TEMA: **PERMISO PARA DESPEDIR** - La potestad que tiene el empleador de fijar faltas que son consideradas graves para terminar el contrato de trabajo, no significa que al juez le queda vedado valorar si la falta se basa en que al trabajador se le hayan impuesto exigencias laborales abusivas, manifiestamente absurdas, irrazonables, desproporcionadas, o que escapen al querer o control del trabajador, o se consagren conductas irrisorios o fútiles. /

HECHOS: La parte accionante pretende con la demanda, se le conceda permiso para despedir al demandado del cargo de escolta que ocupa con garantía de fuero sindical. En primera instancia se despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si es o no procedente el permiso para despedir al demandado.

TESIS: (…) El Art. 1º del Decreto 204 de 1957, establece que el fuero sindical es la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados de sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un Municipio distinto, sin justa causa, precisamente calificada por el Juez de trabajo, lo cual constituye un privilegio o posición especial para el aforado de permanencia y continuidad en las condiciones establecidas en la relación laboral, hasta tanto un juez determine que ha incurrido en justa causa para poder ser despedido, trasladado o desmejorado. (…) Revisado el artículo 73 del Reglamento Interno De Trabajo, que enlista los hechos que constituyen faltas gravísimas y que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, ninguno hace referencia a la negativa a practicarse la prueba de polígrafo, y si bien el numeral 26 del enunciado artículo establece que es falta gravísima que puede dar lugar a la terminación del contrato de trabajo: "Incumplir con cualquier otra obligación o prohibición consagrada en la ley o en el contrato de trabajo y que se encuentre dispuesta como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo." Dicha norma en blanco no puede ser utilizada para sustentar que Incumplir con cualquier obligación o prohibición consagrada en la ley o en el contrato de trabajo, es falta gravísima, por las razones antes explicadas. (…) En el mismo sentido se pronunció la citada corte en la Sentencia SL771 de 2024 y es que la potestad que tiene el empleador de fijar faltas que son consideradas graves para terminar el contrato de trabajo, no significa que al juez le queda vedado valorar si la falta se basa en que al trabajador se le hayan impuesto exigencias laborales abusivas, manifiestamente absurdas, irrazonables, desproporcionadas, o que escapen al querer o control del trabajador, o se consagren conductas irrisorios o fútiles, como por ejemplo llegar tarde al trabajo siquiera en un minuto por una sola vez, casos estos en los que en criterio de la Sala, a pesar que se pruebe el hecho, el juez puede excepcionalmente desconocerlo como justa causa de terminación del contrato de trabajo. (…) Con todo, el hecho que la prueba sea justificada, debe realizarse bajo unos estrictos protocolos y con unas condiciones que se citaron como conclusión en la referida sentencia C-172 de 2021 así: "127. Sobre esa base, la prueba del polígrafo será constitucional siempre que en su diseño y aplicación i) se le permita al aspirante consentir o no de manera previa, libre e informada la realización de la prueba; ii) se le explique al concursante, previa y detalladamente, la forma y metodología de la realización de la prueba; iii) la negativa de someterse a la prueba no signifique la exclusión automática del proceso de selección; y iv) se practique por profesionales altamente capacitados conforme a protocolos estrictos que garanticen el respecto y la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos." En este caso, si bien se encuentra probado que al accionado se le citó a la práctica de la prueba de polígrafo,

no existe evidencia alguna que previamente se le haya explique, previa y detalladamente, la forma y metodología de la realización de la prueba, ni se le acredita que quien practicará la prueba sea un profesionales altamente capacitados conforme a protocolos estrictos que garanticen el respecto y la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos, por lo que en estas circunstancias, era legítimo que el demandado se negara a la práctica de la prueba, y por ello tal conducta no puede constituir justa causa para terminarle el contrato de trabajo, y en consecuencia la sentencia del a quo, será confirmada, pero por las razones expuestas en esta instancia. (…)

M.P: FRANCISCO ARANGO TORRES
FECHA: 19/12/2024
PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Demandante: BRINKS DE COLOMBIA S.A.
Demandado: JUAN GABRIEL DURANGO GÓMEZ
Intervinientes: SINTRABRINKS
Radicado: 05001310502020230001402

En Medellín, hoy diecinueve (19) de diciembre de 2024, la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, procede a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de primer grado, en el proceso ESPECIAL DE FUERO SINDICAL, promovido por la sociedad **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**, contra el señor **JUAN GABRIEL DURANGO GÓMEZ**, tramitado bajo el radicado No. 05001310502020230001402

En el presente proceso interviene además como parte procesal el **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE COLOMBIA – SINTRABRIKS** (en adelante SINTRABRINKS)

ASUNTO: Se controvierte el asunto referente a permiso para despedir a trabajador con fuero sindical.

1. ANTECEDENTES

La parte accionante pretende con la demanda, se le conceda permiso para despedir al demandado del cargo de escolta que ocupa con garantía de fuero sindical.

Como fundamentos fácticos de la anterior pretensión, expone la parte demandante lo siguiente:

1. Que el demandado ingresó a laborar para BRINKS DE COLOMBIA S.A. el 17 de agosto de 2018, a través de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de escolta.

2. Que en **BRINKS DE COLOMBIA S.A**. funciona el sindicato **SINTRABRINKS, como** organización sindical de empresa, en la que el 4 de agosto de 2022, el demandando fue elegido como directivo sindical en el cargo secretario de prensa y propaganda de la junta directiva seccional de Medellín.

3. Que el 19 de octubre de 2022, el demandado, recibió y firmó en prueba de recibo de la misma, citación para presentar prueba de confiabilidad (polígrafo) programada para el 22 de octubre de 2022 en la dirección Calle 26 A No.43F-95 a las 09:00 a.m., dirección que corresponde al lugar de trabajo del demandando, día en el que la programación de turno para el demandado**,** era con hora inicio 08:50 a.m.

4. Que cumplida la fecha y hora para el desarrollo de la prueba de confiabilidad (polígrafo) el demandado se presenta al lugar, sin embargo se niega a realizar la referida prueba ordenada por su empleador, incumpliendo lo establecido en la **CLÁUSULA 14** del **CONTRATO DE TRABAJO**, la cual establece: ***CLÁUSULA DECIMA CUARTA:*** *al suscribir el contrato de trabajo* ***AUTORIZA,*** *a la empresa para que realice y conozca los resultados de las pruebas necesarias para el correcto desempeño de sus labores, tanto al inicio del contrato, como en los periodos que la empresa determine para ello. Dichas pruebas pueden consistir en evoluciones físicas, técnicas o psicológicas, tales como exámenes pruebas de polígono, confiabilidad (polígrafo) y pruebas de estado físico entre otras.*

5. Que la presentación de la prueba de polígrafo ordenada en calidad de empleador, se realiza de manera general y en mejora al delicado objeto comercial que desarrolla la empresa Brinks de Colombia S.A., para asegurar la confiabilidad en sus empleados, pilar fundamental para la ejecución de la minuciosa labor del cargo de escolta fundamentalmente en prestar la vigilancia continua en el proceso de recepción y/o entrega de valores, y que BRINKS DE COLOMBIA S.A., de vieja data las implementó y las desarrolla en cumplimiento irrestricto del ordenamiento jurídico colombiano, con respeto a los derechos laborales y la dignidad del trabajador, exámenes que son realizados por profesionales en la materia y bajo los más altos estándares de calidad.

6. Que el 03 de noviembre de 2022, por parte del empleador se eleva informe disciplinario, por la omisión presentada por el demandando.

7. Que el 3 de noviembre de 2022, el señor JUAN GABRIEL DURANGO GÓMEZ, da respuesta a la solicitud de explicaciones requerida por su empleador, dando argumentos que no justificaban su gravísimo incumplimiento.

8. Que el 28 de noviembre de 2022, se entrega citación a diligencia de descargos y soporte documental probatorio de los hechos que dieron origen a la misma, la cual se programó para el 05 de diciembre de la misma anualidad a las 8:00 a.m.

9. Que el demandado remitió comunicado desde el correo electrónico sintrabrinks.mde@gmail.com al correo electrónico dis.antioquia@brinks.com.co, el 2 de diciembre de 2022, informando que deseaba que lo acompañaran a la diligencia de descargos los señores **ARCESIO SÁNCHEZ BUSTAMANTE**, y **JAIRO DE JESÚS LÓPEZ GIL**.

10. Que el 2 de diciembre de 2022, la accionante dio contestación a dicha comunicación al correo electrónico sintrabrinks.mde@gmail.com**,** indicando que los trámites y gestiones necesarias y pertinentes para que los nombrados dirigentes sindicales lo acompañaran a la diligencia de descargos programada, recaían exclusivamente en él y en la Organización Sindical, de la cual él es directivo, por lo que por ningún motivo podía trasladar esta responsabilidad al empleador. A la vez que se le recordó que desde la citación se le entregó un link de conexión a la diligencia, el cual bien pudo compartirle a los representantes que deseaba lo acompañaran.

11. Que dentro de la respuesta entregada al demandando, se indicó que, frente a la solicitud de acompañamiento sindical de fecha 2 de diciembre de 2022, se le informó que el artículo 373 del Código Sustantivo de trabajo, en los numerales 4 y 5 del artículo establecen la función y obligación principal para los sindicatos de representar a sus asociados ante el empleador en la defensa de derechos emanados del contrato laboral, acción que se debe realizar mediante la figura de permisos sindicales.

12. Que los estatutos de la organización sindical sintrabrinks establecen en el artículo 3° literal d, la obligación para asesorar a sus afiliados en la defensa de los derechos emanados de un contrato de trabajo o de la actividad profesional correspondiente, y representarlos ante las autoridades administrativas, ante los patronos y ante terceros, es decir que las labores, gestiones y trámites para

asegurar la representación sindical en diligencia de descargos, están a cargo de la organización sindical SINTRABRINKS, a la cual el demandado se encuentra afiliado.

13. Que, se indicó dentro de la respuesta otorgada al demandando que, la organización sindical sintrabrinks, en sus diferentes juntas, comités y seccionales cuenta con más de 1.800 permisos sindicales remunerados en el año, por lo que bien pudo hacer uso de estos permisos para el acompañamiento en diligencia de descargos del demandado, permisos enunciados se encuentran discriminados así:

Junta o Comité	Permisos mensuales	Permisos anuales
Nacional	35	420
Seccional Bogotá	30	360
Seccional Barranquilla	10	120
Seccional Medellín	10	120
Seccional Bucaramanga	10	120
Seccional Valledupar	10	120
Seccional Cartagena	10	120
Seccional Cali	10	120
Seccional Montería	10	120
Comité Rionegro	3	36
Comité Armenia/Pereira	3	36
Comité Santa Marta	3	36
Comité Duitama	3	36
Comité Villavicencio	3	36
Comité Neiva	3	36
Comité Riohacha	3	36
Total	**156**	**1872**

14. Que llegada fecha y hora, para el desarrollo de la diligencia de descargos, 5 de diciembre de 2022 a las 08:00 a.m., el demandando no se presenta aduciendo incapacidad medica de origen común, razón por la cual se realizó reprogramación de dicha diligencia para el 14 de diciembre de 2022 a las 08:00 a.m.

15. Que el demandado, remitió solicitud de acompañamiento sindical desde el correo electrónico sintrabrinks.mde@gmail.com, al correo electrónico dis.antioquia@brinks.com.co, el 12 de diciembre de 2022, informando que deseaba que lo acompañaran a la diligencia de descargos los señores GERMAN UL MOSQUERA, y ARCESIO SÁNCHEZ**.**

16. Que el 12 de diciembre de 2022, se dio contestación a dicha comunicación remitida a los correos sintrabrinks@hotmail.com; indicando que los trámites y

gestiones necesarias y pertinentes para que los nombrados dirigentes sindicales lo acompañaran a la diligencia de descargos programada, recaían exclusivamente en él y en la organización sindical, de la cual él es directivo, por lo que por ningún motivo podía trasladar esta responsabilidad al empleador. A la vez que se le recordó que desde la citación se le entregó un link de conexión a la diligencia, el cual bien pudo compartirle a los representantes que deseaba lo acompañaran.

17. Que el 14 de diciembre de 2022, se llevó a cabo la diligencia de descargos en la cual el demandado entregó las respuestas a las preguntas realizadas y pudo efectuar las manifestaciones que consideró pertinentes, con lo cual, es claro que la empresa le brindó todas las garantías para que se pronunciara frente a los cargos imputados, pruebas trasladadas y para que a su vez, realizará todas las manifestaciones que considerara pertinentes, materializando de esta forma, su derecho a la defensa y debido proceso. De esa forma se dio por terminada la diligencia de descargos; firmada por las partes y de la cual cada una conserva copia de la misma.

18. Que dentro de la diligencia de descargos, el demandado solicitó pruebas tales como acta de prueba de poligrafía realizadas en su proceso de selección y durante la vigencia de su vínculo laboral.

19. Que una vez analizada la solicitud de pruebas iniciada por el demandado, se procede a dar cierre al debate probatorio el 22 de diciembre de 2022, en sentido que las pruebas requeridas fueron elaboradas con anterioridad; por ende, para el caso disciplinario desarrollado al aquí demandando, no se consideraban relevantes, pertinentes, conducentes, ni útiles, máxime porque no se le disciplinó por el resultado de la prueba, sino por la negativa a practicarse la misma.

