

**VIABILIDAD DEL POLÍGRAFO COMO ELEMENTO MATERIA DE PRUEBA EN
EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO “LEY 906 DE 2004”**



DIANA MILENA CASTILLO RUIZ

Cód. 7000665

OLGA LUCÍA GIRÓN HERRERA

Cód.: 7000638

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL
Y JUSTICIA MILITAR
COHORTE No. 21
BOGOTA
2012**

**VIABILIDAD DEL POLÍGRAFO COMO ELEMENTO MATERIA DE PRUEBA EN
EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO “LEY 906 DE 2004”**



**DIANA MILENA CASTILLO RUIZ
Cód. 7000665**

**OLGA LUCÍA GIRÓN HERRERA
Cód.: 7000638**

**ENSAYO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO
PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR**

**DOCTOR CARLOS ANDRÉS BERNAL CASTRO
COORDINADOR DE UMNG**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL
Y JUSTICIA MILITAR
COHORTE No. 21
BOGOTA
2012**

NOTA DE ACEPTACION

PRESIDENTE DE JURADO

JURADO

JURADO

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. RESUMEN	6
2. PRINCIPIOS RECTORES GENERALES Y GARANTÍAS PROCESALES DE DERECHO PENAL.	9
4. LA PRUEBA EN EL CONTEXTO COLOMBIANO	11
4. EL POLÍGRAFO	15
4.1. LA PRUEBA PERICIAL DE POLÍGRAFO.	20
4.1.1. Características generales del polígrafo	22
4.1.2. Como se detecta la mentira.	23
4.1.3. Metodología científica.	23
4.1.4 Técnica poligráfica para aplicaciones evidenciarías.	24
5. POSTULADOS INADMITEN EL EXAMEN DE POLIGRAFÍA	26

5.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL	27
5.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CASO LUIS EDUARDO VIVES	28
LACOUTURE	
5.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL	32
5.4. CASO APLICAR EL PROCESO SANTIAGO A. KELLEY HERNÁNDEZ PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE JALISCO EDITORIAL PORRÚA.	33
6. POSTULADO ADMITEN EXAMEN DE POLIGRAFÍA	38
6.1 CAPPIS, M. (2002). ESTUDIOS Y CONCEPTOS SOBRE LOS DETECTORES DE MENTIRAS	38
6.2 CONCEPTO AMADOR, BOTERO, M.	40
6.3 ALONSO-QUECUTY, M. PSICOLOGÍA FORENSE EXPERIMENTAL: EL TESTIGO DESHONESTO.	36
6.4 PROYECTO DE LEY 062 DE 2010 CÁMARA.	41
6.5 PROYECTO DE LEY 048 DE 2012 CÁMARA.	43

7 ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD DEL USO POLÍGRAFO COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO	45
7.1. PRUEBA TESTIMONIAL.	47
7.2 PRUEBA PERICIAL.	50
7.3 PRUEBA NOVEL	51
8 AFECTACIÓN DERECHOS FUNDAMENTADAS	55
8.1. NADIE PODRÁ SER OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SÍ MISMO	55
8.2. DERECHO A LA INTIMIDAD	56
8.3 EL DERECHO A LA DEFENSA (ARTÍCULO 29 CN)	57
CONCLUSIONES	60
RECOMENDACIÓN	62
BIBLIOGRAFÍA	63

INTRODUCCIÓN

El estudio del presente tema, son los interrogantes que se ha suscitado debido al uso constante que se ha venido propiciando del polígrafo, en nuestro país, a pesar del poco conocimiento sobre este instrumento científico.

Se podría considerar el examen de psicofisiológico o polígrafo como un elemento material probatorio, susceptible de práctica probatoria en juicio oral, en el marco los principios y garantías constitucionales y la ley 906 de 2004, y para esto deberemos analizar la importancia y relevancia que tiene la prueba en nuestro sistema Penal.

Teniendo como base la libertad probatoria es un principio legalmente establecido en la ley, la cual induce al sujeto procesal a probar los hechos de cualquier forma, sin obviar los derechos y garantías, que ordena el proceso penal Colombiano en la modernización de justicia, donde es inminente contar con nuevos medios de prueba para hacer más eficaz una investigación.

En primer lugar, se trata de resaltar a la prueba como un elemento de gran importancia dentro de los procesos judiciales, y es por esta razón que diversos

escritores han teorizado en la materia, como es el caso de Carnelutti, citado por el profesor Devis Echandia, quien reitera la siguiente apreciación sobre la prueba: *“el juez esta en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba”*. Luego habla de la “relación de la prueba con el presente, que es uno de los conceptos pre jurídicos más misteriosos”, y agrega: *“la prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que este es el corazón del problema del pensamiento”; del juicio, no del proceso, pues antes observa que la prueba “es una de las claves, no tanto para la teoría del proceso, cuanto para la del juicio, que es lógica pura”*. Empero esto no significa que la actividad probatoria sea solamente lógica, porque es también psicológica y técnica.¹

Seguidamente y justificando la importancia de la prueba otro autor expresa que *“El fin de la prueba es, llevar a la inteligencia del juzgador la convicción suficiente para que pueda decidir con certeza sobre el asunto materia del proceso.”*²

Existen en nuestro país antecedentes que permiten visualizar la controversia que se suscita a raíz del empleo en materia judicial, tal y como lo podemos ver en

¹ HERNANDO DEVIS ECHANDIA, Teoría General de la Prueba Judicial, tomo I, quinta edición Pag.5

² JIMENEZ WALTERS POMARE, Pruebas Judiciales, segunda edición Pág. 28

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal proceso No.26470 de 2008, dentro del juicio que se adelantó en contra del senador LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, donde la defensa solicita ser tenido como medios de prueba los resultados de exámenes de poligrafía efectuados al procesado, al respecto la corte se pronunció considerando que la práctica del polígrafo no se ajusta a la ciencia del derecho penal y por tanto no colige con el ordenamiento colombiano.

De igual forma otro antecedente es el proyecto de ley No. 144 de 2008, iniciativa del representante a la cámara Oscar Fernando Realpe Bravo, donde se intentó modificar el Código de Procedimiento Penal, con el fin de introducir a la norma el resultado del examen de poligrafía como elemento material probatorio, sin embargo la iniciativa luego de un largo debate no prospero.

En la actualidad cursa un nuevo proyecto de ley en el congreso de la república por medio de la cual se busca regular el uso de la poligrafía como medio de prueba en los procesos penales.

De acuerdo a lo anterior se observa un interés, en que este tipo de examen pudiese ser considerado como medio de prueba, sin embargo, también hay quienes se oponen aduciendo la vulneración de derechos fundamentales, de ahí, radica la importancia en realizar un estudio doctrinal iniciando desde su concepto, pasando por su finalidad y conocer sus características; para ello, se requiere del conocimiento pleno sobre la trascendencia de la prueba en el marco del sistema penal acusatorio y con estos medios cognoscitivos finalmente realizar una comparación con los elementos que identifican y sustentan la validez del examen de psicofisiología o polígrafo.

Siendo así, el problema jurídico que pretende desarrollar el presente trabajo se sintetiza en el siguiente interrogante: ¿Se podría considerar el examen de psicofisiología o polígrafo como un elemento material probatorio, susceptible de practica probatoria en juicio oral, en el marco los principios y garantías constitucionales y la ley 906 de 2004.

Para dar respuesta al mismo es importante realizar un análisis tanto de la ley 906 de 2004, doctrina sobre el particular y pronunciamientos realizados por la jurisprudencia nacional.

La presente investigación pretende ser un documento de reflexión, que dé cuenta del panorama que permita analizar la Viabilidad del polígrafo como elemento materia de prueba en el sistema penal acusatorio “Ley 906 de 2004”.

