

EL QUINCEAÑERO DE *CRAWFORD V. WASHINGTON*: UNA MIRADA AL PASADO Y AL PRESENTE DE LA CLÁUSULA DE CONFRONTACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS

*Julio E. Fontanet Maldonado**

Resumen

En este artículo se presta especial atención a la decisión de *Crawford v. Washington* y a su progenie, que ha sido prolífica y en ocasiones, polémica. Se profundiza en su esquema regulador lo cual permitirá precisar su alcance en casos futuros y además, descartar la visión apocalíptica que tenían algunos sobre su implantación y la supuesta carga indebida que le imponía al estado en su función de esclarecer y probar conducta delictiva. El problema con esa visión es que se sustenta en la creencia que los derechos constitucionales tienen que ceder, o ser interpretados de manera excesivamente flexible, para minimizar los inconvenientes que éstos puedan generar al estado, en el ejercicio de su poder punitivo. Esa es, precisamente, la mayor lección de *Crawford*: los derechos constitucionales son esenciales para garantizar un juicio justo y su relajamiento lo vulnera significativamente. Pero, además, su respeto por parte del estado es indispensable en el proceso adjudicativo para determinar qué fue lo que realmente aconteció y así minimizar las posibilidades de una condena errónea, lo cual constituye la mayor de todas las injusticias. En ese proceso esclarecedor, el derecho a la confrontación tiene un sitio muy especial.

Abstract

This article pays special attention to the Supreme Court of the United States' decision in *Crawford v. Washington* and its progeny, which has been prolific and sometimes controversial. This article will deepen in the regulatory scheme of the case, which will make it possible to specify its scope in future cases. Furthermore, it will rule out the apocalyptic vision that some had about

* Decano y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

the implementation and the alleged undue burden that this case imposed on the State in its role of clarifying and proving criminal conduct. The problem with this vision is that it is based on the belief that constitutional rights have to yield or be interpreted in an excessively flexible way, in order to minimize the inconveniences that these may generate to the state, in the exercise of its punitive power. That is precisely *Crawford's* greatest lesson: Constitutional rights are essential to guarantee a fair trial, and its flexibilization significantly violates it. In addition, its compliance by the state is crucial in the adjudicative process to determine what actually happened and thus minimize the possibilities of an erroneous sentence, which constitutes the greatest of all injustices. In this enlightening process, the right to confrontation has a very special place.

I. Comentarios Preliminares	472
II. Trasfondo Histórico del Derecho a la Confrontación	473
III. <i>Crawford v. Washington</i> : El Regreso del Derecho a la Confrontación y su Esencia	505
IV. Epílogo.....	528

I. Comentarios Preliminares

Uno de los casos más emblemáticos de la práctica penal estadounidense fue resuelto en 2004. En *Crawford v. Washington*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió de manera unánime, que cuando se presenta prueba de naturaleza testimonial en contra del acusado por parte de un declarante no disponible en el juicio, es imperativo que dicho declarante haya estado sujeto a ser contrainterrogado para que su declaración pueda ser presentada en el juicio.¹ Primeramente, y como discutiremos más adelante, *Crawford* detuvo una corriente debilitadora del alcance y de los derechos provistos en la Sexta Enmienda de la Constitución estadounidense, particularmente, el derecho a la confrontación. Décadas antes, una corriente funcionalista había creado fisuras a ese derecho ampliando peligrosamente el catálogo de excepciones a la prueba de referencia y ello, en menoscabo de las razones históricas que dieron base a su existencia. Lo establecido en *Crawford* tuvo un efecto significativo en la investigación y tramitación de casos criminales en los Estados Unidos, propendiendo una mejor calidad y confiabilidad

¹ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

de la prueba a ser presentada. La decisión reafirmó la importancia del derecho a la confrontación como la piedra angular del proceso penal estadounidense.

Para entender la naturaleza e importancia de la cláusula de confrontación es necesario conocer su desarrollo histórico. Para facilitar su estudio, nos pareció necesario dividir el análisis en épocas, que de alguna manera delinear su génesis, desarrollo, debilitamiento y su situación actual. Específicamente, la parte II de este estudio se divide en tres subtemas: (A) el origen; (B) la época colonial; (C) la de desarrollo, (D) el periodo de fisuras y funcionalismo. Por su parte, en la parte III, profundizaremos en el regreso a su esencia como elemento fundamental del sistema de adversarios. En ese devenir histórico el lector podrá percibir que el derecho a confrontación –contrario a lo que pueden pensar muchos– no tuvo su origen en Inglaterra. No obstante, fue allí donde tuvo un desarrollo vertiginoso el cual fue superado en los procesos penales de las trece colonias en los albores de su independencia; pero más aún, en el nuevo proceso de la incipiente nación. Precisamente, es por ello que Estados Unidos es un referente obligado en el estudio de este tema, tan relevante en este momento, en el cual se percibe la ampliación y el desarrollo del modelo de adversarios en todo el planeta.

Como es de esperarse, en este artículo se presta especial atención a la decisión de *Crawford* y a su progenie, que ha sido prolífica y en ocasiones, polémica. Se profundiza en su esquema regulador lo cual permitirá precisar su alcance en casos futuros y además, descartar la visión apocalíptica que tenían algunos sobre su implantación y la supuesta carga indebida que le imponía al estado en su función de esclarecer y probar conducta delictiva. El problema con esa visión es que se sustenta en la creencia que los derechos constitucionales tienen que ceder, o ser interpretados de manera excesivamente flexible, para minimizar los inconvenientes que éstos puedan generar al estado, en el ejercicio de su poder punitivo. Esa es, precisamente, la mayor lección de *Crawford*: los derechos constitucionales son esenciales para garantizar un juicio justo y su relajamiento lo vulnera significativamente. Pero, además, su respeto por parte del Estado es indispensable en el proceso adjudicativo para determinar qué fue lo que realmente aconteció y así minimizar las posibilidades de una condena errónea, lo cual constituye la mayor de todas las injusticias. En ese proceso esclarecedor, el derecho a la confrontación tiene un sitio muy especial.

II. Trasfondo Histórico del Derecho a la Confrontación

A. Origen

La Sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos establece y reconoce varios derechos que ostentan las personas acusadas en los procesos penales en dicho país. Entre estos, se encuentra el derecho a la confrontación. En términos

generales, y según surge de dicha disposición constitucional, se establece el derecho que tiene un acusado a confrontarse con los testigos de cargo o, como destaca Wigmore, con aquellos cuyos testimonios son ofrecidos en el juicio.² Específicamente, el texto de dicha enmienda constitucional establece lo siguiente:

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; *to be confronted with the witnesses against him*; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.³

De la lectura de la precitada disposición, se identifican varios derechos de los acusados en los casos criminales, entre los que se destaca *to be confronted with the witnesses against him*, lo que se conoce como la cláusula de confrontación. Al mismo tiempo, surge con importancia primaria el verbo *confrontar* o *confront*, por su traducción al inglés. En latín el prefijo *con* se deriva de *contra*, lo que en castellano significa *opuesto* y en inglés *against*. La segunda parte del verbo, *frons*, significa *de frente* en castellano y *forehead*, en inglés. Así, pues, de una lectura e interpretación literal de la frase *confrontarse con los testigos de cargo*, en el contexto de un caso criminal, no puede entenderse otra cosa que no sea *confrontarse —de frente—* con los testigos de cargo. Como muy bien lo ilustra el Tribunal Supremo de los Estados Unidos al citar una de las obras de Shakespeare en relación con la definición del derecho a la confrontación: “Then call them to our presence face to face, and frowning brow to brow ourselves will hear the accuser and the accuser freely speak”⁴

En la actualidad, y a tono con la doctrina prevaleciente, pueden identificarse cuatro finalidades principales, las cuales son propulsadas por el ejercicio del derecho a la confrontación.⁵ La primera, la más evidente y clásica, es la de carearse

² J WIGMORE, EVIDENCE § 1397, 104 (1923) (“...those whose statements are offered at trial”)(traducción nuestra)(en adelante, *WIGMORE*).

