Trabajo, los cuales deben ser entendidos en fin de este propósito, y el actuar de las partes en la relación laboral debe ajustarse a lo estipulado por el mismo, más aun, cuando estas normas entienden la realidad social y buscan el equilibrio evitando que empleador abuse de su posición privilegiada respecto del trabajador-candidato, imponiendo su voluntad por sobre los derechos de este último.

Dicho esto, realizar la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, soslaya el desequilibrio estructural de las relaciones laborales que plantea resolver el Código Sustantivo del Trabajo, e implica el desconocimiento por parte del empleador del espíritu de este y la forma en que deben interpretarse de las normas inmersas en el, pues el empleador en uso de su posición privilegiada, obliga al candidato o empleado

a presentar la prueba o asumir la consecuencia lógica de ser excluido del proceso de selección, pues como se verá más adelante, este contexto es el que impide que el candidato preste su consentimiento de forma libre y voluntaria.

- **Elementos esenciales, Artículo 23**

La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país;

Los elementos mencionados por el artículo 23, implican que aun cuando el empleador tenga el poder de exigir a su trabajador “el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos”, estas exigencias deben estar en consonancia con el respeto a la dignidad, honor y derechos mínimos del trabajador, en otras palabras, la voluntad del empleador no puede estar por encima de estas garantías mínimas del trabajador.

Situación que desconoce el empleador al incluir la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, pues vale aclarar que la subordinación o dependencia del trabajador existe incluso antes de la firma del contrato laboral, es decir, en el proceso de selección, puesto que las condiciones sociales, esto es, la necesidad del trabajador-candidato por conseguir el empleo, y el desequilibrio estructural de las relaciones laborales, también

están presentes en el proceso de selección, y crean una dependencia que deriva en la subordinación del trabajador-Candidato hacia el empleador, quien en últimas le puede ofrecer el empleo.

Así las cosas, teniendo en cuenta la facultad con la que cuenta el empleador para hacer exigencias incluso durante el proceso de selección de personal en sentido de auscultar las capacidades del trabajador-Candidato y decidir si lo contrata, estas exigencias deben realizarse en el marco de la constitución y la ley, más aun cuando el CST reconoce expresamente el desequilibrio estructural que implican todas “las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores”, por lo que realizar dicha prueba en el proceso de selección del sector privado prepondera la situación privilegiada del empleador sobre las garantías mínimas del trabajador-candidato, quien en razón a su dependencia no puede decidir libremente si presenta la prueba.

- **Obligación de las partes en general Artículo 56**

“De modo general, incumben al {empleador} obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador”

Artículo que no requiere mayor explicación, pues resume las obligaciones principales de las partes en la relación laboral y la realidad de cada una en ella.

- **Ejecución de buena fe, Artículo 55.**

Ejecución de buena fe. El contrato de trabajo, como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no solo a lo que

en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.

Por consiguiente, si se tiene en cuenta que el empleador utiliza la prueba de polígrafo en el proceso de selección de personal, al hacerlo desconoce las formas idóneas del proceso de selección realizado previamente, quebrantando el principio constitucional (artículo 83) y legal de la buena fe, pues aun cuando la prueba no tiene nexo alguno con la estimación de la suficiencia o competencia laboral del candidato y que son requeridas por el empleador, este la realiza, invirtiendo el principio de buena fe incluso antes de la contratación, invadiendo irregularmente el ámbito de vida privada e íntima del trabajador-candidato, sin que este tenga posibilidad real de ejercer su derecho a elegir ser sometido o no a una prueba abiertamente invasiva de su dignidad humana.

- **Respeto a la dignidad Artículos 57 y 59**

Artículo 57, Numeral 5, “Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos.”

Artículo 59, numeral 9, “Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad.”

Se realza, en el ámbito de la relación de trabajo, el respeto por la dignidad humana no solo como principio constitucional, sino como una obligación legal que rige las relaciones laborales, y que se ve afectado con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, pues el proceso en sí, es decir, la prueba de polígrafo y las circunstancias de desigualdad que lo rodean, colocando en riesgo no solo la dignidad del candidato, pues también se obvia la responsabilidad que tiene empleador de

observar sus obligaciones en la relación laboral, los cuales son imperativos legales inmerso en el Código Sustantivo de Trabajo.

- **El polígrafo en procesos de selección de personal en América**

Este punto es importante puesto que permite comparar, para el mismo caso planteado, las distintas formas de percibir la prueba de polígrafo en los diversos ordenamientos jurídicos a nivel internacional, por lo que explorar el tema en este sentido podría dar luces respecto de la posible solución al problema de investigación.

En ese orden de ideas, es prudente revisar los casos más relevantes y jurisprudencia relacionada con la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, por lo que a continuación se expondrá el caso de cinco países que hicieron uso de la prueba en procesos de selección o investigaciones en el área laboral.

I) México

En los Estados Unidos Mexicanos, los principales derechos que se contraponen a la práctica de la prueba del polígrafo según recomendación de la Delegación Miguel Hidalgo N.º 22/2008, realizada dentro del expediente CDHDF/121/07/MHGO/D2237-III por el Mtro. Emilio Álvarez Icaza Longoria, en su calidad presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, son la seguridad jurídica, la intimidad, el derecho a la honra y la dignidad humana, derechos que esencialmente están regulados en La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 1, 14, 16 y 123 literal h, y la Ley Federal Del Trabajo, en sus artículos 132 y 133 los cuales disponen en su orden:

Artículo 1 párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, La dignidad humana:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo que efectivamente vela por una protección constitucional a la dignidad humana, no solo como una obligación de garantía de no vulneración de este derecho por parte de los Estados Unidos de México, sino como el deber estatal de abstenerse de interferir en el goce del mismo.

Luego, en cuanto a la seguridad jurídica para los casos de aplicación de la prueba de polígrafo en servidores públicos, el artículo 14 párrafo segundo indica:

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Seguidamente el primer párrafo del artículo 16 complementa el derecho a la seguridad jurídica y la intimidad.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito

de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

Es pues intensa la protección constitucional de los derechos que se ven vulnerados con la aplicación de la prueba de polígrafo, resaltando la inclusión de la seguridad jurídica en el entendido de que legalmente no está autorizada y/o contemplada en ninguna norma por lo que tampoco podría practicarse a servidores públicos ni particulares. Atendiendo al concepto de la recomendación: 22/2008, no hay nada que justifique su práctica, además de injerir indebidamente en la vida privada e intimidad de las personas sometidas a esta prueba ya que “obliga a las personas a revelar parte de su vida íntima”. (CDHDF. 2008. P. 26).

Adicionalmente, en cuanto a los artículos constitucionales más relevantes relacionados con la práctica de la prueba del polígrafo se debe resaltar el numeral XXVII del artículo 123 y su literal h, el cual en primera instancia pone de presente que serán condiciones “nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato”, destacando para el caso en el literal h “Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores” dejando en claro la inconstitucionalidad de la práctica de dicha prueba, aunque es válido como examen de control de confianza en las corporaciones policiacas pero no es prueba contundente y los resultados negativos no son tenidos en cuenta para separar a los funcionarios de su cargo, por lo que su uso termina siendo inicuo.

Así mismo, la Ley Federal del Trabajo en sus artículos, 132 y 133 dispone como obligación del empleador artículo 132 “Guardar a los trabajadores la debida consideración, absteniéndose de mal trato de palabra o de obra”, interpretando este mal trato como la elusión de estimación y confianza afectando incluso la vida privada de la persona, por lo que revierte el principio de buena fe afectando la dignidad y honra de la persona.

Por último, el artículo 133 del mismo cuerpo normativo contiene la prohibición a los patrones de “Ejecutar cualquier acto que restrinja a los trabajadores los derechos que les otorgan las leyes;”, para el caso sería obligar al candidato a un puesto o trabajador a que firme el consentimiento informado donde manifiesta estar de acuerdo con la práctica de la prueba del polígrafo.

En síntesis, aunque la prueba no está expresamente prohibida por alguna ley en México, la legislación mexicana denota con mayor claridad el interés en la protección de los derechos confrontados con la prueba de polígrafo en procesos de selección de personal, pues existe varios pronunciamientos judiciales que así lo demuestran, como la sentencia dictada por Juez Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, en el juicio de amparo 639/2011, donde se interpretan mandatos constitucionales y legales, evidenciando el cómo y porque se vulneran derechos fundamentales con la prueba de polígrafo, dejando fácilmente en evidencia la vulneración de derechos fundamentales a los que se verían expuestas las personas que son sometidas a la práctica de esta prueba, por lo que dicho examen no cuenta con respaldo legal en este país.

II) Chile

El caso chileno no es muy diferente al mexicano, la Constitución Política de la República de Chile protege varios derechos fundamentales, los cuales

según la (Dirección del trabajo 1997) se ponen en riesgo con la aplicación de la prueba del polígrafo:

- Derecho a la integridad psíquica de la persona (Art. 19 N.º 1 de la C.P.)

Se pone en riesgo cuando se somete al examinado a la prueba de polígrafo, pues “objetivamente se estaría colocando a la persona en una situación "estresante", fuera de lo normal o, en el mejor de los casos, en una situación que potencialmente puede convertirse en desintegradora de la "psique" de la persona” (Dirección del trabajo 1997)

- Derecho de toda persona a no ser discriminado mediante el establecimiento de diferencias arbitrarias (Art. 19 N.º 2 de la C.P)

Con respecto a la protección de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, supone la no discriminación por medio de la creación de desigualdades caprichosas sin sustento legal, considerando que la aplicación de la prueba del polígrafo y sus resultados terminan con usos subjetivos del resultado dictamen “puede llegar a constituir un antecedente para los efectos de discriminar laboralmente, en circunstancias que se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal” (Dirección del trabajo 1997) por lo que de aplicarse la prueba la discrecionalidad prevalece sobre las normas constitucionales contrariando el sentir de las normas.

- Derecho al respeto y a la protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia (Art. 19º N.º 4 de la C.P.).

En cuanto a la afectación al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, esta se pone en riesgo y se vulnera con la

aplicación de la prueba del polígrafo, por cuanto el empleador, sin tener las facultades legales de hacerlo, se entromete no solo en la esfera íntima del trabajador y su conciencia, sino que durante todo el proceso cuestiona la honra de este. (Dirección del trabajo 1997).

Como resultado, La dirección del Trabajo de Chile, concluye que la aplicación de la prueba del polígrafo va en contravía de los principios constitucionales de respeto a la dignidad y honra del trabajador inmersos en la Constitución Política Chilena, pues aun cuando el empleador está en libertad de emprender medidas para mejorar sus procesos, estas medidas deben estar enmarcadas dentro del respeto a los mandatos constitucionales y legales, por lo que la prueba de polígrafo es contrario al ordenamiento jurídico laboral chileno.

III) Ecuador

En lo que toca a Ecuador, la regulación de la prueba del polígrafo dentro de las relaciones laborales en teoría es inexistente, es decir, no hay norma específica que regule la práctica de este tipo de prueba, no obstante, al igual que en Colombia, hay principios y normas constitucionales que protegen de forma tácita al trabajador de la Ineludible vulneración de su derecho a la dignidad e intimidad, con la practicar de la prueba del polígrafo en procesos de selección de personal. Por ejemplo, el capítulo sexto de la Constitución Política de Ecuador “derechos y libertades”, artículo 66 numeral 20, “El derecho a la intimidad personal y familiar”, así como el preámbulo “Decidimos [...] construir una sociedad que respeta en todas sus dimensiones la dignidad de las personas y las colectividades”.

Sin embargo, más allá de la protección constitucional a ciertos derechos que se contraponen a la prueba de polígrafo, es pertinente hacer relación al

caso de Ecuador por cuanto, esta prueba se utilizó dentro del proceso de selección de personal en la policía como requisito de ingreso en 2014, donde uno de cada tres aspirantes falló la prueba, según el diario el telégrafo “La Inspectoría General descalificó a 1.000 aspirantes por fallas en las pruebas de confianza o polígrafo. 3.000 postulantes habían llegado a esta prueba luego de aprobar los análisis físicos, médicos y psicológicos” (El telégrafo 2017), haciéndose más crítica la situación en 2016 ya que la cifra de candidatos que no pasó la prueba subió al 50% por lo que para el periodo 2017-2018 la prueba dejó de ser determinante en el proceso de selección de personal.

En síntesis, la prueba del polígrafo, además de no ser lo suficientemente confiable en sus resultados, como se evidencia a partir del caso mencionado, someter al trabajador a la prueba en los procesos de selección de personal, aunque no esté expresamente dicho en las normas ecuatorianas, también se contrapone al contenido constitucional.

IV) Brasil

Más allá de la positivización de derechos fundamentales en la Constitución de la República Federativa del Brasil, o en normas y códigos que propendan por la protección de estos, especialmente de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales, como sucede en todos los países de América del sur, Brasil, a diferencia de los demás países, es el único que cuenta con uno de los antecedentes judiciales más relevantes respecto a la protección de los derechos fundamentales de trabajadores que se ven afectados con la práctica de la prueba del polígrafo en procesos de selección y/o investigación dentro de las organizaciones.

Antecedente que se encuentra inmerso en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Regional del Trabajo con número de proceso 0001897-

76.2011.5.10.001 M.P.: João Amílcar Pavan, cuyo demandado es American Airlines, en la cual se destacan dos razonamientos esenciales del Tribunal.

I) El polígrafo, usualmente conocido como detector de mentiras, es un equipo ineficaz a los fines que se destina, como incluso ya puntuó la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, donde se consideró ilegal su utilización en el caso “Unite States vs Scheffer”, donde se evidenció claramente la falibilidad del polígrafo y su inadecuación como medio de prueba judicial, llegando a ser discriminatorio, por lo que no es razonable su práctica.

II) La sumisión de trabajadores a dicha prueba, para su contratación o movimiento de cargo, bajo el argumento de preservar la seguridad del transporte aéreo es ilegal, ya que no está adoptada en el ordenamiento jurídico en Brasil y afecta la intimidad y dignidad del trabajador, pues “tratan cuestiones como la internación en hospitales, el consumo de alcohol o drogas, antecedentes penales e incluso indagaciones sobre la honestidad, lo que no me parece admisible” (Tribunal Regional del Trabajo. 2014). Concluye la ponencia. Derechos que ostenta el trabajador entre otros en razón a su Hiposuficiencia, es decir, a su menor capacidad de negociación respecto del empleador en virtud al estado de necesidad de este.

Finalmente, y fundamentado en lo anterior, el Tribunal prohíbe la aplicación de la prueba del polígrafo en cualquier circunstancia so pena de multa por valor equivalente a 2470 dólares, adicional a ello, la aerolínea American Airlines también fue condenada al pago de indemnización por daño moral colectivo por valor equivalente a 247 mil dólares, lo que se traduce en una real protección judicial a los derechos de intimidad y dignidad humana en el marco constitucional y legal de Brasil.

V) Estados Unidos

Mucho se ha especulado respecto a la aprobación de la prueba del polígrafo por parte de Estados Unidos, sin embargo, no es cierto que en el lugar donde tuvo origen el denominado “detector de mentiras” o prueba del polígrafo, la prueba se extendida y/o generalice como medio de prueba o verificación de confiabilidad del personal, ya que en realidad su uso es excepcional y su admisibilidad tiene varias restricciones, encontrándose limitada a ciertos hechos y circunstancias:

(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 poligráfica cuando no ha sido estipulada, salvo el caso excepcional de Nuevo Méjico donde se ha admitido sin necesidad de acuerdo previo entre las partes. (Corte Suprema de Justicia 2008).

Lo anterior refleja el interés legítimo de los gobiernos federales y estatales en garantizar la presentación de pruebas confiables a las cortes y la falta de consenso a hoy, en la comunidad científica, respecto a que la prueba de polígrafo sea lo suficientemente confiable y pueda ser aceptada como evidencia poligráfica, por lo que cada estado puede tomar posturas diferentes, por lo que su libre aprobación en los procesos penales es un mito, pues únicamente se puede practicar con el consentimiento pleno y acuerdo de las partes, fiscalía y defensa, garantizando con ello todos los derechos del procesado, evitando que se vea obligado a someterse a ella.