20. Que, en vista del gravísimo incumplimiento del demandado, una vez analizadas las respuestas y pruebas debidamente estudiadas, el 27 de diciembre de 2022, se le notificó la carta de terminación unilateral del contrato individual de trabajo con justa causa, firmada por las partes.

21. Que la terminación del vínculo laboral se dio como consecuencia del actuar del demandado, mas no como una decisión directa del proceso disciplinario, en el sentido que la conducta desplegada por este, fue una clara omisión a sus funciones, dado que incumplió tajante y conscientemente las obligaciones contractuales al negarse a presentar prueba periódica de poligrafía,

incurriendo en incumplimiento en lo dispuesto en artículo 58 del **CST** en sus numerales 1, 5 y 6:

22. Que la omisión presentada por el demandando, constituyó el incumplimiento a lo establecido, en el **REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO** en su artículo 59 numerales 5, 7, 31, 41, 45 y 46: (…) ***ARTICULO 59.****: Los trabajadores tienen como deberes los siguientes: 5. Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de la Empresa; 7. Sujetarse a las órdenes, pautas, medidas de control y procedimientos fijados por la Empresa.; 31. Cuidar integral y permanentemente los intereses y bienes de la Empresa.;* ***41. Acatar los protocolos de seguridad, las requisas y todos aquellos procedimientos y regulaciones que se encuentran establecidos, para contener o mitigar todos los riesgos a los que pueda estar expuesta la Compañía de acuerdo al objeto social, sin vulnerar la dignidad.;****45. Cumplir con la máxima lealtad, honestidad y puntualidad las labores asignadas. 46. Observar las normas de la Empresa en relación con el Reglamento Interno de Trabajo, manuales operativos, de procedimientos, de seguridad, de comunicaciones, de vigilancia, y aquellas previstas en el programa de Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo establecidos por la Empresa. Así como, mantenerse actualizado respecto de los manuales de procedimiento y operaciones, así como en las políticas establecidos por la Empresa.”*

23. Que el REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO, establece en el artículo 73, los hechos que constituyen faltas gravísimas y que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte de la empresa sin preaviso alguno, adicional e independientemente de otros hechos o faltas previstos como justa causa de despido establecidos en los contratos de trabajo, en la ley, en el Código Sustantivo del Trabajo, o en el mismo reglamento. El demandando incumplió con el **numeral 26** del enunciado artículo:***(…) ARTICULO 73.*** *Los siguientes hechos constituyen faltas gravísimas y podrán dar lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte de la Empresa sin preaviso alguno, adicional e independientemente de otros hechos o faltas previstos como justa causa de despido establecidos en los contratos de trabajo, en la ley, en el Código Sustantivo del Trabajo, o en el presente reglamento (…)*

24. ***(…) 26.*** *Incumplir con cualquier otra obligación o prohibición consagrada en la ley o en el contrato de trabajo y que se encuentre dispuesta como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. (…)*

25. Que, la negación por parte del demandado a realizarse la prueba de polígrafo programada, incorpora omisión a lo establecido dentro del **CONTRATO DE TRABAJO** firmado por las partes, en las siguientes clausulas: **CLÁUSULA TERCERA** numerales **5, 9 y 21**; **CLAUSULA QUINTA** numerales 9 y 10: ***"CLÁUSULA TERCERA:*** *5. Ceñirse estrictamente a los manuales operativos, de procedimientos, de seguridad, de comunicaciones, de vigilancia, de salud ocupacional y de trabajo establecido por la empresa…9. Sujetarse estrechamente a las órdenes, pautas, políticas, procedimientos, etc., fijados por la empresa…21. Toda otra obligación que se desprenda de las labores principales, anexas, conexas y complementarias que según todo lo anterior y según su cargo le incumben al trabajador;* ***"CLAUSULA QUINTA*** *9. Apartarse de las órdenes e instrucciones o reglamentos establecidos por el empleador en relación con la forma, términos y circunstancias en que debe el trabajador cumplir sus funciones…10. Toda prohibición que se desprenda de las labores, principales, conexas, anexas y complementarias que según todo lo anterior y según su cargo incumba al trabajador."*

26. Que, la omisión del demandado de presentar la prueba de polígrafo ordenada por su empleador, incorporó justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo, de acuerdo a lo establecido en el la **CLÁUSULA NOVENA** del **CONTRATO DE TRABAJO**, en sus numerales 2, 11, 14, 19, 36: ***"CLÁUSULA NOVENA, ESTABLECE LAS JUSTAS CAUSAS PARA TERMINAR EL CONTRATO:*** *2. La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones atrás establecidas, o de cualquiera de las prohibiciones que emanan de este contrato…11. Cualquier violación de los reglamentos citados en el numeral cinco (5) de la cláusula tercera de este contrato…14. La violación u omisión a cualquiera de las obligaciones citadas en las clausulas cuartas y consideradas como procesos esenciales de seguridad…19. Cualquier falta u omisión, respecto de las obligaciones y prohibiciones establecidas en la cláusula tercera, cuarta y quinta del presente contrato…36. Trasgredir las normas establecidas en los manuales de procedimientos u operaciones establecidas por la empresa. Tales normas deben ser consultadas por el trabajador y mantenerse actualizado sobre las mismas.*

27. Que, *a* la fecha de presentación de la demanda, el demandado, se encuentra cubierto por FUERO SINDICAL derivado de la designación como directivo sindical.

28. Que la demandante incluyó en la carta de terminación la indicación de dejar supeditada la terminación con justa causa, a la decisión judicial que se profiera con ocasión a la presente demanda.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA:

El demandado dio respuesta al libelo en la audiencia celebrada el 04 de julio de 2023 (18VideoAudiencia.mp4) conforme al escrito del archivo del expediente digital rotulado como “15ContestacionDemanda.pdf”, indicando en términos generales que son cierto los hechos de la demanda, salvo lo referente a que el mencionado sindicato es un sindicato de empresa, indicando que es un sindicato de industria. Igualmente expresa que no es cierto que el demando se haya negado a practicarse la mencionada prueba, pues la persona encargada de realizarla le preguntó si el mencionado procedimiento se realizaría de manera voluntaria, situación al cual el demandado responde en forma negativa informando que era una imposición de su empleador. Frente a esta respuesta el profesional decide no realizar la prueba solicitada por la demandante.

Además, se indicó en la respuesta a la demanda, que, la diligencia para la cual fue citado el accionado, era en horas laborales, luego para poder acompañarlo los compañeros de trabajo, requerían autorización de la empresa, por tanto, si esta no era otorgada no podían cumplir tal función, anotando ser cierto que la organización sindical cuenta con los permisos sindicales que se citan en la demanda.

Indicó ser cierto que la empresa dio la respuesta en la forma indicada en la demanda, en lo referente a la solicitud del accionado de acompañamiento a la diligencia de descargos, por dos de sus compañeros de trabajo, aduce que se le preguntó al respecto y él responde en los siguientes términos:

1. **PREGUNTADO**: **PREGUNTADO:** Desea usted contar acompañamiento para la realización de los presentes descargos?
CONTESTADO: si claro, Se le notificó a la compañía por correo electrónico a dis.antioquia@brinsk.com.co; la compañía cual me responde y me notifica que soy yo quien debo encargarme de traer a mis compañeros, se me sale de las manos porque no tengo la jerarquía para sacar a mis compañeros de ruta y me informa que deben pedir permiso sindical el cual pues, es contradictorio dado que en el documento.

En la respuesta el libelo además se indica que no es cierto, que se haya configurado justa causa para dar por finalizado el contrato de trabajo, pues las conductas atribuidas no constituyen justa causa para dar por terminado tal contrato.

Se anota, que en el trámite seguido por la empresa se adelantó con violación del debido proceso, toda vez que el proceso disciplinario está regulado en el capítulo XVIII del reglamento interno de trabajo, del que se destacan las siguientes etapas que se deben presentar de manera rigurosa desde el punto de vista cronológico lo que no se cumplió por lo siguiente:

Los hechos fueron conocidos por la empresa el día 22 de octubre de 2022

- Al formular los descargos se advirtió que la inasistencia injustificada “haría presumir ciertos los hechos que sean susceptibles de confesión” presión indebida olvidando que de acuerdo con la naturaleza jurídica de los descargos además del reglamento interna de trabajo los descargos son una facultad o derecho del trabajador no una obligación, por lo tanto, esa consecuencia es inexistente.

- No se permitió el acompañamiento de dos miembros de la organización sindical. Al informar que puede estar acompañado de representantes del sindicato para la diligencia de descargos advierte que es “.. bajo los parámetros de los permisos establecidos por la empresa para tal fin (sindical y/o no remunerado …” Es decir, la empresa no otorga la garantía para acompañamiento, pues implica que utilicen permisos sindicales que tienen otro propósito (el que el sindicato decida conforme a la autonomía sindical) o que se utilicen permisos no remunerados, lo que constituye un verdadero obstáculo.

- No se dio la oportunidad de interponer recursos contra la decisión de dar por terminado el contrato como lo establece el régimen disciplinario.

- La razón que aduce la empresa para determinar la terminación del contrato de trabajo se encuentra en una larga y farragosa argumentación que pretende dar la impresión de que la conducta del trabajador es sumamente grave, pero lo cierto es que todo ese argumento es incensario, pues la única razón aducida por el empleado se sintetiza en que el trabajador no “ realizó la prueba periódica del polígrafo “, afirmación que parte de supuestos equívocos, como que en la empresa periódicamente se les practica las prueba a sus trabajadores lo que no es cierto y que es una obligación practicarse dicha prueba.

Igualmente, se le concedió el uso de la palabra al apodero judicial de la organización sindical SINTRABRINKS, para pronunciarse sobre la demanda, el que manifestó: “conforme con la decisión señor juez”

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA.

La oficina judicial de la primera instancia, despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, argumentando que, dentro del marco legal y jurisprudencial de las pruebas de poligrafía, solo es posible su práctica, si hay consentimiento expreso del trabajador y en casos excepcionales y suficientes justificados, pues de otra forma su realización violenta el derecho a dignidad humana del trabajador que establece el Nral. 5 de Art. 57 del CST, para lo cual citó las sentencias de la Corte Constitucional C-172 de 2021, y C-75 de 2017

También el juez citó la Resolución No 2593 de 11 de diciembre de 2003 “Por la cual se autoriza y regula la utilización del polígrafo por parte de los servicios de vigilancia y seguridad privada”, Aduciendo que esta fue declarada nula por el Consejo de Estado, Sección Primera sentencia 2008-00345, del 24 de enero de 2013, manifestando luego que la Resolución declarada nula, fue la No 2852 de 8 de agosto de 2006 “Por la cual se unifica el Régimen de Vigilancia y Seguridad Privada”.

Adujo que la práctica de la prueba de polígrafo, solo es posible en casos excepcionales, suficientemente justificados y con el consentimiento del trabajador, por lo que no era procedente que al demandado se le practicara la prueba del polígrafo, y por ello su negativa a realizársela no constituye justa causa para terminarle el contrato de trabajo.

DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La sentencia fue apelada por la sociedad accionante, argumentando que es importante hacer hincapié en el objeto social de la empresa demandante, la que se dedica al transporte custodia y procesamiento de valores, para lo cual es imprescindible, tener confianza total de todos sus trabajadores, pues la custodia de los valores propios y de sus clientes, contexto, en el que cobra especial importancia la prueba de confiabilidad que se le realiza a todos sus trabajadores, luego entonces el señor Durango Gómez, al negarse a realizar la prueba de polígrafo, el 22 de octubre 2022, quebrantó un factor muy importante dentro de la relación laboral, el cual es la confianza, la que se requiere exista entre el trabajador y su empleador, prueba que no está expresamente prohibida por la Constitución y por la ley, y en todo caso, en la comunicación con la cual se dio apertura, para que el señor Durango se presentara a la prueba de polígrafo, estuvo de acuerdo con presentarse. No obstante, de manera caprichosa, al momento de estar en la diligencia se negó a hacerlo, sin ningún tipo de justificación legal. En ningún momento ni representada, ha realizado algún acto que

constriña al demandado, por el contrario, se vela por el respeto a la dignidad humana y se salvaguarda la moral de los trabajadores, incluido el señor Durango.

Las pruebas de confiabilidad son importantes para el correcto proceder y control que se debe tener frente al objeto de social de la demandante. El área de riesgo de la compañía establece la importancia de la realización de la prueba de polígrafo, la cual se encamina a mantener la confianza en el proceso crítico de los valores, por lo que es importante que todos los trabajadores sean vinculados a esta prueba, no de manera caprichosa o irresponsable, sino dada la delicada actividad para la cual se está contratando al personal de la empresa

El fallo, aduce que no se considera como una falta grave, el no presentar la prueba polígrafo ordenada por el empleador, sin embargo, el *a qu*o no tiene potestad para calificar dicha falta si es grave o no, dado que las mismas se encuentran determinadas dentro del reglamento interno de trabajo y contrato de trabajo firmado por trabajador.