³ CONST. EE.UU. enm. VI (énfasis suplido). Su traducción al español sería la siguiente: “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a ser juzgado pública y expeditamente por un jurado imparcial del estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se confronte con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de asesoría legal para su defensa” (traducción nuestra).

⁴ *Coy v. Iowa*, 487 U.S 1012, 1017 (1988).

⁵ Sobre el particular, véase *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970).

con los testigos de cargo; es decir, verlos cara a cara. La segunda consiste en que el testigo tendrá que prestar su testimonio bajo juramento, o bajo afirmación de decir la verdad, en una audiencia o vista, lo cual le confiere una mayor formalidad al asunto y expone, además, a una penalidad por perjurio. La tercera obliga al testigo a no meramente carearse con la parte contraria, sino a estar sujeto a un conainterrogatorio por parte del abogado contrario.⁶ Esto último, le permitirá al juzgador no solo valorar sus respuestas, sino, además, la conducta verbalizada del testigo durante su testimonio. De manera que, el juzgador pueda hacer una valoración más abarcadora de su credibilidad. Como parte de *conainterrogar al testigo*, se podrá presentar prueba para impugnar su credibilidad. Finalmente, se permite la exclusión de prueba de referencia ofrecida en contra del acusado.⁷ Claro está, como veremos más adelante, no siempre fue así. Se trata de un proceso que fue evolucionando hasta llegar al esquema regulador que conocemos hoy.

Es incuestionable que el derecho a la confrontación en los procesos penales existe con mucha anterioridad a la aprobación de la Sexta Enmienda en el siglo XVIII, pero su naturaleza y alcance eran evidentemente muy distintos. Suelen mencionarse juicios históricos famosos en los cuales se reseñó la existencia del derecho a la confrontación en antiguas civilizaciones,⁸ como es el caso en el que el filósofo griego Platón relató el conainterrogatorio realizado por Sócrates a su acusador, Meleto.⁹ En su relato, Platón se refirió específicamente a la acusación presentada contra Sócrates por *corromper* a la juventud de Atenas. Ello no debe sorprendernos, pues debemos tener presente que, en la medida en que los prime-

⁶ WIGMORE *supra* nota 2, en la § 1367.

⁷ La prueba de referencia puede definirse como una aseveración extrajudicial del declarante que se *presenta en la audiencia para probar la verdad de lo aseverado*. Señala Emmanuelli que “[l]a regla de exclusión de prueba de referencia pretende reglamentar dos situaciones importantes que pueden ocurrir en la presentación de la prueba: 1) que no se presente prueba de lo que dijo un tercero que no está disponible para declarar en el tribunal, para establecer la verdad de los hechos del caso, pues esta prueba es poco confiable porque el que declara en el tribunal no percibió los hechos sobre los que declara (no tiene conocimiento personal); 2) la protección del derecho a un debido proceso de ley y a la confrontación, ya que la prueba de referencia que se trae al tribunal es contra la cual las partes no pueden confrontarse y conainterrogarla porque el declarante no está generalmente disponible durante el juicio”. ROLANDO EMMANUELLI JIMÉNEZ, PRONTUARIO DE DERECHO PROBATORIO PUERTORRIQUEÑO 454 (Situm 2010).

⁸ Véase Richard D. Friedman, *Confrontation: The Search For Basic Principles*, 86 GEO. LAW J. 1011 (1998). Se identifica la existencia de la confrontación en la antigua civilización hebrea. La nota al calce 64, específicamente, señala: “Under scriptural law, multiple witnesses were necessary for a criminal conviction. Deuteronomy 17:6, 19:15-18 (Kings James.). “The Essenes, the people of the Dead Sea Scrolls, allowed a capital conviction on proof by three witnesses to separate episodes of the same crime. To ensure against witness unavailability, the testimony of witnesses would be taken after each episode, in the offender’s presence; on the third episode the verdict would be complete.”

⁹ FRANCIS L. WELLMAN, *THE ART OF CROSS-EXAMINATION* 8 (MacMillan Co. 1925).

ros procesos penales fueron de naturaleza acusatoria, aunque rudimentaria, había un proceso entre dos partes y surgía un careo. En el Derecho Romano se requería también el derecho a la confrontación, pero este estaba más relacionado con declarar *frente al acusado y al juzgador* que con estar sujeto a un contrainterrogatorio.¹⁰ Como era de esperarse, el derecho a la confrontación en el Derecho Romano quedó descartado como secuela de la imposición del modelo inquisitivo al final del siglo XII.¹¹

El derecho a la confrontación en Estados Unidos tiene sus raíces, evidentemente, en Inglaterra y en el *Common Law*. Cuando se habla de los procesos penales en el *Common Law*, hay que destacar que existían grandes diferencias en comparación con los procesos penales que se desarrollaban bajo sistemas regidos por el derecho continental europeo o *Civil Law*. La diferencia fundamental consistía en la forma en que los testigos prestaban su testimonio. En el *Common Law*, la norma era que los testigos prestaran testimonio presencialmente y, además, estaban sujetos a un proceso de adversarios. Destaca Blackstone que, bajo el derecho continental europeo, no existía el modelo de adversarios, por lo que la investigación era realizada y la decisión tomada por funcionarios judiciales, y la prueba, era mayormente de naturaleza escrita.¹² No obstante, y como veremos más adelante, debe advertirse que, en algunos momentos de su historia, Inglaterra adoptó elementos de la práctica existente en el derecho continental o *Civil Law*, como por ejemplo, cuando jueces de paz u otros oficiales judiciales examinaban a sospechosos y testigos previo al juicio. En ocasiones, dichos interrogatorios eran leídos en el juicio

¹⁰ Daniel H. Pollitt, *The Right of Confrontation: Its History and Modern Dress*, 8 *Journal of Public Law* 381, 384 (1954). El autor destaca lo siguiente:

“[M]ore than two thousand years ago Festus reported to King Agrippa that his predecessor Felix had bequeathed to him a Roman prisoner named Paul and that upon his arrival at Jerusalem ‘the high priest and the chief of the Jews informed him against Paul, and besought him. Festus answered: It is not the manner of the Romans to deliver any man to die, before that he which is accused have the accusers face to face and have license to answer for himself concerning the crime laid against him. Festus arranged for a trial at Caesarea where Paul was confined, and the Jews which came down from Jerusalem stood round about, and laid many and grievous complaints against Paul, which they could not prove. There are other instances of the right to confrontation in biblical and Roman history. John Lord O’Brian pointed out in the 1955 Godkin Lectures at Harvard University that: When the younger Pliny, as Governor of Bithynia, requested the Emperor Trajan to advise him as to the treatment of a new sect known as Christian, Trajan instructed him to let the people alone unless they were found to be in violation of law. In that case they were to be prosecuted like other offenders. But, added the Emperor, ‘anonymous accusations must not be admitted in evidence as against anyone, as it is introducing a dangerous precedent, and out of accord with the spirit of our times.’”

¹¹ Frank R. Hermann & Brownlow M. Speer, *Facing the Accuser: Ancient & Medieval Precursors of the Confrontation Clause*, 34 *VA. J. INT’L LAW* 481, 539 (1994).

¹² 3 WILLIAM BLACKSTONE, *COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND* 373-74 (1768).

en sustitución del testimonio en vivo.¹³ Debe destacarse, además, que el modelo de adversarios en Inglaterra, incluso del siglo XVI al XVIII, era muy distinto al que conocemos hoy y con grandes limitaciones en el ejercicio de la defensa del acusado.

