

Argumento a favor de la admisibilidad de la Evaluación de Polígrafo como medio de prueba en el sistema procesal penal actual.

Resumen: En el presente artículo se busca dar herramientas argumentales en el debate de la Audiencia de Control de Acusación para la admisión de la prueba de polígrafo, la cual sería incorporada por la declaración del perito en juicio quien habría elaborado un informe sobre la prueba previamente. Obviamente se trata de un examen elaborado al indagado y con su consentimiento informado.

Sumario: 1. Introducción. 2. La prueba poligráfica como prueba pericial. 3. Características de la prueba poligráfica para poder ser admitida en juicio oral. 4. Admisibilidad de la prueba poligráfica según las normas probatorias del CPP. 5. Rebate de la denegación jurisprudencial de la prueba poligráfica. 6. Definición de polígrafo, prueba poligráfica. Su esencia científica. 7. La prueba poligráfica a nivel internacional. Modelo a imitar. 8. Conclusiones.

1. Introducción.

Quiero dedicar este trabajo al Dr. Guillermo López Moreira, quien lamentablemente ya no nos acompaña en presencia. Fue el primer poligrafista del país, bajo el nuevo régimen procesal, además de su notoria y notable trayectoria como Médico Forense del Instituto Técnico Forense y Médico Legista particular.

Nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, ordena que solo puedan ingresar al debate del juicio oral las pruebas que tengan valor de información de calidad, además de ser admisibles, pertinentes, conducentes, legales y admisibles.

El objeto de las presentes líneas es determinar si una prueba de polígrafo, podría ser admisible bajo el ordenamiento actual.

Se ha dicho que nuestro ordenamiento, no ha admitido tradicionalmente el Polígrafo como un medio de prueba legal y admisible. Tal afirmación es correcta pero los argumentos de los que lo han considerado inadmisibles son equivocados.

En el Código del Proceso Penal, en adelante CPP, es ampliamente admisible la prueba pericial, la cual generalmente es introducida al juicio oral por la declaración del perito que es interrogado por su informe y es contra interrogado por el adversario. El juez de Garantías en la

audiencia de control de acusación se pronuncia sobre la admisibilidad del medio probatorio elegido. Luego es incorporado al proceso y en el momento de la sentencia definitiva el Juez la valora.

El Juez del control debe asegurarse que la experiencia y *expertise* del perito es suficiente para ser considerada información de calidad para asesorar al Juez en la materia de la prueba pericial. Este es en definitiva el estandar actual en los Estados Unidos de América en la mayoría de los Estados de la Unión.¹ Las reglas mencionadas permiten la introducción de testigos expertos no solo en las áreas tradicionales como podrían ser patología forense o análisis de huellas dactilares, sino menos tradicionales como análisis de mercado o practicas bancarias.

Ahora, ¿cual seria la pertinencia, la relevancia legal de la prueba de polígrafo para la resolución de un caso penal en juicio oral? La respuesta a esta interrogante ha sido mal contestada generalmente por los detractores. La prueba poligráfica ofrece al Juez del Juicio Oral la opinión de un testigo experto en el sentido que determine si un individuo dijo la verdad en las respuestas a determinadas preguntas durante el interrogatorio por el examinador. Se intentará poner en tela de juicio la credibilidad del indagado a declarar en juicio, basada en una opinión científica que a su vez se basa en experimentación científica. Es en este sentido que la poligrafía no se diferencia de cualquier otra ciencia forense que involucre la recolección de datos por otros instrumentos como exámenes de sangre o rayos x, que requieren si o si de la declaración de un experto para ser útil.

Muchos estudios de la actualidad, han definido la certeza del polígrafo entre 70% y 95%, estos porcentajes demuestran mucha más certeza que algunos métodos actuales.²

¹ Bajo las Reglas Federales de Evidencias. El articulo 702 comprende la posibilidad de que un testigo experto en base a su conocimiento técnico, científico u otro conocimiento especial pueda asistir a un Juez Federal a entender los hechos del caso que debe resolver. Polygraph Admissibility. Changes and Challenges. Charles Honts and Mary Perry, en Law and Human Behaviour, Vol. 16, Nº 3, 1992.

El estándar del caso *Frye* que requería la aceptación general de la comunidad científica fue dejando paso a la concepción mas liberal establecidas en las Reglas de Evidencias, caso *Gipson*. Es natural en el derecho norteamericano hablar mas de fallos que luego son fuente de derecho por la regla del precedente judicial obligatorio del common law.

² Una serie de estudios publicados en las últimas décadas proporcionan evidencia fuerte apoyando la eficacia, la exactitud y cientificidad de los test poligráficos.

- Gordon et al., 2005: en un estudio publicado en la revista Physiology & Behaviour, alcanzo el 100% de exactitud de los resultados cuando los resultados inconclusivos fueron excluidos, aunque el 10% de los resultados fueron inconclusos. Este estudio de laboratorio demostró el potencial de perfecta exactitud de los resultados bajo ciertas condiciones controladas.

- Shurany & Chaves. 2010, publicado en European polygraph, indico una exactitud del 98.8 % en un sector de 5.9% de resultados inconclusos. Este estudio sugiere que aun afuera del laboratorio con condiciones controladas alto nivel de exactitud puede ser esperado.

2. La prueba poligráfica como prueba pericial.

La prueba pericial en nuestra practica penal ha tenido numerosos cambios, adaptándose totalmente al modelo acusatorio y adversarial actual.

Así hoy en día no hablamos del perito como un auxiliar de la justicia, sino que los peritos pertenecen al entorno de cada parte que lo propone y con ello no pierden la objetividad dado que se manejan con un alto nivel de apego a su especialidad, ciencia o profesión, siguen siendo imparciales. Dependerá del nivel del perito de las conclusiones de su informe el grado de convencimiento al Juez.

La prueba pericial esta regulada por los artículos 140, 141, 142, 144, 268.2 del CPP de forma genérica y los artículos 178 y siguientes de forma específica.