Con relación a Nuevo México, el caso Estado vs Dorsey, fue el punto de quiebre en esa legislatura para que el polígrafo fuese aceptado sin tener como requisito previo una estipulación probatoria, pues el Tribunal consideró que su

requisito de estipulación anterior, creado debido a las preocupaciones sobre la confiabilidad de los polígrafos era "de naturaleza mecanicista", "inconsistente con el concepto del debido proceso "y" repugnante para el propósito anunciado y la construcción de las Reglas de evidencia Nuevo México, por lo que estas "se interpretarán para garantizar la justicia en la administración [...] y la promoción de crecimiento y desarrollo de la ley de evidencia. (Suprema Corte de Nuevo México, 1975).

Seguidamente, en cuanto a la regulación y práctica de la prueba del polígrafo o "detector de mentiras" en el área laboral e investigación, su uso es excepcional y mayoritariamente restringido según lo regulado en la Ley de protección de Polígrafos para Empleados de 1988 "Public Law 100-347-june 27, 1988", la cual está inmersa en el Código de leyes de los Estados Unidos De América, en inglés (Code of Laws of the United States), circunscribiendo su práctica a ciertos empleadores privados, Subparte A:

La Ley de Protección de Polígrafos para Empleados de 1988 (EPPA) prohíbe a la mayoría de los empleadores privados (los empleadores federales, estatales y locales están exentos de la Ley) de usar cualquier prueba de detección de mentiras para cualquiera -prueba de empleo o durante el curso de empleo. (Public Law 100-347-june 27, 1988).

En otras palabras, la prueba de polígrafo está prohibida en términos generales y se permite en circunstancias especiales o casos de exención, por lo que la ley hace claridad acerca de estas limitaciones, estableciendo el marco de su aplicación a cualquier empleador diferente a los incluidos en las del Subparte B de la Ley de 1988, el cual incluye cinco casos:

- I) Exclusión para empleadores del sector público.

II) Exención para la defensa y seguridad nacional.

III) Exención para los empleadores que realizan investigaciones de pérdidas o lesiones económicas.

IV) Exención de empleadores autorizados para fabricar, distribuir o dispensar sustancias controladas.

V) Exención para los empleadores que prestan servicios de seguridad, exenciones que cuentan con protección de los derechos del examinado en general, en todas las fases de la prueba y posterior a ella según lo expresa Subparte C de la citada ley.

Dicho esto, la cobertura que tiene la ley y que protege a los trabajadores de la prueba del polígrafo, se extiende a cualquier empleador que afecte al comercio o la producción de bienes para el comercio, es decir, prácticamente todos los empleadores se consideran sujetos a las disposiciones de la ley, independientemente de su estado de ciudadanía, incluyendo las empresas extranjeras que tienen operaciones en Estados Unidos.

Por último, esta ley trae consigo como método de protección del trabajador-candidato contra la prueba del polígrafo, la obligación a todo empleador que este sujeto a ella, exhibir y mantener exhibido en el lugar de trabajo, un cartel o aviso que explique la ley, el cual debe ser visible y sobresaliente en relación con lo que está a su alrededor para que sea visto fácilmente, brindando mayor garantía al empleado y publicidad a la ley en relación con la protección que este tiene en el marco de la ley.

A continuación, presento cuadro síntesis que engloba la aplicabilidad de la prueba de polígrafo tanto en los procesos de selección de personal como en el derecho probatorio penal en varios países de América:

País	Aplicabilidad	Concepto
MÉXICO	Ninguna	Expediente CDHDF/121/07/MHGO/D2237-III, por el Mtro. Emilio Álvarez Icaza Longoria, vulnera la seguridad jurídica, la intimidad, el derecho a la honra y la dignidad humana
CHILE	Ninguna	Concepto Dirección del Trabajo. Departamento Jurídico. (1997). Dictamen N.º 684/50 de 1997, la prueba contraria los principios constitucionales de respeto a la dignidad humana y honra del trabajador
ECUADOR	Ninguna	No existe regulación interna, sin embargo, existen principios constitucionales que protegen al trabajador en su dignidad e intimidad.
BRASIL	Ninguna	Tribunal Regional del Trabajo. Sala Segunda. Proceso 0001897-76.2011.5.10.001 de 12 de mayo de 2014. M.P.: João Amílcar Pavan, el polígrafo es un equipo ineficaz para sus fines, no está adoptado por el ordenamiento jurídico de Brasil y afecta la intimidad e dignidad de los trabajadores.
ESTADOS UNIDOS	Laboral y judicial	Ley de protección de Polígrafos para Empleados de 1988. Public Law 100-347. De 27 de junio de 1988, la permite solo a empleadores federales, estatales y locales en casos excepcionales. Penalmente solo mediante estipulación probatoria excepción de Nuevo México que no exige este requisito.

Fuente: Elaboración propia

CAPÍTULO III

Ausencia de Consentimiento en las pruebas de polígrafo en procesos de selección de personal del sector privado.

- **Consentimiento informado, historia.**

El consentimiento informado como se conoce en la actualidad, cuenta con sus antecedentes históricos y desarrollo legal procedentes del Código de Nuremberg de 1947, el cual emana de las deliberaciones en los juicios del Tribunal Militar de Nuremberg, juicios a los que fueron sometidos integrantes de la jerarquía Nazi y un grupo de médicos acusados de llevar a cabo experimentos inhumanos con prisioneros de guerra en los campos de concentración nazi, poniendo en evidencia un actuar carente de toda compasión hacia la dignidad o la vida de los prisioneros en los campos de concentración durante la segunda guerra mundial. (Dobler. I. 2001)

Estos experimentos y tratos inhumanos se ejecutaban sin ningún tipo de información o consentimiento por parte de los prisioneros respecto de los riesgos que ello podría significar, lo cual derivó en una protección legal a la integridad humana mediante la conservación de ciertos principios básicos, especialmente el consentimiento humano, incluyendo su resguardo en el artículo primero del Código de Nuremberg:

El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; que debe estar en una situación tal que pueda ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor coercitivo o coactivo; y que debe tener el suficiente

conocimiento y comprensión del asunto en sus distintos aspectos para que pueda tomar una decisión consciente. (Código de ética médica de Núremberg 1947. Art 1)

Lo que significa que antes de realizar la prueba y poner en consideración la decisión del sujeto de aceptar o no ser sometido a ella, esta debe ser explicada en todos sus aspectos, duración, propósito, método, formas en las que se llevara a cabo y todos los riesgos que se pueden presentar derivados de su consentimiento y participación.

Tiempo después, en el año 1964, la Asamblea Médica Mundial (WMA) acoge la Declaración de Helsinki, que a pesar de no ser un documento legal que vincule internacionalmente, si es un documento internacional que regula la investigación en seres humanos mediante un conjunto de reglas y principios éticos que instruyen a los médicos, y que semejante al código de Nuremberg, destaca la importancia del consentimiento voluntario como pieza clave dentro de los protocolos de estudio.

Cerca de 1970, emerge el concepto de bioética con el bioquímico estadounidense dedicado a la oncología Van Rensseler Potter, quien utilizó por primera vez el término bio-ethics en un artículo acerca de “la ciencia de la supervivencia”, originando un movimiento universal que la considera la ciencia que norma la conducta del hombre “para todo aquello que interviene o interfiere con la vida”, ya que en contraste con la ética médica, no está restringida únicamente al ámbito médico, sino que incorpora todas las contrariedades éticas que tienen relación con la vida en general, siendo definida por el teólogo católico Warren Reich como el “estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la salud”, en relación con principios y valores. (Como se citó en Capo M y J. Drane F. 2014. p .1).

A partir de allí, se configuran grupos de bioética que procuran incluir no solo el consentimiento voluntario, sino conjuntamente informado en las acciones que incluyen actividades con seres humanos, intentando con ello incluir el derecho a la información que necesita el sujeto para tomar una decisión, por lo que el consentimiento informado, más que la traducción de la voluntad en un documento, es un acto por medio del cual se facilita información precisa y absoluta al sujeto respecto de las circunstancias del procedimiento a realizar, destacando los peligros o riesgos a los que se expone durante el mismo.

Armonizando ese acto de información con las pruebas del polígrafo en los procesos de selección de personal, para adelantar la prueba, se debe entregar una información descriptiva y detallada del procedimiento en sí, adicional a los temas a tratar durante la misma, esto con el propósito de que el sujeto de forma responsable, informada, sensata y con absoluta libertad, acepte todo lo que ello implica y decida o no someterse.

Posteriormente, en el año 1975, la 29ª Asamblea Medica Mundial, hace una revisión de la Declaración de Helsinki e incluye la investigación biomédica en seres humanos, con la cual se sustituye el código de Nuremberg y la Citada Declaración de Helsinki pues sus fundamentos pueden ser considerados de validez mundial, ya que guían la comunidad médica. (Capo M et al. 2014).

- **Concepto del consentimiento informado**

En primer lugar, es indispensable considerar que el consentimiento informado según la Corte Constitucional en sentencia C-182 de 2016 (M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado) tiene como fundamento jurídico y punto de partida en su definición dos aspectos relevantes, **I)** el derecho a la autonomía individual y **II)** el derecho a recibir información, los cuales están inmersos en los artículos 16 y 20 constitucionales.

Con relación al primer aspecto resaltado por la Corte, en cuanto a que libre, el ser humano tiene derecho a tomar sus propias determinaciones de vida sin que el Estado pueda restringirlo legítimamente, a menos que con ello se perturben los derechos de los demás o afecte el ordenamiento jurídico. Es así como esta facultad del ser humano para tomar decisiones es lo que le permite al individuo desarrollarse como ser autónomo al interior de la sociedad.

En consideración a esa libertad y disposición del ser para tomar decisiones aparece el segundo aspecto resaltado por la Corte, el cual se hace necesario cuando el individuo se vea obligado a tomar alguna decisión que demande la intervención de otro en su integridad, ya sea corporal o psíquica, por lo que “debe tener conciencia de lo que se está haciendo y manifestarlo de manera inequívoca”. (Delgado. O. 2016. p. 404) Consideración última que encuentra fundamento para una definición más clara en la Sentencia de la Corte Constitucional T-059 de 2018 M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

Es el resultado lógico del ejercicio de los derechos constitucionales de recibir información y la autonomía (art. 16 y 20 C.P.) Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, que además ha concluido que este derecho adquiere un carácter de principio autónomo y que permite la materialización de otros principios tales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y el pluralismo, así como es un elemento indispensable para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de las personas

Lo cual se podría resumir en el proceso mediante el cual se asegura que el individuo ha manifestado libre y voluntariamente su deseo de participar en el procedimiento, luego de entender la información que se le ha proporcionado

En la definición anterior del consentimiento informado, en términos de la Abogada Ana María De Brigard en su artículo Consentimiento Informado del Paciente, publicado en 2004 por la Revista Colombiana de Gastroenterología, se suponen dos condiciones básicas **I) El conocimiento previo que se tenga del sujeto**, que para el caso medico está relacionado con la condición clínica del paciente y las razones de remisión a consulta o motivos para tomar el tratamiento y para el caso de las pruebas de polígrafo en procesos de selección de personal se relacionan con la hoja de vida del candidato y toda la información suministrada al empleador. Como segunda condición básica menciona **II) el uso de la sana crítica profesional**, la cual corresponde al contenido de la información que el medico está obligado a transmitir al paciente, información que debe ser comunicada de la forma más amable posible, agotando todas las variables posibles y sin omitir detalles, con lo que se permite al paciente tomar la mejor decisión, en la prueba de polígrafo se refiere a la descripción del procedimiento y los temas a tratar.

Para la Corte Constitucional, el consentimiento informado es un principio y derecho fundamental que considera la protección de la autonomía de los individuos y hace parte primordialmente del derecho a la salud, de esta manera la jurisprudencia ha definido que para su protección este consentimiento:

debe ser (i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción, (ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es –oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos, (iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento y por lo tanto se exige un mayor grado de capacidad para ejercer el consentimiento, (Corte Constitucional 2016)

Es decir que, para lograr una configuración válida del consentimiento se requiere el cumplimiento de los tres requisitos resaltados por la Corte Constitucional, Libertad, información y, en casos especiales, cualificado.

En cuanto al último requisito que aparece en la definición, la Corte ha precisado que el consentimiento cualificado hace relación a la complejidad de la intervención, la cual debe estar ajustada al grado de competencia del individuo que lleva a cabo el procedimiento, adicionalmente, en todos los casos es necesario que la persona esté en capacidad de comprender de forma autónoma y suficiente las repercusiones, lo cual para el caso se relaciona con las implicaciones de la prueba de polígrafo en el proceso de selección de personal en la mente y cuerpo del trabajador-candidato.

Respecto al consentimiento informado en las pruebas del polígrafo que se realizan en los procesos de selección de personal del sector privado, la definición y forma de obtención del mismo, está presente en el artículo 7 de la Resolución No 2593 de 2003, la cual fue expedida por la Super Intendencia de Vigilancia y Seguridad Privada que define las particularidades del concepto incorporado a la prueba de polígrafo:

Para la aplicación del examen psicofisiológico de polígrafo deberá existir autorización escrita, previa y voluntaria del examinado. El examinado tendrá entrevista con el profesional que aplica dicha evaluación, donde recibirá explicación previa, acerca del funcionamiento del polígrafo y se le dará certeza de que esta prueba no constituirá, en ningún caso, un atentado contra su dignidad humana o sus derechos fundamentales. (SVSP. 2003. Art.7)

Como se puede apreciar, la esencia de la definición en el concepto del consentimiento informado que se expresa en la Resolución de la SIVSP, varia

sustancialmente respecto de la definición que hace la Corte, pues inexplicablemente omite la expresión libre en la manifestación de la voluntad, con lo cual se convierte en un hecho carente de derecho o fundamento legal.

Finalmente, en este artículo se puede observar un elemento adicional, el cual hace relación a que la autorización previa que da el examinado debe ser escrita para proceder con la prueba, con la aclaración de que el examen no constituye transgresión a sus derechos fundamentales, por lo demás, al igual que indica la Corte aparece el carácter voluntario con el que se debe firmar la autorización y la explicación previa sobre el funcionamiento del polígrafo, lo cual hace relación a la debida información con la que debe contar el examinado antes de presentar la prueba.

Características del consentimiento informado incluidas en la Resolución No 2593 de 2003, como requisito previo y obligatorio en la presentación de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal, que son relevantes, y conviene revisar cada uno de los aspectos mencionados con el fin de interpretarlos adecuadamente y avanzar en las inconsistencias respecto al tema que tiene la frente a la interpretación Constitucional.

I) Autorización escrita. En este punto el examinado mediante la firma de un documento que contiene todos sus datos, hace la manifestación expresa, libre y voluntaria en estar de acuerdo en someterse a la evaluación poligráfica, habiendo por supuesto recibido previamente la información correspondiente al funcionamiento del polígrafo y contenido de la prueba, incluyendo la posibilidad de dar por terminado el procedimiento en el momento que sea solicitado. La autorización debe ser escrita, lo cual descarta el consentimiento verbal u otro tipo de expresión.

II) Previa y voluntaria. Se hace claridad en cuanto a que la firma del consentimiento informado debe darse antes de la presentación de la prueba del polígrafo, pero no se aclara que este debe ser **prestado de forma libre**, es decir sin ningún tipo de presión, es decir, antes del procedimiento y exenta de cualquier tipo de coerción, por cuanto es requisito sine qua non de la expresión de la voluntad.

III) Explicación previa sobre el funcionamiento del polígrafo. En este aspecto, no solamente se incluye la explicación del polígrafo y su funcionamiento, es más una conversación a modo de entrevista desarrollada antes de aplicar la prueba, la cual según menciona la Dra. María de Brigard, está relacionada con el uso de la sana crítica profesional, es decir, el contenido de la información que está obligado a entregar el poligrafista al trabajador-candidato debe ser más que la simple transmisión de datos, ya que lo que se pretende es un ejercicio de humanización del procedimiento y no un proceso angustioso sin motivo alguno.