Históricamente, se ha señalado que el derecho a la confrontación ha estado muy arraigado en la tradición inglesa. Sobre el particular, destaca Pollitt que ya se contemplaba, incluso, en los crueles procesos de ordalía o *trial by ordeal* por su traducción al inglés. A esos fines, señaló:

Confrontation and cross-examination was not only known in the crucial stages of trial by ordeal and trial by oath; it was also known in a modified form in the mode of trial brought to England by the Normans, i.e., trial by combat. Here the accused was permitted to challenge the accuser to resolve the conflict by appeal to God's judgment on the field of battle. He was also permitted to challenge the complaint witness offered by the accuser to prove the substantiality of his charge. The account of a trial in 1077 recites that there are lawful witnesses ready to prove it by oath and battle, an allusion, says Thayer, to the common practice of 'challenging another's witness'.¹⁴

En el siglo XII, el derecho a la confrontación siguió evolucionando, particularmente, con el advenimiento del jurado. Inicialmente, el jurado no determinaba la culpabilidad o no culpabilidad de la persona acusada, sino que estaba compuesto por personas que, de alguna manera, tenían información sobre lo acontecido. En la medida en que la institución del jurado evolucionó, dejaron de ser testigos para convertirse en jueces de los hechos acontecidos.¹⁵ Así las cosas, se hizo necesaria la presentación de testigos en las audiencias, particularmente, para poder encontrar culpable al acusado.¹⁶ En el siglo XVI, Inglaterra se distanció de

¹³ WILLIAM S. HOLDSWORTH, *A HISTORY OF ENGLISH LAW 216-17*, 228 (3ed. 1944).

¹⁴ Pollitt, *supra* nota 10, en la pág. 386. Destaca el autor que la iglesia cuestionaba este tipo de práctica, la cual, inclusive, nunca había gozado de mucha popularidad en Inglaterra. Así, pues, quedó en desuso.

¹⁵ La figura del jurado evolucionó significativamente; incluso se comenzó a distinguir entre el gran jurado y el jurado pequeño o *pettite jury*. El primero se convirtió en un grupo de nobles que determinaba cuáles acusaciones deberían tramitarse; es decir, funcionaba como un juez instructor. Por su parte, el jurado pequeño determinaba, entonces, la culpabilidad o no culpabilidad de la persona acusada. Para conocer más en detalle sobre el particular, véase Julio Fontanet Maldonado, *The Grand Jury Reform: The Quest for a Lost Shield*, 38 *REV. JUR. UIPR* 429 (2004).

¹⁶ Véase además, *Id.* en la pág. 430-31. La institución del jurado surgió en Inglaterra en el siglo XII. En un principio, se trataba de un cuerpo de doce personas cuyas obligaciones consistían en informar al rey las personas sospechosas de cometer delito y, eventualmente, acusarlas. Durante el siglo XIV, esas doce personas fueron sustituidas por veinticuatro caballeros para realizar dicha función. Paralelamente,

la normativa canónica de que eran necesarios dos testigos para poder encontrar culpable al acusado. Dicho distanciamiento permitía que un solo testigo fuera suficiente, pero ello hizo imperativo que se evaluara con mayor rigor el testimonio y el carácter del testigo. De ahí empieza a hacerse evidente que el derecho a la confrontación trasciende el mero careo, que tiene que contemplar, además, el derecho a contrainterrogar a los testigos a los fines de evaluar su credibilidad. De este modo, el derecho a la confrontación se fue fortaleciendo paulatinamente, aunque encontrándose ocasionalmente con algunas limitaciones.

Es menester destacar que, en el siglo XVI, durante el reinado de la reina María –la famosa *Queen Mary*–, dos estatutos existentes limitaban el derecho a la confrontación. Estos dos estatutos requerían que los jueces de paz examinaran a los sospechosos y a los testigos en casos de naturaleza grave, y que los resultados de dichas investigaciones y entrevistas fueran remitidos al tribunal. Independientemente de la intención original detrás de la adopción de estos dos estatutos, en algunos casos dichas investigaciones fueron presentadas como evidencia, acercándose, peligrosamente, a la normativa procesal continental en dicho tema.¹⁷ En esa dirección, y citando varios autores, Holdsworth destaca:

In 16th-century England, magistrates interrogated the prisoner, accomplices, and others prior to trial. These interrogations were ‘intended only for the information of the court. The prisoner had no right to be, and probably never was, present’. At the trial itself, ‘proof was usually given by reading depositions, confessions of accomplices, letters, and the like; and this occasioned frequent demands by the prisoner to have his ‘accusers’, i.e., the witnesses against him, brought before him face to face...’ ‘[T]here was... no appreciation at all of the necessity of calling a person to the stand as a witness’; rather, it was common practice to obtain ‘information by consulting informed persons not called into court’.¹⁸

Un siglo después, surge uno de los casos más famosos que ilustra dicha práctica y que es reseñado por historiadores y académicos. Se trata del caso de Sir Walter Raleigh, acusado de traición en 1603. La pieza de evidencia más importante en su contra era una declaración de un coacusado en la etapa preliminar de la investigación y que implicaba a Raleigh como parte de una conspiración

las doce personas se convirtieron, entonces, en jueces para determinar la culpabilidad o la inocencia en delitos capitales. De ahí surge la división conceptual entre el “gran jurado” y el “jurado” como tal. El primero, encargado de investigar y acusar y, el segundo, de determinar culpabilidad o inocencia.

¹⁷ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 44 (2004).

¹⁸ HOLDSWORTH, *supra* nota 13, en las págs. 227-29.

para acceder al trono. Raleigh solicitó que dicho coacusado declarara en el juicio para ser confrontado sobre su alegada declaración, entre otros extremos. Dicha solicitud no fue concedida y, en consecuencia, Raleigh fue encontrado culpable y sentenciado a muerte. La decisión fue sumamente criticada.¹⁹ Como resultado, provocó una serie de reformas judiciales que promovieron el desarrollo y fortalecimiento del derecho a la confrontación. En 1637 surgió el caso de John Libourne, un pastor cuáquero acusado de importar libros que criticaban a los arzobispos de la iglesia anglicana. El acusado fue interrogado por el secretario de Justicia y contestó todas las preguntas, pero rechazó que fuera culpable del delito imputado. Además, se negó a contestar preguntas relativas a actividades relacionadas con la misma conducta. En torno a esto, respondió lo siguiente:

I know it is warrantable by the law of God, and I think by the law of the land, that I may stand on my just defense, and not answer your interrogatories, and that my accusers ought to be brought face to face, to justify what they accuse me of.²⁰

Libourne fue acusado por desacato en el *Star Chamber* por negarse a contestar las preguntas. Como consecuencia de ello, fue sentenciado a varias penas: multa, latigazos y permanecer en la cárcel hasta tanto declarara. Posteriormente, en 1640, el parlamento inglés, dominado por una coalición de puritanos y abogados, exigió la liberación de Libourne. Arguyeron, *inter alia*, que la condena era ilegal, en contra de la libertad de la persona, cruel, bárbara y tiránica; es decir, hubo una fuerte crítica a la naturaleza del proceso mediante el cual fue encontrado culpable. Luego de su liberación, Libourne fue procesado nuevamente por publicar y difundir ataques al gobierno de Cromwell. En ese nuevo proceso, para tratar de desvincularse de las prácticas previas en casos de la misma naturaleza, sí se le reconoció el derecho a carearse con los testigos de cargo, a conainterrogarlos y a presentar prueba durante el juicio. Se estableció, además, que presentar deposiciones escritas de testigos en lugar de prestar testimonio era improcedente. Es precisamente a partir de este segundo proceso que en Inglaterra ya no hay disputa en reconocer la importancia del derecho a la confrontación en todos los casos criminales, tanto en su modalidad de careo como en la de conainterrogatorio. Señala Friedman que, ya en la segunda parte del siglo XVII, el derecho del acusado a conainterrogar

¹⁹ I DAVID JARDINE, *CRIMINAL TRIALS* 435 (1832). Inclusive, uno de los jueces que participó posteriormente expresó una profunda preocupación por la decisión tomada de no permitir que el acusado pudiera confrontar a su principal testigo de cargo. Específicamente, dicho juez expresó: “The justice of England has never been so degraded and injured as by the condemnation of Sir Walter Raleigh.” *Id.* en la pág. 520.