Así el articulo 178 CPP establece: “1 Procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

178.2 Los informes deberán emitirse con imparcialidad, atendiéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito”.

Lo anterior también debe interpretarse armónicamente con lo dispuesto por el articulo 141 CPP, que regula el objeto de la prueba en el proceso penal: *El objeto de la prueba en materia penal es:*

a) *la comprobación de los supuestos fácticos descriptos en la ley como configurativos del delito imputado;*

b) *la averiguación de la participación que haya tenido el imputado en los hechos investigados;*

c) *la concurrencia de causas de justificación;*

d) *la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes;*

e) *los elementos que permitan el mejor conocimiento de la personalidad del imputado y puedan incidir en la individualización de la pena.*

-
- Gordon et al., 2000: publicado en Polygraph, demostró que inclusive con un nivel de resultados inconclusos alto de 14.3% la exactitud aun asi era altamente destacable al 99% en un sector del estudio, acreditando la alta exactitud en condiciones variables.
 - Shurany, 2011: también publicado en European Polygraph, alcanza un 100% de exactitud de resultados con un margen de 0% de resultados inconclusos, representando un porcentaje perfecto. Todos los estudios mencionados tienen entre 98% y 100% de seguridad en sus resultados. Por ultimo mencionar en los años ochenta, Honts and Raskin, 1988, publicado en Journal of Police Science and Administration encontró un 95.8 % de exactitud en los resultados con un nivel de 7.7% de resultados inconclusos.

Entonces, a la luz de ambos artículos es preciso determinar para el Juez del Control de Acusación, dichos extremos para decidir si es admisible la prueba poligráfica.

Para APRECIAR ALGUN HECHO O CIRCUNSTANCIA RELEVANTE PARA LA CAUSA, FUEREN NECESARIOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES, DE NATURALEZA CIENTIFICA, TECNICA O EXPERIENCIA CALIFICADA.

A su vez esos hechos o circunstancias relevantes para la causa pueden ser sobre la participación del imputado en el delito investigado y los elementos que permitan el mejor conocimiento de su personalidad del imputado y puedan incidir en la individualización de la pena.

Entonces para admitir la prueba pericial sobre determinado punto, esto es la participación del imputado en los hechos investigados, y fuere necesario conocimientos especiales, de naturaleza científica, técnica o experiencia calificada seria admisible el polígrafo bajo la egida de la legalidad y de la proponibilidad.

En cuanto a la calidad ello depende si existen otros medios probatorios que puedan acreditar el hecho a probar. Y en cuanto a la calidad del perito, el examinador del polígrafo.

3. Características de la prueba poligráfica para poder ser admitida en juicio oral.

En nuestro derecho procesal penal se estableció el principio de libertad probatoria:

“...conforme al cual se puede presentar todos los medios probatorios a su alcance, con las limitaciones de aquellas pruebas vedadas por la Ley o la Constitución; o en las que se establezca legalmente el medio para acreditarlo”³.

Asimismo también el TAP 1, propugna que tal principio no es absoluto: *“vale bien recordar con Duce que el principio de libertad probatoria no es absoluto, y por ende no significa que se haga prueba de cualquier modo ya que hay que respetar las regulaciones procesales de los medios de prueba, ni a cualquier precio, pues el orden jurídico impone limitaciones derivadas de la dignidad humana y otros intereses, razón por la cual no permite que cualquier cosa sirva para probar un hecho. Esto es lo que explica que tanto las legislaciones procesales como la doctrina*

³ TAP 3. Sentencia 455/2020, citada por Jorge Vaz, en Jurisprudencia Sistematizada del Nuevo Proceso Penal, año 2020.

*enfaticen que para que los hechos relevantes puedan ser probados, se requieren de medios de prueba que sean producidos e incorporados en conformidad con la ley”.*⁴

En Colombia donde también se ha establecido el principio de libertad probatoria han dicho los doctores: *“Adicionalmente, y como un argumento de refuerzo, el polígrafo se encuentra respaldado y tiene como asidero jurídico el principio general de libertad probatoria, establecido en las leyes procesales penales, disciplinarias y, muy especialmente, en el Código General del Proceso, las cuales le permiten al sujeto procesal, o parte, probar los hechos de cualquier forma que no conculque derechos y garantías, tomando en consideración, además, la necesidad de acudir a nuevos métodos y medios de prueba para hacer más eficaz una investigación.*

*Si bien es cierto que el principio de libertad probatoria tiene como límite los derechos fundamentales que resulten afectados, en especial el de la dignidad humana, tal premisa no es aplicable al asunto debatido, puesto que la dignidad humana queda indemne en la medida en que la práctica del polígrafo debe ser necesariamente consecuencia de una decisión libre, voluntaria e informada de quien se va a someter al examen, como requisito ineludible de legalidad del mismo”.*⁵

Respecto de la prueba pericial el TAP 3 ha dicho: *“Si el perito es propuesto como tal, la parte buscara que aporte conocimiento experto, ajeno al conocimiento del juzgador y necesario para la correcta apreciación del caso. El modelo acusatorio abandono la concepción del perito como auxiliar del Tribunal, dando paso a los peritos de confianza de las partes. La decisión de presentarlo estará asociada al hecho que lo que el perito esta dispuesto a afirmar en el juicio, producto de su mejor ciencia o disciplina, es consistente con la teoría del caso o versión de quien lo presenta. DUCE”.*⁶

Sobre la idoneidad del perito, ha dicho la SCJ: *“Tal como pone de relieve DUCE ya se ha señalado que un elemento básico para que exista una prueba pericial es que la persona a quien se le encarga la pericia sea idónea, es decir, tenga las calificaciones profesionales o de experiencia*

⁴ Misma op. Cit. 3.

⁵ Carlos Arturo Gomez Pavajeau y Francisco Javier Farjan Molina. El Polígrafo y su Utilización como acto de investigación en el derecho sancionatorio. *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 35, n.º 98, enero-junio de 2014, Bogotá, Universidad. Externado de Colombia, 2014, pp. 131-179.