Mas allá de los requisitos detallados anteriormente, el poligrafista debe familiarizarse con la hoja de vida del candidato, esto es, cada uno de los datos relevantes de su historia laboral, estudios y relaciones familiares entre otros aspectos, los cuales son útiles y relevantes no solo para la compañía con la que lleva el proceso de selección, sino para la prueba en sí, pues tener en cuenta su formación cultural puede agotar todas las variantes implícitas en desarrollo de la prueba del polígrafo y generar una comunicación racional con el candidato-

IV) se brinda certeza que la prueba no constituye transgresión a su dignidad o derechos fundamentales del examinado. Esta última parte en la definición del consentimiento informado presente en el artículo séptimo de la Resolución de la Super Intendencia de vigilancia y Seguridad, hace énfasis

en el deber contradictorio del poligrafista de informar al candidato que el desarrollo de la prueba del polígrafo no trasgrede sus derechos fundamentales, sin embargo, el dicho de la Resolución de la Super Intendencia es un contrasentido, puesto que la prueba del polígrafo en si es una trasgresión a los derechos fundamentales, especialmente la dignidad de las personas que se someten a ella, pues más allá del consentimiento del aspirante, se instrumentaliza al sujeto conectándolo a diversos aparatos que miden sus cambios fisiológicos, entendiendo este hecho como una situación invasiva y de estrés tan alta que puede ser considerada un trato cruel e inhumano. Intimidante y generador de angustia que, en función del apremio del candidato por la obtención del empleo, puede ser mayor o menor según sean leves o intensas, sus necesidades económicas, personales y familiares.

Dicho lo anterior, se puede afirmar entonces que **I)** el consentimiento que brinda el trabajador-candidato durante la prueba de polígrafo adelantada en los procesos de selección de personal del sector privado no es libre. **II)** La afirmación de la SIVSP en cuanto a que la prueba no transgrede derechos no es correcta, puesto que esta prueba vulnera la dignidad humana en aspectos como la integridad personal, quebranta el principio de buena fe que rige las relaciones laborales al cuestionar toda la información aportada por el candidato, lo que por consiguiente afecta su honra y limita el derecho al trabajo, afecta el libre desarrollo de la personalidad pues desconoce la libertad en la manifestación de la voluntad y vulnera la intimidad en el entendido que información que solo incumbe a la persona entra en la órbita subjetiva del empleador, eliminando cualquier rastro de objetividad, imparcialidad y no discriminación que debe regir y sustentar el proceso de selección.

Sin embargo, más allá de la contradicción de la SIVSP, también es claro que con la firma del consentimiento informado se pretende legalizar la práctica de la prueba, pues con ello, en teoría se garantiza la protección de la dignidad

humana, integridad, autonomía de la voluntad y derechos fundamentales del examinado, por lo que es de vital importancia para los fines de esta monografía revisar las condiciones en que se presta el consentimiento, para luego analizar si en consecuencia se cumple con los requisitos formales de validez de este, pues si adolece de alguno estaríamos frente a un acto viciado de nulidad relativa.

Lo anterior significa que, para que exista una protección efectiva de derechos, el consentimiento del examinado bajo ninguna circunstancia debe estar inmerso en alguno de los vicios de que puede adolecer el consentimiento mencionados por el artículo 1508 del Código civil “error, fuerza y dolo” que le impulse a la firma del consentimiento, al igual que debe expresar entender las implicaciones de la firma del mismo, despejando cualquier duda en cuanto a su validez. En cuanto a libre el consentimiento debe prestarse sin apremio o coacción, ya sean las internas derivadas de la prueba en si misma (estrés, angustia, impotencia, miedo), como las externas derivadas de circunstancias de orden personal o familiar que puedan inducir a dar el consentimiento.

Todo esto expone la importancia no solo de los requisitos para la configuración del consentimiento como tal, igualmente señala el valor de los requisitos formales para que este sea válido, requisitos que se deben cumplir a cabalidad en cada uno de sus aspectos para la adecuada práctica del procedimiento o investigación que requiera de esta condición, so pena de vulnerar la dignidad y los derechos humanos del trabajador-candidato.

De donde resulta que, la exégesis estricta del consentimiento, y la expresión de este mediante la firma de un documento que autorice la práctica de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal, llevan a la prueba a una frontera inconveniente, esto en el entendido que esta se desarrolla en un entorno desigual para el examinado y al ser requisito de contratación, a simple vista no hay más alternativa que la firma del mismo,

pues si se quiere el empleo es el único camino, de manera que para la adecuada práctica de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, como veremos más adelante, difícilmente se cumplirá con los requisitos de validez del consentimiento informado.

Dicho esto, se hace necesario mencionar los requisitos del consentimiento informado, los cuales derivan en las condiciones necesarias para su validez, de modo que se explicarán en un sentido más amplio con el fin de no dejar vacíos en su interpretación y decantar cuales se cumplen o no en desarrollo de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal.

- **Consentimiento, Voluntad en el contexto jurídico colombiano.**

Tal vez uno de los requisitos más importantes en la configuración del consentimiento informado, para que este sea válido, según la jurisprudencia colombiana en sus diferentes pronunciamientos, entre ellos el de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC19730 de 2017 (M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona), es la expresión libre y voluntaria con la que se firma, expresión que hace parte de la capacidad de obrar del sujeto y disposición para contraer obligaciones en forma personal, el cual se debe dar sin ningún tipo de imposición y exenta de coerción.

Por lo que antes de continuar quisiera hacer un breve paréntesis en la capacidad del sujeto, pues el concepto se relaciona estrechamente con la voluntad, y junto con este, conforman los requisitos de validez en la manifestación de la voluntad, no obstante, es importante precisar los aspectos que hacen particular y diferente cada término, de tal suerte que la voluntad y la capacidad son distintos en cuanto a que la primera es requisito sustancial para la existencia del acto jurídico, y la segunda solo es un presupuesto de validez. Es decir, la capacidad es:

la facultad para ejecutar o realizar determinado acto ideado por el intelecto; “(...) es poderse obligar por si mism[o], sin el ministerio o la autorización de otra persona” (art. 1502 del C.C.), y que, por tanto, demanda una voluntad desarrollada o deliberativa. Es la habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico, como tal, presumida legalmente en las personas mayores de dieciocho años, salvo distingos legales, en nuestro derecho, siendo esta la regla general, puesto que la inhabilidad o discapacidad constituyen la excepción. (Corte Suprema de Justicia 2017)

Revelando una distinción en cuanto a la capacidad jurídica y la capacidad legal que vale la pena detallar como lo hace la Corte Suprema de Justicia Sala Civil en Sentencia del 5 de septiembre de 1972 en cuanto expresa que el código civil:

“distingue la capacidad jurídica de la capacidad legal: hace consistir la primera en la aptitud que corresponde a toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; y la segunda en la habilidad que la ley le reconoce para intervenir en el comercio jurídico, por si misma y sin el ministerio o autorización de otras”. (Como se citó en Corte Suprema de Justicia 2017).

Dicho esto, la capacidad, como eje y componente central de la existencia de la manifestación de la voluntad jurídica, se hace necesaria para que cualquier acto o negocio jurídico no termine o devenga en inexistente, del mismo modo que su declaración libre de vicios es presupuesto para su validez, pues hay que tener en cuenta que la voluntad “Es la facultad psíquica de la persona, mediada por la inteligencia; es el deseo e intención para elegir entre realizar o ejecutar o no un determinado acto, o un hecho en concreto” (Corte Suprema de Justicia 2017).

De hecho, el concepto de voluntad que señala la Corte Suprema de Justicia, guardando las debidas proporciones, se ajusta a lo descrito por la Real Academia de la Lengua Española en su definición de la voluntad y sus diferentes acepciones, las cuales son características que construyen el concepto general que se conoce hoy en día por lo que vale la pena señalarlo:

“(…) facultad de decidir y ordenar la propia conducta (...). Acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa queriéndola o aborreciéndola (...). Libre albedrío o libre determinación. (...) Elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue”. (Como se citó en Corte Suprema de Justicia 2017)

Implica ello, en términos generales, que más allá de que el consentimiento sea la expresión de la voluntad, donde se acepta algo, sigue siendo claro que este se debe prestar sin fuerza externa que lo instigue, es decir, no basta con tener la capacidad de proporcionar el consentimiento y efectivamente otorgarlo, este debe estar libre de “fuerza externa”, lo cual entiende el Código Civil al incluir las causas y consecuencias de esta situación, las cuales se explicará ampliamente más adelante.

Además, en cuanto al acto jurídico como tal, conviene indicar que según la (Corte Suprema de Justicia 2017), la voluntad presenta dos fases o etapas que deben coincidir e integrarse para que surta efecto en el campo del derecho.

I) Etapa interna: no es una voluntad expuesta o exteriorizada, tan solo oculta e intrascendente, lo cual, hace que sea carente de eficacia legal para la constitución de una relación jurídica por no mostrarse o dejarse conocer, ubicándose únicamente en el extremo de la reserva mental de la persona, en otras palabras, es el anhelo o pretensión subjetiva del sujeto para que se

produzcan consecuencias jurídicas, si esto es así, y el deseo o aliciente de obligarse no trasciende, sus efectos son vanos.

II) Atributo externo, es decir, cómo esa voluntad es exteriorizada o expuesta, lo cual se evidencia cuando el deseo interno y sensato de la persona es declarado externamente, transmitido y publico a terceros, adquiriendo con ello efectos vinculantes con relación a los otros sujetos de derecho, por lo que la voluntad externa es parte integral de la expresión de la conciencia interna que se refleja en signos reconocibles por el destinatario de esa voluntad, los cuales tienen el propósito de que la conozcan, pero si no se exterioriza no existe en el mundo jurídico.

En complemento de lo anterior, una señal o signo externo de la voluntad es según la RAE un “[...] objeto, fenómeno o acción material que, por naturaleza o convención, representa o sustituye a otro [...]. Indicio, señal de algo”, (RAE 2006, p. 1535), así mismo, en el ámbito jurídico se encuentran múltiples signos que se traducen en formas de exponer la voluntad, por ejemplo el lenguaje verbal o escrito y el lenguaje gesticular, el cual comprende varias acciones como “levantar la mano, golpear o dar una palmada en una junta de accionistas (para aprobar un balance), digitar un computador, inclinar la cabeza”, (Corte Suprema de Justicia 2017), siendo el lenguaje verbal el más común y universal.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar que la voluntad se puede manifestar de varias formas, dentro de las cuales encontramos **I)** la expresa y **II)** la tacita o presunta, sin embargo, es imprescindible resaltar que cualquiera sea la manera o forma en que se exprese la voluntad, esta debe darse en un sentido claro y comprensible, algunos ejemplos de ello se encuentran el Código civil y son destacados por

la Corte Constitucional, siendo apropiado relacionarlos en este escrito a modo de ilustración. (Corte Suprema de Justicia 2017)

I) Manifestación expresa, esta se puede dar en forma verbal o escrita, conforme sea el caso, y debe ser ostensible por signos o señales que la hagan saber, ejemplo de esto, lo señala la Corte, haciendo mención al supuesto del artículo 1649 del Código Civil el cual reza: “El poder conferido por el acreedor a una persona para demandar en juicio al deudor, no le faculta por sí solo para recibir el pago de la deuda”, lo que significa que la facultad para recibir el pago de la deuda debe ser expresa en el poder, de lo contrario no contara con dicha facultad.

Otro ejemplo de la manifestación expresa u ostensible de la voluntad aparece relacionado en el artículo 2373 del mismo cuerpo normativo, el cual reza: “La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso”, así como el artículo 2004, el cual expresa “El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido”, es decir, esta facultad es viable únicamente si se entrega de forma expresa.

II) Manifestación Tacita o presunta. Esta forma de expresión de la voluntad, se ve reflejada en lo dicho por el artículo 1287 del Código Civil: “Si un asignatario vende, dona o transfiere, de cualquier modo, a otra persona el objeto que se le ha deferido, o el derecho de suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta.”.

Adicionalmente, el artículo 1290 ibidem, indica: “El asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia”, o la condonación o remisión tacita según lo expuesto por el artículo 1713, “Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título

de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de extinguir la deuda”, haciendo alusión a la presunción.

De ahí que la manifestación de la voluntad se entiende tácita cuando sin estar al tanto de algo expresa o directamente, se colige de hechos o eventos, pues las actuaciones o comportamientos pueden exteriorizan deseos, es decir, la voluntad o pretensión clara, se puede inferir de aquello.

Ahora bien, entendiendo el concepto de voluntad y las formas en que esta se manifiesta, es oportuno evocar lo dicho por la CSJ. Sala Civil en sentencia del 11 de abril de 2000 en cuanto a los requisitos que debe cumplir esta expresión para que sea válida, los cuales además resultan ser la protección que brinda el Estado.

[...] siendo por definición el consentimiento uno de los requisitos esenciales para la existencia del acto jurídico, y añade esta Sala, hallándose presente “cuando es sano, libre y espontáneo es así mismo elemento esencial para su validez, pues la ley no solamente reconoce la facultad que tienen los particulares para regular en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de voluntad, sino que también dispone de los mecanismos adecuados para protegerlos contra su propia ignorancia, y principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad”. (Como se citó en Corte Suprema de Justicia 2017).

En consecuencia, en todo acto jurídico no solo es necesario que el consentimiento sea conferido voluntariamente, se exige que se conciba con un nivel aceptable de conciencia y libertad, ya que sin ello el acto existe, pero viciado de nulidad, en otras palabras, que no adolezca de algún vicio que desvirtúe la libertad de conciencia que la ley presupone en el individuo al

reconocerle el poder suficiente para concebir, modificar o extinguir cualquier tipo de relación jurídica.

En resumidas cuentas, el consentimiento debe cumplir con ciertas condiciones que lo lleven más allá de su mera existencia y le den validez jurídica, condiciones que se han descrito como **I) Capacidad** y que este **II) libre** de cualquier vicio, las cuales se deben cumplir so pena de sanciones como la inexistencia del acto o la nulidad relativa según sea el caso.

Aunque el **III) objeto y causa lícita**, hace parte de las condiciones de validez del consentimiento, no es pertinente en las pretensiones de la monografía, por lo que simplemente será mencionado.

- **Vicios del consentimiento en la prueba del polígrafo.**

Teniendo en cuenta que, en desarrollo de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal, la firma de consentimiento informado es requisito o condición para que la prueba se pueda practicar según lo exige la Resolución 2503 del 2003 de la SIVSP, como garantía de respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales del examinado, es más que pertinente auscultar las condiciones de validez con las que se debe prestar este consentimiento.

Lo anterior, se realizará considerando que la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL20948-2017 (M:P.: Omar De Jesús Restrepo Ochoa), permite hacer la remisión normativa al código civil por cuando la normatividad laboral no cuenta con regulación propia:

En la demostración de vicios del consentimiento en la formación del acto de voluntad, [...], son de recibo en casación las disposiciones que

regulan la materia en el Código Civil, porque en el derecho del trabajo no tienen regulación propia y por ello es viable la remisión que permite el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

Es así, como en términos del artículo 1502 del Código civil, “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: [...] 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio” revelando con ello que para la validez del acto jurídico no es suficiente con que las partes consientan en el, pues es fundamental que adicionalmente que como lo estipula el artículo 1502 “su consentimiento no adolezca de vicio”.

Ahora bien, lo plasmado en el código civil tiene como fin garantizar la autonomía de la voluntad privada, así como la garantía de la justicia en el extenso ámbito de la actividad de los individuos. La Corte Constitucional recuerda en Sentencia C-993 de 2006. (M.P.: Jaime Araujo Rentería), que el ordenamiento jurídico es riguroso y demanda que la manifestación de la voluntad sea libre y consciente, es decir, que la voluntad no esté perturbada por irregularidades que comúnmente se denominan como vicios del consentimiento, los cuales según el artículo 1508 del Código Civil Colombiano son “error, fuerza y dolo”, haciendo referencia a la estructura jurídica de cada uno de ellos, a los que hay que remitirse para precisar la validez del acto jurídico.

Conforme a ello, para que el acto jurídico sea válido, como ya se ha dicho, no es suficiente con que las partes consientan en él, es decir, su aprobación en el acto jurídico también debe carecer de los vicios mencionados anteriormente, de modo que, es apropiado indicar las características en cada uno de los casos enunciados por el artículo 1508 del Código Civil para descifrar si alguno de ellos interfiere en la firma del consentimiento informado exigido

en el artículo 7 de la Resolución 2503 del 2003 Expedida por la SIVSP para la presentación de la prueba de polígrafo.