Desconoce el despacho la autonomía que tiene la empresa demandante en calidad de empleador, frente a los diferentes procesos para salvaguardar la confianza y el control de bienes y valores, dispuestos al cuidado de la misma con observancia del objeto de mi representada que no es un objeto social normal, es el cuidado de dinero, de bienes, razón con la cual somos estrictos en la toma de estas pruebas. La empresa, luego de la debida investigación administrativa efectuada al demandado, una vez revisadas y valoradas las pruebas, los informes y garantizando el derecho a la defensa y contradicción, y por consiguiente, preservando, en todo caso el debido proceso, determinó sin sombra de duda, el tiempo, modo y lugar de los hechos que el trabajador incumplió de manera tajante y conscientemente a las obligaciones contractuales, al negarse a presentar la prueba periódica de poligrafía, intentando de manera fallida excusar su comportamiento, cuando las pruebas recaudadas demuestran claramente su responsabilidad.

Es necesario indicar, que la terminación se da por incumplir con la obligación de presentar la prueba, la cual es indispensable para la empresa, más no por el posible resultado que hubiese podido dar la misma.

Es clara la obligación de presentar la prueba sin posibilidad negarse a la realización de la misma, máxima cuando de manera injustificada el trabajador lo hizo, sin expresar justificaciones válidas para tal actuar contrario las políticas y procedimientos de seguridad de la empresa. El demandado solo se permitió indicar, que no conocía quién le iba a realizar el procedimiento, situación que es clara en el efecto de que

quien realiza el procedimiento de poligrafía es un tercero contratado por la demandante, para velar total autonomía y que no exista discusión frente a la opinión, que pueda emerger el resultado de esta prueba.

Es preciso manifestar, que mi representada no puede tolerar que el demandado quien se encarga de la protección de una tripulación y de valores, no acate las normas de seguridad, ni propende por su integridad ni la vida de terceros. Por el contrario, esta situación de no presentar la prueba, genera riesgos tanto para la persona que no la presenta, como para las personas que están a su alrededor, dado que transgrede el principio de confianza, que se debe tener entre el empleador y el embajador.

Debe recordar que el trabajo que el señor Durango Gómez realiza implica el uso y porte de armas de fuego, situación que son de altísimo riesgo, lo que requiere la confianza de los trabajadores. Asimismo, se ha perdido al demandado la confiabilidad, como le dijo la confiabilidad, por lo que, al no presentar esta prueba, requería por su empleador, de antemano, ya se recalca como una situación que transgrede los principios cooperativos y la seguridad de la empresa.

Su negativa en presentar la prueba, tenía consecuencias propias de esta situación, situación que él ya conocían, dado que tiene un contrato labor firmado con la empresa. Esta omisión incorpora una gravísima situación en sus funciones, y da justa causa para dar por terminado el contrato de trabajos, mismas que también están incorporadas en el artículo 62 numeral 6 pues ante el trabajo.

Es preciso manifestar que la terminación no se dio por los resultados como ya se ha visto, no se dio porque se encontró algún tipo de culpabilidad adicional por lo que causó la solicitud que se presentase a la prueba de poligrafía el 22 de octubre de 2022

Aquí se le disciplinó por la no representación por omitir una instrucción que le dio su empleador, y que jamás la negó antes de presentarla. Solamente se acordó de negarse cuando ingresó a la poligrafía y cuando conoció al poligrafista.

La falta se encuentra como gravísima en el reglamento interno trabajó con sus artículos 58 numeral 1, 5, y 6, artículo 59, 5, 7 y 31, 41, 45 y 46. En el artículo 62 en el numeral 6 está plenamente determinado, así como en el contrato de trabajo, las cuales en sus numerales, en la cláusula 9, están en el 1, 2, 11, 14 y 36 tal como quedó plasmado en la terminación cláusula 5, 9 y 10, cláusula 9, la cual establece las justas causas para dar por terminado del contrato, y la cláusula 4 del contrato de trabajo, que dice al suscribir el contrato de trabajo. Al suscribir el contrato trabajó autoriza a

la empresa para que realice y reconozcan los resultados de las pruebas, necesarios para el correcto desempeñó sus labores, tanto al inicio del contrato como en los períodos que la empresa determine para ello, dichas pruebas pueden consistir en evaluaciones físicas, técnicas psicológicas y tales como exámenes de polígono, polígrafo y prueba de estado físico, entre otras.

De lo anterior queda demostrado que el demandado Incurrió en varias de las justas causas para dar por terminado el contrato en trabajo, por gravísimos injustificados incumplimientos del procedimiento omitido el día 22 de octubre de 2022, respecto a la renuencia injustificada a realizar la prueba de polígrafo previamente ordenada por su empleado, razón por la cual la empresa no pude tolerar un trabajador, que no determine motivos e instrucciones claras dadas por su empleador, y que sean en pro de la confiabilidad y del resguardo de los bienes, que se da por el objeto social de la demandante, por lo anterior, de manera respetuosa, solicito a los honorables magistrados, revocan la sentencia primera estancia teniendo en cuenta los argumentos anteriormente expuestos, teniendo en cuenta claramente que la empresa obró de manera legal.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si es o no procedente permiso para despedir al demandado por la existencia o no de un hecho constitutivo de justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, y el agotamiento de procedimientos para llevar a cabo la terminación del contrato con justa causa.

Tramitado el proceso en legal forma, y no avizorándose hecho que conlleve a su nulidad o a proferir sentencia inhibitoria, y por ser competente esta Corporación para conocer de la apelación de la sentencia de este proceso conforme al artículo 117 CPTSS, reformado por el art. 47 de la Ley 712 de 2001 del CPTSS, se pasa a resolver, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Invoca la parte actora se le conceda permiso judicial para despedir con justa causa al demandado, por falta cometida en el ejercicio del cargo para el que fue contratado, específicamente por negarse a la práctica de una prueba de poligrafía, también denominada de confianza.

El Art. 1º del Decreto 204 de 1957, establece que el fuero sindical es la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados de sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un Municipio distinto, sin justa causa, precisamente calificada por el Juez de trabajo, lo cual constituye un privilegio o posición especial para el aforado de permanencia y continuidad en las condiciones establecidas en la relación laboral, hasta tanto un juez determine que ha incurrido en justa causa para poder ser despedido, trasladado o desmejorado.

En el presente proceso, conforme a la demanda y la contestación de la misma, las partes han confesado la existencia de contrato trabajo entre la sociedad demandante y el trabajador demandado, el cargo de escolta desempeñado por este, el llamado al demandado a descargos sobre la falta que se le imputa, y la existencia del fuero sindical del demandado, como miembro de la junta directiva de la organización sindical SINTRABRINKS**,** ocupando el cargo de secretario de prensa y propaganda.

Establecidos los presupuestos fácticos mencionados en precedencia, pasa la Sala a referirse al aspecto jurídico y normativo sobre el tema que atrae nuestra atención.

El Artículo 406 C.S.T., subrogado por la Ley 50 de 1990 Art. 57, modificado por la Ley 584 de 2000, art. 12, al señalar los beneficiarios del fuero sindical, cita en su literal c) a los miembros de las juntas directivas y subdirectivas de todo sindicato, por lo que la controversia de este proceso que en la apelación se resuelve, se contrae a establecer si la parte demandante ha probado que existe justa causa para despedir al demandado, y si de existir un procedimiento especial necesarios para llegar al despido, el mismo se ha agotado.

En ilación con lo anterior, el Art. 410 del C.S.T. dispone lo siguiente:

> ***"ART. 410.—Modificado. D. 204/57, art. 8º. Justas causas del despido****. Son justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:*
>
> *a) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y*
>
> *b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato."*

A su vez el art. 62 de la misma obra, sobre las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador, establece lo siguiente:

> *"ART. 62.—**Subrogado. D.L. 2351/65, art. 7º. Terminación del contrato por justa causa.** Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

*a) **Por parte del patrono:** 1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, …*

2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina…

*3. *(Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos …*

4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias…

5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller,…

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

7. La detención preventiva…

8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o …

9. El deficiente rendimiento…

10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.

11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.

12. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del patrono o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.

13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

14. El reconocimiento al trabajador de la pensión…

15. La enfermedad contagiosa…

(…)

"PAR.—La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos."

Anotado lo anterior, encuentra la Sala que la parte demandante en los hechos del escrito demandatorio expresa que el demandado ha incurrido en graves incumplimientos a sus obligaciones al haberse negado a practicarse una prueba de poligrafía, ordenada por su empleador, y que este asegura estaba obligado a practicarse conforme lo aceptó al suscribir el contrato de trabajo.

La accionante, presenta como prueba el referido contrato de trabajo suscrito entre las partes, en el que en la cláusula DECIMA CUARTA, se consagra lo siguiente:

> ***"CLÁUSULA DECIMA CUARTA:** El trabajador mediante la firma del presente contrato al suscribir el contrato de trabajo autoriza a la empresa para que realice y conozca los resultados de las pruebas necesarias para el correcto desempeño de sus labores, tanto al inicio del contrato, como en los periodos que la empresa determine para ello. Dichas pruebas pueden consistir en evaluaciones físicas, técnicas o psicológicas, tales como exámenes médicos, pruebas de polígono, polígrafo, y pruebas de estado físico entre otras.*"

También se encuentra probado, y además no es discutido por las partes, que el demandado fue citado el día 19 de octubre de 2022, por la sociedad demandante, a practicarse una prueba de polígrafo que se llevaría a cabo el día 22 de este mismo

mes y año, a las 09:00 a.m., y habiéndose presentado a la fecha y hora a la que fue citado, quien realizaría la prueba, le preguntó al demandado que si el mencionado procedimiento lo realizaba de manera voluntaria, y que para constancia, firmara la autorización, a lo cual el demandado responde en forma negativa manifestando que era una imposición de su empleador, negándose a firmar el documento de consentimiento, hecho este que fue descrito y aceptado por el accionado en la respuesta a la demanda.

Antes de analizar el fondo de la legalidad o no de la práctica de la prueba de poligrafía, y la obligación del demandado de practicársela, nos detendremos en algunos aspectos formales que se alegan por las partes; el primero, en lo relativo al procedimiento de descargos, en el que el demandado aduce, que se le vulneró el derecho al debido proceso, por cuanto la empresa demandante no permitió que dos de sus compañeros líderes sindicales lo acompañaran a diligencia por la empresa no haber concedido permiso para ello, a lo que se opone la sociedad demandante, expresando que ello no es cierto, por cuanto la organización sindical cuenta con un buen número de permisos sindicales, de los que podían hacer usos para acompañar al demandado a tal diligencia de descargos, la que demás aducen se realizó de manera virtual, contando el accionado con el link para compartirlo a sus compañeros si lo deseaba.

La discusión, sobre la obligación de que el actor debiera estar acompañado en la diligencia de descargos de dos de sus compañeros líderes sindicales, conforme a lo alegado por ambas partes, se origina en la preceptuado en el capítulo XVIII del reglamento interno de trabajo, el que contiene varios artículos al siguiente tenor:

CAPITULO XVIII
PROCEDIMIENTO PARA COMPROBACIÓN DE FALTAS Y APLICACIÓN DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

ARTICULO 74. Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, la Empresa dará la oportunidad al trabajador inculpado de rendir sus descargos directamente acompañado de dos representantes de los trabajadores y de acuerdo al régimen laboral que pertenezca; si éste es convenciendo podrá si lo desea, estar asistido por dos representantes de la Organización Sindical a la que pertenezca; el trabajador podrá rendir sus descargos de forma verbal presentándose a la oficina de Gestión humana o en el área que haga sus veces para este propósito.

La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción.

PARAGRAFO PRIMERO. Para la práctica de las pruebas y para el desarrollo de la actuación se podrán utilizar medios técnicos, siempre y cuando su uso no atente contra los derechos y garantías constitucionales.

Las pruebas y diligencias pueden ser recogidas y conservadas en medios técnicos y su contenido se consignará por escrito sólo cuando sea estrictamente necesario. Así mismo, la evacuación de audiencias, diligencias en general y la práctica de pruebas pueden llevarse a cabo en lugares diferentes al del conductor del proceso, a través de medios como la audiencia o comunicación virtual, siempre que otro servidor controle materialmente su desarrollo en el lugar de su evacuación. De ello se dejará constancia expresa en el acta de la diligencia

Act
Ve a

Sobre el anterior tema, debemos recordar que la H. CSJ, tenía en un principio definido que el procedimiento disciplinario sancionatorio de los empleadores, es una situación disímil al despido con justa causa, en virtud de lo cual, para proceder al despido de un trabajador en estas circunstancias, no se requiere agotar ningún procedimiento previo, salvo que en el reglamento de trabajo, convención, u otro instrumento que obligue a las partes, se haya dispuesto tal exigencia.