²⁰ Pollitt, *supra* nota 10, en la pág. 390.

los testigos de cargo había prevalecido y no había marcha atrás.²¹ Esto último se confirmó en 1696 en el caso de *King v. Paine* que giraba en torno a la alegada comisión del delito de libelo.²² El tribunal no permitió una declaración del testigo principal, que había fallecido, bajo el argumento de que el acusado no había estado presente cuando aquel prestó testimonio, por lo que no tuvo la oportunidad de conainterrogarlo.²³

Un aspecto importante —y a veces menospreciado por algunos historiadores— es el desarrollo del modelo de adversarios y del derecho a representación legal como propulsor del derecho a la confrontación.²⁴ A finales del siglo XVII, se aprobó el *Treason Act* de 1696 en el cual se proveía el derecho a representación legal; específicamente, en los casos de traición.²⁵ Debe tenerse presente que, el derecho a contar con representación legal es imperativo para poder conainterrogar de manera efectiva a los testigos de cargo. Máxime si se toma en consideración que los procesos penales en dicho siglo no eran totalmente bajo un estricto modelo adversativo, y que el juez tenía un rol primario en la presentación de la prueba y en el interrogatorio de los testigos, incluido el de la persona imputada.²⁶ Dicha autoridad era aún más manifiesta en los juicios por jurado. Los jueces no veían a los integrantes del jurado como juzgadores de hechos con plena libertad para valorar la prueba de acuerdo a su conciencia y experiencias, sino que estaban limitados por la doctrina judicial relacionada con el tema probatorio.²⁷

Un cambio significativo surgió en 1730 al eliminar del ordenamiento jurídico penal inglés la prohibición de contar con representación legal. Debe advertirse que, a pesar de que el abogado podía interrogar a los testigos, no podía dirigirse a los miembros del jurado durante el juicio, ni argumentar los hechos ante ellos. Así las cosas, el conainterrogatorio se convirtió en el mejor instrumento para la defensa de las personas acusadas y propició una transformación importante en el proceso penal. A tono con lo anterior, los juicios cambiaron de una finalidad más dirigida a mitigar el castigo, a otra en la cual la alegada culpabilidad era cuestio-

²¹ Friedman, *supra* nota 8, en la pág. 1024.

²² *King v. Paine*, 87 Eng. Rep. 584 (1696).

²³ *Id.* en la pág. 585.

²⁴ Randolph N. Jonakait, *The Origins of the Confrontation Clause: An Alternative History*, 27 RUTGERS LAW J. 77 (1995).

²⁵ Este cuerpo legal tuvo su origen en las preocupaciones y críticas relacionadas con los juicios políticos que fueron secuela de la revolución de 1688. Dichos procesos fueron muy criticados por la ausencia de imparcialidad y, además, propiciaron la ejecución de muchas personas inocentes que no tuvieron la posibilidad de contar con representación legal. En reacción a todo esto, el Parlamento, pocos años después, creó este estatuto.

²⁶ John H. Langbein, *The Criminal Trial before the Lawyers*, 45 U. CHI. L. REV. 263, 308 (1978).

²⁷ Stephan Landsman, *Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 CORNELL L. REV. 496, 514 (1990).

nada. Precisamente, Landsman, al referirse a este momento histórico, destaca que, al permitirse el contrainterrogatorio por parte del abogado defensor, se impulsaron cambios estructurales al proceso penal.²⁸ Los cambios se manifestaron en un acercamiento a un genuino modelo de adversarios en el cual la participación del abogado aumentaba, por ejemplo, en la función de presentar prueba, cuestionar los hechos imputados, y hablar a nombre del acusado sin que este estuviera sometido a interrogatorio alguno. Otro aspecto significativo consistió en la posibilidad de objetar la prueba a base de principios probatorios, lo cual tuvo efectos directos en la forma de probar un caso. Por un lado, la exclusión de la prueba de referencia tuvo un impacto significativo en el desarrollo del derecho a la confrontación toda vez que, al excluir la prueba de oídas, se hizo necesaria la presentación de testigos con conocimiento personal de los hechos. Por otro lado, la norma probatoria de la mejor evidencia o de la regla del escrito original —*best evidence rule*— requería que se presentaran los mejores testigos; es decir, aquellos que tenían conocimiento, o un mayor conocimiento de lo acontecido. Al requerir su presencia —ya fuera por los principios de prueba de referencia o por la mejor evidencia—, estaban, por consiguiente, sujetos a ser contrainterrogados. A tenor con lo anterior, puede percibirse cómo, ya en la segunda mitad del siglo XVIII, existía en Inglaterra un genuino modelo de adversarios que estaba anclado en el derecho a la confrontación realizado por los abogados de los acusados.

Es incuestionable que en ese momento histórico era clara la importancia y aplicación del derecho a la confrontación para poder procesar criminalmente a una persona en Inglaterra. No obstante, todavía quedaban muchas interrogantes sobre el alcance y las limitaciones que pudieran establecerse, como, por ejemplo: ¿Constituye este derecho un fundamento para la exclusión de prueba de referencia o aplica únicamente a los testigos que comparecen a declarar? ¿Qué tipo de preguntas podía hacerse a los testigos? En el ejercicio del derecho a la confrontación, ¿podía también citarse testigos que contradijeran lo declarado? Surgían, además, interrogantes adicionales: ¿Podían presentarse como evidencia declaraciones de testigos examinados en la etapa preliminar del proceso y que estuvieron sujetos a contrainterrogatorio? Todas estas interrogantes eran muy relevantes para poder entender, en primer lugar, la naturaleza del derecho a la confrontación, pero, además, para anticipar las inquietudes que pudieran tener los precursores de la Sexta Enmienda en los Estados Unidos. Debe advertirse que este desarrollo del derecho a la confrontación en Inglaterra coincidió con el proceso de independencia de las trece colonias. De manera que, era sumamente relevante considerar cómo el desarrollo histórico del derecho a la confrontación en Inglaterra se reflejó o tuvo alguna tangencia en la aprobación de la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

²⁸ *Id.* en la pág. 535.

B. El Derecho a la Confrontación en la Época Colonial y la Sexta Enmienda de la Constitución Estadounidense.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha tenido la oportunidad de estudiar y reseñar el historial y contenido de la Sexta Enmienda en varios casos, particularmente, lo pertinente al derecho a la confrontación. En *White v. Illinois* se señaló que el derecho a la confrontación tuvo su génesis en el siglo XVII, fundamentado principalmente en el derecho inglés.²⁹ Por otro lado, la adopción de la enmienda constitucional pretendía prevenir los abusos típicos que se daban en los procesos penales en Inglaterra en determinados momentos de su historia, pero, también, durante la época de las trece colonias.³⁰ Una de las preocupaciones principales que se pretendía atender con la enmienda era evitar las declaraciones *ex parte*. Al existir esta disposición, se requería entonces la presencia del testigo *cara a cara* con el acusado en el juicio. La presencia de esos testigos en el juicio garantizaba, precisamente, que el acusado, no meramente pudiera verlos, sino que también pudiera contrainterrogarlos sobre aquellos asuntos relacionados con su recuerdo o versión de los hechos. Cabe destacar que dicho contrainterrogatorio debía realizarse, además, frente al jurado de manera que sus integrantes pudieran, no meramente escucharlo sino también ver su comportamiento como testigo durante su testimonio y, así, poder valorarlo.