De igual manera se ha de realizar una INVESTIGACIÓN EXPLORATORIA cuyo método es el “Análisis y síntesis”, pues busca partir de los conceptos generales sobre los principios y garantías de la prueba y posteriormente analizar y determinar la viabilidad del examen de psicofisiología o polígrafo como un elemento material probatorio dentro del marco del sistema penal acusatorio colombiano.

VIABILIDAD DEL POLÍGRAFO COMO ELEMENTO MATERIA DE PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO “LEY 906 DE 2004”

1. RESUMEN

El examen de psicofisiología o polígrafo, durante los últimos años ha sido un tema de gran trascendencia jurídica a nivel nacional como internacional, debido a la aplicabilidad y tecnicismo implementado en la realización de este medio, con el cual se intenta justificar científicamente su empleo, dado que con esta herramienta se puede evaluar el testimonio de una persona a la hora de rendir una entrevista o un interrogatorio, donde al parecer se establece la veracidad o no de lo manifestado, sin embargo a pesar de los intentos por demostrar la validez científica del examen, en muchos países entre ellos Colombia aún no existe una norma que permita su empleo.

El problema o cuestionamiento jurídico que se presenta a raíz de la práctica del examen de poligrafía como elemento material probatorio, es establecer si esta

prueba permite ofrecer las garantías y respeto de los derechos fundamentales cimentados por Colombia y ratificados en Tratados Internacionales, de quien se somete a esta práctica, pues a lo sumo, puede convertirse en una vulneración de principios constitucionales como la presunción de inocencia, el debido proceso, contradicción, entre otros.

Otro aspecto a evaluar es el grado de veracidad del resultado del examen pues hay quienes la defienden, al mencionarla como una herramienta de alta credibilidad tanto así que empresas públicas como privadas lo emplean para seleccionar su personal de confianza.

Las pruebas en todo proceso son muy importantes, pues son el elemento esencial que considera el juez para emitir un fallo o dictar una sentencia, sin embargo, en Colombia no es viable el examen de poligrafía como prueba por cuanto la Ley 906 de 2004, ya que limita su procedencia a hechos o circunstancias y como se ha visto el polígrafo no es apto para demostrar hechos o circunstancias de la conducta punible sino para ofrecer un dictamen acerca de si una persona, en un ambiente determinado, respondió con la

verdad o con la mentira las preguntas estructuradas que se le hicieron.

Que al admitir el examen de poligrafía como medio prueba se encuentra peligros enormes frente a la libertad y a la dignidad del sujetos donde contribuye a afianzar más el 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.

2. PRINCIPIOS RECTORES GENERALES Y GARANTÍAS PROCESALES DE DERECHO PENAL

Los principios procesales son reglas que dan forma, estructuran y limitan las diferentes fases del proceso, de forma tal que se logre el reconocimiento de derechos consagrados en las leyes y tratados internacionales, que en el caso del derecho penal asegura el desenvolvimiento del proceso de forma imparcial y transparente donde prime fundamentalmente la justicia.

Los principios de la prueba establecen las bases rectoras y orientadoras del debate adversarial en el nuevo procedimiento penal colombiano. De su contenido y alcance definidos constitucional y legalmente depende la satisfacción plena de las garantías del defendido y la realización del derecho sustancial.

Este conjunto de prescripciones jurídicas esenciales enmarca las facultades y derechos de todos los intervinientes en el proceso penal, y especialmente determina el ejercicio del derecho fundamental a una defensa técnica y material en un estado social de derecho.

Los principios, generales y procesales, sobre los cuales se cimienta todo el ordenamiento jurídico Colombiano el cual encontramos descritos en el

código de procedimiento penal es sus articulo 01 al 28 la dignidad humana, libertad, la prelación de los tratados intencionales, igualdad, legalidad, presunción de inocencia, defensa, oralidad, actuación procesal, la defensa de las víctimas, legalidad gratuidad, intimidad, contracción ,inmediación, publicidad, el juez natural, doble instancia entre otros.

En aras de entender lo que implica una garantía constitucional utilizaremos una otorgada por Bidart Campos que nos dice que “son las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos” . A esto le podemos agregar que, como su mismo nombre lo indica, estas garantías constitucionales gozan de una jerarquía constitucional. Además, están inseparablemente relacionadas con la dignidad del ser humano. En el caso de nuestra carta magna, estas garantías se encuentran en la parte dogmática de la misma.

Desde que se firmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta nuestros días han aparecido distintos pactos que engloban un conjunto de garantías de índole penal que no estaban presentes en nuestra constitución.

3. LA PRUEBA EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

La prueba debe ser objeto de valoración, en lo relativo a su mérito, para llevar a la convicción y, por supuesto, al convencimiento al funcionario judicial sobre los hechos que interesan al objeto del proceso, para lo cual se deberá tener en cuenta el sistema de apreciación que rige, esto es, el de la persuasión racional o sana crítica.

La sana crítica, según definición de la Corte Suprema de Justicia es *el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma 'sana', esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables y 'crítica', es decir, **con base en los hechos objeto de valoración, entendidos como 'criterios de verdad', sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales***

que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos³ (negrilla subrayado y cursiva fuera del texto original).

Ahora bien, por valoración o apreciación de la prueba se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito que pueda deducirse de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual o en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del operador de justicia, pues en caso contrario estaríamos en presencia del sistema de tarifa legal.

De ahí que cuando se habla de apreciación o de valoración probatoria, se parte de un estudio crítico individual y de conjunto de los elementos de juicio allegados válidamente al proceso, esto es, que el juzgador debe examinar la credibilidad, fiabilidad o confianza que le merece el medio de convicción y, posteriormente, examinarla en su conjunto.

³ Sentencia de única instancia, radicación 15884, del 4 de septiembre de 2002, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.

En síntesis, es una labor de comparación entre los hechos afirmados por los sujetos procesales y lo que se encuentra cabalmente probado, a través de los distintos medios de prueba, para concluir si los mismos son o no ciertos (juicio de hecho) y, consecuentemente, entrar a aplicar la correspondiente norma jurídica que resolverá el litigio (juicio de derecho). Es así como en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal estatuye, la apreciación de la prueba pericial, en tal sentido, “para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

La Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, sentencia de marzo 7 de 2002 (exp. 14043), providencia de febrero 4 de 2003 (exp.9230) ,expuso: *“Cuando el Juez quiere apreciar los resultados de una inspección pericial, empieza por preguntarse si los hechos establecen deben ser admitidos por verdaderos, y después si las conclusiones deducidas de estos hechos pueden producir la convicción (...)”*.

Una vez revisados los principios rectores de la prueba, a partir del principio de necesidad, del cual deriva el camino probatorio, entramos en el estudio de los medios procesales de convencimiento en particular.

Se ha dicho que el juez hace historia. Lo dijo Carnelutti. El historiador, cuenta el autor, *“escruta en el pasado para saber cómo ocurrieron las cosas, un hecho ha ocurrido o no el juez, al principio, se encuentra ante una hipótesis; no sabe cómo ocurrieron las cosas; si lo supiese, si hubiese estado presente en los hechos sobre los que debe juzgar, no sería juez, sino testigo y si decide, precisamente, convierte la hipótesis en tesis, adquiriendo la certeza de que ha ocurrido o no un hecho, es decir, certificando ese hecho. Estar cierto de un hecho quiere decir, conocerlo como si se lo hubiere visto”*⁴

*“La finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad del proceso es algo más: es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa”*⁵.

⁴ Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Monografías Jurídicas. Editorial Temis, 2007.