⁶ TAP 3. Sentencia 368/2020.

*que le habiliten para dar una opinión u obtener una conclusión relevante en la materia que se solicita. Se trata de dar un aspecto tan relevante que el control de admisibilidad debería involucrar un primer nivel de análisis en el punto y permitir verificar si el experto que se pretende introducir es efectivamente un experto. En consecuencia, un trabajo importante del litigante en la etapa de preparación del juicio oral será precisamente demostrar que se esta presentando a juicio a un experto que lo es”*⁷

Finalmente sobre la valoración de la prueba pericial: *“Como lo señalara la Sala 232/2013, en realidad cuando se afirma que el Juez debe realizar una valoración autónoma acerca de la fiabilidad de la prueba científica no se pretende que deba transformarse en un científico lo que evidentemente seria imposible y mucho menos que repita los análisis y experimentos que conforman la propia prueba científica. Lo que se exige, en cambio, es que el juez sea capaz de valorar si esta en el ámbito de una forma de investigación dotada de dignidad y validez científica, y si los métodos de investigación y control típicos de esa ciencia han sido correctamente aplicados en el caso particular que se debe juzgar. Si ese control tiene resultado positivo el juez puede fundamentar con buenas razones por las que ha considerado que es científica valida y fiable. TARUFFO”.*⁸

4. Admisibilidad de la prueba poligráfica según las normas probatorias del CPP. Diferencias de la admisibilidad con la valoración de la misma.

Que un medio de prueba sea admisible, significa según el artículo 140.2 CPP que debe reunir condiciones de validez intrínseca para ser admitido en el proceso penal.

Pues bien, el control sobre la admisibilidad del medio probatorio debe hacerse en el control de acusación, en audiencia y mediante un debate oral argumentativo. En caso de prueba poligráfica, el informe del resultado de la pericia así como los antecedentes del perito examinador deben haberse puesto en conocimiento de la Fiscalía previamente y obviamente estamos hablando de un examen realizado al indagado y con su pleno consentimiento.

⁷ SCJ, sentencia 281/2020, op. Cit. 3.

⁸ TAP 1, sentencia 828/2020.

Debe ser pertinente, es decir relacionado con los hechos que se pretenden demostrar, que son la participación del indagado en el delito investigado y las características del mismo que permitan conocer su personalidad, lo cual podría influir en la pena a aplicarse.

Entonces bajo este primer análisis es pertinente.

Según la Dra. Selva Klett,⁹ *“la pertinencia de la prueba refiere a la vinculación entre los medios de prueba y los hechos que constituyen el objeto de la prueba. Sería entonces prueba impertinente, aquella que no versa sobre proposiciones o hechos que son objeto de demostración en el proceso”*.

También cita a Leticia Lorenzo el TAP 1: *“La discusión sobre la pertinencia de la prueba es delicada, ya que los grises que se encontraran en las decisiones serán mayores. En tanto podría pensarse en una regla no escrita que diga que ante la duda en la legalidad de la obtención de la prueba esta debe excluirse por el riesgo de vulneración a los derechos del acusado, en términos de pertinencia la situación se invierte. Si existe solo una duda sobre la pertinencia o no de una prueba es preferible que la misma sea admitida y que sean los jueces del juicio quienes realicen la correspondiente valoración. Y es que los jueces que dirijan las audiencias de control de la acusación deben ser muy cuidadoso en términos de convertir a las mismas en juicios anticipados e introducirse en la valoración de los casos”*. *“Por ello, decidiendo caso a caso, deberán recordar siempre que en términos de pertinencia, será impertinente aquella prueba que no permita ningún tipo de avance de la teoría del caso sostenida por la parte que la propone; pero deberán considerar también que es preferible tener en este ámbito de discusión una tolerancia mayor con la prueba autorizada a juicio”*.¹⁰

Respecto de la conducencia, si el polígrafo sería un medio de prueba conducente. Según la Dra. Klett, la misma implica una relación de idoneidad, aptitud o utilidad entre el hecho a probar y el medio que propone a tal efecto. Entonces, refiriéndonos a la prueba pericial al respecto, la declaración del perito polígrafo, sobre los resultados de la prueba. Son perfectamente conducentes, dado que se refieren nada menos que a la participación del indagado en los hechos. Ha sido interrogado sobre el particular y los signos vitales al momento de la contestación son perfectamente conducentes a efectos de probarla. Eso si, el Juez del Juicio Oral deberá complementarlo con los

⁹ Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal. Vol. 1, FCU.

¹⁰ Sentencia 759/2020. TAP 1.

demás elementos de prueba incorporados a tal efecto. Nadie esta reclamando que sea el único medio de prueba y que su valoración lleve completamente hacia la absolución, pero el control en la audiencia de control de acusación, sin duda es un elemento conducente y que debe ser incorporado o al menos los argumentos para su rechazo son de una debilidad importante, lo cual hace que pese mas el derecho de defensa y del debido proceso del indagado a favor de la admisión del medio de prueba.

Respecto de la conducencia, también se ha dicho en Colombia: *“Bien dicen los mejores tratadistas: el problema de la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba no radica en el ofrecimiento que se haga sobre la garantía de la verdad, puesto que si así fuera el primer medio que habría que rechazar, por lo deleznable, sería el testimonio; lo decisivo, entonces, en materia de utilización de determinadas técnicas de indagación, no radica en la “falta de certeza sobre la atendibilidad de sus resultados”, sino en la prudencia y control en su valoración, como también en el respeto por los derechos inalienables de las personas, lo cual abre caminos para la admisión de las pruebas bajo un esquema de numerus apertus”*. Lo cual será un tema de valoración y no de admisión.