Los colonos ingleses en los Estados Unidos no necesariamente importaron en un principio toda la normativa relacionada con el derecho a la confrontación y con los conceptos jurídicos relativos al debido procedimiento de ley que existía en Inglaterra en ese momento histórico. En ese sentido, señala Pollitt dos razones principales para ello.³¹ La primera es la ausencia, tanto de abogados formales, como de abogados entrenados que se reflejaba en la ausencia de técnica y el rigor en los procesos judiciales. La segunda es la naturaleza del proceso de colonización en las trece colonias, que implicaba conquistar tierras distantes, poco habitadas, y por personas no necesariamente receptivas a ser colonizadas.³² Así, pues, en un principio se propició y se alentó la adopción de medidas y normativas carentes de las garantías existentes en Inglaterra.

²⁹ 502 U.S. 346, 361 (1992).

³⁰ La opinión concurrente del juez Thomas, aclaró: “The Court consistently has indicated that the primary purpose of the Confrontation Clause was to prevent abuses which had occurred in England.” *Id.* en la pág. 362. (*citando a* *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237, 242 (1895)).

³¹ Pollitt, *supra* nota 10, en la pág. 390.

³² *Id.*

Como era de esperarse, en los procesos de colonización la normativa jurídica respondía más a los intereses de la Corona que a la de los habitantes de las colonias. Destacan los historiadores que la normativa era sumamente cruel y los juicios poco confiables y sin garantías. Ante este escenario, los colonos empezaron a exigir que las ofensas y los procesos de naturaleza penal estuvieran por escrito y accesibles a las personas para su examen. El ejemplo más ilustrativo de lo anterior, fue la creación del llamado *Body of Liberties* de Massachusetts en 1641. En dicho documento se definían los delitos capitales, las prohibiciones contra procesos judiciales arbitrarios y se establecía, específicamente, en el Artículo 47, que ninguna persona podía ser sentenciada a muerte sin que testificaran en su contra al menos dos o tres testigos.³³ Esta propuesta fue rechazada por los magistrados y las personas con autoridad nombradas por la corona inglesa porque limitaba su autoridad y marco de acción. Como resultado, nunca fue aprobada. No obstante, sus disposiciones constituyeron principios que fueron reclamados en dicho periodo de tiempo. Cabe destacar también que en la *praxis* comenzaron a surgir reclamos amparados en los derechos provistos en dicho estatuto.

En el siglo XVII, la efervescencia continuó manifestándose inequívocamente en los reclamos de los colonos que exigían mayores garantías y derechos como parte del ordenamiento jurídico y que utilizaban, como punto de partida, los procesos penales de Massachusetts.³⁴ En 1679, en la colonia de Connecticut, se aplicaron varias disposiciones penales en las cuales se reconocía el juicio por jurado, así como el derecho del acusado a citar testigos. En Nueva York, en 1683, se estableció una disposición sobre las libertades y privilegios en la cual se le reconocían varios derechos a los colonos, entre estos el derecho a juicio por jurado y el derecho a “*reasonable challenge, and the answer by the right course of law*”; estos últimos dos conceptos muy relacionados con el derecho a la confrontación. En New Jersey, en 1667, se dispuso el derecho de los colonos a ser juzgados en un juicio justo (*trials should be conducted fairly*) y que, además, en los casos civiles y criminales se requerían al menos dos testigos honestos y de buena reputación. En Pennsylvania, en 1682, se estableció el derecho a juicio por jurado y también se requirió que los testigos declararan bajo juramento. Carolina del Norte y Carolina del Sur fueron las primeras colonias que adoptaron el *Common Law* inglés como parte de sus procedimientos judiciales. A tono con lo anterior, el derecho a la confrontación era exigido.³⁵

³³ *Massachusetts Body of Liberties*, COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, <https://www.mass.gov/service-details/massachusetts-body-of-liberties> (last visit May 19, 2020).

³⁴ Véase Pollitt, *supra* nota 10, en las págs. 293-394. Pollitt ilustra los cambios y los reclamos sobre los procesos judiciales de las colonias durante ese periodo de tiempo.

³⁵ *Id.* en la pág. 395.

A comienzos del siglo XVIII, comenzó a adquirir importancia en las colonias el reclamo a la asistencia de representación legal en los casos criminales, algo que ya se reconocía en Rhode Island desde 1660. Como destacamos anteriormente, dicho derecho propició en Inglaterra el desarrollo del derecho a la confrontación y, además, un acercamiento a un verdadero proceso penal de adversarios, aunque en los ejemplos mencionados —distinto al modelo inglés de aquel entonces— se garantizaba ese derecho en todos los casos criminales. En Pennsylvania y en Delaware, a partir de 1701 se reconoció el derecho a representación legal en casos criminales; así también en Carolina del Sur en 1731 y en Virginia en 1774.³⁶ La representación legal estaba disponible para delitos graves, con la excepción del delito de traición. Paralelamente, la figura del *public prosecutor* tomó mucho auge durante dicho periodo de tiempo, debido a que atendía la mayoría de los casos criminales, lo cual debilitaba la figura del acusador privado. Así, en muchos casos criminales participaban dos protagonistas importantes: el abogado de defensa y el ministerio público. Precisamente, dicha participación era también transformadora de los procesos penales y del desarrollo del modelo de adversarios.³⁷

Esta corriente de reclamar procesos penales más garantistas y en los que se utilizaba como referente el derecho común inglés —particularmente con una clara tendencia en contra de admitir declaraciones *ex parte*— continuaba acrecentándose y tal parecía que no había marcha atrás. Ciertamente, los residentes de las colonias estaban muy alerta a los cambios en los procesos penales en Inglaterra. Inclusive, los pronunciamientos de Blackstone, quien apoyaba estos cambios, cuestionaron las limitaciones existentes en el derecho a la representación legal y destacó, además, la importancia del contrainterrogatorio como instrumento indispensable en la búsqueda de la verdad.³⁸ No obstante, fueron determinadas condiciones económicas las que dieron base a rupturas con la tendencia existente. Primeramente, el interés de la Corona en proteger sus intereses marítimos comerciales. Asimismo, había invertido mucho dinero en la Guerra de los Siete Años, también conocida como la Guerra Franco-India, acontecida entre 1756 y 1763. A esos fines, la Corona estableció varias cargas contributivas, las cuales fueron objetadas por los colonos, quienes, también, evadieron su cumplimiento. Esto último provocó que fueran procesados judicialmente. Estos casos surgen específicamente como secue-

³⁶ Jonakait, *supra* nota 24, en la pág. 95.

³⁷ *Id.* en la pág. 96. Los historiadores destacan otras circunstancias que, también, propiciaron el desarrollo del derecho a la confrontación, entre estas la creación del ministerio público, el sistema norteamericano de pesos y contrapesos, la decadencia de la aristocracia y el surgimiento de una sociedad más democrática.

³⁸ Jonakait, *supra* nota 24, en la pág. 97 (*citando a* 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND 348 (1769)).

la de tres disposiciones que imponían cargas contributivas y otros gravámenes a las importaciones y exportaciones en las colonias.