Acorde a lo anterior, es menester para el caso del consentimiento informado en las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, no solo descifrar si existe algún vicio en el consentimiento del examinado, sino que, en caso de existir, si este podría llegar a tener incidencia en la existencia del acto, pues es una situación preexistente que adicionalmente afecta normas de orden público relacionadas con el derecho al trabajo, las cuales cuentan con ese carácter como lo resalta el CST en sus artículos 14 y 16, aun cuando el Código Civil solo relaciona como consecuencia de los vicios en el consentimiento la nulidad relativa.

En este punto, vale la pena resaltar que las normas de orden público, son aquellas encausadas a la seguridad, solidaridad y justicia, las cuales incluyen preceptos imperativos y obligatorios que no son susceptibles de pacto contrario, renuncia o transacción, ni siquiera por el acuerdo de voluntades entre particulares como lo indica la Corte Constitucional en Sentencia C-166 de 1997 (M.P: José Gregorio Hernández Galindo), ya que son de interés Público y social del Estado, por lo que aun cuando existiera la voluntad de las partes en desarrollo de la prueba de polígrafo en los procesos de selección del sector privado, se contrarían normas de orden público, especialmente la buena fe, y la dignidad humana del trabajador-candidato.

Se pretende entonces, en primer lugar, precisar la existencia o no, de los vicios del consentimiento y en qué circunstancias pueden afectar la voluntad del trabajador-candidato en las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal, especialmente la fuerza, pues existe un desequilibrio en la relación empleador vs trabajador-candidato, el cual se reconoce constitucionalmente en el artículo 25 y legalmente en el Código Sustantivo del

Trabajo artículo 1 entre otros, y su preexistencia concibe una manifestación irregular de la voluntad, que altera o deforma los rasgos particulares que en atención a sus propios intereses, el trabajador-candidato debería tomar en consideración.

- **Error**

El error como uno de los vicios de que puede adolecer el consentimiento, está inmerso en el artículo 1508 de Código Civil Colombiano “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”, y es entendido según (Garcés, P, 2014) como una falsa apreciación o falta de correspondencia entre la idea que se tiene de una cosa o hecho y la realidad, partiendo de la idea de la existencia de un conocimiento previo pero equivocado.

La doctrina, la jurisprudencia y la ley señalan dos clases de error y la respectiva distinción entre ellos a saber: **I) Error de hecho**, consiste en la percepción equivocada que se tiene sobre un hecho, persona o cosa como lo describe el artículo 1511 del Código Civil.

El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

En segundo lugar, se encuentra el **II)** error de derecho, el cual corresponde a la noción equivocada que se tiene respecto de la ley, es decir, el error de derecho recae sobre el derecho objetivo, esto es, sobre una norma de derecho, lo cual encuentra fundamentado en los art 1509, 1510, 1511 y 1512 del Código Civil, sin embargo, es preciso puntualizar que la ley no consiente la invocación del error de derecho como excusa en consonancia al principio consagrado en el artículo 9 del código civil “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa” en adición al artículo 1502 “El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento” por lo que este error no configura un vicio del consentimiento.

Figura que para el caso del consentimiento informado en la prueba de polígrafo difícilmente aplicaría, esto en el entendido que antes de ser practicada, el poligrafista está en la obligación de explicar en detalle el funcionamiento del polígrafo y el desarrollo de todo el procedimiento en si, como bien lo señala el artículo 7 de la Resolución 2593 de 2003 de la SIVSP, dejando claro que el consentimiento autoriza exclusivamente la presentación de la prueba antes explicada y la entrega del examen al interesado, por lo que limita cualquier apreciación equivocada del procedimiento que pudiese tener el candidato.

- **Dolo**

En cuanto al dolo, este término proviene del latín “dolus” lo que significa según el diccionario de la RAE fraude, engaño o simulación, es decir, involucra la intención de quien actúa con el fin de generar un daño a través de una acción u omisión, lo cual según el artículo 63 del código Civil “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” donde como lo expresa el artículo mencionado anteriormente confluyen varios aspectos determinantes a saber **I)** intención positiva de causar daño, **II)** contra justicia o

ley, y **III)** afectar persona o propiedad de la contraparte, sin olvidar que adicionalmente para que el dolo invalide el acto, este debe ser **IV)** determinante como lo expresa el art 1515 del código civil.

Mas allá de las diferentes teorías y aspectos que incluye el Código Civil del dolo como vicio de consentimiento, vale la pena revisar si se cumplen o no las condiciones descritas anteriormente en desarrollo de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal, las cuales podrían llevar a la invalidez del acto, verificando principalmente si se configura el dolo al momento de la firma del consentimiento informado.

Dicho lo anterior, conviene indicar que los aspectos del dolo que menciona el código civil y que pueden derivar en un vicio del consentimiento, en teoría se manifiestan en la prueba de polígrafo aunque no son evidentes en la estructura de la prueba, ya que su pretensión principal es determinar la confiabilidad del examinado, adicionalmente se realiza en el marco de la Resolución 2593 de 2003, es decir, los poligrafistas actúan amparados bajo un manto de legalidad que brinda la resolución, el cual jurídicamente no vela el dolo, ya que no hay ningún tipo de engaño ni es pretensión de la prueba o poligrafista dañar al examinado, sin embargo, aunque no exista norma que prohíba expresamente la realización de la prueba, con ella se infringen normas de orden público que promueven equidad y justicia social.

Sin embargo, es preciso hacer claridad en cuanto que, aun cuando no exista engaño y, prima facie no se evidencia la configuración del dolo en las condiciones descritas en el código Civil, no implica que este no exista o se configure en la práctica de la prueba del polígrafo en el proceso de selección de personal, no obstante, este no hace parte de las pretensiones actuales del escrito, puesto que los fundamentos para demostrar su existencia pueden

variar y su desarrollo amplía el espectro de trabajo, perdiendo perspectiva y precisión en el presente análisis.

En conclusión, la firma del consentimiento informado que da vía libre a la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, no está viciada por el dolo, en cuanto a su desarrollo y estructura, ya que no se evidencia que los aspectos que lo configuran estén irradiados por la intención real de causar daño al examinado, pues como se ha dicho anteriormente no hay norma que prohíba expresamente su práctica en ningún aspecto, por lo que si la prueba se da en el marco de la Resolución 2593 de 2003 no hay lugar a que se presente dicho vicio, sin embargo, es importante aclarar que lo anterior no quiere decir que este vicio no se pueda dar en circunstancias particulares, no obstante, para los fines de este escrito no es posible entrar a descifrar casos específicos o particulares donde se pueda presentar, lo que se descarta entonces es que este sea uno de los vicios del consentimiento en la estructura del proceso que lleva a la firma del consentimiento informado en la prueba de polígrafo.

- **Fuerza.**

El consentimiento, como uno de los elementos esenciales del acto jurídico que hace referencia a la manifestación de la voluntad de la persona, para aceptar derechos y adquirir obligaciones en el escenario de la autonomía privada, según el artículo 1508 del Código civil puede ser viciado por el error, la fuerza y el dolo, para el caso de la fuerza, resulta fundamental analizar no solo el concepto, sino el contexto de las relaciones laborales en que se da, pues es allí donde se puede afectar, particularmente en los casos que se exige la presentación de la prueba de polígrafo como requisito de contratación.

El presente punto tiene el propósito de hacer un acercamiento a la noción de fuerza como vicio del consentimiento en desarrollo de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, aproximación que se realizará desde la dogmática jurídica y positivización del derecho, teniendo en cuenta el contexto en que se obtiene esta manifestación de voluntad del examinado, sin olvidar la existencia de un proceso de “Constitucionalización del Derecho Civil” (Gutiérrez, 2011. P. 50) promovido por esos actos jurídicos cuyo rasgo común es la existencia, no de un sujeto pasivo y activo, sino una dualidad Victimario-Víctima, que ha forzado transformaciones legislativas que alteran el alcance del concepto de fuerza consagrado en el Código Civil, y pueden ser aplicadas al desequilibrio existente en las relaciones de poder entre Empleador y trabajador-candidato en el derecho laboral, afectando en consecuencia la práctica de la prueba de polígrafo incluida en el proceso de selección.

Resulta esencial, a fin de lograr el acercamiento deseado al concepto de fuerza, divisarlo desde los matices convencionales que se han dado a su concepción en el Código Civil, así como los rasgos que emergen en respuesta a un país como Colombia donde la fuerza y la violencia son circunstancias presentes en la vida de sus ciudadanos a través de la historia, dando lugar a su complementación para resguardar y proteger el orden público, es decir, convirtiendo un asunto de interés privado en uno conocido y examinado desde el derecho público, con el propósito de fortalecer su contenido de justicia.

- **La fuerza como vicio del consentimiento en las pruebas de polígrafo.**

La fuerza, en su interpretación estrictamente jurídica se suele definir como “la injusta coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico” según lo expresa la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC de 15 de abril de 1969 (M.P. Guillermo

Ospina Fernández) no obstante, se admite que dicha acción no elimina la voluntad o consentimiento como pieza clave del acto jurídico, ya que de ser así, ocasionaría la inexistencia del mismo, sino que anula la libertad de lo que en verdad se quiere, por lo que el acto jurídico existe, pero con un vicio del consentimiento que deriva en una nulidad relativa.

En nuestro país, el Código Civil no hace una clasificación de la fuerza, pues únicamente expresa en el artículo 1513:

La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia hacen una distinción en dos sentidos respecto a este concepto de fuerza: **I)** física (vis absoluta) y otra **II)** psicológica o moral (vis compulsiva), siendo esta última la que cuenta con un componente subjetivo “difuso y etéreo”, en donde para su análisis es preciso indagar el fuero interno del sujeto que la experimenta y su relación con el miedo, en el entendido que no todo miedo debilita la capacidad de discernir del sujeto para viciar su consentimiento, puesto que este como lo menciona el Código Civil debe infundir un justo temor. (Garcés, P, 2014).

De manera que, mientras la fuerza física (vis absoluta) no admite nexo entre la acción física y el pensamiento del individuo, por cuanto es alguien distinto a quien efectivamente actúa, en la fuerza moral (vis Compulsiva) si hay voluntad, por ende, hay un margen de discernimiento del sujeto, lo que ocurre es que se encuentra coaccionado para la ejecución del acto jurídico, razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia admiten que la (vis Absoluta) provoca la inexistencia del acto y la (vis compulsiva) su nulidad relativa. En este sentido el Consejo de Estado ha expresado:

Tradicionalmente, se ha dividido la fuerza o violencia en dos clases: física (vis absoluta) o moral (vis compulsiva). La fuerza o violencia física, consiste en toda coacción sobre la integridad y libertad material de la persona de la víctima, como pueden ser los maltratos, las torturas y el secuestro, y en ella existe ausencia total de elección en el sentido de la manifestación de la voluntad del compelido materialmente a la realización del acto; y la fuerza o violencia moral, consiste en una presión psicológica que perturba a la víctima y conduce su voluntad contractual manifestada, de manera que ella no elimina la voluntad del contratante, sino que la guía en la formación del negocio jurídico y hacia su celebración, conservando un margen de elección entre su suscripción o el riesgo de sufrir un mal amenazado; por lo general, se traduce “en las amenazas encaminadas a intimidar a la víctima y crear en su ánimo la Resolución de consentir en el acto jurídico para librarse del mal con que se le conmina, como las amenazas de muerte, el secuestro de un pariente, de destrucción”. (Como se citó en Consejo de Estado. 2012).

Adicionalmente, como lo expresa (Garcés, P, 2014), se debe tener presente el concepto de “impresión” al cual se relaciona con el artículo 1513 del Código Civil, que no es diferente al temor, el cual representa el verdadero componente

del vicio del consentimiento (*vis compulsiva*), pues legalmente se exige que este sea de tal dimensión que determine la voluntad del sujeto que padece la fuerza, sin embargo, es necesario precisar que la norma del Código Civil puntualiza la violencia como vicio del consentimiento y no el miedo como se mencionó anteriormente, lo cual incluso ha sido ampliado por la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 15 de abril de 1969 haciendo referencia a la violencia como:

un hecho externo distinto del temor o miedo que infunde en el ánimo de la víctima y que es el que la coloca ante el dilema de realizar el acto que se le propone o de sufrir el mal que ya se le inflige o con el que se la amenaza, coartándole así el grado de libertad requerido por la ley para el ejercicio de su voluntad jurídica.

Con lo cual se puede concluir en términos generales que si bien el miedo es el elemento que realmente vicia el consentimiento del sujeto en las pruebas de polígrafo realizadas en los procesos de selección, debe existir una fuerza que lo genere, lo que sugiere que en cualquier caso no puede ser un miedo sin motivo o irrazonable, sino que al contrario, este debe ser una respuesta legítima de una persona de “sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición” (Código civil, art 1513), que es sometida a una fuerza externa que perturba su libre albedrío.

Sin apartarnos de las precisiones jurisprudenciales respecto a los elementos inmersos en el artículo 1513 del Código Civil y que determinan la fuerza como vicio del consentimiento, es necesario hacer claridad en dos aspectos que retoma Garcés Vásquez del escrito Derecho Privado Romano de 2007 de Valencia H así:

El primero, de carácter objetivo del tipo abstracto del hombre sano de juicio que víctima del miedo cede su consentimiento en un contrato; y el segundo, de carácter subjetivo, según el cual debe examinarse para ello su edad, sexo y condición, y en esta última acepción, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la experiencia o inexperiencia, ignorancia o conocimiento, dependencia, debilidad mental, necesidad o ligereza en la situación, que le infunden un temor justo de sufrir un mal irreparable en su persona o en sus bienes o en los de sus parientes o en las personas que le son más próximas. Sin que pueda confundirse la fuerza con el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, el cual no basta para viciar el consentimiento. (Valencia. 2007.p. 508).

Lo anterior, significa que la fuerza no se debe examinar en abstracto, es decir, debe ser considerada en sí misma pero vinculada a la persona sobre la cual se ejerce, esto es, valorar el acto de fuerza en conjunto con la capacidad de este para perturbar a la persona contra quien se dirige el mismo, para el caso de la prueba de polígrafo sobre el trabajador-candidato, serian la necesidad y dependencia.

De acuerdo a lo dicho, se pueden resumir en cinco los requisitos necesarios para la configuración de la fuerza (vis Compulsiva), como vicio del consentimiento, los cuales no se encuentran de forma expresa en los artículos 1513 y 1514 del código civil, pero son señalados por el Consejo de Estado en Sentencia 1998-00343 de 2012 (C.P.: Danilo Rojas Betancourth) en los siguientes términos:

I) “Que la amenaza sea grave”, ya que esta debe generar un justo temor al sujeto de encontrarse expuesto a un mal irreparable, por cuanto la amenaza debe ser idónea y de tal dimensión que doblegue la voluntad de quien la sufre,

debido a que realmente le produce un temor que permite llegar a concluir que únicamente por esta coerción o coacción convino en la celebración del acto jurídico, ya que no se trata de temor vacío o sin excusa.

II) Que el mal amenace claramente al individuo al que se le provoca la fuerza o a sus bienes, o recaiga en su consorte, familiares y personas más próximas con las que este unido por un sentimiento de afecto.

III) “Que la fuerza sea actual o inminente en la celebración del negocio jurídico” (Consejo de Estado 2012), ya que solamente la intimidación presente puede provocar temor, es decir, la fuerza preliminar o concomitante a la realización del acto jurídico que cause temor de recibir un mal irremediable y grave a quien lo celebra, sus parientes cercanos o su patrimonio.

IV) “Que la fuerza sea ilegítima o que siendo legítima persiga una ventaja injusta o en abuso del derecho” (Consejo de Estado 2012), esto significa que la fuerza debe ser injusta, es decir, generada sin legitimación legal, o sin razón atendible o tutelable jurídicamente, la cual puede incluir amenazas a través de actos ilícitos o por la vía del derecho, cuando con su realización se esté destinado a inhibir la otra parte del acto jurídico con la pretensión de una ventaja injusta o desproporcionada, dicho esto, es apropiado aclarar que la presión o amenaza para hacer valer un derecho o realización de un deber o satisfacción de un interés amparado legalmente, no conforma por sí mismo un acto de fuerza pues:

la simple prevención de que se ejercitarán ciertos medios compulsivos que la ley otorga no constituye en principio amenaza indebida, desde que lo buscado por esa vía sea apenas el cumplimiento de los deberes asumidos con anterioridad. (...) Pero cuando la amenaza de los derechos procure un derecho indebido, o plantee una desproporción

entre el deber y el mal anunciado, deja de ser legítima y, por abusiva, puede llegar a constituir un verdadero acto de fuerza. (Como se citó en Consejo de Estado. 2012).