Además tambien estaría en juego en caso de insistir sobre la inconducencia: *“No es, como lo sugiere la jurisprudencia, que la prueba solo verse sobre los hechos, pues el derecho de defensa quedaría seriamente limitado si tratáramos de circunscribir el tema probatorio a los mismos y no se extendiera a las posibilidades de acreditar otros hechos indirectos que influyen en la apreciación de las pruebas en sí, como en el caso del polígrafo aquí propuesto, toda vez que “la intervención de las técnicas modernas, sea en la formación de las pruebas o en el control de su veracidad”, es asunto relevante, puesto que, como se desprende de la recomendación de Denti, en “el amplio concepto de relevancia de la prueba se incluye también un control de verosimilitud”*.¹¹

Respecto de la innecesaridad, dado que innecesaria es aquella prueba que ha pasado todos los filtros de admisibilidad, pero que se torna en inútil ya que el cumulo probatorio es suficiente para acreditar el hecho que se pretende probar, claramente esto no seria la hipótesis, o mas bien dependería de cada caso concreto. Debemos recordar el principio de libertad probatoria: *“La cabal comprensión del principio justifica el criterio judicial que debe mediar al examinar la admisibilidad de los medios de prueba. La calificación que se efectua debe ser respetuosa del*

¹¹ Idem nota N° 5.

*principio en examen. El rechazo liminar debe ser estricto, porque puede afectar a la defensa en juicio y se corre el riesgo de prejuzgamiento. Por ende en caso de duda y en estricta aplicación del principio de libertad de la prueba, corresponde admitir el medio probatorio y en todo caso volver a examinar el tema al momento de dictar sentencia definitiva”.*¹²

Claramente tampoco se trata, a pesar de las críticas en las cuales nos sumergiremos en el próximo capítulo, no es el polígrafo un medio de prueba prohibido, no existe norma que lo prohíba a texto expreso y mientras exista consentimiento del examinado, no puede decirse que atenta contra las normas o nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco puede hablarse de ilicitud del medio probatorio, dado que sería producido, se reitera, en un marco de total libertad.

Tampoco es inadmisibile expresamente, no existe norma jurídica particular en nuestro derecho que la prohíba.

5. Rebate de la denegación jurisprudencial de la prueba poligráfica.

A pesar de una búsqueda intensa, son pocas las decisiones judiciales que se han referido al polígrafo. Únicamente dos respecto de su admisibilidad en control y el resto si sobre su valoración por sentencias definitivas en el régimen procesal anterior. No podemos hablar claramente de una tendencia jurisprudencial sino prevalencia de determinados fallos, por el escaso ofrecimiento de dicho medio de prueba.

En este capítulo se intentara rebatir con argumentaciones coherentes, jurídicas y lógicas los rechazos a la admisibilidad del medio probatorio en cuestión.

El Juzgado Letrado de Rosario con competencia penal, rechazó la prueba poligráfica en el control de acusación. Así por Sentencia interlocutoria N° 779/2022 se consignó : *“No se admite la prueba ofrecida por la Defensa consistente en el exámen poligráfico efectuado al imputado por entender que dicho medio probatorio resulta inconducente por inidóneo en tanto versa sobre una valoración de las afirmaciones del imputado tarea que es de resorte exclusivo del Juez de Juicio...”*. Consideramos que esta resolución es equivocada. Primero es demasiado severa con la defensa, no permitiéndole el derecho a la prueba. Véase que ante la duda debe agregarse el medio propuesto, en aplicación del principio de libertad de la prueba. Sin duda que se trataba de un medio

¹² Citado por Selva Klet. Reglas Generales de la Prueba. Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal. Tomo I.

probatorio de calidad en tanto fue efectuado por perito idóneo, especializado. Le quita al juez del juicio oral un elemento de amplia calidad, prejuzgando y adelantando opinión, siendo absurda la afirmación de que corresponde al resorte del juez pero luego le quita la posibilidad suprimiendo la prueba.

Por otra parte decir que sustituye al Juez en cuanto a la valoración de las afirmaciones del imputado también es un argumento que tiene su contra, así se ha dicho en doctrina en crítica a un fallo de la Suprema Corte de Colombia que: *“Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en reiterada y homogénea línea jurisprudencial que será explicada más adelante, que el polígrafo constituye un procedimiento contrario a la dignidad de la persona humana, por cuanto la instrumentaliza cuando se somete al “detector de mentiras”, despojando al juez de su facultad de valorar las pruebas, y concretamente el testimonio o la versión del investigado, con apoyo en los principios de la sana crítica, entregando la determinación de los criterios de credibilidad del testimonio al analista del polígrafo, en desmedro de la función judicial. Y ello es así, conforme a la referida jurisprudencia, porque el polígrafo no tiene como finalidad la demostración de un hecho procesal sino 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”*¹³

El TAP 4, en 2022, considero que no es ilegal y lo considera que es un medio probatorio que se incluiría dentro de la prueba pericial, pero niega su admisión, considerando que el mismo atenta contra el derecho de defensa del indagado, anula su libre arbitrio, que también atenta contra el sistema de justicia. Sinceramente no se entiende de donde el Tribunal saca estos argumentos, dado que el indagado se sometió libremente a la prueba y si no le hubiera dado resultado favorable no la hubiera presentado, ni siquiera. Básicamente como vemos en muchos de los fallos que analizaremos se cometen numerosas peticiones de principios, mediante las cuales se busca un impacto con una frase contundente para luego no fundamentarla dando argumentación válida o convincente, o simplemente argumentos abstractos sacados de lugares comunes sin fundamento alguno: *“c) Respecto a los agravios deducidos por la Defensa en lo atinente a la no admisión del examen poligráfico, carecen de eficacia y eficiencia para conmovier lo decidido.*

¹³ Carlos Arturo Gomez Pavajeau y Francisco Javier Farjan Molina. El Poligrafo y su Utilizacion como acto de investigación en el derecho sancionatorio. *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 35, n.º 98, enero-junio de 2014, Bogotá, Universidad. Externado de Colombia, 2014, pp. 131-179

Se trata indubitablemente de un medio probatorio que ingresa en la categoría de prueba pericial y que no esta expresamente prohibido en la Constitución de la República o en las leyes que lo rigen.