⁵ CALAMANDREI, PIERO. *Derecho procesal Civil*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973. Pg. 21

4. EL POLÍGRAFO

Desde la antigüedad nos hemos enfrentado al problema de la verdad y la mentira, es por esto que el reto primordial de la justicia debe ser la búsqueda de la verdad, como un derecho tanto para las víctimas como para el imputado. Se considera que el polígrafo fue inventado en 1938 por Leonard Keeler, del Departamento de Policía de Berkeley (California), quien creó el primer polígrafo de tres canales que imprimía sus resultados en papel.

Desde décadas atrás se han utilizado diversas herramientas tanto jurídicas como tecnológicas para tal fin. En la actualidad existen diferentes elementos probatorios, como son los documentales, testimoniales, inspecciones en el lugar de los hechos, confesiones, peritos, etc. pero cada uno de ellos tiene deficiencias, como por ejemplo los documentos pueden ser objeto de falsificaciones que en algunos casos son casi imposibles de detectar, los testimonios pueden ser motivados por diversas razones como presiones de personas que obligan a otros a faltar a la verdad, las inspecciones en el lugar de los hechos y los instrumentos utilizados

para conductas investigadas, en ocasiones son tan lejanas al momento de la conducta que no permite una veracidad absoluta sobre el hecho ocurrido, debido a las circunstancias de cuidado y manipulación que no siempre son correctas.

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

Está científicamente comprobado que cuando una persona miente se producen en su organismo, a través del sistema nervioso autónomo, reacciones fisiológicas y emocionales espontáneas de intensidad variable, la presión sanguínea, el ritmo cardíaco, la respiración y la conductancia de la piel se ven alteradas⁶.

El polígrafo registra la presión sanguínea y el ritmo del pulso del sujeto. Para esta medición se coloca una banda en el brazo, y se transmite al instrumento por una

⁶ Novoa, M. (2002). La verdad sobre los detectores de mentiras. El polígrafista Internacional.(1), 91-4.

banda, a través de un tubo de goma. Esto se conoce como Cardioestigmografo. El Neumógrafo mide y registra la inspiración, expiración del sujeto, y los cambios que puedan ocurrir en ellos durante el examen, para ello, se coloca una banda que rodea el tórax y el abdomen, que comunican los movimientos al instrumento registrador. El Galvonómetro, mide y registra las señales eléctricas del cuerpo y el cambio en la transpiración, se registra a través de sensores colocados en los dedos de la mano del sujeto examinado.

El polígrafo registra estas tres reacciones fisiológicas, las cuales ocurren en respuesta a las emociones de miedo o en situaciones de conflicto, cuando hay miedo se produce en el organismo cambios automáticos que preparan al cuerpo para la pelea o la huida. Tales cambios son debidos al sistema simpático, éste prepara el cuerpo para la acción. Las reacciones de este sistema cubren una gran área, ya que está formado por 22 centros nerviosos que envían mensajes a diferentes partes del cuerpo incluyendo los pulmones, las glándulas sudoríparas, el corazón y las arterias. El sistema simpático se activa rápidamente, pero es lento para que transcurran los efectos de una reacción⁷

⁷ Mervis, R. (2002). Polygraph examination protocol. Utah Network on juveniles offending sexually. Disponible en: www.NOJOS.com

La administración del examen de poligrafía se realiza en cuatro fases: recolección de datos y preparación, entrevista pretest, administración de la prueba y una entrevista posttest. (Mervis, 2002). En la primera fase o fase previa, se solicita información de carácter general sobre el examinado, y acerca del caso. En la entrevista pretest se busca establecer empatía o rapport con el examinado. El examinador construye el cuestionario y lo estudia junto con el examinado. En la tercera fase, el test, se procede a realizar las preguntas del cuestionario registrando sus reacciones fisiológicas ante cada pregunta. La última fase se realiza cuando se requiere observar la consistencia de los datos obtenidos. Se realiza de nuevo el test, pero las preguntas se cambian de orden.

Las reacciones fisiológicas de la persona son mostradas en gráficos o mapas, dos o tres gráficos son necesarios para obtener una mayor exactitud en los resultados.

El cuestionario está compuesto por preguntas relacionadas con el incidente, llamadas preguntas relevantes y otras preguntas, llamadas control, que no están relacionadas con el evento. Con estas preguntas se puede establecer el nivel de reacción normal de la persona y así compararlo con la reacción ante las preguntas relevantes.

Existen diversas modalidades o test para la administración del polígrafo que permiten hacer esta comparación, las cuales están agrupadas en dos categorías. El Test del Engaño, el cual evalúa directamente si una persona está mintiendo, y El Test de Información que determina el conocimiento o la participación de la persona en un suceso criminal. Cada uno registra respuestas fisiológicas a preguntas con objeto de hacer inferencias sobre la participación o el conocimiento de una persona acerca de un hecho⁸. (Raskin, 1994)

El polígrafo en el momento es empleado en 68 países, 16 de América Latina, utilizado en agencias de seguridad, en selección de personal e investigaciones privadas; además es utilizado como prueba judicial, específicamente en Guatemala y Panamá. En Estados Unidos, el polígrafo se admite como prueba judicial mediante un acuerdo entre el fiscal y el defensor. (Friedman, 2003).

A pesar de ello el polígrafo ha recibido varias críticas, por ejemplo que no controla a los sujetos hiperactivos o hiporeactivos, que no muestran reacciones diferenciales a las preguntas relevantes, ni de control. Estas personas pueden ser

⁸ Raskin D. (1994). Técnicas poligráficas para la detección del engaño. En: D.Raskin. Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales. (pp. 213-245) España: Desclée de Brouwer

diagnosticadas erróneamente como sinceras, cuando pueden estar mintiendo, lo que se conoce como los errores falsos positivos, o falsos negativos.

Como también se ha dicho que no tiene un 100% de confiabilidad, sin embargo en respuesta a esto, se dice que ningún instrumento tiene ese nivel de confiabilidad, ni puede superar completamente los errores humanos. Sin embargo con la existencia del polígrafo computarizado se ha podido responder a esta crítica, con este instrumento según Kircher y Raskin, (1988), se puede obtener un mayor nivel de confiabilidad, la computadora obtiene resultados con mayor consistencia y minuciosidad, lo cual resulta ser como un segundo examinador que observa las gráficas y las interpreta.

4.1 LA PRUEBA PERICIAL DE POLÍGRAFO.

El polígrafo es un detector de mentiras; es un instrumento que registra los cambios neurofisiológicos del individuo ante una mentira, por eso, es una técnica que auxilia en la investigación judicial.

Los cambios neurofisiológicos que se registran en el polígrafo son la frecuencia y el ritmo respiratorio, la sudoración de la piel y la frecuencia y el ritmo cardiaco.

El polígrafo es un instrumento totalmente científico que ha estado evolucionando de una manera muy interesante en los últimos 10 años; contamos en la actualidad con polígrafos mecánicos, electrónicos y computarizados.

Se encuentran formados por tres principales partes, el neumógrafo, el galvanómetro y el cardiógrafo. El primero, es la parte que estudia la respiración, aquí se lee la frecuencia de la respiración, es decir, cuantas respiraciones se tiene por minuto, su calidad, la supresión; el segundo, estudia la electricidad de la piel, es decir, la energía que tenemos como ser humano, la cual puede tener altas y bajas; y el tercero es la parte que estudia la frecuencia cardiaca en forma integral, pulsaciones, enfermedades del corazón, presión alta y baja.

Los polígrafos mecánicos, son los llamados también análogos, donde las partes del neumógrafo y cardiógrafo son totalmente neumáticas y funcionan por aire o ventilación y el galvanómetro es la parte eléctrica junto con la grafica que corre por medio de un pequeño motor, donde las lecturas se logran a través de plumas con tinta liquida.