No obstante, ante una nueva visión sobre el tema la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha indicado que en el caso del despido del trabajador con justa causa, al menos, debe ser escuchado en descargos, sin que se requiera una formalidad determinada, salvo que así se encuentre establecido, en el contrato de trabajo, reglamento de trabajo, convención u otro instrumento que obligue las partes (Sentencia SL077 de 2024)

Por su parte la Corte Constitucional en la Sentencia C-299 de 1998, al declarar exequible el numeral 3º del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, determinó que para proceder al despido del trabajador con justa causa, es requisito que se escuche previamente a este, en ejercicio del derecho de defensa, pero igualmente ha aclarado que la terminación del contrato de trabajo con justa causa no implica el agotamiento de un proceso disciplinario, por no ser la terminación del contrato de trabajo una sanción de tipo disciplinario, como lo aseveró en la Sentencia T- 75A de 2011 en los siguientes términos:

> ***"4.1. Debido proceso disciplinario y la terminación unilateral del contrato de trabajo (derecho al trabajo).***
>
> *La aplicación del derecho al debido proceso supone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo(20), sin embargo algunas de las garantías establecidas para el debido ejercicio de dichas actuaciones se aplican, entre otras, en el ámbito de las relaciones laborales particulares, tal es el caso de la obligación que se impone al empleador de indicar los motivos por los cuales termina el contrato de trabajo, lo cual según la jurisprudencia constitucional(21) tiene, a su vez, dos propósitos fundamentales, por un lado, garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y, por otra, impedir que los empleadores despidan sin junta causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos.*
>
> *Ahora bien, no cabe duda de que el despido de los trabajadores privados no constituye una sanción disciplinaria, considerando que el objetivo de una sanción es disciplinar y corregir, lo que no se logra cuando se opta por despedir, en consecuencia, si bien el despido podría ser tomado como la última opción, no es de tipo disciplinario. Tal ha sido la interpretación que, como se verá, le ha dado al tema la jurisprudencia laboral en las ocasiones en las que lo ha abordado.*
>
> *(…)*
>
> *Ahora bien a pesar de que se informen los motivos por los cuales se termina unilateralmente el contrato de trabajo, ello no constituye un estricto cumplimiento a lo indicado por el artículo 29 de la Constitución Política, el cual hace referencia a su*

aplicación en las actuaciones administrativas y judiciales. Sobre todo porque el despido de trabajadores privados, en principio, no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción. Además el Código Sustantivo de Trabajo no indica que frente a tal determinación se deba iniciar una investigación de la falta disciplinable, solo debe configurarse algunas de las causales que allí se señalan.

Este tema ha sido dilucidado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia del 19 de mayo de 2005, Radicado 23508, M.P. Francisco Javier Ricaute Gómez, en la cual se indicó que: "... como lo tiene dicho jurisprudencia de esta Sala de tiempo atrás, que cita el censor, la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, no puede considerarse una sanción disciplinaria, sino como el ejercicio de una facultad que la ley le confiere a este".

(…)

En síntesis cuando un empleador termina unilateralmente el contrato de trabajo sustentado en el hecho de que se configuró una causal legal no se puede afirmar que se vulnera el debido proceso disciplinario del trabajador, porque en lo que respecta al empleador su obligación se limita a informarle los motivos y las razones concretas por los cuales decide realizar el despido y dar al empleado la oportunidad de controvertir las imputaciones que se le hacen."

Finamente ante la controversia de si el deber de escuchar a trabajador se limitaba a la causal que se estudió en la Sentencia C-299 de 1998, o se aplicaba a las otras causales, la Corte Constitucional profirió la Sentencia de Unificación SU-449 de octubre 15 de 2020, en la que acotó lo siguiente:

"235. *Sobre las garantías con que cuenta el trabajador cuando se ejerce la facultad de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador*. En vista de los pronunciamientos que en varios sentidos ha formulado este tribunal (en especial, frente al alcance del derecho de defensa) y dada la línea reiterada que en la materia existe en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se considera necesario definir una regla de interpretación del artículo 62 del CST hacia el futuro, tanto por razones de seguridad jurídica para los empleadores y los trabajadores, como por aspectos de certeza y coherencia en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando el empleador haga uso de la facultad unilateral de terminación del contrato de trabajo con justa causa, deberá cumplir con las siguientes garantías obligatorias, cuya exigibilidad se impone, y así se resaltará en la parte resolutiva de esta sentencia, por resultar la única interpretación conforme con la Constitución Política, a saber:

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
PRIMERO -Inmediatez-	Debe existir una relación temporal de cercanía o inmediatez, o un término prudencial entre la ocurrencia o conocimiento de los hechos y la decisión de dar por terminado el contrato. De lo contrario, se entenderá que el motivo fue exculpado, y no se podrá alegar para fundamentar la resolución del vínculo.
SEGUNDO -Causales taxativas-	La decisión sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo solo se puede sustentar en una de las justas causas, expresa y taxativamente, previstas en la ley.
TERCERO	Se impone comunicar al trabajador las razones y los motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
-Comunicación de motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato-	terminar el contrato. Lo anterior, siguiendo lo dispuesto en los artículos 62 (*parágrafo*) y 66 del CST.
CUARTO -Existencia y aplicación de procedimientos específicos de terminación del vínculo contractual-	Como se anotó con anterioridad, se exige observar los procesos previamente establecidos en la convención o pacto colectivo, en el reglamento interno, en un laudo arbitral o en el contrato individual de trabajo, siempre que en ellos se establezca algún trámite o procedimiento específico para dar fin al vínculo contractual. Esta exigencia se extiende a los casos en que el ordenamiento jurídico imponga la obligación de agotar un procedimiento determinado.
QUINTO -Exigencias de cada una de las causales y preaviso respecto de algunas de ellas-	Se impone acreditar el cumplimiento de las exigencias propias y específicas de cada causal de terminación, conforme se explicó en el numeral 109 de esta providencia. Entre ellas, cabe destacar de manera particular, la prevista en el inciso final del literal a), del artículo 62, del CST, conforme al cual: *"En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso con anticipación no menor de quince (15) días".*
SEXTO -Respeto debido en la relación laboral-	A partir de esta sentencia, y como resultado de la unificación jurisprudencial, se debe garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, esto es, el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador, antes de que éste ejerza su potestad unilateral de terminación. En consecuencia, no se menoscaba la dignidad humana del trabajador, al permitirle ser escuchado frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada. Este derecho, cuyo fundamento es la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto, se erige como una garantía que integra el derecho del empleado a ser tratado con respeto y en condiciones dignas y justas, en el marco de su relación laboral; y de ninguna manera, puede ser entendido como un escenario de agotamiento del debido proceso.

236. Esta última garantía, entiende la Corte, y así se unificará en esta sentencia, ***se extiende para todas las causales de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador***, como se había expuesto con anterioridad en varias sentencias de este tribunal (como se explicó *supra* en el numeral 204), y como lo había ampliado la Corte Suprema de Justicia para las causales contempladas en los numerales 9 a 15 del literal a), del artículo 62, del CST (*sentencia SL2351 de 2020*). Esta decisión se justifica en las siguientes razones:

(i) En primer lugar, como se enunció en la sentencia T-546 de 2000, el deber de lealtad y de sujeción al principio de buena fe se exige en todos los contratos bilaterales, y tiene especial reconocimiento en el artículo 55 del CST[238], por lo que, en términos de igualdad de trato y respeto y teniendo en cuenta que esta garantía se explica como una instancia de diálogo y de solución pacífica de conflictos, según se explicó en la

sentencia C-299 de 1998, no cabe limitar su aplicación únicamente a la causal de terminación prevista en el numeral 3°, literal a), del artículo 62 del CST, pues con ella se busca evitar actuaciones caprichosas o arbitrarias de los empleadores, común a todas las causales de resolución, en aras de asegurar que éstos tengan un conocimiento integral de lo ocurrido y que, con base en ello, adopten una decisión que se ajuste a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

(ii) En segundo lugar, las causales de terminación del contrato, más allá de que no tengan un contenido sancionatorio, sí envuelven elementos subjetivos y objetivos de valoración, como se demostró en el numeral 109 de esta providencia, respecto de los cuales, también en términos de igualdad de trato y respeto, se debe permitir un escenario de reflexión e interlocución, antes de que el empleador ejerza su potestad, con miras a que el trabajador pueda ser escuchado frente a los supuestos que permitirían la configuración de la causal invocada y, dado el caso, si así lo estima pertinente el empleador, retrotraerse de la decisión que en sus inicios proyectaba adoptar.

(iii) En tercer lugar, la exigencia de escuchar previamente al trabajador –para valorar los hechos ocurridos, verificar la entidad del acto cometido y constatar su arreglo con las justas causas de terminación del contrato– permite proteger, entre otros, el derecho a la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto de los trabajadores, como garantías que podrían entrar en colisión con la potestad de resolución (según se explicó en los numerales 110 a 132 de esta sentencia), y cuya violación puede originarse como consecuencia de la falta de verificación, con carácter integral y objetivo, de los distintos elementos subjetivos y objetivos que condicionan la aplicación de cada causal.

(iv) En cuarto lugar, el derecho del trabajador a ser escuchado o de poder dar su versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, se concreta en una garantía que exterioriza no sólo el respeto para la estima del trabajador como individuo, sujeto y no objeto de la relación laboral, sino también su *derecho fundamental de defensa*, como lo advirtió esta corporación en la sentencia C-299 de 1998 y lo asumió en los mismos términos la CSJ en la sentencia SL2351 de 2020, en tanto que le permite a éste participar en una decisión que lo afecta, con miras a exponer su posición, presentar sus argumentos y exteriorizar las pruebas que justifican sus alegaciones, no solo para proteger su situación contractual, sino especialmente con miras a obtener la verdad de lo ocurrido y salvaguardar, entre otros, sus derechos a la dignidad humana y a no ser menospreciado en su autoestima.

(v) En quinto lugar, en virtud del preaviso que aplica para varias de las causales de terminación del contrato de trabajo con justa causa, es preciso entender que su configuración no solo opera como un período de gracia que le permite al trabajador prepararse y menguar los posibles efectos de orden económico, psicológico, afectivo y moral, que lleva consigo el quedar definidamente cesante en sus labores habituales, sino que también sirve, precisamente, como una instancia para impulsar el diálogo, y para que el empleador pueda asegurar la realización del derecho del trabajador a ser escuchado, antes de resolver el contrato.

237. Finalmente, cabe aclarar que la reivindicación de la citada prestación basada en la igualdad de trato y respeto a favor de los trabajadores, en la medida en que opera como una garantía del derecho de defensa y no como un escenario de agotamiento del debido proceso, implica que, si bien estos últimos tienen la facultad de debatir y de exponer los motivos que permitan enervar la causal de terminación alegada, y tal alternativa debe ser garantizada por los empleadores, ello no significa que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin (*salvo que las partes así lo acuerden*), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada. Tal exigencia de respeto al debido proceso es propia del entorno

> judicial, en donde se realizará el examen de los motivos que dieron lugar a la terminación, ceñido a las razones esbozadas por el empleador y a los cuestionamientos que se formulen por el trabajador.
>
> 238. Así las cosas, es claro que este derecho de igualdad de trato y respeto, íntimamente ligado a la dignidad humana del trabajador, y de defensa en el marco de una terminación del contrato de trabajo con justa causa, no tiene una forma única o específica para proceder con su realización, de suerte que el mismo puede canalizarse mediante (i) una audiencia de descargos; o (ii) a través de cualquier otra herramienta de comunicación o diálogo que permita hacer una exposición del caso, como lo afirmó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2351 del 8 de julio de 2020. Una vez concluido el estudio de los temas que fueron descritos al momento de definir la estructura de esta decisión, se procederá con la resolución del caso concreto.

Así, al menos desde que se profirió la Sentencia de Unificación SU-449 de octubre 15 de 2020, para despedir al trabajador, es decir terminarle el contrato de trabajo invocando justa causa, es necesario que se le dé la oportunidad de: *"**debatir y de exponer los motivos que permitan enervar la causal de terminación alegada"**,* sin que sea necesario*: **"que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin (salvo que las partes así lo acuerden), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada. Tal exigencia de respeto al debido proceso es propia del entorno judicial, en donde se realizará el examen de los motivos que dieron lugar a la terminación, ceñido a las razones esbozadas por el empleador y a los cuestionamientos que se formulen por el trabajador."***

En el caso que atrae nuestra atención, en el reglamento de trabajo de la sociedad demandante se ha establecido un: "PROCEDIMIENTO PARA LA COMPROBACIÓN DE FALTAS Y APLICACIÓN DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS", procedimiento que no es aplicable para la terminación del contrato de trabajo con justa causa, pues aquel, se trata de un trámite que se agota cuando se deba aplicar una sanción disciplinaria, no para terminar el contrato de trabajo con justa causa, por lo que no es posible fundamentar violación al debido proceso, por no haberse realizado el trámite que el referido capítulo del reglamento de trabajo establece.

Por lo demás, la diligencia de descargo cumplió, con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de Corte Constitucional, en especial la Sentencia SU-449 de 2020, toda vez que el demandado tuvo la oportunidad de *"debatir y de exponer los motivos que permitan enervar la causal de terminación alegada"*

Bajo el anterior horizonte, al no hallar la Sala la invocada violación al debido proceso, se pasa verificar si la falta que se le enrostra al accionado, como causa para terminar el contrato de trabajo con justa causa se adecúa a derecho.

Se comienza por recordar, que como ya se anotó en precedencia, la causal que

invoca la parte demandante para solicitar el permiso para despedir o terminarle el contrato de trabajo al accionado, en términos generales, es la prevista en el numeral 6 del literal a) del art. 62 del CST que establece: *"6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos."*

Primeramente, se ha de manifestar, que, aunque el demandado en la respuesta a la demanda, aduce que no se negó a practicarse el examen de poligrafía, sino que manifestó ante el requerimiento que suscribiera la autorización para su práctica, que no la firmaría porque la prueba era una imposición de su empleador, esto en realidad comporta una negación a practicarse la prueba, siendo relevante que, al firmar el contrato de trabajo, se había obligado a ello, por lo que se hace necesario establecer si esa negativa, se encuentra ajustada a derecho.