También es cierto que el medio es de amplio uso en otros sistemas como el de Estados Unidos, de donde por lo demás “importamos” el ordenamiento procesal que nos rige, por lo menos su matriz.

Corresponde consignar que el funcionamiento del polígrafo se basa en el registro de las variaciones en la presión arterial, en el ritmo respiratorio y en la resistencia eléctrica de la piel o reflejo psico-galvánico en el individuo en estado de emotividad provocada.

Ahora bien, el rechazo del medio encuentra su razón de ser en que implica una verdadera vulneración del derecho de defensa y de respeto a la libertad individual que se produce con su empleo pues está dirigido a perturbar y menoscabar, cuando no anular el libre arbitrio de la persona que es sometida al mismo.

En el caso se trata de un ofertorio probatorio realizado por la Defensa y por ello ésta aboga por su admisibilidad. Sin embargo, cabe preguntarse si su posición sería la misma si la propuesta partiera del Ministerio Público.

Más aún, si en ese supuesto el imputado se negara a que se le aplicara y entonces se pretendiera que es una presunción en su contra.

Con el empleo del polígrafo no solo se afecta la personalidad y la libertad de la persona, sino también los propios intereses del Sistema de Justicia, obtener la posible aplicación de la ley a través de medios que atentan contra la dignidad humana, tanto desde la óptica del individuo como del interés público.

En otras palabras, puede decirse que el empleo del polígrafo puede llegar a anular la libertad del sujeto en el interrogatorio, quien tiene derecho a conservar la plena disponibilidad de su posibilidad de razonar durante el desarrollo del mismo.

Por lo demás, corresponde destacar que el método es falible, carece de certeza por lo que su aporte en todo caso es muy limitado. En efecto, cualquier estímulo externo, cualquier

*interferencia, variación en el tono de la voz, en la formulación de las preguntas podría alterar el resultado”.*¹⁴

Como critica también a los fundamentos han rebatido los colombianos, en argumentos que son plenamente aplicables a nuestro derecho: *“tal punto de vista jurisprudencial debería ser reconsiderado, toda vez que el mismo se percibe distante y alejado no sólo de los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos que vinculan la actuación de los poderes públicos, sino de los principios generales de derecho probatorio en materia procesal penal e incluso del ordenamiento jurídico en general, que ya le reconoce en algunos eventos específicos la categoría de prueba a los resultados del polígrafo, como ocurre en el caso de las pruebas de confiabilidad a que se refiere la Ley de Inteligencia y Contrainteligencia (arts. 38 de la Ley 1621 de 2013 y 20 del Decreto 857 de 2014). Y en efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que hace parte de los estándares convencionales que integran el bloque de constitucionalidad, establece en su artículo 7.º que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos” (cursiva fuera de texto), de lo cual se deriva como norma que el consentimiento libre, consciente e informado del testigo o versionado para someterse al polígrafo, a efecto de acreditar la conformidad de su dicho con la realidad, y en algunos casos demostrar su inocencia, no puede ser limitado por vía jurisprudencial, dado que tal experimento científico se encuentra avalado de manera general con apoyo en la disposición del citado estándar, razón por la cual la referida jurisprudencia de la Corte no está en sincronía con el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos”.*¹⁵

El TAP 3 en 2022, deniega la admisión del medio de prueba polígrafo, pero por ser revictimizante para la víctima, en tanto se proponía para la víctima, por eso vemos la dinámica propia del juicio oral y de la diversidad de la casuística, como dificulta para poder sacar conclusiones generales. ¹⁶ Aquí coincidimos con el Tribunal, dado que la hipótesis de aplicación no sería la utilizada para este trabajo doctrinario en la cual solo se trata de la prueba efectuada por el indagado con total consentimiento.

¹⁴ Sent. 640/2022. TAP 4º T. bjn.poderjudicial.gub.uy.

¹⁵ Idem, cita Nº 11.

¹⁶ Sent. 543/2022. TAP 3º T. bjn.poderjudicial.gub.uy.

El TAP 2, en 2019, ya en la etapa de valoración del medio probatorio y en el régimen procesal anterior, se dedica a una crítica: *“Ya hemos fijado posición en la causa de GG acerca de este polémico medio de prueba. Y decimos polémico ya que, como se sabe, no es pacífica ni en doctrina ni en jurisprudencia su admisibilidad como tal (que sin dudas lo es en caso que el ciudadano no preste su consentimiento) aunque sí existe consenso en su falta de confiabilidad.*

Así cuenta Claus Roxin (*La protección de la persona en el Derecho Procesal alemán* página 115) expresa que el conocido detector de mentiras **está prohibido en el Derecho Procesal alemán** (BGH St 5, 332) ya que por medio de este aparato se muestra el funcionamiento inconsciente del cuerpo, como la respiración o la presión arterial, de donde se deducen ciertas conclusiones con relevancia probatoria.

Pero y aquí la distinción: si el imputado solicita – como en el caso de autos- libremente ser sometido al detector de mentiras no existe un ataque al principio *nemo tenetur...*; no obstante el Tribunal Supremo Federal alemán considera al detector de mentiras como un medio de prueba totalmente inadecuado por los muchos errores que se derivan de su uso.