En otras palabras, la amenaza al ejercicio de un derecho como presupuesto de anulabilidad del acto jurídico, equiparable a la fuerza, tiene sustento en la vulneración a la libertad de consentir en términos igualitarios por una de las partes en atención a la singular circunstancia en que se halla y el aprovechamiento de esta por la otra con el fin de obtener un privilegio arbitrario e injusto.

V) “Que la fuerza provenga del contratante o de un tercero o aun de acontecimientos o circunstancias especiales de la víctima” como lo expresa la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 3 de mayo de 1984. La fuerza puede ser ocasionada por cualquier individuo o situación, lo cual indica que no importa quién sea el artífice de la coerción o amenaza, pues se producen sucesos en que un acto jurídico se efectúa por miedo y coacción sin que la fuerza que genera esa condición sea ejercida por otra persona, sino que procede de eventos sociales o de hechos de la naturaleza o de situaciones específicas en las que se ubica el sujeto, lo que provoca que ese consentimiento no sea libre y voluntario, sino causado, conducido u orientado por una insuperable coerción provocada por las citadas circunstancias externas al sujeto en particular que crean un estado de necesidad o estado de peligro, de acuerdo al caso, de quien concurre a la ejecución del acto jurídico en circunstancias injustas y con el consentimiento y aprovechamiento de la contra parte de esta circunstancia. (Consejo de Estado 2012).

Todos estos aspectos que configuran la fuerza (*vis Compulsiva*) como vicio del consentimiento, están inmersos en el desarrollo de la prueba de polígrafo

en los procesos de selección de personal, ya que **I)** de no someterse a la prueba de polígrafo se amenaza su derecho al trabajo. **II)** la amenaza recae directamente sobre la persona a la que se le infringe, es decir el trabajador-candidato, e incluso puede recaer sobre su cónyuge, parientes y personas más cercanas si están dependientes económicamente de él. **III)** La fuerza es actual e inminente, pues la prueba de polígrafo es requisito de contratación. **IV)** La fuerza es ilegítima, pues no cuenta con sustento legal y contraria principios y derechos constitucionales, adicional a que el empleador se aprovecha de la situación desigual entre él y el candidato para obtener la firma del consentimiento. **IV)** Aun cuando para que se configure la fuerza no importa de quien provenga, para el caso es importante resaltar que esta proviene de quien finalmente se beneficia con la prueba de polígrafo, es decir el empleador, y que este sujeto cuenta con una posición privilegiada preexistente que obliga protección respecto del trabajador-candidato que agrava el hecho.

- **El miedo, condicionante en la firma del consentimiento informado.**

Según la definición de la Real Academia de la Lengua, el miedo “es la angustia por un riesgo o daño real o imaginario”, dicho de otra manera, es un componente completamente subjetivo que perturba la voluntad del sujeto, por ello, como lo menciona (Garcés P. 2014. p. 191) “la presión o coacción en que consiste la fuerza, debe producir en la víctima un sentimiento de miedo o temor que restringe su libertad de decisión, al punto de convertirla en una simple disyuntiva”, es decir, la disyuntiva de llevar a cabo el acto jurídico propuesto o padecer un perjuicio grave e irreparable en su persona “su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes” como lo describe el art 1513 del Código Civil.

Entonces el miedo es una sensación afín al hombre, la cual describe el filósofo y escritor humanista francés Michel de Montaigne cuando se expresa acerca de este así:

No soy buen naturalista según dicen, y desconozco por qué suerte de mecanismo el miedo obra en nosotros. Es el miedo una pasión extraña y los médicos afirman que ninguna otra persona haya más propicia a trastornar nuestro juicio. En efecto, he visto muchas gentes a quienes el miedo ha llevado a la insensatez, y hasta en los más seguros de cabeza, mientras tal pasión domina, engendra terribles alucinaciones

Dejando a un lado el vulgo, a quien el miedo presenta ya sus bisabuelos que salen del sepulcro envueltos en sus sudarios, ya brujos en forma de lobos, ya duendes y quimeras, hasta entre los soldados, a quienes el miedo parece que debía sorprender menos, cuantas veces les ha convertido un rebaño de ovejas en escuadrón de coraceros: rosales y cañaverales en caballeros y lanceros, amigos en enemigos, la cruz blanca en cruz roja o viceversa. (Monaire M. 2010, p. 5)

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-563 de 1995 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), hace una interpretación del miedo como parte de la realidad humana, haciendo una distinción entre miedo y cobardía en los siguientes términos:

Son virtual y claramente diferenciables la cobardía y el temor, aunque en las acciones concretas sometidas a juicio aparezcan, a veces, unidas de modo inconsútil. La cobardía es la contrapartida de una virtud (el valor) y como tal, un vicio, moral y jurídicamente censurable. El temor (o miedo), en cambio es un fenómeno psicológico, una emoción originada en un proceso fisiológico fatal y humanamente inevitable,

éticamente neutro. Sería un despropósito (un sinsentido) reprochar a alguien su miedo, pero no lo es reprocharle su cobardía.

Kant (“Antropología en sentido pragmático”) distinguió las emociones esténicas, que impulsan a la acción, como la ira, de las asténicas, que sumen en la inacción, en la pasividad, como el dolor. El miedo, emoción derivada de la creencia influir nuestro comportamiento al modo de las unas o de las otras, cuando su intensidad lo hace incontrolable. Puede paralizarnos cuando era el caso de actuar, o impulsarnos a una acción desbordada cuando era el caso de evitar la actuación imprudente. Pero, de ordinario, no es incompatible con el comportamiento sensato. A menudo, acompaña nuestros actos cotidianos: sentimos miedo de un tratamiento médico doloroso, pero lo afrontamos; sentimos miedo de transitar por una zona donde abundan los bandidos, pero lo hacemos; tememos tomar una decisión de la que se siguen graves consecuencias, pero la tomamos. Es decir, aunque sentimos miedo no actuamos cobardemente.

De donde se infiere que en la naturaleza humana existe la posibilidad de sentir miedo, no obstante, el miedo por sí mismo no es suficiente para viciar el consentimiento, es necesario considerar si esa emoción, al manifestarse, es capaz o no de restringir la capacidad de discernir del sujeto, de ahí que el operador judicial no solo tiene la obligación de conocer la ley, también debe advertir esta condición humana, con lo que su juicio de valor no solo otorga seguridad jurídica sino justicia. (Garcés, P, 2014).

De cualquier forma, el estudio de la fuerza no debe dirigirse únicamente al concepto en sí, ya que el atributo real de esta es el miedo que puede llegar a producir convirtiéndose en un vicio del consentimiento, es decir, no es la cantidad de fuerza o violencia que se ejerce como podría interpretarse de un

estudio superficial del artículo 1513 del Código Civil si no cuanto miedo produce.

En atención a ello, es importante aclarar en qué condiciones y cómo se configura el miedo como un vicio preexistente al consentimiento informado que se firma en la práctica de las pruebas del polígrafo en los procesos de selección de personal, para lo cual se deben tener en cuenta dos aspectos básicos **I) desequilibrio estructural**, el cual la Corte Constitucional en sentencia C-1110 de 2000 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández) expone en los siguientes términos:

Cuando la Constitución se refiere al trabajo como objetivo y fundamento esencial de la organización política, proclamando su doble condición de derecho fundamental y de obligación social, imponiéndole al Estado el compromiso de protegerlo de manera especial en sus distintas modalidades, no está haciendo otra cosa que reconocer la desigualdad intrínseca en las relaciones laborales, derivada no solo del papel que juegan el capital y el trabajo en el sistema económico sino, en concreto, del rol que en dichas relaciones asumen empleadores y trabajadores[...]

[...]en virtud de las particularidades del vínculo contractual de carácter laboral las partes no son iguales pues el trabajador se encuentra en inferioridad de condiciones respecto del empleador. Por ello, el derecho del trabajo se ha propuesto desde siempre la compensación de ese desequilibrio estructural, mediante la consagración y el perfeccionamiento de normas legales y constitucionales protectoras que buscan precisamente compensar la debilidad de quien normalmente está obligado a entregar a otra su fuerza de trabajo a cambio del pago del salario y las prestaciones sociales.

De allí que el Código sustantivo del trabajo en su Artículo 1 exprese que: “La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”.

En segundo lugar, hay un **II) Vacío legal**, pues no hay norma que prohíba expresamente la práctica de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, y mucho menos protocolos para el manejo de la información obtenida, más allá de la Resolución de la SIVSP, por lo que teóricamente la única protección legal con la que cuenta el aspirante es la autonomía de su voluntad, expresada a través de la firma o no del consentimiento informado, donde también se le informa que “tiene la libertad de escoger si es su deseo someterse a la prueba o no”.

Es en ese contexto, es que aparece el miedo del aspirante, pues el empleador, en contra del principio constitucional de la buena fe que debe regir las relaciones laborales y aprovechando el desequilibrio estructural inmerso en las relaciones empleador, trabajador-candidato y la falta de regulación, impone como requisito de contratación presentar la prueba de polígrafo, dejando sin alternativa al aspirante, pues de no someterse a ella se ve expuesto a perder la oportunidad laboral, una amenaza real a su derecho al trabajo, consecuencia lógica de no presentar la prueba, puesto que la intención de esta es evaluar la confiabilidad del aspirante y no presentarla genera dudas al empleador quien no está en la obligación legal de justificar su decisión de contratarlo o no.

Con todo, la fuerza como institución jurídica únicamente origina, respecto al acto viciado, la nulidad relativa del mismo, situación subsanable, no obstante, se debe tener en cuenta que Colombia es un país que ha sufrido de violencia generalizada, así como desequilibrios sociales y económicos, que no

han sido ajenos a los actos jurídicos, lo que evidencia que esta institución del derecho civil se ha visto superada, puesto que:

al dar la posibilidad de subsanar el vicio y consecuentemente convalidar el negocio jurídico sometido a la fuerza, se está prolongando en el tiempo el sufrimiento de la víctima, ya que nada garantiza que el temor pasado se haya extinguido en la subsanación presente. (Garcés, P, (2014. p. 195).

Sin embargo, Para el caso de las pruebas del polígrafo en los procesos de selección de personal, resulta ilógico creer que exista la posibilidad de subsanar un vicio preexistente representado en el miedo de no ser contratado o perder el empleo por parte del trabajador-candidato, pues ello desconoce la condición desigual de este último frente al empleador y revalida un acto jurídico supeditado a la fuerza derivado de esta condición.

En otras palabras este consentimiento no tendría ningún sentido, pues el trabajador-candidato, mientras subsista la posibilidad de ser contratado o las obligaciones emanadas de un contrato, nunca perderá su condición desigual o de subordinación, y alegar un vicio en su consentimiento o no firmar la autorización para someterse a la prueba de polígrafo, amenaza su derecho al trabajo o estabilidad laboral y no es garantía para reparar el daño que se cause con la prueba, pues la vulneración a la dignidad humana, buena fe, honra, intimidad, integridad, libre desarrollo de la personalidad, trabajo o garantía de no autoincriminación, fueron irremediabilmente vulnerados sin su consentimiento.

Por consiguiente, este miedo, en el contexto que se presenta, es suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad con la que se hace firmar al aspirante el consentimiento informado y su validez, por lo que para ello, es

necesario analizar el desarrollo jurisprudencial de la fuerza como vicio del consentimiento en el derecho civil y cómo este traspasa la barrera del derecho privado y debe ser revisado por el Estado, revelando como un nulidad aparentemente relativa derivada del miedo y prevista en el Código Civil, se convierte en un acto inexistente por las condiciones de desequilibrio social en que se presenta.

- **Nulidad relativa de la fuerza**

En primer lugar, un elemento adicional que resulta de gran importancia con relación a la tarea que cumple el consentimiento según Garcés Vázquez, es cómo afrontar su falta de consistencia, es decir, desajustes o vicios, puesto que, siendo un requisito esencial del acto jurídico, no se le contempla en sí mismo, sino también en términos de la función que realiza jurídicamente:

Un acto jurídico carente de alguno de los requisitos esenciales o contrario a una norma legal, a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, es un negocio nulo radical y absolutamente; un negocio en que concurren tales requisitos, pero que adolezca de algún vicio del consentimiento o algún defecto de forma, será simplemente un acto anulable, es decir, susceptible de impugnación. En el primer caso, entra en juego una norma de Derecho necesario, no derogable por la voluntad de los particulares. Lo que explica que eficacia e ineficacia del acto no pueda ser dependiente que aquéllas quieran o no impugnarle; en el segundo, no se da tal razón de orden público, y en virtud del principio de la conservación del acto, esto produce ab initio la totalidad de sus efectos, en tanto no haya sido objeto de esa impugnación (Como se citó en Garcés, P, 2014, p. 41)

En otras palabras, se “garantiza una facultad que carece de margen de acción” (Garcés. P 2014 p.41), esto en el entendido que la autonomía se halla restringida en lo consuetudinario y lo normativo, reduciendo el consentimiento a un mero formalismo que en palabras de Cossio y Corral, A. (1988), es revocable por cualquier reparo lógico con relación a su nulidad, anulabilidad o validez, en cuanto a la capacidad para generar los efectos deseados, esto es, su eficacia.

Lo anterior intenta expresar la amplitud del concepto del consentimiento, en el entendido que el derecho lo positiviza y lo circunscribe a las prerrogativas legales y procesales que le son propias, sin embargo, es el propio derecho el que admite que este no es regular y hay anomalías, las cuales vale la pena revisar en paralelo con la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal, pues allí el consentimiento se presta en una situación excepcional que no puede ser revisada posterior al acto jurídico, es decir, no puede ser entendida de forma subsidiaria pues el vicio es un hecho preexistente y conocido producto de un desequilibrio estructural y vacío legal presente en la relación empleador vs trabajador-candidato.

Por esto, es necesario explorar las circunstancias en que se presenta el consentimiento y todo lo que ello conlleva, sin ignorar las consecuencias de su inobservancia en la vulneración de la dignidad humana, derecho al trabajo y demás principios y derechos fundamentales, porque no se habla únicamente de invalidez del acto, para el caso va más allá, se habla de la ausencia de consentimiento en las pruebas de polígrafo realizadas en los procesos de selección de personal.

Conforme a todo lo anterior, es evidente que el consentimiento, es un concepto general que no solamente existe en ámbito del derecho civil, se expande a todo el campo jurídico incluyendo el derecho laboral, pues esta

institución se relaciona con la autonomía de la voluntad y es utilizada en procesos de selección de personal, por consiguiente, debe atender al contexto en que se realiza.

De ahí que toda subordinación o subconjunto temático que plantea la normativa y la doctrina, hacen que este aspecto –que, como se ha visto, funciona de puente entre el aspecto íntimo de la persona y su entrada en relaciones civiles– deba ser considerado. (Garcés. P 2014 p.42).

No obstante, para el caso en particular, el derecho en general es reacio en aceptar que el contexto económico o social influye en la validez del acto, pues ello implicaría el reconocimiento no solo de los vicios del consentimiento, sino el contexto en que este se manifiesta, proporcionando un amplio margen de alternativas para su interpretación.

Sin embargo, en el caso del derecho civil, el legislador ha tomado conciencia del problema que resulta de la configuración de la fuerza, no solo en el tema probatorio para quien la sufre, sino también en cuanto a los efectos jurídicos que genera en la práctica comercial bajo ciertos eventos como por ejemplo el planteado en el artículo 1 de la ley 201 de 1959 y más recientemente en lo previsto por la ley 1448 de 2011, donde se señala un cambio real en el paradigma de la fuerza como institución en el marco de un contexto delimitado al conflicto interno Colombiano.