El polígrafo electrónico, tiene un gran avance sobre el anterior, ya que añade el neumógrafo y cardiógrafo, un botón de sensibilidad que ayuda para mejorar la

impresión de la grafica, sobre todo en el segundo, ya que al brazal se le pone menor presión y con el botón se puede obtener una gráfica de tamaño grande y clara, la impresión de las graficas se continua realizando con tinta liquida sobre papel, su manejo es sencillo y mejora su información.

El polígrafo computarizado ha revolucionado en su totalidad los dos anteriores modelos, ya que a través de un programa tiene las tres funciones, se pueden archivar los resultados en un diskette o disco duro de la misma computador, esto puede ayudar a reimprimir todas las graficas que sean necesarias para efectuar estudios manuales, sin embargo el polígrafo tiene integrado un programa donde produce resultado de probabilidad de mentira.

4.1.1 Características generales del polígrafo.

El termino polígrafo significa literalmente "muchos trazos". El polígrafo es un instrumento que es utilizado para verificar la veracidad del examinado por medio de los cambios registrados psicofisiológicamente.

El polígrafo moderno detecta:

- Expansión de la cavidad torácica (Neumógrafo)

- Cambios y respuestas galvánicas de la piel (GSR)
- Presión sanguínea y pulso cardíaco (cardiosphygmograph)

4.1.2 Como se detecta la mentira

El miedo a ser descubierto genera cambios fisiológicos en el momento en que responde con mentira, cambios en la respiración, cambios electrotérmicos y cambios en la presión sanguínea y el pulso cardíaco.

Un polígrafista entrenado puede interpretar estos cambios y detectar la deshonestidad siguiendo una metodología científica.

4.1.3 Metodología científica.

Estos son los pasos de la metodología científica a seguir durante una evaluación:

- Presentación
- Autorización (por escrito)
- Antecedentes personales

- Revisión de la situación médico-psicológica
- Explicación del polígrafo
- Formulación y revisión de preguntas
- Introducción de preguntas control
- Elaboración de gráficos
- Interpretación de gráficas
- Entrevista post-test.

4.1.4 Técnica poligráfica para aplicaciones evidenciarías.

Hoy en día existen tres formatos principales de examinación que se usan en la poligrafía; el método más común es la técnica de preguntas de comparación (siglas en ingles (CQT), el cual toma varias formas y composiciones: Reid, Arther, Baskster, DoDPL, Marcy, Gordon y otras.

El CQT, es el método preferido en casi todas partes en donde el polígrafo se utiliza en investigaciones criminales, excepto en Japón y en China. Su popularidad surge de su amplia gama de aplicaciones y el surgimiento de sistemas de puntuación con los cuales el CQT es compatible.

A un menor grado, se utiliza la técnica Relevante-Irrelevante (TI) primordialmente en aplicación de múltiples opciones o variables. Por muchos años la técnica RI se aplicaba en exámenes criminales pero su uso comenzó a declinar con la difusión del CQT en 1950.

El tercer formato se puede llamar genéricamente la técnica de información encubierta (siglas en inglés CIT) la familia de las CIT incluye la prueba del punto de tensión (siglas en inglés POT), pruebas de estimulación y examen de culpabilidad por conocimiento (siglas en inglés GKT), mientras que la mayoría de los practicantes de la poligrafía ha utilizado la POT y las pruebas de estimulación, la GKT es la menos familiar.

5. POSTULADOS INADMITEN EL EXAMEN DE POLIGRAFÍA

Corte Suprema De Justicia, en primer lugar, la utilización del polígrafo no se encuentra taxativamente permitida por la legislación (ni penal ni disciplinaria), y el principio de libertad probatoria tiene un límite: los derechos fundamentales, que se ven afectados, en especial el de dignidad humana.

5.1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

En efecto ha dicho la Corte suprema de justicia, sala de casación penal: *“Insiste la Sala en este aspecto, por cuanto si el polígrafo tiene como objetivo primordial determinar a través del registro de variaciones emocionales como la presión arterial, el ritmo cardíaco, el respiratorio y la resistencia eléctrica de la piel o reflejo psico-galvánico causado por el estado de emotividad provocada si la persona presenta reacciones fisiológicas indicativas de engaño, es claro que su diagnóstico se refiere a la credibilidad del interrogado y no a la comprobación de hechos, elementos o circunstancias de la conducta investiga⁹”*

⁹ Corte suprema de justicia, sala de casación penal. Proceso 2647, agosto 01 de 2008

Es aquí donde reside la gran diferencia con otros medios técnicos empleados en el campo forense y que representan una ayuda inmejorable para la administración de justicia, pues mientras los 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, pues aquel no tiene como finalidad la demostración de un hecho procesal sino la de ofrecer un dictamen acerca de si un sujeto sometido a un interrogatorio dice o no la verdad en las respuestas a las preguntas que se le formulan.** (subrayas negrilla y cursiva fuera de texto original).

5.2 Corte Suprema de Justicia, Caso Luis Eduardo Vives Lacouture, El Polígrafo.

La Sala estima necesario precisar en lo que atañe con la admisibilidad del polígrafo como medio de prueba y a su grado de confiabilidad como ciencia novel lo que en seguida se dirá, con el fin de determinar su incidencia jurídico procesal, para responder a la pretensión de la defensa en el sentido que se asuman sus resultados como prueba de la inocencia del senador procesado. Antes de todo,

resulta oportuno recapitular que el debate se puso a la orden del día por haberse aportado al expediente el resultado de las dos pruebas de poligrafía practicadas al senador **VIVES LACOUTURE** durante el mes de diciembre de 2006, realizadas por iniciativa de éste y de su abogado, y en virtud de las cuales se solicitó la recepción del testimonio de un perito en poligrafía durante la audiencia de juzgamiento.

Si bien, en principio en la resolución de acusación la Sala negó como medio de prueba el examen de polígrafo presentado por la defensa, aduciendo que aquél no tenía el carácter de prueba, por cuanto, solamente reflejaba impulsos corporales como la presión arterial, el ritmo cardiaco, la tasa respiratoria y la respuesta galvánica de la piel del individuo y que esas manifestaciones podían derivar de factores diversos al de responder con la verdad o con la mentira a las preguntas formuladas en la sesión y a que además son los códigos éticos propios de cada individuo los que están de por medio en esa evaluación, finalmente accedió a escuchar el testimonio de un experto en la materia, al resolver favorablemente el recurso de reposición interpuesto por el defensor dentro de la audiencia preparatoria para que así se hiciera.

Sin embargo, esa decisión de ningún modo significa que la Corte haya resuelto fijar como precedente la admisibilidad del polígrafo como medio de prueba, pues simplemente apuntó a facilitar un espacio procesal donde se pudiera tratar la temática con mayor profundidad a fin de obtener mayor y mejor información para formarse un juicio más objetivo y riguroso acerca de la naturaleza del polígrafo, de los detalles de su práctica, del estado del arte en el derecho comparado y de sus aspectos técnicos, para fijar así una posición frente a él en este asunto. Es decir, la Sala consideró necesario hacerse a un conocimiento mucho más aproximado sobre los pormenores del polígrafo valiéndose de las destrezas de un experto en el tema, en aras del respeto por la pretensión de la defensa para que se le permitiera desarrollar su planteamiento y del interés jurídico que subyace en esta novedosa práctica.

Pues bien, para afrontar el objeto de la controversia acerca de la conducencia, pertinencia y confiabilidad del polígrafo, se deben examinar dos aspectos esenciales: (i) su admisibilidad como medio de prueba; y (ii) su valoración o peso probatorio. Claro está que la relevancia y significación de este segundo tópico se halla inexorablemente supeditada a la superación del primero, porque de estimarse que no es admisible como medio de prueba la discusión acerca de su grado de confiabilidad pierde trascendencia.