La primera de estas fue el llamado *Sugar Act* de 1763, que imponía gravámenes a las importaciones de café, telas, melaza y azúcar. La segunda, se conoció como el *Stamp Act* de 1765 que, también, imponía gravámenes a todos los documentos legales, panfletos, diplomas y licencias para vender licor. Finalmente, se aprobó el famoso *Tea Act* de 1767, que imponía cargas impositivas al té, al cristal y al papel. Dichas disposiciones legales propiciaron mucho malestar y antipatías que se manifestaron de manera elocuente en el famoso *Boston Tea Party*. El otro problema de estas cargas era la forma en que se iban a implantar, además, de la manera en que iban a ser procesados los infractores. Para facilitar el procesamiento penal, se les proveería anonimato a los informantes de conducta violatoria de estas disposiciones. En un principio, no obstante, a la Corona se le hizo muy difícil lograr condenas en estos casos debido a que, en muchos de ellos, los jurados no condenaban a los acusados. Cabe destacar, además, que los operadores del sistema —que también se oponían a estos impuestos— no tramitaban de manera enérgica estos casos, por lo que muchos eran desestimados por falta de evidencia.³⁹ La insistencia de la Corona en tramitarlos provocó una serie de protestas por parte de los representantes coloniales que reclamaban el derecho a la confrontación en los procesos.

Durante los Congresos Continentales ya se esgrimían declaraciones en las cuales se reconocían el derecho a ser juzgado por pares. En el primer congreso, celebrado en 1774, se hizo una declaración a los efectos de que los habitantes de las colonias inglesas en norteamérica —que eventualmente serían los Estados Unidos— disfrutaban de varios derechos inalienables y naturales, incluido el derecho a ser juzgados por sus pares. En el segundo congreso —del 4 de julio de 1776 y en donde se declaró la independencia— se señaló, además, que una de las grandes denuncias que había en contra del régimen británico era la limitación en muchos casos de los beneficios de juicio por jurado.⁴⁰ Previo a dicha declaración, ese Congreso aprobó una resolución recomendando que los estados, en sus nuevas estructuras gubernamentales, sirvieran adecuadamente los intereses de sus constituyentes. El primero en hacerlo fue Virginia al aprobar su primera carta de derechos, en la cual estableció que:

³⁹ La Corona, en 1769, a través de su parlamento, reaccionó al disponer que muchos de estos casos iban a ser tramitados en las Cortes de Almirantazgo. Los procedimientos en dichas cortes eran sin jurado y, además, la presentación de testimonios a través de deposiciones era muy común. Se destaca, también, que en los casos en que los testigos prestaran testimonio oral serían examinados por el juez en privado.

⁴⁰ Debe recordarse la importancia histórica del juicio por jurado como un instrumento para el desarrollo del derecho a la confrontación. Muchos abogados utilizaban el contrainterrogatorio para poder persuadir al jurado y, sobre todo, para suplir la limitación existente de poder dirigirse directamente a ellos.

In all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury....⁴¹

Una disposición similar fue aprobada por el estado de Pennsylvania y, posteriormente, en las Constituciones de los estados de Delaware, Maryland, North Carolina, Vermont, Massachusetts y New Hampshire.⁴² Esta corriente continuó después de la revolución y varias de las trece colonias reconocieron, en sus cartas de derechos, la existencia del derecho a la confrontación, así como la necesidad de garantizarlo. Esto aconteció paralelamente con la declaración de independencia y el derecho a la confrontación fue adoptado en 1776 por las siguientes colonias en armas: Virginia, Pennsylvania, Delaware, Maryland y North Carolina. Más tarde, fue incluido en Vermont (1777), Massachusetts (1780) y New Hampshire (1783).⁴³ Por otro lado, en Nueva York —y como parte de la *praxis*— se requería, para que el testimonio de una persona fuera admisible, que estuviera presente y sujeta a conainterrogatorio. Medidas similares fueron adoptadas en Virginia; inclusive, la de poder citar a los testigos de defensa.⁴⁴ Este trasfondo histórico refleja, inequívocamente, la existencia de un sistema de confrontación de mucho arraigo en las colonias al momento de la declaración de independencia y mucho antes de la aprobación de la Sexta Enmienda de la Constitución federal. Es ante esta realidad es que, precisamente, comienzan las discusiones y el debate sobre la aprobación de la Constitución estadounidense.

El debate previo a la aprobación de la Constitución estuvo dividido, básicamente, entre federalistas y antifederalistas. Los últimos abogaban por que se incluyera en la propuesta de la Constitución, entre otros derechos, una cláusula de confrontación similar a la existente en el estado de Virginia. Los primeros, particularmente, Alexander Hamilton, entendían que la Constitución debía establecer los poderes específicos del gobierno federal. Así, pues, no era necesario garantizar derechos de las personas en el texto de la Constitución porque ya tanto las personas como los estados los ostentaban.⁴⁵ Cabe advertir que, como parte de ese

⁴¹ Véase CONST. VA. §8 (1776). Por otro lado, en los procesos penales de Virginia ya se reconocía la regla del escrito original y se prohibía la utilización de deposiciones en sustitución del testimonio de los testigos.

⁴² Pollitt, *supra* nota 10, en la pág. 398.

⁴³ BERNARD SCHWARTZ, *THE BILL OF RIGHTS: A DOCUMENTARY HISTORY* 235-377 (1971).

⁴⁴ Jonakait, *supra* nota 24, en la pág. 117-18.

⁴⁵ Sobre el particular, Hamilton expresó lo siguiente:

“I go further, and affirm that bills of rights, in the sense and to the extent in which they are contended for, are not only unnecessary in the proposed Constitution, but would even

debate, surgió enérgicamente el reclamo para descartar procesos penales parecidos a los de la inquisición y se criticaba el uso de evidencia escrita para sustituir la confrontación a los testigos. Mucha de esta discusión se dio en el contexto del proceso de ratificación de la Constitución, como fue el caso de Massachusetts. Particularmente, se enfatizó la importancia de poder confrontar y conainterrogar a los testigos. Todo este debate propició una negociación mediante la cual se ratificaría la naciente Constitución con el compromiso de que en el primer congreso se propondría la aprobación de una Carta de Derechos como parte de esta para atender las preocupaciones esgrimidas; compromiso que fue cumplido a cabalidad.

A tenor con el trasfondo reseñado, se incluyó la cláusula de confrontación en la propuesta de la Carta de Derechos y, eventualmente, se convirtió en la Sexta Enmienda.⁴⁶ Esta fue aprobada por el Congreso el 25 de septiembre de 1788, y ratificada el 15 de abril de 1791. Dicha inclusión ocurrió sin mucho debate ni definiciones precisas, al igual que los otros componentes del sistema de adversarios reconocidos en dicha enmienda, entre los cuales se incluyen: notificación, asistencia de abogado, y citar testigos de defensa de manera compulsoria. Ello puede explicarse en la medida en que, como expresamos anteriormente, el derecho a la confrontación no nace en el proceso estadounidense al adoptarse la Sexta Enmienda, sino que era parte fundamental del proceso penal bajo el *Common Law*; inclusive, antes de la declaración de independencia. No obstante, su incorporación era indispensable para evitar los abusos de poder que se habían vivido con la Corona y, así, asegurar que pudiera descartarse categóricamente en el nuevo escenario traído por la independencia con la nueva y poderosa estructura del gobierno federal.

be dangerous. They would contain various exceptions to powers not granted; and, on this very account, would afford a colorable pretext to claim more than were granted. For why declare that things shall not be done which there is no power to do? Why, for instance, should it be said that the liberty of the press shall not be restrained, when no power is given by which restrictions may be imposed? I will not contend that such a provision would confer a regulating power; but it is evident that it would furnish, to men disposed to usurp, a plausible pretense for claiming that power. They might urge with a semblance of reason, that the Constitution ought not to be charged with the absurdity of providing against the abuse of an authority which was not given, and that the provision against restraining the liberty of the press afforded a clear implication, that a power to prescribe proper regulations concerning it was intended to be vested in the national government. This may serve as a specimen of the numerous handles which would be given to the doctrine of constructive powers, by the indulgence of an injudicious zeal for bills of rights".
THE FEDERALIST NO. 84 (Alexander Hamilton).

⁴⁶ Véase *Crawford*, 541 U.S. en las págs. 49-50.