La mayor parte de los cuestionamientos al detector de mentiras provienen de **su falta de fiabilidad**. Para Dohring será necesario comprobar con exactitud **si el personal que atiende el aparato posee los conocimientos especializados** (y además no está involucrado como propietario, Defensor, allegado o tiene un interés en la causa) y la suficiente experiencia. El resultado podría ser falseado por fallas técnicas o por un manejo inadecuado. También el imputado podría turbar el resultado (32[30] SOTELLO Luis F. *La Investigación del crimen*. México. Editorial Imusa. 1984. p.112-113.33[31] 34[32]

ASENCIO MELLADO José María. .. Op cit. P. 131. Así como puede ser fraguado por el propio interrogado mediante triquiñuelas (tensión voluntaria de los músculos, respiración intencionalmente irregular, etc). 35[33]

La poca fiabilidad de los resultados del detector de mentiras, ha sido ya puesta en escena por expertos estadounidenses y mexicanos. Expertos de la Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos, en un estudio pedido por el departamento de Energía de ese país, que es la oficina que tiene a su cargo el arsenal nuclear, concluyeron que en tanto el polígrafo mide la respiración, el latido del corazón y otros factores que cambian cuando la persona está bajo estrés, se supone

que la reacción física traicionaría a quien miente, pero se ha demostrado que la gente puede aprender a controlar estas reacciones.

En los casos en los que se usa un detector de mentiras en torno a una investigación criminal, donde se interroga a un individuo sobre hechos específicos, el detector de mentiras indica quien está mintiendo "a una tasa mucho mayor que una probabilidad aleatoria", aunque aun muy corta para la perfección. Por ejemplo, si entre 10 mil entrevistados hay diez espías verdaderos, calibrar la prueba para detectar ocho de diez generaría 1606 acusaciones falsas, o sea la sospecha recaería sobre uno de cada seis entrevistados.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México señaló que el uso del polígrafo o detector de mentiras refleja sólo el estado de ansiedad generada por una persona que es señalada como responsable injustamente de un delito, lo que constituye una falta de respeto a la dignidad de las personas, a la confidencialidad y a la vida privada. En experimentos auspiciados por Facultad de Psicología de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) se demostró que cualquier persona puede modificar su actividad emocional, es decir la actividad del sistema nervioso autónomo con sólo cinco minutos de asesoría profesional, en los que se le enseñe a relajarse mediante respiraciones profundas. De ahí que las respuestas ante la prueba del polígrafo pueden modificarse sustancialmente, casi a voluntad del analizado. El estudio Mitos y Realidades del Polígrafo (marcadores fisiológicos de la actividad emocional) realizado por el Doctor Benjamín Domínguez

Trejo investigador de la UNAM y asesor de la Comisión demuestra que las respuestas de cada sujeto pueden ser modificadas a voluntad. DOHRING Erich. La Prueba. Su práctica y apreciación. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa- América. 1972. p. 211.

Se ha popularizado tanto el uso del detector de mentiras, que aparatos de ese tipo se venden a tan solo \$79.95 en la Internet, para utilizarlos como detectores de la infidelidad conyugal, mediante la medición del tono de la voz del interrogado.

38[36] De allí que la prueba pierde fiabilidad.

De manera que el Tribunal estima, a diferencia de la solvente sentencia de primer grado, que no se trata de un indicio a favor del imputado sino de una consecuencia manipulable, de un

resultado que, en todo caso, impactaría contra el resto de la masa probatoria, al decir de Wigmore y por ende absolutamente descartable para el caso.

En función de ello, además que debió solicitarse en el plazo procesal previsto para la Segunda Instancia, el Tribunal no estima conducente recibir el in informe in voce ofrecido por la Defensa”.¹⁷

Y así, básicamente las sentencias 370/2008, TAP 3: 94/2010, han valorado ineficazmente el medio probatorio con basamento en su escasa fiabilidad, que vulnera el libre albedrío del indagado TAP 4: 595/2021. Otro la declara ilegal sin dar fundamentos TAP 2: 419/2005. Se ha rechazado también por falta de imparcialidad, falta de control de las partes, poca fiabilidad del resultado ya sea por el equipo utilizado o el técnico examinador TAP 1 36/2007, TAP 2 440/2009, comparándola con la pericia semiológica TAP 4 7-2023.

Las críticas del Tribunal en dicho momento no serían aplicables o aceptables hoy. Primero porque hablan de prohibición en Alemania, cuando aquí no está prohibida. El resto de las críticas refiere a la poca confiabilidad de sus resultados, aspectos sobre los cuales ya se argumentó, con el estado actual de los instrumentos que cumplen la certificación de calidad, los conocimientos adecuados de acuerdo a la idoneidad del perito a designar, la poligrafía es una ciencia independiente, con resultados de alta certeza, con principios y métodos propios y a los cambios en la normativa probatoria penal desnaturalizan y destruyen esos argumentos por completo. Demas esta decir que los argumentos del Tribunal más bien hacen a la valoración del medio de prueba que a la admisión del mismo, recordemos que en el anterior régimen procesal no contenía las mismas reglas de admisibilidad de la prueba y el artículo 173 era simplemente enunciativo de los medios de prueba, solo hablando de los medios de prueba prohibidos.

Si el sometimiento a la prueba técnica es consciente, voluntario e informado, no puede hablarse del quebrantamiento de la dignidad humana como fundamento del orden jurídico, y mucho menos puede encontrarse allí una instrumentalización del ser humano, pues no se entiende cómo durante el proceso penal sea posible renunciar a la prueba, allanarse a cargos, etc., como expresión de la legítima voluntad personal de participar en las decisiones que afectan a los ciudadanos como

¹⁷ Sent. 264/2011. TAP 2º T. bjn.poderjudicial.gub.uy.

derecho constitucional fundamental, y no resulte jurídicamente viable acudir al polígrafo como prueba de inocencia.

La petición del examen del polígrafo es decisión consciente, voluntaria e informada, y al ser un juicio fundado en la plenitud de su autonomía ética, no puede considerarse que exista violación alguna a sus derechos fundamentales.

6. Definición de polígrafo, prueba poligráfica. Su esencia científica.

La poligrafía es una ciencia, este trabajo propone como posición fundamental tal afirmación. Pues la misma, al cumplir con los fundamentos supremos de la ciencia, se valida como conocimiento científico.