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

Para tal efecto, resulta oportuno recordar que el artículo 233 de la Ley 600 de 2000 enuncia como medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio y adiciona la posibilidad de practicar pruebas no previstas en el código siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales. Ese dispositivo lo complementa el principio de libertad probatoria (Art. 237), conforme al cual los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad y la naturaleza y cuantía de los perjuicios pueden acreditarse con cualquier medio probatorio que no ponga en riesgo derechos individuales. Siguiendo esa misma línea, también la Ley 906 de 2004

señala que los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso pueden probarse por cualquiera de los medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico respetuoso de los derechos humanos.

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

Idéntica situación se presenta en la Ley 906 de 2004, habida cuenta que en los artículos 404, 420, 422 y 432, para enumerar solamente algunos, se fijan criterios y parámetros específicos con base en los cuales el juez debe examinar el valor suasorio de cada medio de prueba, destacándose que en el evento de la prueba testimonial se habrán de tomar en cuenta elementos tales como la percepción, la memoria, la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos,

las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad¹⁰.

5.3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

“Que de llegar a admitirse el polígrafo como un medio de prueba válido para conocer si una persona miente, su aplicabilidad no podría restringirse al acusado, pues cabría hacerlo con todos los testigos tanto de cargo como de descargo, con lo cual la función de apreciación del testimonio atribuida al funcionario judicial quedaría subordinada a los resultados del polígrafo. Bien podría objetarse a este planteamiento que el funcionario judicial es libre para separarse de ese diagnóstico, pero en ese caso su tarea ya no estaría enfocada en apreciar la prueba testimonial haciendo uso de las reglas que la ley le impone sino en examinar el rigor técnico con que se practicó el polígrafo para deducir si se aviene o no con su conclusión.¹¹

En ese caso el juez o el fiscal antes que consultar las reglas de la sana crítica

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Luis Eduardo Vives Lacouture, 1º de agosto de 2008, 22

¹¹ Corte suprema de Justicia, Sala de Casación . proceso 2647, agosto 02 de 2008

para argumentar sobre la credibilidad de un testigo tendría que dedicarse a determinar otros asuntos, tales como la pericia del examinador, las condiciones en que se realizó y demás aspectos concernientes a sus requerimientos técnicos, para extractar de ahí la inferencia a la que debía arribar por vía del uso de las reglas legales dispuestas para el efecto”.

5.4. Caso aplicar el proceso Santiago A. Kelley hernández, procedimientos penales del estado de Jalisco editorial porrúa.

Mientras que abogados penalistas calificaron de "irrelevante" el resultado de la prueba del polígrafo para invalidar el testimonio de Karina Yapor, que en su calidad de presunta víctima exculpó a Sergio Andrade de los delitos de violación agravada y rapto, el juez cuarto penal solicitó a la Policía Federal Preventiva (PFP) el envío de un equipo especial a fin de aplicar el examen pericial.

La abogada Irma Campos Madrigal sostuvo que la aplicación del polígrafo a la declaración de la joven Yapor Gómez "denota un gran afán persecutorio" por parte de la Procuraduría General de Justicia del Estado, e indicó que una prueba de esa naturaleza debe ir acompañada de una serie de elementos adicionales para valorarla en su justa dimensión.

En el mismo sentido, el catedrático Manuel Bugarini Caballero, maestro de la Universidad Autónoma de Chihuahua, resaltó que el llamado "detector de mentiras" no es una prueba concluyente para que, basados en sus resultados, el juez cuarto penal y el Ministerio Público pretendan restar valor al testimonio de la presunta víctima de violación, en este caso Karina Yapor, quien declaró el martes pasado que nunca fue sometida sexualmente por el ex director artístico Sergio Andrade.

"Es un peritaje más como la prueba de Harisson (parafina) en balística, pero su peso no es suficiente para invalidar el testimonio directo de la víctima; el polígrafo ni siquiera es confiable al 100 por ciento, ni siquiera en los países donde su uso es común, como Estados Unidos; el resultado del mismo no tiene un valor jurídico preponderante", sostuvo el abogado.

Sostuvo que el juez cuarto penal Héctor Talamantes Abe continúa utilizando criterios sesgados en la aplicación de la ley, distorsionando todo el procedimiento penal en el caso que se sigue a Gloria Trevi y Sergio Andrade. "¿Por qué pone en tela de duda el testimonio de la víctima? Ya tomó la decisión de su resolución final. Si exculpa a los acusados está mintiendo, si los inculpa dice la verdad. Insisto, en

toda la historia del derecho penal en Chihuahua en un caso de violación no se había actuado así. El juez tendenciosamente está dudando de una declaración".¹²

¹² Teoria General de Proceso, santiago a. kelley hernández, editorial porrua, tercera edición. código de procedimientos penales del estado de Jalisco (caso Aplicar el polígrafo a Karina Yapor, "afán persecutorio")

6. POSTULADOS ADMITEN EXAMEN DE POLIGRAFÍA

6.1 CAPPS, m. (2002), estudios y conceptos sobre los detectores de mentiras

La técnica del polígrafo puede ser usada con seguridad, su uso no se encuentra restringido, no existe ninguna ley que regule o limite el uso y aplicación del polígrafo, se dice que mientras se respete la intimidad de la persona y que ésta, acepte libremente la aplicación de la prueba, mediante un consentimiento por escrito, no existe ningún obstáculo para su aplicación. Además esta técnica cuenta con gran respaldo, puesto que existe una Asociación Americana del Polígrafo (APA) la cual confirma la validez y confiabilidad de esta técnica¹³.

6.2 Concepto Amador, Botero, M.

El estudio del testimonio se enmarcó dentro de lo que se conoce como psicología del testimonio, que puede definirse como la aplicación de las teorías psicológicas

¹³ Capps, M. (2002). Estudios y conceptos sobre los detectores de mentiras. El poligrafista Internacional. (1), 16-19

al estudio de las variables que inciden en el proceso declaratorio (Clemente, 1997).

Dentro de los medios de prueba existentes se encuentran la confesión, el peritaje, la inspección, los indicios, los documentos y el testimonio. El testimonio es uno de los medios de prueba más frecuentes, y de mayor relevancia puesto que través de este se puede obtener directamente lo más importante, que es la verdad, el hombre es quien la percibe y la relata, lo cual fundamenta la credibilidad genérica de toda prueba personal y del testimonio en particular, por lo tanto el testimonio se ha consagrado como el medio probatorio más importante porque tiene como órgano central al hombre. De allí la importancia de la psicología del testimonio. (Malatesta, citado por Parra, 1992).

A través de ésta Técnica o de prueba se puede llevar a cabo el estudio de la declaración de testigos, y su credibilidad. La víctima como el testigo, hacen frente al problema de su credibilidad, se duda de su testimonio precisamente, cuando el delito se produce en situaciones de intimidad en las cuales no hay otros testigos y no produce secuelas físicas observables, o porque simplemente se duda del Testimonio, puesto que la actitud de las personas es muy variada, como sus

motivos, por lo tanto, según Rogers (sf), citado por Hernández, (2002) estos sujetos pueden dar diferentes tipos o estilos de declaraciones.

Estos factores existen otros, como las variables del entrevistador, las preguntas o entrevista como tal y las condiciones físicas en las que se realiza la entrevista; todos estos factores inciden de una u otra forma en la calidad y credibilidad del relato. Donde la credibilidad constituye el elemento esencial para determinar el valor del testimonio, y para ello se requeriría de un examen básicamente psicológico del testigo y del contenido de la declaración.¹⁴ (Amador, Botero, M. y Col, 2002).