No obstante, para el caso del derecho laboral, aun cuando es evidente y reconocida Constitucional y legalmente la situación desigual entre empleador y trabajador-candidato que obliga al Estado a buscar un equilibrio social entre las partes, no se ha revisado la situación que viven los candidatos en los procesos de selección que presentan la prueba de polígrafo como requisito de contratación, y el Estado se limita a expresar en diferentes conceptos a través

del Ministerio del Trabajo, que “es una práctica irregular, que no está prohibida expresamente por la ley”.

Hay que mencionar además, y guardadas las proporciones que dieron origen a la ley 1448 de 2011, que la situación es similar a la mencionada, pues las normas afectadas en ella son de orden público al igual que las afectadas con la prueba, pues hacen parte del derecho laboral y por ende comprometen el orden público, y al no ser tenida en cuenta la preexistencia de este vicio al consentimiento, se afectan principios y derechos constitucionales, primordialmente la dignidad humana, el derecho al trabajo, la buena fe, la honra, la integridad, la intimidad, la autonomía, el trabajo y la no autoincriminación.

Con lo cual, con el fin de establecer cómo la firma del consentimiento informado no solo está viciado por una nulidad relativa en los procesos de selección de personal que implican la prueba de polígrafo como requisito para contratación, como se demostró en los puntos que preceden, es importante traer a colación los fundamentos de la ley 1448 de 2011 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, que eliminan el dilema de la nulidad relativa en la fuerza como vicio del consentimiento en ciertos casos, incluyendo para ello una presunción de derecho, específicamente la ausencia de consentimiento, o causa lícita, la cual aplica en ciertos eventos que por analogía se pueden y deben aplicar a la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal a fin de proteger no solo la dignidad humana sino el derecho al trabajo.

- **Ausencia de consentimiento en la prueba de polígrafo en procesos de selección de personal.**

Concretamente en Colombia, los dilemas de la fuerza como vicio del consentimiento en el acto jurídico han sido base en el desarrollo jurisprudencial del concepto, ya que aunado a la fuerza aparece el concepto de violencia, el cual ha sido permanente en el contexto social, puesto que indiscutiblemente Colombia ha convivido con varias formas de violencia a través de su historia, comenzando por la violencia independentista y partidista, donde se presentaron confrontaciones entre seguidores de los partidos liberal y conservador (Salamanca, M. 2007).

Etapa que culmina a finales de los años 50, dando paso al inicio de un orden político llamado “frente nacional” donde en la presidencia de Alberto Lleras Camargo, se decreta la Ley 201 de 1959, “Por la cual se dictan medidas tendientes a impedir el aprovechamiento económico de la violencia durante el estado de sitio” y en su artículo 1° se procuró definir los alcances del artículo 1513 del Código Civil, con relación a la violencia extendida y común en ese momento, puntualizándolo así:

En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado.

Queda en estos términos aclarado el sentido y alcance del artículo 1513 del Código Civil, en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada.

Norma que permanece vigente, y acepta que en la fuerza que vicia el consentimiento “no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento” (Código Civil, Art. 1514), incluyendo las condiciones que imponen a las personas a obrar como no lo desean, por lo que aunado a lo normado en el código Civil, se incorpora un nuevo elemento en su interpretación, que redefinen la acepción de la fuerza como vicio de consentimiento en leyes y pronunciamientos jurisdiccionales.

Conviene resaltar que, al interior de los vicios del consentimiento, el legislador ha sido más impetuoso al momento de amparar a la víctima de la fuerza, ya que es más difícil oponerse a ella que al engaño o ignorancia, puesto que aunque concurre la voluntad de la víctima, no admite la desviación en el proceder con relación a la voluntad del victimario, entre tanto, en el engaño es posible que el engañado pueda advertir la artimaña en su contra o el ignorante puede aprender, reorientando su voluntad en torno al acto jurídico, no obstante, quien es forzado no puede redireccionar su voluntad coartada, bajo la amenaza de un perjuicio posterior, ya que a diferencia del error o el dolo, en efecto la voluntad de la víctima es restringida por otro sujeto, dejando claro que el miedo es el auténtico evento que vicia el consentimiento en el acto jurídico, por lo que es indispensable ahondar en el alcance de dicho fenómeno en el contexto de las relaciones laborales y la prueba de polígrafo en procesos de selección de personal.

Al consentir se pretende satisfacer el resultado práctico del consentimiento, es decir, consentir es la consecuencia lógica de un profundo proceso reflexivo, dando como resultado la concurrencia de voluntades, sin embargo, este consentimiento es anterior al acto jurídico, por lo que es consecuencia de las voluntades expuestas y motivo de la relación jurídica.

No obstante, en el caso de estudio, al verse afectada la voluntad por el miedo producto del desequilibrio social entre trabajador-candidato y empleador, el cual es preexistente y reconocido constitucional y jurisprudencialmente, no solo se afecta el ámbito privado del individuo, el cual es objeto de protección de los artículos 1508 y 1741 del código civil, pues permea la esfera de lo público al limitar el derecho al trabajo, y con ello, “el conjunto de reglas de orden social y moral que contienen las condiciones fundamentales de la organización de la sociedad” Sentencia C-177 de 2005, (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa), a las cuales pertenece el derecho al trabajo según reza el artículo 16 del CST, sin tener en cuenta que:

Muchas leyes, especialmente las que tocan con cuestiones de orden público y se encaminan a remediar injusticias sociales existentes, se dictan no solo con el propósito de evitar que tales injusticias se produzcan en el futuro, sino de que se eliminen las ya producidas; o, en otros términos, que su aplicación comprenda las nuevas situaciones y las anteriores, en cuanto, respecto de estas, no se viole ningún derecho adquirido (Corte Constitucional 2005).

Lo que significa, como expresa la (Corte Constitucional 2005), que la autonomía de la voluntad se restringe significativamente ya que es el legislador el responsable de acoger diseños normativos para ámbitos concretos, lo que implica para el derecho laboral equilibrar de las relaciones de los sujetos que interactúan en el.

A pesar de ello, el régimen de nulidades relacionado con los vicios del consentimiento en el Código Civil, ni el derecho laboral, brindan elementos que protejan eficazmente la autonomía, debido a que ninguno dispone la ausencia de consentimiento en relación la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal, obviando el contexto social en que este se presenta, ya

que las opciones se limitan a ofrecer la posibilidad de solicitar la nulidad del acto amparando el derecho a la autonomía privada, o consentir libre de fuerza en la conservación del mismo, las cuales no aplica en el caso de estudio.

Se trata entonces de una estructura protegida constitucional y legalmente, con vacíos importantes que comprometen los derechos del trabajador-candidato, quien se enfrenta a la situación en condiciones desiguales, sin herramientas suficientes para defender sus derechos, pues la legislación no tiene en cuenta que el consentimiento se presta en un contexto de desigualdad estructural, donde no existe posibilidad de retrotraer los efectos jurídicos del acto, es decir, es imposible garantizar la corrección de este defecto en ningún tiempo, pues mientras subsista el empleo o la posibilidad de ser contratado nunca va a estar en libertad de alegarla, a menos que renuncie a su derecho al trabajo. Ningún efecto práctico tiene la posibilidad de anulación del acto, pues para ello, se requeriría probar que el resultado de la prueba impidió el enganche laboral, lo cual equivale a exigir una prueba imposible.

Pese a lo anterior, el estado cuenta con herramientas suficientes para intervenir y proteger los derechos de los individuos sometidos a la prueba, pues el artículo 58 de la Constitución Política faculta al Estado a intervenir y evitar que se siga realizando la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal:

Artículo 58: Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

Por lo que se puede afirmar que el derecho Civil pugna entre la seguridad jurídica que brinda la normatividad y la justicia social que proclama la

Constitución Política en un entorno social desequilibrado, en que la buena fe es atacada por la realidad laboral.

Un Ejemplo claro de lo anterior, se encuentra cuando se identifica la violencia como un hecho notorio por la Corte Constitucional (Garcés, P, 2014), que ha llevado a un sin número de colombianos a abandonar y perder sus tierras víctimas de desplazamiento forzado en Colombia, conceptualización tiene una enorme repercusión en el derecho Civil, específicamente en la fuerza como vicio del consentimiento. Al respecto ha mencionado la Corte Constitucional en sentencia T-085 de 2009, (M.P.: Jaime Araújo Rentería):

El daño acaecido por la violación flagrante de los derechos humanos, genera a favor de la víctima el derecho fundamental a la reparación de los perjuicios directamente ocasionados con la trasgresión, a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición consagradas en el Derecho Internacional. La exigencia y la satisfacción de este derecho fundamental se dan independientemente de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena del victimario, debido a que aquel deriva precisamente de la condición de víctima, cuyos derechos corresponde al Estado salvaguardar, sin perjuicio de que pueda repetir contra el autor.

Esta abstracción con un fuerte contenido constitucional, impone al legislador acoger medidas que propendan “asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno” (Congreso de la República 2011), lo cual se refleja en la promulgación de la Ley 1448 de 2011, estableciendo una comprensible Constitucionalización del derecho Civil, pues a diferencia del Código Civil, el artículo 77 de la citada ley, fija un conjunto de presunciones relacionadas con “los contratos traslativos de dominio dentro de los procesos de restitución de tierras” (Garcés, P, 2014).

Presunciones que refieren estrechamente a la fuerza, pero con efectos jurídicos distintos a los expuestos en el Código Civil, dado que las circunstancias de violencia en Colombia superaron la institución del Código Civil, modificándola en atención a esta circunstancia en particular, particularmente el artículo 77 en sus numerales 1 y 2 de la Ley 1448 de 2001 disponen:

1. Presunciones de derecho en relación con ciertos contratos. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume de derecho que existe ausencia de consentimiento, o causa ilícita, en los negocios y contratos de compraventa o cualquier otro mediante el cual se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión u ocupación sobre el inmueble objeto de restitución
2. Presunciones legales en relación con ciertos contratos. Salvo prueba en contrario, para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume que en los siguientes negocios jurídicos hay ausencia de consentimiento o de causa lícita.

Precepto que como se mencionó preliminarmente, conceden un mayor rango de acción respecto a la fuerza que puede llegar a viciar el consentimiento, ampliándolo de la nulidad relativa con la posibilidad de subsanar el acto jurídico, a la inexistencia del acto solemnizado con fuerza en el marco de un contexto predeterminado, que para el caso es la violencia, creando la presunción de derecho.

Lo anterior quiere decir que el derecho debe ajustarse a la realidad socioeconómica y política del lugar donde se aplica, lo cual no implica una variación de la institución como tal, ya que esta se relaciona con la buena fe que debe regir los actos entre particulares, no obstante, el contexto social

donde rige impide que la relación jurídica se de en condiciones justas, por lo que se hace necesaria la intervención Estatal para equilibrar la situación valiéndose de principios constitucionales superiores como la dignidad humana y la buena fe.

Por lo tanto, es posible indicar que, aunque el efecto jurídico de la fuerza como vicio del consentimiento, es decir, la nulidad relativa, no cumple con su objeto primordial de proteger a quien la sufre en el contexto de las relaciones laborales en Colombia, pues el trabajador-candidato se encuentra en un estado de necesidad socioeconómica que se lo impide, el Estado tiene en el deber y cuenta con las herramientas suficientes para transformar la realidad actual del país que permite la realización de las pruebas en procesos de selección de personal del sector privado.

3. MARCO METODOLÓGICO

El presente trabajo es en buena parte de orden exploratorio, esto teniendo en cuenta que, si bien existen definiciones y documentación relacionada con las pruebas de polígrafo, no es menos cierto que la regulación vigente es casi nula, especialmente la que relaciona esta prueba con los procesos de selección de personal en Colombia, esto quiere decir que no existen normas específicas que regulen la práctica de la prueba de polígrafo.

En atención a lo anterior, el proceso de investigación se adelantó de forma exploratoria documental, recolectando información de varias fuentes, conseguidas en libros, códigos, jurisprudencia, revistas especializadas, trabajos de investigación en relación con la prueba de polígrafo y búsqueda en internet, razón por la cual dentro del diseño metodológico se observa y reflexiona sobre cada una de las realidades encontradas, utilizando para ello

los temas que sean pertinentes, interpretando y analizando cada pieza en concordancia con los objetivos del presente escrito.

3.1 Línea

El presente escrito se ubica dentro de la línea de investigación, derecho, sociedad y cultura en la formación jurídica, pues se analiza y observan las normas que confronta la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado en relación con los actores sociales. Empleador vs trabajador-candidato subordinados a ellas.

El tema planteado y la línea de investigación poseen una estrecha conexión, puesto que se parte de una problemática social habitual donde se incluye la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal como requisito de contratación. Contexto en el cual el candidato sometido a la prueba de polígrafo, en condición desigual frente al empleador, enfrenta un dilema cuando se le pide que firme el consentimiento informado autorizando dicha prueba, induciéndolo a escoger entre su dignidad y derechos conexos o su derecho al trabajo. Situación que en cualquier caso vulnera sus derechos.

Consciente de esta problemática, que afecta no solo a Colombia, países como Estados Unidos han prohibido su uso indiscriminado en procesos de selección de personal, limitándolo a casos que involucren la seguridad nacional. Realidad que hace indispensable analizar la forma en que Colombia, a través de sus normas Constitucionales y Jurisprudencia, ha manejado este tema.

3.2 Forma

El presente escrito se desarrolla mediante una investigación teórica, pues se utiliza la normatividad y jurisprudencia vigente al momento de su realización para confrontarla con la realidad de la prueba del polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, comprobando la existencia de un problema social que afecta los derechos del trabajador-candidato.

3.3 Método

El método utilizado durante el desarrollo de la investigación es inductivo, deductivo, necesario y complementario ya que es parte de un mismo proceso, “el proceso de pensar”, esto quiere decir que en primera instancia, será utilizada la razón como procedimiento lógico, analizando todos los elementos en conjunto con sus características en común para así llegar a las afirmaciones que darán cumplimiento a los objetivos de la investigación, trayendo en consecuencia un enriquecimiento de lo conocido hasta la fecha respecto al tema objeto de investigación usando la relación de juicios.

Dentro del tema de investigación, el método deductivo será utilizado como resultado para dar una correlación de juicios, es decir, a partir del análisis realizado previamente a los derechos y conceptos involucrados en la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal en las diferentes ramas del derecho y cómo su práctica vulnera principalmente el derecho a la dignidad humana del sujeto que se somete a ella, revisando de lo general a lo particular,

3.4 Paradigma

La investigación se enmarca dentro del paradigma cualitativo, pues básicamente este se entiende como aquel que se encamina a describir e

interpretar contextos y situaciones de la realidad colectiva, en busca de una mejor comprensión y/o exegesis en la investigación, lo cual se ajusta a la investigación realizada.

Dentro del estudio de la prueba de polígrafo en Colombia como instrumento de vulneración del derecho fundamental a la dignidad humana en los procesos de selección de personal del sector privado, se evidencia que esta prueba no solo es utilizada en el ámbito laboral, también se utiliza “sin validez” en los procesos penales en la etapa probatoria, la cual se puede practicar única y exclusivamente si nace de la voluntad libre del imputado, siendo esta la única forma en que puede practicarse y no se vulnera el derecho a la dignidad del sujeto dentro del proceso.

Siguiendo esta teoría y teniendo en cuenta que la única forma en la que no se violan derechos fundamentales al practicar la prueba de polígrafo en Colombia, es que esta se practique con el consentimiento libre y voluntario del sujeto, según Resolución 2593 de 2003 de la SIVSP, es decir, no debe estar sujeto a ningún tipo de coerción, por lo que cabe preguntarse si es posible otorgar libre y voluntariamente el consentimiento en los procesos de selección de personal, donde es requisito de contratación, teniendo en cuenta el contexto social de las relaciones laborales en Colombia.