El objeto material de la poligrafía, según el modelo de validación epistemológico de la ciencia es la materia donde se focaliza su estudio y conocimientos especializados, son sobre las “reacciones psicofisiológicas” producidas por tensión emocional focalizada”; principalmente las correspondientes a las actividades torácico pulmonar, electrodérmica y cardiaca; las cuales, por su practicidad operativa han sido empleadas para la detección de la mentira.

El estudio formal de la poligrafía reside en el análisis grafomorfológico y bioestadístico de ciertas reacciones psicofisiológicas del hombre relacionadas con la mentira o tensión emocional focalizada.

En este sentido, la labor técnico-científica de la poligrafía en su conjunto, tiene dos finalidades de ser; se divide en inmediata o próxima y mediata o ultima.

Esta finalidad es la esencia básica de ser de la poligrafía, la cual viene a cubrir una necesidad social de antaño, que consiste en “detectar la falta de veracidad” de alguna persona ante una interrogante; en otras palabras, detectar la mentira mediante técnicas psicofisiológicas en persona.

En este sentido, la poligrafía es concebida como un mecanismo público o privado para fortalecer la confiabilidad en las personas e instituciones, para evitar que reincidan en la comisión de cierta conducta antisocial, o que ingresen personas que potencialmente pongan en riesgo la seguridad e imagen institucional.

Por lo tanto, cada ciencia o disciplina posee sus propios primeros principios, los cuales, forman parte del fundamento o sustento principal de donde se erigen sus hipótesis, teorías y cualquier otra proposición científica que puedan concluir en sus investigaciones.

Como referencia ejemplar a lo antes expuesto, tenemos a las llamadas “pruebas forenses”, dentro de las cuales se incluye a la técnica poligráfica, donde la acción experimental es de tipo “verificadora”; pues se busca comprobar o rechazar la existencia hipotética de falta de veracidad en un persona mediante indicadores fisiológicos, lo cual está fundamentado en Leyes y teorías ya fundamentadas. Sin embargo, no todos procedimientos probatorios puede considerarse un experimento “puro”, verdadero o científico, debido a que la Metodología plantea ciertas cualidades o requisitos para que se le pueda adjudicar esta categoría.

El polígrafo es una de las técnicas de la Evaluación forense de la credibilidad que cuenta con mayor trayectoria empírica e investigativa, aunque autores como Masip y Alonso (2006) indican que no es tan amplia y rigurosa. Sin embargo, se considera como técnica admisible judicialmente en algunos de los estados de Estados Unidos (Raskin, 1994), en los que predomina su utilización en procesos de inteligencia y contrainteligencia de organismos de seguridad estatal, como el FBI, la DEA, la CIA, entre otros. En la actualidad no está permitido aplicarlo a personas civiles; no obstante, en algunas instancias, como la Corte Suprema de Nuevo México, por lo general se admiten los resultados del test poligráfico (Honts & Schweinle, 2009). El empleo de esta técnica se ha extendido a varios países latinoamericanos, en ámbitos militares, laborales y de seguridad, entre otros. No obstante, la Asociación Latinoamericana de Poligrafía (ALP) y la Asociación Colombiana de Poligrafistas están propendiendo porque su uso se formalice como prueba judicial. La detección psicofisiológica, o test de engaño, también conocido como test de detección de mentiras, es un test psicológico que tiene una importante aplicación en el mundo real. Efectivamente, en Estados Unidos y Canadá todas las instituciones o fuerzas de la ley contratan poligrafistas para realizar exámenes investigativos a sospechosos de delitos (Honts, 1994, citado por Devitt, Honts y Vondergeest, 1997). La psicofisiología forense, en la que se inscribe el polígrafo, lícitamente la utiliza la psicología forense, como una de las técnicas de experticia de evaluación psicológica experta, aunque no todos los poligrafistas son psicólogos, ni todos los psicólogos forenses son poligrafistas. La psicología forense es un área de experticia usada como auxiliar de la justicia, para aportar medios de conocimiento orientadores, no necesariamente

vinculantes. Es una subárea de especialización de la psicología jurídica, que comprende la realización de evaluaciones psicológicas, realizadas por so licitud de autoridades competentes (administrativas, policivas, judiciales, entre otras), para aportar información especializada, específica y veraz a través de un dictamen, que se puede convertir en un medio probatorio para orientar la toma de decisiones judiciales.

Al aceptar la poligrafía como ciencia, sin duda dentro de los aspectos noveles del conocimiento, cuya base científica sin lugar a dudas satisface los siguientes criterios: Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada, recordar al comienzo del trabajo sobre las numerosas comprobaciones de sus resultados y sus altos niveles de exactitud, Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la critica de la comunidad científica, que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial y por ultimo que goce de aceptabilidad en la comunidad científica.

“Al respecto debe indicarse que esta técnica cuenta con un gran respaldo técnico científico, puesto que existe una Asociación Americana del Polígrafo (apa), la cual confirma la validez y confiabilidad del referido método (Capps, [2002]. Estudios y conceptos sobre los detectores de mentiras. El poligrafista Internacional)41. Frente a la confiabilidad de la técnica científica utilizada, sea lo primero indicar que evidentemente se trata de una prueba en cuyo contexto la clave es la opinión del experto que utiliza el aparato y que ha de comparecer al juicio si es llamado, para explicar y aclarar las conclusiones que haya podido obtener.

También se ha dicho que, si bien no es cien por ciento confiable ningún instrumento lo es ni puede superar completamente los errores humanos. Sin embargo, según Kiry Raskin (1988), con la existencia del polígrafo computarizado se ha podido cher lograr un mayor nivel de confiabilidad, puesto que la computadora obtiene resultados más consistentes y minuciosos, lo cual resulta ser como un segundo examinador que observa las gráficas y las interpreta.

Si bien es imperativo admitir la naturaleza polémica del polígrafo42, no lo es menos aceptar las discusiones acerca de medios probatorios como el testimonio, la confesión, el indicio, etc.; incluso algunos expertos en la materia afirman que solo las pruebas del superan en confiabilidad los resultados del polígrafo.