De otra parte, no es cierto como lo plantea la apoderada de la sociedad demandante, que la falta enrostrada al accionante (negarse a practicarse la prueba de polígrafo), este prevista como grave para terminarle el contrato de trabajo, y por ello el juez no puede valorar su gravedad, toda vez que eso no se indica en la cláusula DECIMA CUARTA del contrato de trabajo, ni en ningún otro instrumento de los que obran en el plenario.

Revisado el artículo 73 del REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO, que enlista los hechos que constituyen faltas gravísimas y que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, ninguno hace referencia a la negativa a practicarse la prueba de polígrafo, y si bien el numeral 26 del enunciado artículo establece que es falta gravísima que puede dar lugar a la terminación del contrato de trabajo: "Incumplir con cualquier otra obligación o prohibición consagrada en la ley o en el contrato de trabajo y que se encuentre dispuesta como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo." Dicha norma en blanco no puede ser utilizada para sustentar que Incumplir con cualquier obligación o prohibición consagrada en la ley o en el contrato de trabajo, es falta gravísima, por las razones antes explicadas.

Y es que en criterio de la Sala, para que se de aplicación a la previsto en la parte final el numeral 6 del literal a) del art. 62 del CST, sobre que el juez no puede valorar la gravedad de la falta, cuando ello esté determinado en algún instrumento de la relación laboral, tal tipificación de la falta tiene que ser concreta, es decir la descripción de una situación fáctica especifica que la genere, no que establecer de manera genérica que son faltas graves para terminar el contrato de trabajo cualquier violación de las

obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, pues ello implicaría una norma en blanco que se puede adecuar a cualquier incumplimiento lo que no es el espíritu de la norma, pues su intención es que establezcan conductas determinadas y específicas que se catalogan como graves.

Pero es más, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, si bien en un principio, tenía establecido que cuando la gravedad de la falta en la que se fundamenta el despido estuviera determinada en el contrato de trabajo u otro instrumento como grave, no podía el juzgador valorar su gravedad, tal criterio fue variado por la citada la Corte en la Sentencia SL2857-2023, Radicación n.° 94307, en los siguientes términos:

> “Por lo descrito, queda claro que la diferencia entre las anteriores circunstancias, es que, en el primer evento, la gravedad de la conducta es calificada por el juzgador, mientras que, en el restante, la calificación ha de estar demarcada por el empleador o las partes, según sea el caso, en los reglamentos internos, pacto o convención colectiva, contrato de trabajo, o acuerdo entre las partes, de suerte que al juez le está vedado analizar la declaratoria de la gravedad o no de esa falta.
>
> No empece, en situaciones en las que el empleador consigna normas que no develan con claridad las conductas en que pudiera incurrir el trabajador -genéricas, oscuras o abstractas-, o que en otras palabras, no dejan claro cuál es el incumplimiento de la obligación contractual, que genera la consecuencia analizada, de cara a la actividad productiva, a la organización del trabajo y/o al funcionamiento regular del mismo, el operador judicial deberá apreciar la gravedad de la conducta, conforme a las obligaciones y prohibiciones especiales de que tratan los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, sin perjuicio de la potestad que le asiste de formar su convencimiento con báculo en los elementos de juicio que lo persuadan mejor sobre la verdad real, acompañado de las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante el proceso.
>
> Así se afirma, por cuanto admitir como falta grave aquella que se haya prevista como tal en el reglamento, sin miramiento de ninguna naturaleza, sería tanto como aceptar un tipo de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico para estas materias, en las que se le priva al asalariado de su fuente de ingresos con la drástica decisión del despido, pues en función de determinar la entidad jurídica de la conducta bien por acción o por omisión del asalariado, el operador jurídico ha de constatar no solo si efectivamente el trabajador incurrió en ella, sino además, auscultar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos, para de esa forma inferir si eventualmente existen razones que justifiquen el proceder del trabajador, o que le puedan restar la entidad jurídica de grave, atendiendo las particularidades especiales en cada caso, según la afectación que provoque la conducta.”

En el mismo sentido se pronunció la citada corte en la Sentencia SL771 de 2024

Y es que la potestad que tiene el empleador de fijar faltas que son consideradas

graves para terminar el contrato de trabajo, no significa que al juez le queda vedado valorar si la falta se basa en que al trabajador se le hayan impuesto exigencias laborales abusivas, manifiestamente absurdas, irrazonables, desproporcionadas, o que escapen al querer o control del trabajador, o se consagren conductas irrisorios o fútiles, como por ejemplo llegar tarde al trabajo siquiera en un minuto por una sola vez, casos estos en los que en criterio de la Sala, a pesar que se pruebe el hecho, el juez puede excepcionalmente desconocerlo como justa causa de terminación del contrato de trabajo.

Así entonces, el juez laboral, está autorizado para revisar la gravedad de la falta que se imputa al trabajador como motivo para terminarle el contrato de trabajo, así las partes hayan acordado que es grave.

Es este caso, la falta que se le imputa al accionado, tiene que ver con la conducta de negarse a que le fuera practicada una prueba de polígrafo, y que el juez de instancia en suma considero, que ello no constituía una falta, por cuanto el accionado no estaba obligado a practicársela sin su consentimiento, por cuanto ello implicaba el desconocimiento del derecho fundamental a la dignidad humana.

Respecto del tema de la práctica de las pruebas de poligrafía, también denominadas de confianza, en diversos escenarios, y en particular en las relaciones laborales, no existe legislación positiva, toda vez que en una oportunidad se quiso legislar al respecto, pero el proyecto de ley (el número 048 de 2012) no llegó a feliz término.

Ahora, con fundamento en las disposiciones del Decreto Ley 356 de 1994, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, expidió la Resolución No. 2852 de agosto 8 de 2006, “por la cual se unifica el Régimen de Vigilancia y Seguridad Privada”, en la que regulaba el uso del polígrafo, en el marco del servicio de vigilancia y seguridad privada, en los siguientes términos:

> *“Artículo 105. Autorización. Modificado por el art. 1, Resolución de la S.V.S.P. 2417 de 2008. Autorizase a los servicios de vigilancia y seguridad privada a que implementen en los procesos de selección de personal, el examen psicofisiológico de polígrafo, sin perjuicio de los demás requisitos exigidos para el ingreso.*
>
> *Artículo 106. Derogado por el art. 5, Resolución de la S.V.S.P. 2417 de 2008. Definición. Entiéndase por examen psicofisiológico de polígrafo, la medición de las reacciones fisiológicas del examinado que se presentan cuando dice algo que no corresponde a la realidad.*
>
> *El examen, se realizará mediante un instrumento científico altamente sensible que medirá los cambios en la presión sanguínea, respiración y conductancia galvánica de la piel, entre otras.*
>
> *Artículo 107. Requisitos para personas jurídicas. Las personas jurídicas que estén interesadas en prestar estos servicios deberán obtener por parte de la*

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, la autorización correspondiente en los términos previstos en los artículos 8º, 47 y 60 del Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada.

Sin perjuicio de los requisitos, previstos para las empresas de vigilancia con y sin armas y para las empresas que presten servicios de asesoría, consultoría e investigación, los interesados en practicar pruebas de poligrafía tendrán que acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Solicitud del permiso para la prestación de servicios de poligrafía elevada ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

2. Relación de equipos a utilizar, ubicación de los mismos, características generales, además deberá adjuntar catálogos e indicar su procedencia u origen de fabricación.
3. Los instrumentos de polígrafo a utilizar deberán registrar como mínimo: Neumo o respiración toráxica, neumo o respiración abdominal, cardio y electroderma.

4. Hoja de vida, certificaciones académicas y laborales, fotocopia del pasado judicial nacional vigente, fotocopia de la cédula de ciudadanía y fotocopia de la credencial de consultor en la especialidad de poligrafía, de quienes aplicarán las pruebas de polígrafo. ***El texto subrayado fue suprimido*** *por el art. 3, Resolución de la S.V.S.P. 2417 de 2008.*

5. Contar en sus instalaciones con salas adecuadas para la realización de pruebas de polígrafo que garanticen la privacidad y brinde comodidad, tranquilidad y seguridad al examinado, que en ningún caso sufrirá menoscabo de su dignidad humana.

6. La Superintendencia para conceder el permiso practicará una visita de instalaciones y medios para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

Artículo 108. Empresas asesoras, consultoras e investigadoras en vigilancia y seguridad privada. Modificado por el art. 2, Resolución de la S.V.S.P. 2417 de 2008. Autorizase a las Empresas Asesoras, Consultoras e Investigadoras en Vigilancia y Seguridad Privada, debidamente autorizadas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, a prestar a terceros en forma remunerada, el servicio de poligrafía, en desarrollo de su objeto social, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior.

Artículo 109. Derogado por el art. 5, Resolución de la S.V.S.P. 2417 de 2008. Reserva. Las personas que presten los servicios de poligrafía, mantendrán absoluta reserva de la información obtenida.

Artículo 110. Derogado por el art. 5, Resolución de la S.V.S.P. 2417 de 2008. Autorización. Para la aplicación de la prueba de polígrafo deberá existir autorización escrita, previa y voluntaria del examinado. El examinado tendrá entrevista con el poligrafista que aplica dicha prueba, donde recibirá explicación previa, acerca del funcionamiento del polígrafo y se le dará certeza de que esta prueba no constituirá, en ningún caso, un atentado contra su dignidad humana o sus derechos fundamentales.

Artículo 111. Derogado por el art. 5, Resolución de la S.V.S.P. 2417 de 2008. Seguimiento. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada velará por el cumplimiento al respecto por los derechos humanos, pues la defensa de la seguridad, no puede ocasionar agresiones, coacciones o desconocimiento a los derechos fundamentales."

No obstante, la sección primera del Consejo de Estado, mediante sentencia de enero 24 de 2013, radicado 11001-03-24-000-2008-00345-00 **declaró la nulidad** de la citada Resolución, pero sin pronunciamiento alguno sobre el fondo de la legalidad del uso de la prueba de polígrafo, pues la nulidad solo se fundó, en que la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, desbordó la potestad reglamentaria, que le conferían los Decretos 2355 de 2006 y 356 de 1994, para reglamentar lo referente a la utilización de equipos, medios y elementos utilizados por los vigilados para el desarrollo de sus labores de vigilancia y seguridad privada.

De otra parte, respecto de la prueba de poligrafía, en marco de un concurso de méritos, para proveer cargos en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), esta entidad profirió el **Decreto 71 de 2020** (enero 24) *"por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN."*, en el que en sus Arts. 29 y 30 se estableció lo siguiente:

> ***"Artículo 29**. **Pruebas para la provisión de los empleos del nivel profesional de los procesos misionales de la DIAN bajo las modalidades de ingreso o ascenso**. Para la provisión de los empleos bajo las modalidades de ingreso o ascenso, el proceso de selección comprenderá dos (2) fases independientes, a saber:*
>
> *29.1. Fase I. La Fase I corresponde a la aplicación de competencias básicas para la DIAN y puede comprender pruebas de integridad, polígrafo y de competencias comportamentales, según el perfil y el nivel del cargo al que se aspira. Esta fase es de carácter eliminatorio y su mínimo aprobatorio se definirá en la convocatoria.*
>
> *29.2. Fase II. A esta fase serán llamados, en estricto orden de puntaje, y en el número que defina la convocatoria pública, los concursantes que alcancen o superen el puntaje mínimo aprobatorio de la Fase I."*
>
> *(…)*
>
> ***"Artículo 30**. **Pruebas para la provisión de los empleos diferentes a los del nivel profesional de los procesos misionales tributarios, aduaneros o cambiarios de la DIAN**. Para la provisión de estos empleos se aplicarán las reglas dispuestas en el artículo 28 y en el numeral 29.1 del artículo 29 del presente Decreto-ley.*
>
> *En la convocatoria del concurso se podrá prever la aplicación de pruebas con carácter eliminatorio como el polígrafo y otras de confiabilidad y/o transparencia."*

Al ser demandadas por inconstitucionalidad las referidas normas legales, en los apartes que hacían referencia a la prueba de polígrafo, la Corte Constitucional en la Sentencia C-172 de 2021, sobre dicha prueba en el marco de las relaciones laborales, razonó de la siguiente manera:

> **"4.3.2. El uso del polígrafo para el acceso al empleo público**

A. El polígrafo: aspectos generales y técnicos[1]

[…]

78. Sobre el uso de este instrumento, debe tenerse en cuenta que existen diferentes modalidades de exámenes,[2] tales como: *i) la técnica relevante/irrelevante (RIT, relevant/irrelevant test),* que tiene por objeto que el examinador haga dos tipos de preguntas, unas relacionadas con el objeto investigado y otras que no están relacionadas con el evento investigado y en las que, se supone, el examinador sabe que las respuestas serán verdaderas. Las respuestas fisiológicas más fuertes a las preguntan relevantes que a las irrelevantes se toman como indicativas de engaño. Por lo general, esta técnica se utiliza en investigaciones criminales y en algunos programas de control de seguridad de empleados de agencias estatales, por ejemplo, en la Agencia de Seguridad Nacional de los EE. UU.[3] *ii) El test de preguntas de control o preguntas de comparació*n *(CQT, control question test),* cuyo objetivo consiste en evidenciar las reacciones del sujeto frente a respuestas relacionadas con el objeto de la investigación y otras referidas a un hecho similar. Este tipo de examen se desarrolla en varias fases: *i)* una entrevista previa, con el fin de escuchar una versión sobre lo sucedido por parte del sujeto y obtener una percepción sobre la persona a analizar, *ii)* la conexión al polígrafo y la realización de preguntas relevantes y neutrales; *iii)* la fase de evaluación y, en algunas oportunidades, *iv)* una fase en la que se comunica al sujeto el resultado, generalmente si ha mentido. El *test* de preguntas de comparación se utiliza con frecuencia tanto para la investigación de eventos específicos como para la evaluación de personal. Una versión de la técnica de preguntas comparativas en las pruebas de espionaje y sabotaje (TES) son elemento básico del programa de polígrafo de control de seguridad de empleados como de las FFMM, las fuerzas de policía, las agencias de seguridad estratégicas, las agencias de liquidación y recaudación tributaria o las agencias de seguridad energética.