C. La Confrontación Desde la Constitución Hasta Mediados del Siglo XX: Época de Desarrollo

En un sistema jurídico como el de los Estados Unidos, en el que coexisten dos jurisdicciones judiciales —la federal y la estatal—, era de esperarse que las cortes estatales fueran las primeras en interpretar el derecho a confrontación después de la aprobación de la Constitución. Máxime, cuando en muchas Constituciones estatales ya existían disposiciones similares a la Sexta Enmienda. Como veremos más adelante, desde un principio varias decisiones de las cortes estatales reconocían la importancia del derecho a confrontación en sus procesos. En *State v. Webb* se señaló la importancia del conainterrogatorio al expresar que ninguna persona debe ser afectada por evidencia que no ha tenido la libertad de conainterrogar.⁴⁷ Particularmente, se resolvió que, para que una deposición pueda ser leída en contra del acusado, tenía que haber sido realizada en su presencia. En *State v. Campbell* se excluyó como evidencia una deposición por haber sido prestada en ausencia del acusado.⁴⁸ La corte señaló, de manera muy ilustrativa, que hay unas *condiciones* que deben garantizarse en los procesos penales, incluido que los testigos puedan ser confrontados por el acusado y estar sujetos a su interrogatorio. Este caso reafirmó una línea bastante consistente de excluir las declaraciones *ex parte* de los testigos de cargo. Es decir, el derecho a confrontación ya era parte indispensable de los procesos penales y una tendencia irreversible.

El primer caso de envergadura sobre el derecho a confrontación atendido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos fue *Mattox v. U.S.*⁴⁹ En dicho caso se planteaba si el derecho a confrontación impedía que se admitiera —y se leyera frente al jurado— una copia de la transcripción de unas notas *estenotipadas* del secretario del tribunal tomadas durante el primer juicio por asesinato del acusado, según solicitado por el estado. Dichas notas plasmaban el testimonio de dos testigos indispensables del Estado. Cabe destacar que los dos testigos habían sido conainterrogados durante el primer juicio y ambos habían muerto, pero uno de ellos se había retractado de su testimonio después del primer proceso judicial. La transcripción fue admitida y, además, no se le permitió a la defensa presentar dos testigos de la retractación. El Tribunal Supremo tenía ante sí, entonces, dos planteamientos: la admisibilidad de las notas del secretario, y el que se le permitiera a la defensa presentar a dos testigos que escucharon a aquel testigo retractarse.

En cuanto al primer asunto, el tribunal comenzó por identificar el propósito principal de la cláusula de confrontación.

⁴⁷ *State v. Webb*, 2 N.C. 103 (1794).

⁴⁸ *State v. Campbell*, 30 S.C.L. 124 (1844).

⁴⁹ *Mattox v. U.S.*, 156 U.S. 237 (1895).

The primary object of the constitutional provision in question was to prevent depositions or *ex parte affidavits*, such as were sometimes admitted in civil cases, been used against the prisoners in lieu of a personal examination and cross examination of the witness which the accused has an opportunity, not only of tasting the recollection and sifting the conscience of the witness, *but of compelling him to stand face to face with the jury in order that they may look at him, and judge by his demeanor upon the stand and the manner in which he gives his testimony whether he is worthy of belief.*⁵⁰

El Tribunal Supremo, también, señaló que el derecho a confrontación “must occasionally give way to considerations of public policy and the necessities of the case”.⁵¹ Entre otras consideraciones, el tribunal enfatizó la muerte de un testigo y el hecho de que este había declarado previamente en el primer juicio donde el acusado había sido encontrado culpable. Ante ese escenario tan particular, a la mayoría del tribunal le pareció que no permitir la admisión de la transcripción era extender demasiado el derecho a confrontación, lo que, a su vez, permitiría que “a criminal, after having once been convicted by testimony of certain witness, should go scot free simply because death has closed the mouth of that witness...”.⁵² El tribunal, en votación de cuatro a tres, concluyó que la sustancia del derecho a confrontación se había preservado cuando el acusado previamente —es decir, en el juicio anterior, como en este caso— tuvo la oportunidad de ver los testigos *cara a cara* y de contrainterrogarlos.⁵³ Así, pues, en términos doctrinales, a partir de este caso el tribunal validó la constitucionalidad de la utilización de declaraciones anteriores de un testigo, siempre y cuando este (i) haya declarado bajo juramento; (ii) frente al acusado; y (iii) sujeto a contrainterrogatorio. Debe advertirse que, en este caso, el testimonio fue prestado en un juicio anterior, por lo que no necesariamente estaba aclarado si lo resuelto sería de aplicación a un testimonio de un testigo no disponible cuya declaración fue prestada en una vista preliminar.

Con relación al segundo planteamiento, el Tribunal Supremo confirmó la determinación del foro primario de no permitir los testigos de defensa, quienes establecerían la retractación del testigo no disponible. Se fundamentó en que la doctrina prevaleciente requería que, para permitir la impugnación de un testigo por manifestaciones contradictorias, era necesario sentar las bases —*a foundation must*

⁵⁰ *Id.* en las págs. 242-43 (énfasis suplido).

⁵¹ *Id.* en la pág. 243.

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.* en la pág. 244. “The substance of the constitutional protection is preserved to the prisoner in the advantage he has once had of seeing the witness face to face, and of subjecting him to the ordeal of a cross-examination”.

be laid out— y preguntarle si realmente había hecho la referida manifestación, la retractación, en este caso). Toda vez que el testigo había fallecido, ello no era posible, por lo que no procedía la impugnación.⁵⁴

Durante mucho tiempo, no hubo un pronunciamiento significativo del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el alcance del derecho a la confrontación. Fue en 1965 cuando el tribunal resolvió, en *Pointer v. Texas* que el derecho a la confrontación garantizado por la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos *era un derecho fundamental para un juicio justo en los casos criminales, por lo que era extensivo no mersamente a los procesos federales sino, además, a todos los estados de ese país a través de la enmienda catorce.*⁵⁵ Específicamente el tribunal expresó: “[w]e hold today that the Sixth Amendment’s right of an accused to confront the witnesses against him is likewise a fundamental right and is made obligatory on the States by the Fourteenth Amendment.”⁵⁶ El caso de *Pointer* tiene una importancia dual. La primera, consiste en que todas las garantías, así como las interpretaciones del Tribunal Supremo de Estados Unidos, serán de aplicación o protección mínima en todos los estados de la Unión. En otras palabras: todos los estados están obligados a que, en sus procesos estatales, se garantice el derecho a confrontación —según establecido en la sexta enmienda y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el particular—, pero que, a tono con el federalismo estadounidense, esas garantías y protecciones podrían ampliarse.⁵⁷ La segunda, consiste en que en *Pointer* se pretendió presentar una transcripción de un testigo de cargo que había prestado testimonio en una vista preliminar. El acusado estuvo presente, pero no así su abogado. El tribunal concluyó que la admisión de

⁵⁴ *Id.* en las págs 245-46. La opinion disidente se sustentó en lo siguiente:

“To conclude: The rule that a witness must be cross-examined as to his contradictory statements before they are given in evidence to impeach his credit, is a rule of convenient and orderly practice, and not a rule of the competency of the evidence. To press this rule so far as to exclude all proof of contradictory statements made by the witness since the former trial, in a case where the witness is dead, and the party offering the statements, is to sacrifice substance of proof to orderliness of procedure, and the rights of the living party to consideration for the deceases witness.”

⁵⁵ *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 404 (1965).

⁵⁶ *Id.* Dicha incorporación se hace en virtud de la teoría de la incorporación selectiva mediante la cual se plantea que existen unos derechos fundamentales garantizados por la Constitución federal. Ello implica que no todos los derechos incluidos en el *Bill of Rights* son de aplicación a todos los estados que tienen sus propias constituciones y procesos penales. No obstante, aquellos derechos del *Bill of Rights* que sean fundamentales y necesarios para garantizar un *fundamental fairness* en el proceso penal tienen que ser garantizados por los estados en virtud de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos.