6.3 Alonso-Quecuty, M. Psicología Forense Experimental: El Testigo Dishonesto

En el examen psicológico de la declaración, como del testigo se ha tenido en cuenta los siguientes aspectos:¹⁵

¹⁴ Amador, R., Botero M., y Col. (2002). Ciencia del testimonio: La prueba testimonial. Tunja, Boyacá: Cipade

¹⁵Alonso-Quecuty, M. (1997). Psicología Forense Experimental: El Testigo Dishonesto. En: J.,

- a. Las condiciones físicas del testigo

- b. Sus condiciones psicológicas (las generales y las propias del momento de la percepción).

- c. Su personalidad (Sexo, edad, profesión, cultura, patrimonio , e.t.c.

- d. Su moralidad (Antecedentes, condiciones sociales, educación).

- e. Contenido del testimonio: forma de respuestas, estado de ánimo, uniformidad, precisión, lenguaje utilizado.

Teniendo en cuenta estas variables es como se han abierto líneas de investigación que intentan determinar las claves de engaño presentes, cuando un sujeto miente, un área, es el estudio de los cambios fisiológicos coexistente con la mentira, y la segunda, es la investigación de los cambios corporales, movimientos, tonos de voz, expresión facial, entre otras.

6.4. PROYECTO DE LEY 062 DE 2010 CÁMARA.

Por medio de la cual se regula el uso de la Poligrafía como medio de prueba en los procesos penales y modifican los artículos 275, 282, 383, 403 y 424 del Código de Procedimiento Penal. La cual fue presentada 28 de octubre de 2010, por el honorable Representante, Doctor Camilo Andrés Abril Jaimes, Ponente. Óscar Fernando Bravo Realpe Coordinador ponente

Contenido del proyecto El presente proyecto consta de seis (6) artículos con la vigencia.

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

Artículo 2°. Adiciónense 2 párrafos al artículo 282:

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

también puede solicitarla potestativamente.

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

Artículo 3°. Adiciónese un inciso al artículo 383: El juez oficiosamente o a petición de cualquiera de las partes podrá requerir la prueba Psicofisiológica Forense o Poligráfica, para obtener elementos de juicio y establecer la veracidad o no del testimonio. La defensa puede solicitar la prueba a uno o varios testigos.

Artículo 4°. Adiciónese un inciso al artículo 403: Cuando exista contradicción entre los testigos sobre un mismo hecho, podrá ser requerida por el juez, o solicitada por alguna de las partes la prueba Psicofisiológica Forense o Poligráfica para demostrar la falsedad o veracidad del testimonio. Artículo 5°. Adiciónese al artículo 424:

14. Prueba de Psicofisiología Forense o de Poligrafía.

En la actualidad existen diferentes elementos probatorios, pero cada uno de ellos tiene deficiencias, debido a las circunstancias de cuidado y manipulación que no siempre son correctas. Se hace necesario entonces recurrir a nuevas

herramientas como medio de obtención de la verdad, que si bien no son infalibles por lo menos coadyuvan en el proceso probatorio y el actuar en contra de la delincuencia. La verdad se constituye como garantía para que sea castigado quien es culpable y absuelto quien no lo es, para que exista justicia y se asegure que los hechos punibles no se vuelvan a cometer y es por esto debe valerse de métodos científicos para clarificar los acontecimientos, pues el propósito del mentiroso es desviar la verdad a través del engaño.

6.5 Proyecto de Ley 048 de 2012 Cámara.

Por medio de la cual se reglamenta el uso del polígrafo en Colombia, como medio de prueba en materia penal, laboral y disciplinaria, y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D. C., agosto 15 de 2012, El polígrafo es una herramienta que tiene la intención de detectar cuando una persona está mintiendo; el Polígrafo, es un aparato que mide la fluctuación de ciertas variables vitales frente a ciertos estímulos, plasmándola sobre un papel continuo. En este caso, preguntas y respuestas cuyo resultado será leído por un experto o especialista entrenado que, basándose en la reacción del sujeto, determinará si está diciendo la verdad o miente.

Con la aprobación de esta iniciativa, se refresca la normatividad Nacional en materia de prevención de los Derechos Fundamentales de las personas, y debido a que Colombia está enmarcado como un Estado Social de Derecho en donde se fundamenta el respeto de la dignidad humana, la equidad, la libertad sin vicios y la prevalencia de los derechos instituidos para proteger a todas las personas, el Estado debe inquirir en instrumentos jurídicos en donde debe ser la verdad una decisión que enaltezca la justicia y que legitime el poder del Estado ante la sociedad.

7. ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD DEL USO POLÍGRAFO COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Las pruebas en todo proceso son muy importantes, pues son el elemento esencial que considera el juez para emitir un fallo o dictar una sentencia; por lo cual se hace necesario realizar un análisis respecto de la viabilidad del uso del polígrafo como medio de prueba en el sistema penal acusatorio Colombiano.

Ahora bien, el derecho probatorio es uno de los aspectos más importantes dentro del derecho procesal, se ha dicho incluso que el procedimiento se divide en dos grandes áreas, la primera contiene las normas que regulan el proceso y la segunda contiene las normas que regulan las pruebas, Jeremías Bentham, afirmó: *“el arte del proceso no es otra cosa que el arte de suministrar las pruebas”*.

La palabra prueba proviene del latín probadum, que significa "hacer fe". La prueba es el medio para llevar al juez al conocimiento de la verdad, mediante la prueba, vamos a lograr que el juez se enfrente a la verdad, que la conozca para que pueda hacer justicia, nada tan importante dentro del juicio como ello.

El motivo de la prueba son las razones que producen en el juez, su convicción de lo que para él es la verdad.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 LIBERTAD, Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos y subsiguientes de 906/2004, que los elementos técnicos cuando sirven para consolidar una estructura probatoria son válidos, no es menos que una lectura ponderada y con sindéresis del principio de libertad probatoria.

Así mismo existen distintos medios de prueba, que son los instrumentos que tiene las partes para llevar al juez al conocimiento de la verdad, las diferentes legislaciones reglamentan distintos medios de pruebas, como pueden ser, confesional, documental, pericial, testimonial, inspección judicial etc., por lo cual se analizan algunos medios de prueba y la viabilidad de la utilización del polígrafo en las mismas.

7.1. PRUEBA TESTIMONIAL

Es tal vez la más popular de las pruebas, tan antigua como la humanidad misma, entre una prueba testimonial y una prueba confesional, la diferencia es que la primera es a cargo de terceros que no son parte dentro del juicio, y lo que ellos declaran no debe perjudicarles en la sentencia, su declaración deber ser en forma personal y no puede ser a través de terceras personas.

El testimonio es uno de los medios de prueba más frecuentes, y de mayor relevancia puesto que a través de este se puede obtener directamente lo más importante, que es la verdad, el hombre es quien la percibe y la relata, lo cual fundamenta la credibilidad genérica de toda prueba personal y del testimonio en particular, por lo tanto, el testimonio se ha consagrado como el medio probatorio más importante porque tiene como órgano central al hombre. De allí la importancia de la psicología del testimonio. (Malatesta, citado por Parra, 1992).

A través de éste medio de prueba se puede llevar a cabo el estudio de la declaración de testigos, y su credibilidad. La víctima como el testigo, hacen frente al problema de su credibilidad, se duda de su testimonio precisamente, cuando el delito se produce en situaciones de intimidad en las cuales no hay otros testigos y

no produce secuelas físicas observables, o porque simplemente se duda del Testimonio, puesto que la actitud de las personas es muy variada, como sus motivos, por lo tanto, según Rogers (sf), citado por Hernández, (2002) estos sujetos pueden dar diferentes tipos o estilos de declaraciones.