79. También suele emplearse el *(iii) test de mentira dirigida (DLT, the directed lie test),* que, con base en el tipo de preguntas antes referido, estandariza y pone en un contexto más general las preguntas de control, destacándose que tanto esta como la anterior parten de la presunción de que *"los culpables estarán mucho más preocupados por las preguntas relevantes y mostrarán una mayor reacción fisiológica ante ellas, mientras que los inocentes estarán más preocupados con las preguntas de control"* o el *(iv) test del conocimiento culpable (GKT, guilty knowedge test o CIT, concealed information test),* que involucra preguntas sobre los detalles de un evento bajo investigación que son conocidos solo por los investigadores y aquellos con conocimiento directo del evento.[4] Debido a que este formato de prueba requiere que el examinador tenga conocimiento de los detalles de un evento específico, que es el tema del interrogatorio, no se utiliza en contextos de control de seguridad.

80. Por lo demás, si bien el polígrafo no tiene un ciento por ciento de confiabilidad, ningún instrumento posee ese nivel de confiabilidad, ni puede superar por completo los errores humanos. Empero, con la existencia del polígrafo computarizado, se ha podido lograr, según Kircher y Raskin (1988), un mayor nivel de confiabilidad, pues la computadora obtiene resultados con mayor consistencia y minuciosidad, lo que resulta ser como un segundo examinador que observa las gráficas y las interpreta. Inclusive, algunos expertos en la materia afirman que solo las pruebas de ADN superan en confiabilidad a los resultados del polígrafo.

81. El siguiente cuadro se describen cada uno de los *test* mencionados:

---

[1] Para la construcción de este apartado se toman en cuenta las siguientes fuentes: (i) "Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal – El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerpprinting (P300)." María Luisa Villamarín López. Editorial Marcial Pons. 2014; (ii) información de la Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, una de las tres existentes a nivel internacional. https://www.alp-polygraph.com/; y (iii) el concepto remitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil a este proceso.

[2] Según el informe de la Comisión Nacional del Servicio Civil, *"[e]xisten diferentes técnicas de uso de dichos registros, las cuales buscan el establecimiento de una línea base o de "constantes" en las respuestas fisiológicas para que, a partir de estas, se puedan comparar los marcadores de las activaciones frente a preguntas dicótomas (de "sí" o "no"). Los métodos más usados son: 1) Relevan / Irrelevant Test (RIT), 2) Control Question Technique (CQT) y 3) Concealed Information Test (CIT). Cada una de ellas tienen diferentes formas de plantear las preguntas al entrevistado y le ofrecen a este, diferentes opciones para responder a las mismas. 2 Estas diferentes técnicas, en principio, buscan detectar el engaño y corroborar la veracidad de acciones, partiendo de una situación sobre la que se tiene información parcial."*

[3] Fuente: https://www.nap.edu/read/10420/chapter/3#14.

[4] Fuente: https://www.apa.org/research/action/polygraph.

Tabla 1. Modalidades de examen

Test	RIT	CQT	CIT
Generalidades	Compara las respuestas del sujeto a dos conjuntos diferentes de preguntas, uno de los cuales es relevante para la investigación y el otro no lo es.	Similar al RIT, pero reemplaza el conjunto neutral irrelevante con un conjunto de preguntas de comparación sobre actos poco éticos sobre los que la mayoría de los sujetos mentirían para preservar su ego o reputación.	Conjunto único de preguntas de opción múltiple, cada una con cinco o más respuestas posibles, de las cuales solo una refleja el estado de cosas "verdadero".
Supuestos	Los sujetos engañosos reaccionarán con más fuerza a las preguntas relevantes que a las irrelevantes, mientras que los sujetos no engañosos no mostrarán diferencias.	Los sujetos engañosos reaccionarán con más fuerza a las preguntas relevantes que a las preguntas de comparación, mientras que los sujetos no engañosos no mostrarán ninguna diferencia.	Los sujetos que ocultan información sobre el elemento "verdadero" reaccionarán con más fuerza a ese elemento en comparación con los ficticios que lo acompañan.
Ejemplo	Comparación de respuestas a una pregunta irrelevante (“¿Tiene la misma edad que x?) a una pregunta relevante ("¿Ingresó a la vivienda a través de la ventana de escape en caso de incendio?")	Comparación de las respuestas a una pregunta relevante ("¿Ingresó a la vivienda a través de la ventana de escape en caso de incendio?") Con una pregunta de comparación ("¿Alguna vez quitó papel de impresora de su lugar de trabajo y se lo llevó a casa?")	El agresor fue golpeado con (i) martillo, (ii) taco de billar, (iii) bate de béisbol, (iv) piedra, (v) llanta de hierro.
Fortalezas	Aplicable a una variedad de investigaciones que requieren un examen de polígrafo.	Aplicable a una variedad de investigaciones que requieren un examen de polígrafo.	Fuerte apoyo científico (tanto teórico como empírico) para el enfoque con una variedad de sensores
Debilidades	Soporte científico débil (tanto teórico como empírico) para el enfoque con una variedad de sensores.	Soporte científico débil (tanto teórico como empírico) para el enfoque con una variedad de sensores.	Aplicable solo a un subconjunto reducido de investigaciones.

Fuente: https://www.jhuapl.edu/Content/techdigest/pdf/V33-N04/33-04-Happel.pdf

B. Algunas definiciones estándar[5]

82. *Polígrafo:* instrumento que: *i)* registra cambios continuos, visuales, permanentes y simultáneos en los patrones cardiovasculares, respiratorios y electrodérmicos como

[5] Fuente: https://www.nap.edu/read/10420/chapter/3#27.

estándares mínimos de instrumentación; y, *ii)* su resultado se usa con el propósito de emitir una opinión diagnóstica con respecto a la honestidad o deshonestidad de un individuo.

83. *Examen de polígrafo*: proceso que abarca todas las actividades que tienen lugar entre un examinador de polígrafo y un individuo durante una serie específica de interacciones, incluida la entrevista previa a la prueba; el uso del instrumento del polígrafo para recopilar datos fisiológicos del individuo mientras el examinador presenta una serie de pruebas; la fase de análisis de datos de prueba; y, la fase posterior a la prueba.

84. *Prueba de polígrafo*: parte del examen de polígrafo durante el cual el instrumento recopila datos fisiológicos basados en las respuestas del individuo a las preguntas de la prueba del examinador.

C. Propósitos de la prueba del polígrafo (aplicación práctica)

85. La prueba del polígrafo se utiliza ampliamente en Estados Unidos, Israel, Japón, Canadá, Reino Unido, Bélgica, Guatemala, Panamá y Perú para tres (3) propósitos principales:

85.1. ***Investigación de eventos específicos.*** Aunque existen muchas restricciones sobre el uso de los resultados del polígrafo como prueba en causas penales, a menudo se utiliza para ayudar a dirigir y enfocar las investigaciones en este ámbito. Los resultados del examen son presentados con la finalidad de que sean admitidos como evidencia en un proceso judicial en curso.

Entre los Estados que admiten el uso del polígrafo y reconocen su licitud como medio de prueba en la investigación criminal se encuentran Estados Unidos, México, Panamá, República Dominicana, Guatemala y Perú. En todo caso, en estos países, la práctica de los tribunales exige leer al imputado sus derechos y obtener su consentimiento para la práctica del examen. Además de la aceptación libre, voluntaria e informada, se exige la presencia de un abogado, el derecho a que la prueba sea suspendida por solicitud del examinado y a que conste la firma del profesional que la practica y del sujeto evaluado.[6]

En contraste, los tribunales de Estados como España, Alemania, Italia, Francia y Brasil no admiten como prueba válida en materia criminal el resultado del examen del polígrafo. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, por ejemplo, considera que el polígrafo conculca el derecho a la personalidad del afectado, protegido por el artículo 1, párrafo 2 de la Ley Fundamental, que fija los límites a la investigación de la verdad en el proceso penal.[7] En línea con lo anterior, en materia judicial, en Colombia se considera ilícita la prueba obtenida mediante la utilización del polígrafo por ser contraria a la dignidad de la persona humana, al derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, y al debido proceso probatorio.[8]

85.2. ***Evaluación de empleados.*** Se usa para evaluar a los empleados actuales que pueden haber incurrido en la comisión de actos prohibidos por su empleador o por la ley, pero generalmente no hay un acto conocido específico que sea el foco del examen.

En Canadá, por ejemplo, los empleados no pueden ser sometidos a la prueba del polígrafo por ninguna razón, mientras que, en Australia, los empleadores pueden administrar la prueba si el empleado ha dado su consentimiento expreso, y solo se recomienda cuando ha habido un acto específico de engaño y existen elementos razonables que permiten inferir que aquel podría ser responsable.[9]

El caso estadounidense resulta particularmente relevante porque en dicho país existe la *"Employee Polygraph Protection Act-EPPA"* o Ley de Protección de Empleados ante el Polígrafo. Esta ley prohíbe a la mayoría de los empleadores privados usar pruebas de detector de mentiras, ya sea para la evaluación previa al empleo o durante el curso de este. Tampoco pueden exigir o solicitar a ningún trabajador o aspirante al empleo que se someta a una prueba de polígrafo ni despedirlo, disciplinarlo o discriminarlo por negarse a la práctica

[6] Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Francisco Javier Farfán 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.
[7] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 4603-15 del 25 de abril de 2019.
[8] Corte Suprema de Justicia, Expediente núm. 16470 del 1 de agosto de 2018.
[9] Procuraduría General de la Nación, *Rostros & Rastros justicia, comunidad y responsabilidad social*. Revista del Observatorio de DD. HH. del Instituto de Estudios del Ministerio Público, Año 9, N. º 21, Junio-Diciembre de 2018.

del examen. Sin embargo, la ley admite excepciones y permite la prueba del polígrafo a ciertos empleados de los que se sospecha razonablemente que están involucrados en un incidente en el lugar de trabajo que resultó en una pérdida económica específica o una lesión para el empleador. Cuando se permiten exámenes de polígrafo, su práctica está sujeta a estándares estrictos para la realización de la prueba, incluidas las fases de prueba previa, prueba y prueba posterior.[10]

En Colombia se admite como método de investigación al interior de las organizaciones empresariales, pero sin que la negativa a someterse a este procedimiento, o el resultado adverso tras su práctica, pueda ser utilizado como justa causa para el despido del trabajador.[11]

85.3. ***Selección de personal.*** Debido a la importancia, especialidad y delicadeza de las funciones de la entidad o del empleo a proveer, el polígrafo es utilizado actualmente para la selección de personal y en agencias de seguridad en 68 países, 16 en América Latina. Además, existen otros espacios puntuales en los que se ha documentado el uso autorizado del polígrafo. En el siguiente cuadro se resaltan algunos de estos escenarios:

Diversos espacios de aplicación práctica del instrumento
Expertos 2014. Campos de aplicación de la poligrafía [Disponible en línea: www.lafayettecolombia.com] - **Compañías de seguridad privada:** guardas o vigilantes, escoltas, conductores, transporte de valores, uso de armas de fuego, etc. - **Manejo de mercancías:** logística, almacenamiento, transporte. - **Manejo de dinero valores:** tesoreros, cajeros, administradores, dependientes de almacenes de venta al público. - **Manipulación de sustancias y materias primas:** laboratorios, farmacias, transporte de sustancias peligrosas, etc. - Manejo de información confidencial y/o estratégica: proyectos, diseños, campañas, asesores personales, secretarias. - **Empresas de empleos temporales y de autsourcing.** - **Detección de hábitos nocivos**: juego, drogas, alcohol, violencia (negrillas propias). - Casinos e industria del juego, selección y control de permanencia de empleados. - **Servicios personales:** comprobación de referencias y antecedentes de personas naturales, inmigrantes extranjeros de difícil localización. - En el curso de investigaciones judiciales, administrativas, disciplinarias y fiscales, para el diagnóstico de la veracidad de testimonios que ayuden a resolver asuntos de robos internos, fraudes, comportamientos dudosos, deshonestidad, abuso de confianza, abuso sexual, etc. - Mantenimiento de confianza en parejas, socios, empleados, etc.". ("adaptación cuadro")

Fuente:https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/img/ruta/Revista%20Rostros%20y%20Rastros%20%23%2021_.pdf

D. El uso del polígrafo en el marco de la implementación de una política gubernamental para hacer frente a la corrupción denominada "Pacto por la Transparencia"

86. En el marco de la implementación de una política gubernamental para hacer frente a la corrupción denominada *"Pacto por la Transparencia"*, se autorizó la utilización del polígrafo para blindar los procesos de contratación en el sector Infraestructura, vivienda y Agua (Ministerio de Transporte, Invías, ANI y Aerocivil). Así, entonces, se tiene documentado que, en el año 2015, el Director General del INVÍAS se sometió durante dos horas a la prueba del polígrafo antes del inicio de las adjudicaciones de 57 proyectos de las Vías para la Equidad, como una forma de luchar contra la corrupción y promover las buenas prácticas en la administración pública.[12]

E. El uso del polígrafo para el acceso al empleo público y su compatibilidad con el principio de dignidad humana

87. En la práctica interna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional,[13] del Consejo de Estado[14] y de la Corte Suprema de Justicia[15] rechazan la validez del uso del polígrafo como

[10] Fuente: https://www.dol.gov/agencies/whd/polygraph.
[11] Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Francisco Javier Farfán 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.
[12] Fuente: https://www.invias.gov.co/index.php/sala/noticias/2251-director-general-se-sometio-a-prueba-del-poligrafo.
[13] Sentencia T-420 de 2014. M.P. Andrés Mutis Vanegas (e).
[14] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 4603-15 del 25 de abril de 2019. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.
[15] Corte Suprema de Justicia, Expediente núm. 26470 del 1 de agosto de 2008.

medio de prueba en procesos judiciales y administrativos sancionatorios, para justificar el despido de trabajadores o el retiro del servicio del personal civil o militar, entre otras razones, por considerarlo una amenaza para la dignidad humana y la intimidad personal.