Es decir: **I) Es requisito de contratación** en algunas empresas del sector privado se exige la presentación de la prueba de polígrafo dentro del proceso de selección de personal, por lo que su contratación dependerá de si este decide o no presentar la prueba. **II) La firma del consentimiento informado no nace de la voluntad del aspirante**, condición necesaria para que sea libre y voluntario, sino del miedo a la amenaza de no ser contratado, el cual puede superar la voluntad del sujeto e inducirlo a firmar el consentimiento, en palabras de la Corte Constitucional en sentencia C-563 de 1995 (M.P.: Carlos

Gaviria Díaz) el miedo “es un fenómeno psicológico, una emoción originada en un proceso fisiológico fatal y humanamente inevitable, éticamente neutro”. **III)** lo cual en consecuencia vulnera el derecho a la dignidad humana, ya que la prueba del polígrafo según la (Corte Suprema de justicia 2008) en reiterada jurisprudencia ha sostenido que la prueba de polígrafo es un procedimiento contrario a la dignidad humana por cuanto se instrumentaliza al sujeto cuando es sometido al detector de mentiras. **IV)** Por último, la realización de esta prueba en las condiciones descritas en los numerales anteriores limita el derecho al trabajo inmerso en el artículo 25 superior, así como el libre desarrollo de la personalidad artículo 16 del mismo cuerpo normativo entre otros principios y derechos, sin hablar de las obligaciones omitidas por el Estado respecto a las políticas de equilibrio social en las relaciones laborales.

Por lo anterior, se puede afirmar que la presente investigación se utiliza el paradigma de tipo cualitativo, pues se orienta a describir e interpretar contextos y circunstancias de la realidad social, en cuanto a su entendimiento e interpretación, lo que permite en el caso de estudio un acercamiento general a la realidad tanto del empleador como del trabajador-candidato, haciendo posible conocer, determinar y analizar cada uno de los aspectos.

Paradigma que se hace importante puesto que permite interpretar y comprender la realidad en la que se desarrolla la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal desde la perspectiva de los individuos, es decir, desde la realidad social del empleador y trabajador-candidato, lo cual supone introducirse en el contexto donde estos sujetos actúan, facilitando un análisis amplio de la realidad estudiada, lo cual permite aportes claros a la misma y simplifica la transformación de la estructura legal y reglamentaria posibilitando soluciones a la problemática planteada.

3.5 Tipo de investigación

La presente investigación será de tipo exploratoria descriptiva, por cuanto esta permite realizar una descripción del contexto encontrado durante la exploración documental del tema, registrando los hallazgos de esa realidad para luego trasladar esos registros al presente, identificando la concepción del fenómeno analizado.

Dicho esto, la investigación exploratoria descriptiva se ajusta a los objetivos propuestos de la presente investigación y permite realizar un acercamiento correcto respecto del estudio socio jurídico pretendido, pues posibilita la interpretación concreta de las circunstancias que componen el fenómeno estudiado.

Para el caso, la exploración se realizó en las normas vigentes que regulan indirectamente la prueba del polígrafo en el sector privado en Colombia y que se pueden llegar a quebrantar con la realización de la misma, describiendo el fenómeno de la fuerza como vicio del consentimiento y elemento esencial del acto jurídico.

En términos prácticos, el tipo de investigación utilizado en esta monografía parte de un acontecimiento real, que para el caso en concreto es la realización de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal. Iniciando efectivamente el estudio del fenómeno que se pretende conceptualizar como violatorio de derechos fundamentales, principalmente el derecho a la dignidad humana, con la exploración documental y análisis precedente del tema.

Es decir, la investigación exploratoria descriptiva permite la valoración y estudio de la información recolectada, teniendo en cuenta tanto el contexto de los sujetos y el ordenamiento jurídico vigente, así como las características y

cualidades que hacen parte de la prueba de polígrafo que se realiza en los procesos de selección de personal, a fin de dar claridad al objeto de la investigación.

3.6 Técnica

La técnica que se ha desarrollado durante toda la investigación es tipo análisis documental, es decir, se utilizaron todos los recursos documentales disponibles que contengan información, libros, sentencias, artículos de revista, información electrónica y demás elementos disponibles con la información pertinente y útil para el desarrollo de la investigación, recolectando la información con el fin de profundizar en el tema.

Dicho esto, se pretende nutrir la investigación con la bibliografía a fin al tema y contenido importante y dar una descripción que cumpla con el fin de la monografía y sea exhaustiva, clara, lógica y con rigor.

4. CONCLUSIONES

La primera conclusión a la que se puede llegar luego del análisis y revisión documental, es que en Colombia no existe ninguna disposición normativa diferente a la 2539 de 2003 para las empresas de vigilancia y seguridad privada y la DIAN, que reglamente la prueba de polígrafo como requisito en procesos de selección de personal, esto en atención a que en nuestra legislación no se autoriza de forma expresa a los empleadores a someter a los empleados o candidatos a esta prueba, no obstante, tampoco existe prohibición expresa al respecto.

A pesar de ello, no se puede deducir que el uso de esta prueba en los procesos de selección de personal del sector privado este permitido, pues es

todo lo contrario, ya que al existir derechos fundamentales y principios que son amenazados y vulnerados con su realización, es posible recurrir a la constitución, la jurisprudencia y la ley, posibilitan su protección, pues ante la ausencia de norma expresa, existen suficiente argumentación jurisprudencial Constitucional y legal para declarar su prohibición. Por lo que, en conclusión, la prueba de polígrafo en procesos de selección de personal como requisito de contratación es irregular, inconstitucional, ilegal e inadmisibles.

En segundo lugar, es evidente la existencia de un desequilibrio estructural, en las partes que componen la relación laboral, es decir, no son iguales por cuanto el trabajador-candidato se encuentra en inferioridad de condiciones respecto al empleador que realiza el proceso de selección. Razón por la que se hace necesario el perfeccionamiento de las normas que amparan al trabajador-candidato prohibiendo la prueba en procesos de selección de personal del sector privado, compensando “la debilidad de quien normalmente está obligado a entregar a otra su fuerza de trabajo a cambio del pago del salario y las prestaciones sociales”. (Corte Constitucional 2011).

No obstante, para presentar la prueba de polígrafo, se exige como garantía de respeto a la dignidad humana y demás derechos fundamentales del trabajador-candidato, la firma del consentimiento informado, el cual para ser válido, según el artículo 7 de la Resolución 2593 de 2003 emitida por la SIVSP debe prestarse de forma voluntaria, omitiendo descaradamente la libertad como elemento fundamental de la autonomía de la voluntad y que da validez al acto como manifestación del consentimiento otorgado por el trabajador-candidato.

Por lo que, esta exigencia y omisión que legaliza la prueba en procesos de selección, desconoce el contexto de las relaciones laborales en Colombia, las cuales impiden que el consentimiento se proporcione en condiciones validas y

justas, pues el dilema al que se somete el trabajador-candidato cuando se le exige presentar el polígrafo como requisito de contratación, no le da más que dos alternativas, presentar la prueba y despojarse de sus derechos, o ver limitado su derecho al trabajo, es decir, generando una doble victimización.

Lo anterior, pone de presente la fuerza que representa el miedo a no obtener el empleo producto de la dependencia económica del trabajador-candidato respecto del empleador, lo cual deriva en un vicio al consentimiento prestado por este que invalida relativamente el acto jurídico como lo expresa el artículo 1741 del Código Civil, con lo cual, legalmente sería susceptible de ser subsanado, sin embargo, resulta ilógico pensar que el trabajador-candidato siquiera se pronuncie al respecto, pues el vicio se da en un contexto predeterminado de desequilibrio en las relaciones laborales, y no desaparece durante ni después del examen, pues mientras exista el vínculo laboral también existe el riesgo de perder el empleo y por ende el miedo.

En consecuencia, de lo anterior, Mas allá de la libertad empresarial y derechos fundamentales del trabajador o candidato en procesos de selección de personal, las normas laborales son de interés público y trascienden la esfera privada que regula el consentimiento como lo expresa el art 58 Constitucional.

Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

Por lo que más allá de demostrar la existencia de la fuerza como vicio de consentimiento en los procesos de selección que exijan la prueba de polígrafo como requisito de contratación, se pone de presente que esta situación se

presenta en un contexto predeterminado que involucra normas de orden público, que deben obligar al legislador y al Estado a que adopten medidas tendientes a la protección del trabajador con la prohibición de esta prueba en procesos de selección de personal, con fundamento en el artículo 58 constitucional por la ausencia de consentimiento, y precedente en el alcance que se da a este en ley 1448 de 2011 donde se incluye como presunción de derecho la esta ausencia de consentimiento.

En conclusión, se pone de presente la Ausencia del consentimiento en las pruebas de polígrafo en procesos de selección de personal donde es requisito de contratación, pues es clara la existencia de un contexto predeterminado de desequilibrio en las relaciones laborales en Colombia, (Corte Constitucional 2001) que desconoce el artículo 1513 del código civil, el cual responde a los parámetros de buena fe que deben regir los actos jurídicos. Parámetros que también ignora el empleador al someter al candidato a la prueba, desatendiendo la realidad e implicaciones de esta situación para quien sufre la fuerza, puesto que el estado de necesidad y dependencia económica en que se encuentra el trabajador-candidato le obliga elegir entre trabajar o no, haciendo permanente la vulneración a sus derechos pues su realidad le impide que sea subsanado.

Dicho esto, es claro que el polígrafo es un instrumento de vulneración no solo del derecho fundamental a la dignidad humana en los procesos de selección de personal, puesto que, al no existir libertad en su consentimiento, es decir, una coerción en su autonomía, se traspasa la barrera de la legalidad con su práctica, dejando expuestos al arbitrio del empleador derechos y principios constitucionales como: la dignidad humana, la buena fe, honra, autonomía, integridad, intimidad, no autoincriminación y principalmente limitando el derecho al trabajo.

5. ALTERNATIVA DE SOLUCION SOCIO JURÍDICA

Aun cuando, en contexto social de las relaciones laborales en Colombia resulta complejo generar una alternativa de solución socio jurídica, por cuanto se trata de un asunto de voluntad política por parte del Estado, el cual se relaciona con su deber de promulgar una ley que proscriba la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado, pues vulnera la dignidad humana de los examinados y derechos conexos en desarrollo de la misma, es posible dar una solución distinta que nazca a partir de la iniciativa académica ciudadana.

Para el caso objeto del presente análisis, sin olvidar el estudio previo del problema de investigación “La prueba de polígrafo en Colombia, instrumento de vulneración del derecho fundamental a la dignidad humana en los procesos de selección de personal del sector privado”, así como la documentación y normatividad al respecto, concluyo que la mejor alternativa de solución socio-jurídica diferente a exhortar al Estado en la promulgación de una norma que prohíba la prueba, es una acción de nulidad contra la Resolución 2593 de 2003 de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, la cual faculta a las empresas de vigilancia y seguridad privada a realizar la prueba de polígrafo en procesos de selección de personal, por falsa motivación, pues contraria derechos y principios constitucionales.

Lo anterior, considerando que este medio de control es la forma correcta de intervención contra el acto administrativo señalado, como lo estipula la ley 1437 de 2011 art 137 el cual dispone:

Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Acción que pretende evitar la realización de esta prueba a futuro por ir en contra de fundamentos y derechos constitucionales siendo una alternativa viable de solución real a la problemática planteada, y que, de prosperar, se prohibiría la práctica de la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal en Colombia.

Adicionalmente se pretende que los resultados del presente escrito y la acción de nulidad incoada ante el Consejo de Estado, sea un aporte en las cátedras teóricas de derecho penal, civil y laboral, orientado principalmente a:

- Servir de insumo para investigaciones de posgrado relacionadas con el derecho laboral, civil y penal y las pruebas de polígrafo en procesos de selección de personal, que concluyan en la producción de nuevo conocimiento encaminado a equilibrar desde lo académico los abusos de los empleadores que incluyen esta prueba como requisito de contratación.
- Estimular en toda la comunidad educativa el estudio del fenómeno de las pruebas de polígrafo en los procesos de selección de personal como requisito de contratación del sector privado, ampliando el panorama de acción de estudiantes, profesionales en general y catedráticos, generando conciencia respecto a las consecuencias de continuar permitiendo su uso.

Una segunda alternativa que permite visibilizar el problema de investigación consiste en presentar los fundamentos esenciales a toda la comunidad educativa mediante un artículo, con el fin de empoderar a toda la comunidad académica de los obstáculos que representa la prueba de polígrafo realizada en los procesos de selección de personal del sector privado, los cuales en esencia se reflejan en el derecho y acceso al trabajo, a fin de promover acciones que propicien un ambiente claro de cambio, vinculando a todos los sectores relacionados en Colombia.

Aspecto último que resulta significativo en términos de producción intelectual y transformación de políticas laborales en Colombia, ya que este escrito termina convirtiéndose en una herramienta temática valiosa para descifrar y ampliar los conocimientos respecto a la vulneración de la dignidad humana, especialmente la autonomía de la voluntad y derechos conexos en el contexto que se aplica la prueba de polígrafo en los procesos de selección de personal del sector privado.

Con las alternativas planteadas no solo pretende motivar al lector en la profundización y análisis del tema, enriqueciendo los fundamentos del escrito con conclusiones novedosas, si no un cambio trascendental en la realidad de los sujetos afectados con este fenómeno, generando conciencia de la corresponsabilidad de la vida en sociedad y una mejor percepción de la situación que viven los candidatos en procesos de selección de personal que son sometidos a la prueba de polígrafo como requisito de contratación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS

COLOMBIA. MINISTERIO DEL TRABAJO. Concepto 53266 (31, marzo, 2014),
Proceso de selección de personal. Prueba del polígrafo.

COLOMBIA. SÚPER INTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD
PRIVADA. Resolución 2593. (11, diciembre, 2003) Por la cual se autoriza
y regula la utilización del polígrafo por parte de los Servicios de Vigilancia
y Seguridad Privada. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2003. no. 45412.

COLOMBIA. MINISTERIO DEL TRABAJO. Radicado 87758 (01, julio, 2015),
Laboral individual- Pruebas de Polígrafo.

COLOMBIA. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES. Resolución 7635, (28, junio,
2007), Por la cual se adoptan las competencias gerenciales en la Unidad
Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales,
DIAN. Diario Oficial. Bogotá D.C.: 2007. no 46681.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley Estatutaria 1581 (17,
octubre, 2012) Por la cual se dictan disposiciones generales para la
protección de datos personales. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2012 no
48587.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004)
Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial.
Bogotá D.C., no 45657.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 2663 (5, agosto, 1950)
Código Sustantivo del trabajo. Diario Oficial. Bogotá., 1951 no. 27622.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución
Política de Colombia (16, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá
D.C., 1991. no. 116.

COLOMBIA. EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA.
Ley 84 (26, mayo, 1873). Código Civil De La Unión. Diario Oficial. Bogotá.
D.C., 1873 no. 2.867.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA. REPÚBLICA Ley 201 (02, febrero, 1960)
Por la cual se dictan medidas tendientes a impedir el aprovechamiento
económico de la violencia durante el estado de sitio. Diario oficial.
Bogotá. D.E., 1960 no. 30147.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1448 (10, junio, 2011). Por
la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a
las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.
Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2011. no. 48096.