El estudio del testimonio se enmarcó dentro de lo que se conoce como psicología del testimonio, que puede definirse como la aplicación de las teorías psicológicas al estudio de las variables que inciden en el proceso declaratorio (Clemente, 1997).

Estos factores existen otros, como las variables del entrevistador, las preguntas o entrevista como tal y las condiciones físicas en las que se realiza la entrevista; todos estos factores inciden de una u otra forma en la calidad y credibilidad del relato, en donde la credibilidad constituye el elemento esencial para determinar el valor del testimonio, y para ello se requeriría de un examen básicamente psicológico del testigo y del contenido de la declaración.¹⁶ (Amador, Botero, M. y Col, 2002).

¹⁶ Amador, R., Botero M., y Col. (2002). Ciencia del testimonio: La prueba testimonial. Tunja, Boyacá: Cipade

Ahora bien, la aplicación del Polígrafo al indiciado o testigos en aras de obtener elementos de juicio y establecer la veracidad o no del interrogatorio o testimonio, se le daría pleno valor probatorio a este medio de prueba, en miras de obtener la veracidad de los hechos, pero de qué forma?, obteniendo o extrayendo del inconsciente del sujeto una determinada verdad, que no quiere expresar, o en otros términos una aceptación del indagado a la fuerza, declaración que no sería consciente, ni espontánea, ni libre; requisitos sine qua non para la validez de una confesión o aceptación del imputado en la conducta delictiva que se está investigando.

Lo que se hace con este instrumento tecnológico (polígrafo) es someter a interrogatorio (prueba testimonial) a la persona cuando este voluntariamente acepta ser versionado o escuchado en diligencia de descargos. Entonces, si entendemos que el testimonio debe de ser recepcionado de manera libre y voluntaria, con el único apremio del juramento, la presencia de un medio técnico como el polígrafo, atenta contra el libre discernimiento que el sujeto tenga sobre sus actividades psicológicas que de por sí se ven afectadas con un instrumento coactivo.

La obligación de practicar esta prueba por un experto, no descarta el hecho de que pueda ser manejada o manipulada, más aun cuando no media la valoración directa del Juez o Fiscal, según el caso.

En la Ley 906 de 2004, en los artículos 404, 420 y 432, se fijan criterios y parámetros específicos con base en los cuales el juez debe examinar el valor suasorio de cada medio de prueba, destacándose que en el evento de la prueba testimonial se habrán de tomar en cuenta elementos tales como la percepción, la memoria, la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Igualmente sostiene la Corte, que luego de realizar la prueba del Polígrafo y si la persona presenta reacciones fisiológicas indicativas de engaño, es claro que su diagnóstico se refiere a la credibilidad del interrogado y no a la comprobación de hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada.

7.2 PRUEBA PERICIAL.

Cuando para poder apreciar algo se requieran de conocimientos especiales producto del estudio o de la práctica de un arte y oficio, que no sean propios del derecho, se hace necesaria la prueba pericial, para poder auxiliar al juez en la apreciación de algo.

Es indispensable que en el desahogo de esta prueba se observen ciertas reglas que establecen las disposiciones legales respectivas, porque sólo de esa manera se les podrá reconocer eficacia jurídica. Entre esos requisitos se establece, que sean dos peritos los que intervengan, y por excepción uno cuando no se disponga de otros; y cuando exista discrepancia entre ambos peritos, el juez los citará a una junta, en la que se asentará el resultado de la discusión, y si los peritos no se pusieren de acuerdo, el juez nombrará a un tercero en discordia.

La prueba parcial se hace cada vez más necesaria, la complejidad de los procesos en la actualidad y las diferentes ciencias que involucran, hacen necesaria la participación de los peritos dentro del proceso.

7.3. PRUEBA NOVEL

Ahora bien, teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 422, la admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel. Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:

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

Este criterio de ponderación de la evidencia científica y novel es traída de la discusión jurisprudencial, han evolucionado de un criterio restringido de aceptación de nuevas teorías científicas hacia un criterio moderado que permite la innovación de peritajes conformes con la dinámica moderna de la ciencia y la tecnología.

Ahora, el problema es el de establecer si el examen de polígrafo como opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento, si cumple con los requisitos que la base científica o técnica exige para poder ser admisible en el juicio.

Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.

Se estableció que Desde su fundación en 1898, ASTM International es una de las organizaciones internacionales de desarrollo de normas más grandes del mundo, en ASTM se reúnen productores, usuarios y consumidores, entre otros, de todo el mundo, para crear normas de consenso voluntarias.

Las normas de ASTM se crean usando un procedimiento que adopta los principios del Convenio de barreras técnicas al comercio de la Organización Mundial del Comercio (World Trade Organization Technical Barriers to Trade Agreement).

El proceso de creación de normas de ASTM, permite que tanto individuos como gobiernos participen directamente, y como iguales, en una decisión global consensuada. Más de **30,000 miembros de ASTM** de **140 países**, contribuyen con sus conocimientos técnicos especializados a la creación de las más de 12,000 normas internacionales de ASTM. la cual regulado determinado parámetros en los procedimiento utilizados para la elaboración de los exámenes de poligrafía, igualmente . Además está técnica cuenta con un gran respaldo, puesto que existe una Asociación Americana del Polígrafo (APA) la cual confirma la validez y confiabilidad de ésta técnica (Capps, M. (2002), estudios y conceptos sobre los detectores de mentiras. El poligrafista Internacional).

Frente a su aceptabilidad en la comunidad académica no existe soporte legal que contemple la técnica del polígrafo y su inclusión en materia penal.

Manifiesta la Corte “ *que es aquí donde reside la gran diferencia con otros medios técnicos empleados en el campo forense y que representan una ayuda inmejorable para la administración de justicia, pues mientras los 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, pues aquel no tiene como finalidad la demostración de un hecho procesal sino la de ofrecer un dictamen acerca de si un sujeto sometido a un interrogatorio dice o no la verdad en las respuestas a las preguntas que se le formulan¿. (Subrayas fuera de texto).*

En ese caso, el juez o el fiscal antes que consultar las reglas de la sana crítica para argumentar sobre la credibilidad de un testigo tendría que dedicarse a determinar otros asuntos, tales como la pericia del examinador, las condiciones en

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

8. AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El polígrafo no es admisible como medio de prueba en el contexto de la teleología de la investigación penal por violación del contenido normativo de los siguientes derechos fundamentales:

8.1 NADIE PODRÁ SER OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SÍ MISMO (ARTÍCULO 33 CN)

La Corte Constitucional ¹⁷ ha dejado claro el alcance de este derecho, en los siguientes términos: ¿El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra miembros de su familia próxima, se consagra, en el artículo 33 de la C. P., con carácter general. La sentencia de la Corte restringe el alcance de esta preciosa garantía al proceso penal. Los argumentos que se aducen, para sustentar su aserto, carecen de peso: aunque en la Comisión ciertamente se limitaba el alcance del derecho al proceso penal, el texto final aprobado por la

¹⁷ La Corte Constitucional en la Sentencia C-426/97 *¿El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra miembros de su familia próxima, se consagra, en el artículo 33 de la C. P., con carácter general.*

Asamblea Nacional Constituyente eliminó tal restricción; la tradición histórica que igualmente prohijaba la indicada limitación, se basaba en la norma constitucional que la expresaba, y que dejó de regir al aprobarse la nueva Constitución Política.

El conflicto entre el deber de colaboración con la justicia y el deber de solidaridad con la familia próxima (al que se adiciona el derecho a no obrar contra sí mismo), tratándose de actos que tienen repercusiones judiciales, se ha decidido por el mismo constituyente en el sentido de dar prioridad a esta última lealtad, en aras de la libertad ética del sujeto, de la necesidad de no imponer deberes heroicos, de la imparcialidad que reclama la justicia y de la cohesión familiar.

8.2. DERECHO A LA INTIMIDAD

La Corte Constitucional, ¹⁸ estableció el contenido normativo del derecho fundamental a la intimidad, en los siguientes términos: *¿La intimidad es un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida como secreto, atentan contra ella todas*

¹⁸ en la Sentencia T-222/92 *La intimidad es un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: como secreto de la vida privada y como libertad*

aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada. Es claro que los atentados contra la intimidad pueden entonces provenir tanto de los particulares como del Estado. Se ha creído necesario proteger la intimidad como una forma de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad.”.

8.3. EL DERECHO A LA DEFENSA (ARTÍCULO 29 CN)

Con el Polígrafo, el reo nunca podrá controvertir esa prueba en su contenido material, pues se da por cierta. Sobre el contenido normativo de este derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que: ¿Por supuesto, las garantías que integran el debido proceso (artículo . P.) deben preservarse íntegramente, de lo cual se infiere que la falta de cualquiera de ellas repercute en la pérdida de validez de lo actuado, y puede constituir -depende de su gravedad- una vía de hecho susceptible de la acción de tutela.

Es el caso del desconocimiento del derecho de defensa en cualquier proceso judicial, particularmente en el penal, pues, ningún sistema jurídico democrático aceptaría como intangible una providencia dictada a espaldas del reo, menos todavía si es condenatoria. Por supuesto, el derecho de defensa implica la plena posibilidad de controvertir las pruebas allegadas en contra, la de traer al proceso y lograr que sean decretadas, practicadas y tenidas en cuenta las existentes a favor, o las que neutralizan lo acreditado por quien acusa; la de ejercer los recursos legales; la de ser técnicamente asistido en todo momento, y la de impugnar la sentencia condenatoria.

Sin embargo a pesar que el polígrafo no es admisible como medio de prueba en el contexto de la teleología de la investigación día a día se ha ido implementando en diferentes campos como ocurre en materia administrativa, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada ha expedido algunas normas sobre la utilización del polígrafo que permite implementar en los procesos de selección del personal el examen psicofisiológico sin perjuicio de los demás requisitos exigidos para el ingreso;¹⁹ de otro lado, en el área laboral, se realiza este examen en los procesos de selección de personal, en áreas de cargos sensibles o donde ocurrió un

¹⁹ Resolución 2593 de 2003 la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

incidente específico. Así mismo, diferentes organismos de Seguridad del Estado las evaluaciones técnicas psicofisiológicas de veracidad mediante el empleo del polígrafo se constituyen en una herramienta tecnológica, que coadyuva a determinar el nivel de seguridad del personal al servicio facilitando el cumplimiento de los objetivos institucionales relajándose en procesos.

- ✓ **Proceso de Selección y Capacitación del Personal Pre-ingreso:**
Exámenes para la selección de personal, se realizarán a personas que aspiran a ingresar o reingresar a la Institución para desempeñarse en determinados cargos y como apoyo a los procesos de selección.
- ✓ **Rutina:** Se realizarán de acuerdo a la sensibilidad del cargo, determinada por la matriz de análisis de riesgo establecida.
- ✓ **Casos Específicos:** Se realizan al personal que labora en las áreas donde ocurrió un incidente específico que atenta contra la seguridad y defensa Nacional.
- ✓ **De apoyo:** Los que hagan parte de los procesos de búsqueda de información y en atención a las solicitudes de otros organismos de seguridad del Estado.

CONCLUSIONES

1. Dada la naturaleza y principios que caracterizan el sistema procesal penal Colombiano, no es recomendable el uso de la evaluación de poligrafía como medio de prueba en Colombia puesto que atenta con principios fundamentales como son la intimidad, derecho a la defensa, la no autoincriminación entre otros.

2. Las prueba en el proceso penal reviste de gran importantes, pues son el elemento esencial que considera el juez para emitir un fallo y administrar justicia, pero entratandose del sistema penal colombiano no es viable el examen de poligrafía como prueba puesto que dicho examen no es apto para demostrar hechos o circunstancias de la conducta punible, sino para ofrecer un dictamen acerca del dicho de una persona la cual respondió con la verdad o con la mentira las preguntas estructuradas que se le hicieron en un ambiente determinado.

3. El análisis el tema permitió establecer que al admitir el examen de poligrafía como medio prueba; este dispositivo antes que matizar la tensión entre la finalidad del proceso penal como método de aproximación a la verdad y la de proteger la integridad de los derechos fundamentales comprometidos, contribuye a afianzar más el 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.

RECOMENDACIÓN

Se sugiere el empleo de la evaluación de poligrafía, como una herramienta de la cual pueden hacer uso las partes en un escenario extraprocesal, para evitar el fraude en las actuaciones judiciales, problema que ha generado impunidad e inseguridad jurídica dentro del proceso, teniendo en cuenta que en muchos casos hoy por hoy se identifican personas dedicados a promover el tipo penal de falso testimonio evitando así el desgaste del órgano judicial.

Así mismo se emita conceptos dando un grado de confiabilidad que permitiendo dar una mejor apreciación a las partes, cuando se pretende que la "**ciencia poligráficas**" sea la fuente de información y así pueda contribuir a la efectividad del sistema judicial,

BIBLIOGRAFÍA

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA
2. CÓDIGO PENAL (Ley 599 de 2000).
3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (Ley 906 de 2004).
4. HERNANDO DEVIS ECHANDIA, Teoría General de la Prueba Judicial,

Tomo I, quinta edición Pag.5
5. JIMENEZ WALTERS POMARE, Pruebas Judiciales, segunda edición Pág.

28.
6. CARNELUTTI, FRANCESCO. Cómo se hace un proceso. Monografías

Jurídicas, Editorial Temis. 2007.
7. CALAMANDREI, PIERO. *Derecho procesal Civil*, Vol. I, Ediciones Jurídicas

Europa América, Buenos Aires, 1973. Pg. 21

8. NOVOA, M. (2002).La verdad sobre los detectores de mentiras. El poligrafista Internacional. (1), 9-14. Mervis, R. (2002). Polygraph examination protocol. Utah Network on juveniles offending sexually.
9. MERVIS, R. (2002). Polygraph examination protocol. Utah Network on juveniles offending sexually. Disponible en: www.NOJOS.com.
10. RASKIN D. (1994).Técnicas poligráficas para la detección del engaño. En: D.Raskin. Métodos, psicológicos en la investigación y pruebas criminales. (pp. 213-245) España: Desclée de Brouwer.
11. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal. Proceso 2647, agosto 01 de 2008.
12. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Luis Eduardo Vives Lacouture, 1º de agosto de 2008, 22 y ss.
13. SANTIAGO A. KELLEY HERNÁNDEZ TEORÍA, General de Proceso, CAPPS, M. (2002). Estudios y conceptos sobre los detectores de mentiras. El poligrafista Internacional. (1), 16-19

14. AMADOR, R., BOTERO M., y Col. (2002). Ciencia del testimonio: La prueba Testimonial. Tunja, Boyacá: Cipade
15. ALONSO-QUEECUTY, M. (1997). Psicología Forense Experimental: El Testigo Deshonesto. En: J., Sobral ,
16. LA CORTE CONSTITUCIONAL en la Sentencia C-426/97 ¿El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra miembros de su familia próxima, se consagra, en el artículo 33 de la C. P., con carácter general.
17. SENTENCIA T-222/92 La intimidad es un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: como secreto de la vida privada y como libertad.
18. SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA, Resolución 2593 de 2003.