Como ya se indicó, hoy la aplicación válida del polígrafo es reconocida en sesenta y ocho países, entre los cuales dieciséis se encuentran en América Latina⁴⁴. Dentro de los países más desarrollados que lo aplican se destacan Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Holanda, Rusia, Bélgica, Israel, Japón y Austria, en los cuales el “nivel de confiabilidad oscila entre el 80 y el 95%, estando ligada a la técnica de interrogatorio empleada”¹⁸

7. La prueba poligráfica a nivel internacional. Modelo a imitar.

La prueba poligráfica ha sido objeto de regulación legal en otros países. Simplemente mencionaremos algunos casos curiosos.

Por ejemplo en Brasil, hubo dos proyectos de ley a efectos de regular expresamente su inclusión dentro de los medios de prueba establecidos en el proceso penal. En primer lugar el proyecto de ley de Manoel Junior del 21 de mayo de 2015, cuyo artículo 1º reza: “Esta ley autoriza la prueba de polígrafo como prueba en el proceso penal, cuando ello fuera requerido por propio reo”. Artículo 2º: “*El artículo 159 del Decreto Ley 3689, del 3 de octubre de 1941, pasa a incorporar la siguiente redacción: Art. 159. El examen de cuerpo del delito y otras pericias, inclusive el examen poligráfico, serán realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior*”.

Por otra parte el proyecto de ley del legislador brasileño Delegado Waldir, de 20 de marzo de 2019: “*Altera el Decreto Ley Nº 1638 del 3 de octubre de 1941, Código del Proceso Penal, para incluir el polígrafo entre los medios de prueba. Art. 1º Esta Ley altera el Decreto Ley 3689 del 3 de octubre de 1941 Código del Proceso Penal para incluir el polígrafo entre los medios de prueba. Art. 2º: “El artículo 159 del decreto Ley 3689 del 3 de octubre de 1941, para que la redacción del numeral 8º, sea la siguiente: “Excepcionalmente el juez, por decisión fundamentada, de oficio o a requerimiento de las partes podrá determinar el uso del polígrafo, realizado por perito oficial al momento de los testimonios”. 9º “El reo solamente será sometido a la prueba poligráfica cuando personalmente lo requiera o su defensa”*”.¹⁹

En Colombia: “*En Colombia la normatividad lo admite en el ámbito laboral para efectos de la selección de personal, e incluso como método de investigación de injustos al interior de las*

¹⁸ Idem cita Nº 5.

¹⁹ Beneyto, Juan Tomas. O Poligrafo na justica do Brasil. 23/3/2020. Jusbrasil.com.br.

*organizaciones empresariales, sin que pueda ser utilizada la negativa a someterse al mismo, o el resultado adverso tras su práctica, como motivo válido o justa causa para despedir al empleado, salvo en el evento de pruebas de confiabilidad y seguridad practicadas a los servidores públicos que laboran en organismos de inteligencia estatal, pues, en tal caso, la Ley Estatutaria 1621 de 2013 permite incluso la desvinculación de los empleados que no superen tales pruebas de polígrafo”.*²⁰

En Argentina, la resolución N° 402/2024, del Ministerio de Seguridad, ha creado la Unidad de Pruebas de Polígrafo a efectos de realizar con carácter opcional pruebas poligráficas al personal de Fuerzas Policiales y de Seguridad Federal que deseen integrar determinados grupos o equipos. La propia resolución en sus considerandos reza: *“Que la detección psicofisiológica del engaño (también denominada “prueba de polígrafo”) reúne las características pertinentes para ello, ya que es una de las técnicas de evaluación forense de credibilidad que cuenta con trayectoria empírica e investigativa verificable.*

Que, en consecuencia, se prevé la implementación de las pruebas poligráficas, de carácter optativo, que serán realizadas a los integrantes de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales que dependan del MINISTERIO DE SEGURIDAD y que acepten integrar determinados grupos, equipos y funciones.

Que, en la actualidad el polígrafo es utilizado por agencias de inteligencia, de seguridad y policiales, y sectores privados en más de noventa países como, por ejemplo, la Dirección de Investigación y Evaluación de la Carrera Policial de la REPÚBLICA DE HONDURAS, la Policía Nacional de la REPÚBLICA DEL ECUADOR y la admisión a carrera en policías de los ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

*Que, validados por los Departamentos de Justicia y Defensa de los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA con la certificación de la American Polygraph Association, los polígrafos computarizados son usados actualmente por agencias gubernamentales como el U.S. Secret Service, F.B.I., C.I.A., D.E.A., Policías Locales, Fiscalías, entre otros, así como por gabinetes privados de investigación”.*²¹

²⁰ Idem cita N° 5.

²¹ <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-402-2024-399634/texto>

8. Conclusión

Luego de la línea argumental que hemos seguido, no cabe ninguna duda sobre la admisibilidad de la prueba poligráfica, es admisible en el juicio oral y más a aun, aunque no es el objeto del presente trabajo, debe ser valorada dentro del conjunto de pruebas que el Juez debe tener en cuenta para resolver la cuestión.

Es admisible generalmente y particularmente, es conducente, pertinente, necesaria, lícita, no redundante. Que no se trata de sustituir la potestad de valoración del juez. Que es necesariamente de aplicación la concepción norteamericana de la experiencia del perito.

Que no atenta contra la libertad, ni contra nuestro sistema procesal penal, dado que el consentimiento está en la base del mismo.

Y lo anterior porque los argumentos que contra ellos se han dicho, no tienen andamio hoy en día bajo el nuevo régimen procesal, además de que constituyen argumentos fácilmente rebatibles bajo la lógica y el derecho actuales.

Se trata de una verdadera ciencia, con sus principios, métodos y reglas, sus resultados son totalmente certeros, con un alto porcentaje de certeza. Existen peritos perfectamente calificados que además tienen un equipamiento de alta tecnología.

Su regulación legal y aceptación en el extranjero marcan la pauta del camino a seguir.