88. En la Sentencia **C-075 de 2017**, la Corte Constitucional recordó que *"dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo."*

89. En ese sentido, la dignidad humana puede catalogarse *"como como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de la integridad física y moral."*[16]

90. Sobre esa base, la previsión constitucional conforme a la cual el Estado se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana (Art. 1 de la CP), impone a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, y entre los cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia (Art. 2 de la CP).

91. Sin embargo, en la medida en que ningún derecho fundamental es absoluto, sino que puede ser sometido a restricciones y limitaciones, a condición de que estas sean, en definitiva, razonables y proporcionadas, y dado que no existe prohibición legal expresa, cabe admitir la necesidad del uso del polígrafo para el acceso al empleo público en ciertas áreas en las cuales el talento humano o el capital intelectual que se seleccione tiene relación directa con la seguridad nacional, la seguridad del Estado y la seguridad ciudadana, como sucede, por ejemplo, con las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la guardia penitenciaria o carcelaria y la Dirección de Inteligencia; con las áreas de investigación criminal y de apoyo a las mismas, o las que guardan relación con la confianza en el sistema monetario y en el sistema financiero, que son de interés público, o las que tienen a su cargo la responsabilidad del sistema tributario, especialmente, en lo que concierne al recaudo y administración del ingreso público, como es el caso de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

92. En todo caso, en estos ámbitos, la dignidad humana debe quedar indemne en la medida en que la práctica del polígrafo como requisito ineludible de licitud, debe ser, necesariamente, consecuencia de una decisión libre, voluntaria e informada de quien decida someterse al examen.

93. Así, entonces, para garantizar que en ámbitos como los que se acaban de mencionar, la práctica del examen del polígrafo resulte conforme con el principio de dignidad humana, acogiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia,[17] es necesario atender los siguientes criterios:

93.1. Se le debe permitir al aspirante consentir o no de manera previa, libre, voluntaria e informada la realización de la prueba del polígrafo.

93.2. El consentimiento para la realización de la prueba debe ser solicitado de manera anticipada e informada, es decir, explicándole a la persona de manera previa y detallada la forma y metodología de la realización de la prueba de confianza.

93.3. La negativa de someterse a la práctica de la prueba del polígrafo no puede significar la exclusión del proceso de selección.

93.4. Para el que consienta en la realización de la prueba, los resultados de esta no pueden implicar su exclusión del proceso de selección.

93.5. La prueba deberá practicarse por profesionales altamente capacitados conforme a los protocolos que garanticen el respecto y la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos.

---

[16] Sentencia C-075 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. SV. Jaime Araújo Rentería. AV. Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla. AV. Jaime Córdoba Triviño.
[17] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 4603-15 del 25 de abril de 2019. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

F. El uso del polígrafo para la selección de personal de inteligencia y contrainteligencia

94. El propósito principal de la prueba del polígrafo en este ámbito es identificar a personas que puedan llegar a representar serias amenazas a la seguridad nacional y a la seguridad del Estado. Se busca reducir al mínimo los riegos de seguridad grave. Son elementos comunes a las labores de inteligencia y contrainteligencia, las siguientes: *i)* se trata de actividades de acopio, recopilación, clasificación y circulación de información relevante para el logro de objetivos relacionados con la seguridad nacional y la seguridad del Estado y, de contera, con la seguridad de sus ciudadanos; *ii)* el propósito de esas actividades y el de la información es prevenir, controlar y neutralizar situaciones que pongan en peligro tales intereses legítimos, así como hacer posible la toma de decisiones estratégicas que permitan la defensa y/o avance de los mismos; y, *iii)* toma importancia el elemento de la reserva de la información recaudada y de las decisiones que en ella se sustentan, dado que la libre circulación y el público conocimiento de las mismas podría ocasionar el fracaso de esas operaciones y de los objetivos perseguidos.

95. Téngase presente que en Colombia, las actividades de inteligencia y contrainteligencia se encuentran reguladas en la Ley 1621 de 2013, Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia, las cuales, según lo previsto en el artículo 2º de la misma, se definen como aquellas que desarrollan los organismos especializados del Estado, del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos, para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los Derechos Humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional.

96. De acuerdo con lo previsto en el artículo 3º de esa misma ley, tales actividades de inteligencia y contrainteligencia solo pueden ser ejercidas por *i)* las dependencias de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional organizadas para tal fin; *ii)* por la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF); y, *iii)* por los demás organismos que sean facultados por la ley para estos efectos. De conformidad con el artículo 4º, particularmente, la función de inteligencia está circunscrita al principio de *reserva legal,* que garantiza la protección de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad personal y familiar, y al debido proceso.

97. El *compromiso de reserva legal* implica que *i)* los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, *ii)* los funcionarios que adelanten actividades de control, supervisión y revisión de documentos o bases de datos de inteligencia y contrainteligencia y, *iii)* los receptores de productos de inteligencia se encuentran obligados a suscribir acta de compromiso de reserva en relación con la información de que tengan conocimiento.

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

99. Para tal efecto, prevé que cada una de las entidades que realicen actividades de inteligencia y contrainteligencia desarrolle protocolos internos para el proceso de *selección, contratación, incorporación* y capacitación del personal de inteligencia y contrainteligencia, teniendo en cuenta la doctrina, funciones y especialidades de cada una de las entidades.

100. De ese modo, establece que la no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad será causal de no ingreso o retiro del organismo de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno.

101. Al realizar el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia, la Corte Constitucional declaró exequible la norma que autoriza la aplicación de todas las pruebas técnicas para garantizar la reserva en los organismos de inteligencia y contrainteligencia (Sentencia C-540 de 2012). A su turno, el Decreto 857 de 2014, por el cual se reglamenta la Ley 1621 de 2013, al regular lo relacionado con los estudios de credibilidad y confiabilidad, establece que dichos estudios comprenden, entre otros exámenes técnicos, el *examen psicofisiológico de polígrafo.*

102. En ese orden de ideas, es claro que los organismos de inteligencia y contrainteligencia tienen necesidades operativas de medios precisos y fiables de detectar el engaño para garantizar la seguridad nacional, la seguridad del Estado y la seguridad ciudadana o humana a través del ingreso de servidores públicos con los más altos estándares de probidad y confiabilidad.

103. Por esta razón, la Ley 1621 de 2013 y sus reglamentos establecen y autorizan el uso del polígrafo como uno de los mecanismos que puede ser aplicado al realizar las pruebas de confiabilidad y credibilidad para el acceso a la prestación de servicios en los organismos de inteligencia del Estado.

104. Adicionalmente, estas normas prevén que la no superación de dichas pruebas, incluido el polígrafo, permitirá negar el acceso al servicio e inclusive el retiro del mismo, con lo que los resultados del detector de mentiras reciben la categoría o rango de prueba de una justa causa de despido.

G. El uso del polígrafo para la selección de personal en otros ámbitos

105. Solo en los casos de la DIAN y de la Superintendencia de Vigilancia se autoriza y reglamenta de manera expresa el uso del polígrafo en los procesos de selección de personal, pero siempre y cuando el aspirante emita su consentimiento de manera informada, lo cual implica que previamente se le debe indicar la metodología de la prueba y la manera en que se generarán sus resultados.

106. Además, el uso de la prueba del polígrafo y sus similares, dentro de un proceso de selección de personal, ha sido regulado vía reglamento administrativo en dos casos específicos:

106.1. En las empresas vigiladas por la Superintendencia de Vigilancia Privada, según lo señalado en las resoluciones 2593 de 2003, 2852 de 2006 y 2417 de 2008, proferidas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.[18]

106.2. En la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, conforme a la Resolución 000143 de 2014, expedida por el Director de dicha entidad.

4.4. Resolución del problema jurídico propuesto

107. Para efectos de este análisis se acogerá como herramienta metodológica el juicio integrado de proporcionalidad, compuesto por el principio de proporcionalidad clásico y un test que, basado en tres intensidades o escrutinios, permite abordar diferencialmente grupos de casos que merecen tal tratamiento por involucrar -en mayor o menor medida- el ámbito de configuración del Legislador.

108. En este contexto, el paso inicial que debe adelantarse es determinar la intensidad del juicio. Para ello, la Sala Plena valora que la práctica de la prueba del polígrafo, como de ello dan cuenta los antecedentes que se han mencionado, plantea serios reparos por su interferencia intensa a la dignidad humana y la autonomía del sujeto. En este asunto, además, la regulación tiene por objeto establecer una condición de acceso a cargos públicos, al prever su realización dentro del proceso de selección de cargos misionales en el régimen de carrera administrativa específico de la DIAN, por lo cual, también impacta dicho derecho y los principios del mérito e igualdad que a él se vinculan. En estas condiciones el escrutinio de análisis será *estricto*.

109. Al amparo de esta intensidad, debe evaluarse *i)* si el fin perseguido por la norma es imperioso; *ii)* si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, *iii)* si los beneficios de adoptar la medida exceden

[18] No obstante, es de advertir que el Consejo de Estado - Sección Primera (i) declaró la nulidad de la Resolución No. 2852 de 2006, en Sentencia del 24 de enero de 2013, por falta de competencia para expedir esta regulación (M.P. María Elizabeth García González. Radicado No. 2008-00345), con lo cual se ha comprendido que sobre la Resolución No. 2417 de 2008 operó el fenómeno del decaimiento, y (ii) suspendió los efectos de la Resolución No. 2593 de 2003 (Radicado 2020-00126), por lo cual, el Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada estimó en la Circular externa No. 20211300000023 del 10 de febrero de 2021, que en la actualidad no se cuenta con soporte legal que autorice el uso del polígrafo en este sector.

o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.

110. Antes de abordar cada uno de dichos pasos, es menester advertir que la prueba del polígrafo está regulada en los artículos 29.1 y 30 del Decreto Ley 71 de 2020 y se aplica en procesos de ingreso y ascenso en la carrera de la DIAN respecto de cargos profesionales y niveles inferiores que tengan que ver con el objeto misional de la entidad. Aunado a lo dicho, específicamente el artículo 30 establece que, además del polígrafo, pueden realizarse otras pruebas de confianza. Estas últimas, como podría ser la prueba de estrés de voz, no fueron objeto específico de discusión a lo largo de este trámite, por lo cual mal haría la Sala en pretender juzgar todos los métodos o instrumentos científicos que pueden dirigirse a la detección de signos corporales que lleven presuntamente a acreditar la veracidad o no de una aseveración o afirmación, por lo cual, este análisis se sujetará al polígrafo, sin perjuicio, por supuesto, de que las consideraciones expuestas puedan aplicarse por las autoridades con competencia de cara a determinar la pertinencia y validez de instrumentos similares. También debe precisarse que este análisis no pretende desconocer los beneficios que los desarrollos científicos tienen para el servicio de la administración de justicia y la buena marcha de la administración pública, sin embargo, el examen se realiza en el marco científico disponible y partiendo del escenario en el que se pretende aplicar, el acceso a cargos públicos a través del concurso de méritos.

Análisis de constitucionalidad de las expresiones demandadas

111. Dicho lo anterior, encuentra la Sala que a la regulación del acceso al empleo público subyace la finalidad de que el Estado cumpla adecuadamente con los fines a su cargo, tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y garantizar la prevalencia del interés general (Arts. 1 y 2 de la CP). Con idéntica inspiración, el artículo 209 de la Carta establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y su desarrollo implica la sujeción a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

112. Desde esa perspectiva, la selección del talento humano asume un papel fundamental, pues desde la Constitución de 1991 la vinculación de personas con las máximas calidades personales y profesionales ha sido un objetivo claro y decidido, encontrando en los procesos de selección un instrumento de apoyo a partir de las variadas pruebas que allí se pueden adelantar. En este conjunto, las condiciones éticas de quienes integran el servicio público son relevantes, y lo son, no solamente al amparo de la Constitución, sino de instrumentos internacionales que vinculan al Estado y que tienen por objeto prevenir y combatir eficazmente fenómenos tales como el fraude y la corrupción.