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión Sentencia T-222 de 17 de junio
de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sala Cuarta de revisión. Sentencia T-002 de 8 de mayo
de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-542 de 25 de
septiembre de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-221 de 05 de mayo de 1994,
M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-261 de 20 de junio
de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-342 de 2 de agosto de 1995,
M.P.: Antonio barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-563-95 de 30 de noviembre de
1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sala quinta de revisión. Sentencia T-463 de 20 de
septiembre de 1996, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. sentencia T-696 de 5 de
diciembre de 1996, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia C-166 de 01 de abril
de 1997 M.P: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sala plena. Sentencia C-426 de 4 de septiembre 1997,
S.V.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-299 de 17 de junio de 1998,
M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-062 de 4 de febrero de 1999,
M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1110 de 24 de octubre de 2000,
M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sala cuarta de revisión. Sentencia T-611 de 8 de junio
de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia C-422 de 28 de mayo de 2002,
M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sala Séptima de revisión. Sentencia T-881 de 17 de
octubre de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-1134 de 11 de
noviembre de 2004, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia C-102 de 08 de febrero de 2005
M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-177 de 01 de marzo de 2005,
M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-397 de 24 de mayo de 2006,
M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-993 de 29 de noviembre de
2006, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008.
M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1194 de 03 de diciembre de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sala quinta de revisión. Sentencia T-1266 de 8 de diciembre de 2008, M.P.: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sala primera de revisión. Sentencia T-085 de 16 de febrero de 2009, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sala Quinta de revisión Sentencia T-190 de 18 de marzo de 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-568 de 14 de julio de 2010, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia C-285 de 06 de abril de 2011 M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-281 de 8 de mayo de 2014, M.P.: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-593 de 20 de agosto de 2014, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sala Plena. sentencia C-881 de 19 de noviembre de 2014, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-182 de 13 de abril de 2016, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-291 de 2 de junio de 2016, M.P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sala Segunda de revisión. Sentencia T-022 de 23 de enero de 2017. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-345 de 24 de mayo de 2017, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. Sala Cuarta de revisión. Sentencia T-059 de 22 de febrero de 2018, M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC de 15 de abril de 1969, GJ CXXX, pág. 21-31, M.P. Guillermo Ospina Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, proceso 26470 de fecha 01 de agosto de 2008, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia SC19730 de 27 de noviembre de 2017, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, Sentencia SL20948-2017 de 6 de diciembre de 2017, M.P.: Omar De Jesús Restrepo Ochoa

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Providencia SL871 de 21 de marzo de 2018, M.P.: Luis Gabriel Miranda Buelvas.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera subsección B. Sentencia Radicado 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605) de 26 de julio de 2012, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado. Sentencia 00563-2008 de 20 de agosto de 2009, C.P.:
Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Tribunal superior de Bogotá. Sala penal. Rad. No.110013104035200500033-
02 de 20 de octubre de 2008, M.P.: Mario Riaño Riaño.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala penal. Rad. No. 1100131040382007-00396-
03 de 24 de agosto de 2009, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Rad. No. 11001 6000 019 2008
81317 de julio 15 de 2008, M.P.: Fernando Adolfo Pareja Reiner.

Chiavenato, I. (2009). Gestión de Talento Humano. México, D.F.: Mc Graw Hill

Villamil, Lizarazo. (2016). Uso del polígrafo como elemento probatorio en los
procesos penales. Recuperado de:
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14673/MahechaLizarazoLadyJohana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Reina, V. (2009). Santa biblia Antiguo y nuevo testamento. Recuperado de
<https://media.ldscdn.org/pdf/lds-scriptures/holy-bible/holy-bible-spa.pdf>

Papp, D. y Agüero, A. (1994). Breve Historia de la Medicina. Buenos Aires,
Argentina. Editorial Claridad.

Ranz. A (1847). Las Vidas Paralelas de Plutarco. Tomo IV. Recuperado de
http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020014867_C/1020014867_T4/1020014867.PDF

Gallone. P. (1986) La Rana De Galvani: anuncio de una nueva era. Electrochimica Acta, Vol. 31, No. 12, pp. 1485–1490. Recuperado de http://depa.fquim.unam.mx/amyd/archivero/LARANADEGALVANI_30975.pdf

Frexia, Garcia, Tobeña. (1977). Fiabilidad de las medidas de resistencia eléctrica de la piel. Revista latinoamericana de psicología. volumen 9. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80590302>

Tobar. D (2013) Prueba poligráfica como instrumento de mejora del servicio de la Policía Nacional. Recuperado de <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/3546/1/110000.pdf>

Castaño. O. (2016). Utilidad y necesidad de aplicar pruebas poligráficas al personal que presta servicios a las instalaciones portuarias marítimas de Colombia. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/14258>

Boshell. M (2014). El examen de polígrafo tipo exploratorio, como herramienta de control y verificación de confiabilidad del equipo humano dentro de una organización. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/12219/ENSAYO%20POLIGRAFIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

López. C. (2016), La poligrafía como apoyo científico a la administración de justicia. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14376/lopezc alvocesaralberto2016.pdf?sequence=1>

Urbano y Torres. (2007) La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial. Madrid, Thomson-Aranzadi.

Hernández, V. (2014) validez de la aplicación de la prueba de polígrafo como requisito de empleo en el campo de la vigilancia y la seguridad privada Recuperado de http://repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/721/1/unaula_rep_pre_der_2014_prueba_poligrafo.pdf

Meléndez, J (2004), Informe pericial poligráfico, declaración informativa, caso núm. 505 – 04 Recuperado de <https://docplayer.es/8143244-Pericial-poligrafico-jose-a-melendez-aponte-cfpe.html>

Ruiz. A. (2016) El polígrafo ¿Un instrumento científico? Iter Criminis, 12, (6) 129-150 Recuperado de <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/Iter-6-12.pdf>

Defensoría del Pueblo. (2016). El polígrafo como mecanismo de investigación en el proceso penal. Discusiones, Naturaleza y viabilidad. Colección Opúsculos de Litigio Estratégico Institucional. (4)

Centro internacional para la justicia Transicional. (2007). Procesos contra aforados Constitucionales -Parapolítica-. ed. González, Bernal.

Berian. I (2011) consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Ética y deontología pública. Madrid. Editorial universitas Recuperado de <https://es.scribd.com/document/317254603/ConsideracionesSobreElConceptoDeDignidadHumana-pdf>

Romero J. (2011) Caleidoscopio del principio de la dignidad humana desde la jurisprudencia constitucional colombiana. Revista IUSTA. pp. 37-43 recuperado de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3106>

Roche y Martínez (2019) Tomas de Aquino. Exposición de la Política de Aristóteles, Madrid. UNED.

Gros. H (2003) La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Anuario de Derechos humanos. Nueva Época. Vol. (4). 193-223

Pérez A. (2003) Teoría del Derecho, una Concepción de la Experiencia Jurídica, Tecnos, Madrid, 2ª. Edición.

Pelé, A. (2014). Una aproximación al concepto de dignidad humana. Universitas, 3-13. Recuperado de http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf

Sommerville. D. (2008). La historia ilustrada completa de la Segunda Guerra Mundial: una cuenta autorizada del conflicto más mortal en la historia humana con análisis de encuentros decisivos y compromisos importantes. Ed, Libros Lorenz p. 5.

Naciones unidas. (1945). Carta de las naciones unidas. San francisco. Recuperado de <https://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>

Pablo II. (1979). Discurso del santo padre Juan Pablo II a la XXXIV asamblea general de las naciones unidas el 2 de octubre de 1979.

Delpiazzo. E (2001) Dignidad humana y derecho. Universidad de Montevideo, Montevideo.

Martínez bulle-Goyri, Víctor M. (2013) Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, Boletín mexicano de derecho comparado, México, 136. nueva serie, año XLVI, enero-abril.

Lastra J. (2015). Dignidad humana, Trabajo Decente y Justicia Social. Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Vol. (2) Pp-79-104. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/33.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los derechos humanos, París, 183.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. New York. Resolución 2200A (XXI).

Congreso de Diputados (1978). Constitución Española. Recuperado de http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf

Complak K. (2008). Dignidad de la persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional. Madrid. DYKINSON, S.L. Recuperado de <https://books.google.com.co/books?id=9VNy3TfjNBQC&pg=PA335&lpg=PA335&dq=#v=onepage&q&f=false>

García y Sommermann (2010), Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Recuperado de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Villar. L. (2007). Estado de Derecho y Estado Social de derecho. Revista derecho del Estado n°20 pp.73-96.

Bastida. J, Villaverde. I, Requejo. P. (2004) Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978. Madrid. editorial Tecnos. Recuperado de <https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/librodf.PDF>

Rawls. J. (1971) Teoría de la justicia. Sexta impresión Recuperado de https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john_rawls_-_teoria_de_la_justicia.pdf

Gómez. C. (2003) Estudios de Dogmática en el nuevo Código Penal, Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez

Ministerio del Trabajo. (2019) Colombia en la OIT. Recuperado de <http://www.mintrabajo.gov.co/el-ministerio/asuntos-internacionales/colombia-en-la-oit>,

Somavia. J. (1999). Conferencia Internacional del Trabajo. Memoria del Director General: Trabajo decente. Ginebra. Recuperado de <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

Procuraduría General de la Nación. (2013) Trabajo digno y decente en Colombia. Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas. En Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia. Bogotá: Impresiones Rasgo y Color Ltda. Recuperado de [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20)

20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas(1).pdf

Organización Internacional del Trabajo. (1997). Protección de los datos personales de los trabajadores. Ginebra. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Paris.

Delegación Miguel Hidalgo. Recomendación N.º 22/2008. Expediente CDHDF/121/07/MHGO/D2237-III. Mtro. Emilio Álvarez Icaza Longoria.

Dirección del Trabajo. Departamento Jurídico. (1997). dictamen N.º 684/50 de 1997. Chile. Recuperado de https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-87979_recurso_1.pdf

Diario El Telégrafo. (2017) Polígrafo Ya no determinara el ingreso en la policía. Recuperado de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/poligrafo-ya-no-determinara-el-ingreso-en-la-policia>

Tribunal Regional del Trabajo. Sala Segunda. proceso 0001897-76.2011.5.10.001 de 12 de mayo de 2014. M.P.: João Amílcar Pavan
Recuperado de http://www.trt10.jus.br/consweb_gsa/inteiro_teor.php?numero=375457

Ley de protección de Polígrafos para Empleados de 1988. Public Law 100-347. De 27 de junio de 1988. Recuperado de <https://www.ecfr.gov/cgi->

bin/text-
idx?SID=92e5dfa3611f9f4b823c8ab97580e3b0&mc=true&tpl=
/ecfrbrowse/Title29/29cfr801_main_02.tpl

Dobler. I (2001). Aspectos legales y éticos del Consentimiento Informado en la atención médica en México. Rev Mex Patol Clin, Vol. 48, Núm. 1, pp 03-06. enero - marzo, 2001

Potter, V. (1988). Global Bioethics. Building on the Leopold legacy. Michigan. USA Michigan. State University Press. Recuperado de https://www.academia.edu/12085170/_1988_Van_Rensselaer_Potter_-_Global_Bioethics_-_Building_on_the_Leopold_Legacy?auto=download

Capo M y J. Drane F. (2014). Nuevos planteamientos bioéticos en la Salud Ambiental. Universidad Complutense de Madrid. Medicina Balear 2014; 29 (1): 49-55. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4968019>

Delgado. O. (2016) Ideas políticas filosofía y derecho: el maestro. Bogotá. Universidad del Rosario.

Brigard. A. (2004) Consentimiento informado del paciente, Aspectos médico legales Revista Colombiana de Gastroenterología 19 (4)

RAE, (2006). Diccionario esencial de la lengua española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, p. 1535

Garcés, P, (2014). El Consentimiento Su formación y sus vicios. Envigado. Institución Universitaria de Envigado.

Gutiérrez. P. (2011). Constitucionalización del Derecho Civil. Revista Estudios de Derecho, 151. Universidad de Antioquia. Recuperado de: <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/10090/9293>

Valencia, H. (2007). Derecho Privado Romano. Sexta Edición. Medellín: Señal Editora.

Monaire M. (2010) Ensayos Escogidos. Medellín. Editorial Universidad de Antioquia.

Cossio y Corral, A. (1988). Instituciones del derecho civil. Parte general. Obligaciones y contratos. Madrid: Civitas.

Kant, E. (1985.) Fundamentos de la metafísica de las costumbres. II Ak Iv, pp. 434-435.

Lugo M, (2007) La diferencia entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, 2, numero 4. pp. 65-80. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5592/4936>

Salamanca, M. (2007). Violencia Política y Modelos Dinámicos: Un Estudio Sobre el Caso Colombiano. Volumen 9 de Derechos Humanos - Giza Eskubideak. Editorial Alberdania.

Suprema Corte de Nuevo México, Expediente 10361. De 31 de julio de 1975
Juez: LaFel Earl Oman

ANEXO

RESOLUCIÓN 2593 DE 2003

“Por la cual se autoriza y regula la utilización del polígrafo por parte de los servicios de vigilancia y seguridad privada”.

El Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada,

en uso de las facultades legales y en especial de las que le confiere los decretos-ley 2453 de 1993 y 356 de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 2º del Decreto-Ley 2453 de 1993, es objetivo de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada ejercer el control, la inspección y la vigilancia sobre la industria y los servicios de vigilancia y seguridad privada;

Que es función de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, velar porque quienes presten estos servicios, mantengan en forma permanente los más altos niveles de eficiencia técnica y profesional para atender sus obligaciones;

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

Que el estatuto de vigilancia y seguridad privada prevé que los medios utilizados para la prestación de los servicios deberán ser autorizados previamente por la superintendencia;

Que el Gobierno Nacional mediante Decreto 2187 de 2001, reglamentó el estatuto de vigilancia y seguridad privada y en el artículo 30 estableció que las personas que operen con medios tecnológicos, deberán acreditar la capacitación específica en el manejo adecuado de los equipos;

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

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

Que en mérito de lo anteriormente expuesto, el Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada,

RESUELVE:

ART. 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.

PAR.—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.

ART. 2º—Definición. Entiéndase por examen psicofisiológico de polígrafo, la medición de las reacciones fisiológicas del examinado que se presentan cuando dice algo que no corresponde a la realidad.

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

ART. 3º—Requisitos para personas naturales. Las personas naturales que practiquen exámenes de polígrafo deberán obtener por parte de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, credencial de consultor. Además de los requisitos previstos en el artículo 34 del Decreto 2187 de 2001, tendrán que presentar los requisitos que a continuación se enumeran, con el fin de obtener la especialidad de poligrafista:

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

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

- Técnicas de polígrafo	64 horas
- Instrumentación	20 horas
- Interpretación de gráficas	52 horas
- Redacción de informes	8 horas
- Estudio de contramedidas	8 horas
- La legislación y el polígrafo	8 horas
- Prácticas - Casos reales	40 horas

De cualquier manera, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada se reserva la facultad para examinar la idoneidad de dichos profesionales.

ART. 4º—Requisitos para personas jurídicas. Las personas jurídicas que estén interesadas en prestar estos servicios, deberán obtener por parte de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, licencia de funcionamiento en los términos previstos en los artículos 8º, 47 y 60 del estatuto de vigilancia y seguridad privada.

Sin perjuicio de los requisitos, previstos para las empresas de vigilancia con y sin armas y para las empresas que presten servicios de asesoría, consultoría e investigación, los interesados en practicar pruebas de poligrafía, tendrán que acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Solicitud de licencia para la prestación de servicios de poligrafía elevada ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada que deberá contener.
2. Relación de equipos a utilizar, ubicación de los mismos, características generales, además deberá adjuntar catálogos e indicar su procedencia u origen de fabricación.

3. Los instrumentos de polígrafo a utilizar deberán registrar como mínimo: neumo o respiración torácica. Neumo o respiración abdominal, cardio y electroderma.
4. Hoja de vida, certificaciones académicas y laborales, fotocopia del pasado judicial vigente, fotocopia de la cédula de ciudadanía y fotocopia de la credencial de los profesionales que aplicarán las exámenes de polígrafo.
5. Contar en sus instalaciones con salas adecuadas para la realización de exámenes de polígrafo que garanticen la privacidad y brinde comodidad, tranquilidad y seguridad al examinado; que en ningún caso sufrirá menoscabo de su dignidad humana.
6. La superintendencia para conceder la licencia realizará una visita de instalaciones y medios para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. No obstante, lo anterior, dicho requisito podrá ser cumplido con la presentación de video del lugar y de las instalaciones en donde pretende funcionar el servicio.

ART. 5º—Empresas de vigilancia y seguridad privada. Autorícese a las empresas de vigilancia y seguridad privada, a prestar a terceros, el servicio de poligrafía como... de los procesos de selección, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente resolución; o contratar con las empresas prestadoras de este servicio que tengan licencia de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

ART. 6º—Reserva. Las personas que presten los servicios de poligrafía, mantendrán absoluta reserva de la información obtenida, salvo autorización expresa del examinado sobre los resultados obtenidos en la evaluación poligráfica.

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

ART. 8º—Seguimiento. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada velará por el cumplimiento al respecto (sic) por los derechos humanos, pues la defensa de la seguridad, no puede ocasionar agresiones, coacciones o desconocimiento a los derechos fundamentales.

ART. 9º—Responsabilidad. Los servicios de vigilancia y seguridad privada, serán responsables ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada del incumplimiento de las anteriores disposiciones, sin perjuicio de las sanciones establecidas por la entidad.

ART. 10.—Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D.C., a 11 de diciembre de 2003.