⁵⁷ Es necesario reiterar que todos los estados tenían disposiciones similares a la cláusula de confrontación. No obstante, debe advertirse que la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre la cláusula de confrontación de la Sexta Enmienda constituye la garantía mínima que cada estado tendrá que proveer sobre el particular.

dicha evidencia violentaba el derecho a confrontación porque el testigo no estuvo sujeto a un contrainterrogatorio por un abogado. Es decir, para cumplir con el derecho a la confrontación es necesario que este sea realizado por un abogado y no que el acusado haya tenido, meramente, la oportunidad de ver al testigo cara a cara; es necesario poder contrainterrogarlo a través de su representante legal. Además, se señaló que era importante que la declaración anterior del testigo se prestara en una vista con formalidades y en donde el acusado pudiera ejercer sus derechos. Puntualmente, el tribunal resolvió lo siguiente:

The case before us would be quite a different one had Phillips' statement been taken at a full-fledged hearing at which petitioner had been represented by counsel who had been given a complete and adequate opportunity to cross-examine. *Compare Motes v. United States*, 178 U.S., at 474. There are other analogous situations which might not fall within the scope of the constitutional rule requiring confrontation of witnesses. The case before us, however, does not present any situation like those mentioned above or others analogous to them. Because the transcript of Phillips' statement offered against petitioner at his trial had not been taken at a time and under circumstances affording petitioner through counsel an adequate opportunity to cross-examine Phillips, its introduction in a federal court in a criminal case against *Pointe* would have amounted to denial of the privilege of confrontation guaranteed by the Sixth Amendment.⁵⁸

Resulta evidente que la declaración anterior del testigo no disponible, contrario al caso de *Mattox*, no tiene que ser prestada en un juicio previo, sino que es permisible en un *full fledged hearing* en el que se le reconozca al acusado su derecho a tener abogado y a contrainterrogar al testigo de cargo. Con posterioridad al caso de *Pointer*, el reconocimiento del derecho a confrontación en sus dos vertientes, careo y contrainterrogatorio realizado por un abogado, ya era parte indispensable de los procesos penales de Estados Unidos, tanto en los casos federales como estatales y podía realizarse en una vista preliminar en los casos de testigos que advinieran no disponibles en el juicio. Sin embargo, existían cuestionamientos sobre el alcance del derecho a confrontación en determinadas circunstancias. Particularmente, hubo cuestionamientos sobre su relación con la normativa existente en el *Common Law* en cuanto a la prueba de referencia y sus excepciones.

Uno de los primeros casos en atender dichas inquietudes fue el de *Barber v. Page*.⁵⁹ En este caso, el abogado del acusado había estado presente en la vista pre-

⁵⁸ *Pointer*, 380 U.S. en la pág. 407.

⁵⁹ *Barber v. Page*, 390 U.S. 719 (1968).

liminar. Ese abogado representaba a *Barber* y al otro acusado. En la vista, el coacusado testificó, pero el abogado no lo contrainterrogó por ser su propio cliente. El Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió que el testimonio del coacusado prestado en la vista preliminar era inadmisibles en el juicio debido, primeramente, a que el estado no estableció que el testigo de cargo no estaba disponible para declarar en el juicio toda vez que se encontraba recluido en una cárcel federal. Señaló, además, que era necesario que los testigos de cargo declararan *cara a cara* frente al jurado.⁶⁰ Debe enfatizarse que el tribunal advirtió que, aunque se hubiera establecido la indisponibilidad del testigo, *era necesario que la confrontación de este aconteciera “at trial in front of the jury”*.⁶¹ La importancia de este pronunciamiento con relación a una declaración anterior de un testigo es que se estableció una distinción entre satisfacer las exigencias de excepciones a la prueba de referencia para lograr su admisión, y la de cumplir con el mandato de la cláusula de confrontación de la Sexta Enmienda. Además, implica un cierto distanciamiento en lo resuelto en *Pointer* en la medida en que se da la impresión de que el testimonio tenía que ser *face to face to a jury* en lugar de un *full-pledge hearing* en el cual no hay jurado.

El mismo día de esta decisión, el Tribunal Supremo resolvió *Douglas v. Alabama* en el cual revocó una condena debido a que se violentó el derecho a confrontación del acusado.⁶² En este caso, el principal testigo, de apellido Loyd, había sido convicto, previamente, por los mismos hechos que se le imputaban a Douglas ya que, supuestamente, habían sido coautores. Dicho testigo se negó a declarar y reclamó su derecho a la no autoincriminación. Como resultado, Douglas no pudo contrainterrogarlo durante el juicio. De manera muy precisa, el tribunal decidió que “[i]n the circumstances of this case, petitioner’s inability to cross-examine Loyd as to the alleged confession plainly denied him the right of cross examination secured by the Confrontation Clause...”.⁶³ Debe advertirse que, durante su interrogatorio por parte del fiscal, se utilizó su confesión, en la cual involucraba a Douglas, con el único propósito de refrescar la memoria del declarante. No obstante, entendió que, aun con ese propósito, se violentó el derecho a la confrontación porque el testigo no estuvo sujeto a contrainterrogatorio sobre ese documento. Así, en 1965, y de conformidad con estas dos decisiones, el derecho a confrontación adquiría su mejor posicionamiento en la normativa estadounidense.

⁶⁰ *Id.* en la pág. 721.

⁶¹ *Id.* (énfasis suplido).

⁶² *Douglas v. State of Ala.*, 380 U.S. 415 (1965).

⁶³ *Id.* en la pág. 419.

D. Periodo de Fisuras y Funcionalismo: 1970 a 2004

Cinco años después de sus decisiones de 1965, el Tribunal Supremo de Estados Unidos se distanció de sus pronunciamientos anteriores y estableció una importante limitación al derecho a confrontación en juicio. En *California v. Green*, ese tribunal resolvió que el derecho a confrontación se satisface cuando el acusado tiene la oportunidad de contrainterrogar al testigo de cargo durante una vista preliminar.⁶⁴ En este caso, el derecho a confrontación se satisfizo cuando el acusado —a través de su abogado— pudo contrainterrogar al testigo de cargo en la vista preliminar. El testigo había declarado bajo juramento, en la vista preliminar, que el acusado le había provisto marihuana. Durante el juicio, el testigo se retractó y expresó que no recordaba nada de lo acontecido. Ante este escenario, el ministerio público presentó en evidencia su declaración en la vista preliminar como prueba sustantiva, y así poder probar las alegaciones relacionadas con la distribución de sustancias controladas. Al avalar constitucionalmente dicho curso de acción, el tribunal señaló:

We find nothing, then, in either the history of the purposes of the Confrontation Clause, or in the prior decisions of this Court, that compels the conclusion reached by the California Supreme Court concerning the validity of California's 1235. Contrary to the judgment of that court, the Confrontation Clause does not require excluding from evidence the prior statements of a witness who concedes making the statements, and who may be asked to defend or otherwise explain the inconsistency between his prior and his present version of the events in question, thus opening himself to full cross-examination at trial as to both stories. We also think that Porter's preliminary hearing testimony was admissible as far as the Constitution is concerned wholly apart from the question of whether respondent had an effective opportunity of confrontation at the subsequent trial. For Porter's statement at the preliminary hearing had already been given under circumstances closely approximating those that surround the typical trial. Porter was under oath; respondent was represented by counsel—the same counsel in fact who later represented him at the trial; respondent had every opportunity to cross-examine Porter as to his statement; and the proceeding was conducted before a judicial tribunal, equipped to provide a judicial record of the hearing. Under these circumstances, Porter's statement would, we think, have been admissible at trial even in Porter's absence if Porter had been actu-

⁶⁴ *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970).