113. Al respecto, es menester apuntar que el fraude es *"una actividad deshonesta que causa una pérdida financiera real o potencial para cualquier persona o entidad asociado al abuso de la oportunidad que tienen actores públicos y/o privados en ejecución de actividades que afectan los intereses de la administración pública."*[19] Por su parte, la corrupción se define como *"el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado, donde las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos y/o privados con poder e incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos."*[20]

114. En el caso de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), cuya carrera específica se ha justificado en la naturaleza de la misión y actividad técnica que desempeña, es claro que la vinculación de las personas con las mejores condiciones profesionales y personales **constituye un fin constitucionalmente imperioso,** porque de por medio se encuentra la satisfacción del servicio público y este, además, se predica de una entidad que tiene por objeto contribuir a la seguridad fiscal del Estado y a la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras, cambiarias, de los derechos de exportación y de los gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad. En esta pretensión, finalmente, están inmersos todos los funcionarios de la entidad, incluidos los profesionales, técnicos y asistenciales del orden

[19] Fuente: https://www.itrc.gov.co/Itrc/glossary/fraude/.
[20] Fuente: https://www.itrc.gov.co/Itrc/glossary/corrupcion/.

misional, dado que sin exclusión alguna participan en la prestación de los servicios a cargo de la DIAN.

115. Por otro lado, es un hecho indiscutible que prácticas corruptas han permeado por años la labor que desarrollan algunos de los servidores públicos de la DIAN, especialmente, en materia de recaudo tributario y de gestión aduanera, funciones que son de notable importancia para la seguridad fiscal del Estado y la protección del orden público económico.

116. En el año 2019, la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, entidad pública del orden nacional adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuya misión es la de proteger el patrimonio público frente a acciones de fraude y corrupción por parte de funcionarios de la DIAN, de la UGPP y de Coljuegos, informó sobre 153 servidores públicos sancionados por actos de corrupción, en su mayoría pertenecientes a la DIAN, algunos de los cuales dejaron prescribir procesos de cobro coactivo con la obtención de beneficios económicos, manipularon las obligaciones tributarias de contribuyentes, así como los procedimientos aduaneros para beneficiar el contrabando, y simularon la destrucción de elementos decomisados que, en realidad, fueron vendidos a terceros.[21]

117. Para la Corte, la corrupción y, en general, la falta de integridad en la toma de decisiones públicas dentro de la DIAN, menoscaban los valores de la democracia, impiden la prestación eficaz del servicio público, afectan el patrimonio del Estado y defraudan la confianza de los ciudadanos.

118. Si bien es cierto que Colombia cuenta con varias instituciones encargadas de investigar y sancionar las conductas o prácticas de corrupción cometidas por servidores públicos de la DIAN, la prevención **es una medida necesaria** para hacer frente a las debilidades sistémicas e institucionales que propician la corrupción dentro de la entidad.

119. Una forma de prevenir el riesgo de corrupción, es decir, la posibilidad de que, por acción u omisión, se use el poder para desviar la gestión de lo público hacia un beneficio privado, es asegurar altos estándares de probidad en quienes están llamados a ocupar los empleos de carrera del nivel profesional y otros niveles inferiores de los procesos misionales de la DIAN, de ahí la importancia de la medición de aspectos relacionados con la honestidad, integridad, confiabilidad y seguridad del aspirante.

120. En la búsqueda de este objetivo, el polígrafo juega un papel importante, pues, como ya se ha mencionado, es un instrumento de gran sensibilidad y precisión capaz de registrar de forma continua las variaciones fisiológicas que se producen en el organismo de una persona que se somete a una evaluación poligráfica y cuyo resultado permite emitir una opinión diagnóstica con respecto a su honestidad o deshonestidad.

121. Si bien es cierto que el grado de precisión del examen poligráfico ha sido objeto de controversia, pues depende del tipo de polígrafo que se use, de la técnica empleada (RIT, CQT, CIT, entre otras) y, además, de la preparación del sujeto que interroga o poligrafista, también lo es que su práctica extendida en varios países del mundo de cara a los procesos de selección de personal para ocupar determinados empleos; la existencia de estándares definidos y avalados por organizaciones profesionales de reconocido prestigio como la American Polygraph Association (APA), la American Society for Testing and Materials (ASTM), la American Association of Police Polygraphists (AAPP) y la Asociación Latinoamericana de Polgraistas (ALP); y distintas investigaciones desarrolladas en el campo científico,[22] demuestran el grado de confiabilidad de este instrumento y su papel fundamental en la búsqueda del objetivo de fortalecer los márgenes de seguridad, confiabilidad y honestidad del personal que ingresa al servicio público, así como para detectar vulnerabilidades y disminuir los riesgos de corrupción que puedan afectar el patrimonio público de la Nación y los objetivos institucionales.

---

[21] Fuente: https://www.larepublica.co/economia/estamos-preocupados-por-la-corrupcion-que-existe-en-las-aduanas-itrc-2874548.
https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/desarticulada-red-de-corrupcion-conformada-por-funcionarios-de-la-dian-y-particulares-que-vendian-maquinaria-decomisada/.

[22] Aura Itzel Ruiz Guarneros. "El polígrafo: ¿un instrumento científico*?", Iter Criminis Revista de Ciencias Penales*, n.º 16, enero de 2017, Ciudad de México, Instituto de Ciencias Penales de México (INACIPE), 2017, pp. 129-150.

122. En esa medida, encuentra la Corte que no existe otro instrumento de la misma naturaleza y con el mismo grado de confiabilidad al que se pueda recurrir para lograr dichos objetivos y, por contera, garantizar la moralidad administrativa. Aunque herramientas como la verificación de antecedentes y el análisis de la hoja de vida permiten conocer hechos relacionados con la conducta pasada del aspirante, su historial académico y su experiencia profesional, el resultado de esta evaluación determina la aptitud legal del concursante, pero no revela su grado de idoneidad moral para el desempeño de funciones de especial interés público en razón del perfil y nivel del cargo.

123. De igual forma, otro tipo de herramientas, como aquellas que sirven para medir el desempeño del servidor público o de capacitación, tampoco resultan lo suficientemente idóneas para evitar que un empleado desvíe la gestión de lo público para su beneficio propio o de terceros, pues es factible que, como resultado de la evaluación, se determine que el servidor tiene un buen rendimiento, pero nada garantiza que los logros obtenidos no hayan sido producto de conductas inapropiadas.

124. No obstante, debe la Corte reconocer que la prueba del polígrafo en los procesos de selección para el acceso al empleo público, cuando no cuenta con protocolos previamente definidos y se implementa sin ningún tipo de restricción, como lo establece el artículo 29 del Decreto 71 de 2020, plantea serios cuestionamientos en términos de afectación de principios, valores y derechos constitucionales como el de la dignidad humana y la intimidad personal. Si a esto se agrega su carácter eliminatorio, surgen dudas aún mayores, pues debido a su naturaleza subjetiva, lo ideal es que tenga un valor accesorio y no determinante, lo que implicaría que fuese de carácter clasificatorio.

125. En estas condiciones, lo que correspondería, en principio, sería excluir la prueba del polígrafo de la Fase I de los procesos de selección de ingreso y ascenso para el nivel profesional y otros niveles diferentes de carácter misional de la carrera de la DIAN, declarando la inexequibilidad de la expresión *"polígrafo"*, prevista en el artículo 29.1, y de la expresión *"como el polígrafo",* contenida en el artículo 30 del decreto demandado.

126. No obstante, la Sala advierte que, tal y como lo expresaron algunos de los intervinientes en este proceso -Ministerio Público y CNSC-, existe una forma de mantener, dentro de la regulación demandada, la prueba del polígrafo para la provisión de empleos de carrera en la DIAN -según el perfil y el nivel del cargo- sin sacrificar los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la autonomía personal y a la igualdad de los participantes del proceso de selección, en la medida en que cumple fines importantes para el desarrollo de los principios constitucionales del sistema de carrera y del mérito, como principal forma de acceso al empleo público, y de moralidad administrativa, en tanto pilar esencial del funcionamiento del Estado.

127. Sobre esa base, la prueba del polígrafo será constitucional siempre que en su diseño y aplicación *i)* se le permita al aspirante consentir o no de manera previa, libre e informada la realización de la prueba; *ii)* se le explique al concursante, previa y detalladamente, la forma y metodología de la realización de la prueba; *iii)* la negativa de someterse a la prueba no signifique la exclusión automática del proceso de selección; y *iv)* se practique por profesionales altamente capacitados conforme a protocolos estrictos que garanticen el respecto y la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos.

128. En consecuencia, para que los beneficios de la prueba del polígrafo no excedan las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales y, de esta manera, la norma resulte **razonable y proporcional,** la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *"polígrafo",* prevista en el artículo 29.1 del Decreto Ley 71 de 2020, en el entendido de que la utilización de esta prueba no es de carácter eliminatorio, deberá contar con el consentimiento previo, libre e informado del concursante y practicarse conforme a los protocolos que garanticen el respeto y efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos. Dado que lo inadmisible, en términos constitucionales, es el carácter eliminatorio de la prueba del polígrafo, mas no el calificativo de eliminatoria de la Fase I del proceso de selección, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *"Esta fase es de carácter eliminatorio",* contenida en la misma disposición normativa.

129. En esa misma línea, también declarará la inexequibilidad del enunciado *“como el polígrafo”,* contenida en el inciso segundo del artículo 30 del Decreto Ley 71 de 2020.”

Conforme a las conclusiones de la referida sentencia, la prueba de polígrafo no está proscrita en el ámbito laboral, pues excepcionalmente pude ser utilizada en actividades que la justifiquen.

Incluso, en la citada sentencia, la Corte Constitucional, trae unos ejemplos en los que se considera válida la aplicación de la prueba del polígrafo, expresando sin analizar de fondo que ella estaba autorizada y reglamenta en el servicio de vigilancia, sin embargo, después de haber realizado esta afirmación, en el pie de página 133, advierte que el Consejo de declaró la nulidad de la Resolución No. 2852 de 2006, en Sentencia del 24 de enero de 2013, con lo cual se ha comprendido que sobre la Resolución No. 2417 de 2008 operó el fenómeno del decaimiento, y (ii) suspendió los efectos de la Resolución No. 2593 de 2003 (Radicado 2020-00126), por lo cual, el Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada estimó en la Circular externa No. 20211300000023 del 10 de febrero de 2021, que en la actualidad no se cuenta con soporte legal que autorice el uso del polígrafo en este sector.

Así al no haber soporte legal que proscriba o permita, el uso de la prueba del polígrafo en el marco del servicio de vigilancia privada, se hace necesario valorar si ella se justifica en este sector, y a juicio de la Sala, le asiste razón a la apoderada de la accionante, pues el primer argumento de la apelación es que la prueba se justifica en la actividad que ejerce el demandante, pues escolta el transporte de valores, incluso con el uso de armas, lo que puede poner en riesgo la vida e integridad de las otras personas del equipo que ejecutan la operación del transporte de valores, por lo que en la empresa actora, para el caso específico de quienes ejercen la actividad de escolta de transporte de valores la práctica de la prueba de polígrafo se justifica.

Con todo, el hecho que la prueba sea justificada, debe realizarse bajo unos estrictos protocolos y con unas condiciones que se citaron como conclusión en la referida sentencia C-172 de 2021 así:

> *“127. Sobre esa base, la prueba del polígrafo será constitucional siempre que en su diseño y aplicación i) se le permita al aspirante consentir o no de manera previa, libre e informada la realización de la prueba; ii) se le explique al concursante, previa y detalladamente, la forma y metodología de la realización de la prueba; iii) la negativa de someterse a la prueba no signifique la exclusión automática del proceso de selección; y iv) se practique por profesionales altamente capacitados conforme a protocolos estrictos que garanticen el respecto y la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos.”*

En este caso, si bien se encuentra probado que al accionado se le citó a la práctica de la prueba de polígrafo, no existe evidencia alguna que previamente se le haya explique, previa y detalladamente, la forma y metodología de la realización de la prueba, ni se le acredita que quien practicará la prueba sea un profesionales altamente capacitados conforme a protocolos estrictos que garanticen el respecto y la efectividad de los principios constitucionales, entre ellos el de la dignidad humana y, en general, los derechos humanos, por lo que en estas circunstancias, era legítimo que el demandado se negara a la práctica de la prueba, y por ello tal conducta no puede constituir justa causa para terminarle el contrato de trabajo, y en consecuencia la sentencia del a quo, será confirmada, pero por as razones expuestas en esta instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de demandado. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de $1.300.000

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia del 26 de julio de 2024, proferida por el JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso especial de levantamiento de fuero sindical, promovido la sociedad **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**, contra el señor **JUAN GABRIEL DURANGO GÓMEZ**

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante, y a favor del demandado. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de $1.300.000

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

La anterior sentencia se notifica a las partes por **EDICTO.**

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, por quienes en ella han intervenido, los magistrados

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 4ba05b8465f3e9340f48b4d34b51146e689deb31d4829834011e44a2d3da81ed
Documento generado en 19/12/2024 11:55:08 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica