

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 constraído interrogado 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 *petite 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 conainterrogar 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 contrainterrogarlo.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 contrainterrogar 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 contrainterrogatorio 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 contrainterrogar 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 inadmisibile 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).

ally unavailable, despite good-faith efforts of the State to produce him. That being the case, we do not think a different result should follow where the witness is actually produced.⁶⁵

Al examinar lo resuelto tanto en *Barber* como en *Douglas*, se podía concluir, en aquel entonces, que el derecho a la confrontación requería la presencia del testigo en el juicio para así poder contrainterrogarlo. No obstante, en *California v. Green* ya se percibe una fisura a este concepto en la medida en que, para garantizar el derecho a confrontación, no era imperativo el hecho de que el contrainterrogatorio se diera en el juicio como tal y frente al jurado. Lo importante es que fuera en circunstancias que se aproximaran a un contrainterrogatorio en juicio típico. Entre esas circunstancias, se requiere: (i) que el testigo esté bajo juramento; (ii) que el acusado esté representado por abogado, y que este sea el mismo que lo presente en el juicio; (iii) que tuviera la oportunidad de contrainterrogarlo; y (iv) que la vista fuera de carácter judicial en la cual se provee un sistema de grabación del proceso. Ciertamente, ello se parece más al llamado *full-pledged hearing* del caso de *Pointer*. Así pues, en *California v. Green* se percibe un cierto retroceso del alcance de las garantías contenidas en el derecho a confrontación logrados en 1965 y surge, entonces, la interrogante de si el Tribunal Supremo iba a continuar creando fisuras a tan importante derecho.

Las fisuras comenzaron prontamente. Una de las más trascendentales fue establecida en *Ohio v. Roberts* en 1980.⁶⁶ En la vista preliminar realizada contra Roberts, la hija de ambas víctimas declaró como testigo de defensa en un caso de falsificación de cheques y posesión de tarjetas de crédito robadas. Como parte de su testimonio, declaró que ella había permitido al acusado usar su apartamento por varios días. Sin embargo, se negó a aceptar que no le había dicho al acusado que podía usar los cheques y tarjetas de crédito de sus padres, a pesar de que se le preguntó específicamente durante su interrogatorio directo.⁶⁷ Durante el juicio, el acusado declaró que la hija de las víctimas le había dado las tarjetas de crédito y los cheques de sus padres bajo el entendido de que podía utilizarlos. La hija no compareció al juicio, a pesar de haber sido citada en varias ocasiones. Ante la incomparecencia de la testigo —y autorizado por la normativa existente en el estado de Ohio—, el Estado presentó en evidencia la transcripción del testimonio de la testigo en la vista preliminar en la cual se incluyó la parte en la cual la testigo se negó

⁶⁵ *Id.* en las págs. 164-65.

⁶⁶ *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

⁶⁷ La pregunta la hace el abogado de Roberts durante su interrogatorio directo. En el texto de la opinión, se enfatiza que el abogado la interrogó extensamente y trató enfáticamente de que la testigo declarara que no le había dicho a Robert; específicamente, que no podía usar dichos cheques y tarjetas de crédito.

a aceptar que le había dado esa autorización a Roberts. La defensa objetó amparándose en que su admisión violentaba la cláusula de confrontación de la Sexta Enmienda. El foro primario admitió la declaración y el acusado fue encontrado culpable. La Corte Suprema del estado de Ohio revocó por entender, *inter alia*, que la testigo *no había sido conainterrogada* por Roberts en la vista preliminar.

Así las cosas, el caso llega a la consideración del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El tribunal comenzó con un resumen de algunos de sus pronunciamientos previos referentes a la cláusula de confrontación —particularmente, en los casos de *Mattox* y *Green*— y destacó que la cláusula de confrontación pretende excluir *cierta prueba de referencia*.⁶⁸ Además, añadió que, en ciertas circunstancias, los derechos del acusado, como el derecho a la confrontación, tienen que ceder ante consideraciones de política pública y de necesidad.⁶⁹ El tribunal recalcó que la cláusula de confrontación opera de dos maneras separadas que limitan la admisibilidad de prueba de referencia: la primera, que requiere la confrontación *cara a cara* y, la segunda, que se aplica cuando un testigo no está disponible. En cuanto a esta última, el tribunal enfatizó que la finalidad es propiciar “accuracy in the fact finding process”⁷⁰ y que el acusado, por consiguiente, tenga unos medios efectivos de cuestionar evidencia adversa.

A tono con lo anterior, el tribunal revocó la decisión de la Corte Suprema de Ohio y resolvió que la cláusula de confrontación normalmente requiere, en los casos en que el declarante no está disponible, así demostrarlo y, una vez queda establecido, se permitirá una declaración anterior del testigo en aquellos casos en los cuales su proponente pueda demostrar que dicha declaración contiene indicios de confiabilidad adecuados. El tribunal señaló lo siguiente:

In sum, when hearsay declarant is not present for cross-examination at trial, the Confrontation Clause normally requires a showing that he is unavailable. Even then, his statement is admissible only if it bears ad-

⁶⁸ *Id.* en la pág. 63.

⁶⁹ *Id.* en la pág. 64. Sobre el particular, el Tribunal Supremo destacó lo siguiente:

“The Court, however, has recognized that competing interests, if ‘closely examined’; *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S., at 295, may warrant dispensing with confrontation at trial. See *Mattox v. United States*, 156 U.S., at 243 (‘general rules of law of this kind, however beneficent in their operation and valuable to the accused, must occasionally give way to considerations of public policy and the necessities of the case’). Significantly every jurisdiction has a strong interest in effective law enforcement, and in the development and precise formulation of the rules of evidence applicable in criminal proceeding. See: *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 107 (1934); *California v. Green*, 399 U.S., at 171-172 (concurring opinion)”.

⁷⁰ *Id.* en la pág. 65.

equate 'indicia of reliability'. Reliability can be inferred without more in a case where the evidence falls within a firmly rooted hearsay exception. In other cases, the evidence must be excluded, at least absent a showing of particularized guarantees of trustworthiness.⁷¹

Según indicó el tribunal, esos *adecuados indicios de confiabilidad* de la aseveración extrajudicial –prueba de referencia– que se pretenden presentar en evidencia se pueden establecer de dos maneras. La primera, *invocando una de las excepciones contenidas en la regla de prueba de referencia que esté firmemente arraigada en la doctrina*. La segunda opción, consiste en *establecer que dicha prueba de referencia contiene garantías específicas o particulares de confiabilidad*. La primera modalidad tiene, básicamente, el efecto de equiparar las aseveraciones extrajudiciales consideradas como excepciones, arraigadas en la doctrina de la prueba de referencia, con aquellas aseveraciones extrajudiciales que, a su vez, satisfacen la protección provista en la cláusula de confrontación. La segunda, por su parte, limita, significativamente, la protección del derecho a confrontación en la medida en que podría ser admisible una aseveración extrajudicial que contenga indicios particularizados de confiabilidad sin que pueda exigírsele a su declarante el haber estado sujeto a contrainterrogatorio en algún momento del proceso judicial. Precisamente, uno de los aspectos más polémicos de este caso consistió en que la testigo no estuvo sujeta a un contrainterrogatorio, contrario a lo acontecido en *Green*. Tampoco, distinto a los hechos de *Green*, estuvo presente el mismo abogado que participó en la vista preliminar en representación de Roberts ni el testigo estuvo presente físicamente en el juicio.

Sobre estas marcadas diferencias con el caso de *Green*, el Tribunal Supremo enfatizó, primeramente, que el interrogatorio directo se convirtió en un equivalente funcional de un contrainterrogatorio. Sobre ese particular, señaló que el interrogatorio directo realizado *fue consistente con el propósito medular del contrainterrogatorio, de cuestionar si realmente el testigo está declarando la verdad, así como su capacidad de percibir y recordar los hechos*. Además, el interrogatorio directo estuvo repleto de preguntas sugestivas, que es la herramienta principal utilizada en contrainterrogatorio. Así, en el interrogatorio directo se pretendió cuestionar la veracidad de la versión del declarante no disponible en el juicio. El tribunal, también, descartó la importancia de que fuera un abogado el que hizo un interrogatorio en la vista preliminar y otro el que representaba al acusado en el juicio. A esos efectos, advirtió que Roberts en ningún momento pudo esgrimir un argumento de sustancia sobre la importancia de que fuera representado por otro abogado, y ello a pesar de que el tribunal reconoció que de la lectura del caso

⁷¹ *Id.* en la pág. 66.

de *Green* podría pensarse que ello era importante. De igual manera, le pareció irrelevante al tribunal el hecho de que en *Green* estuviera presente físicamente el testigo, distinto al caso de *Roberts* porque en ambos, como cuestión de derecho, los declarantes no estaban disponibles. A tono con el análisis expuesto, el Tribunal Supremo concluyó que el testimonio prestado por el testigo en la vista preliminar contenía suficientes indicios de confiabilidad, por lo que era admisible.

Como consecuencia de lo resuelto en el caso, resulta evidente el debilitamiento de la cláusula de confrontación ya que, como mencionamos anteriormente, se entenderá que determinada prueba de referencia que tenga indicios de confiabilidad será admisible. Se entiende, además, que ello podrá establecerse mediante: (i) alguna de las excepciones a la prueba de referencia firmemente arraigada en la doctrina; u (ii) otra comparable que tenga indicios particularizados de confiabilidad. La única interrogante que surgía de una lectura literal de *Roberts* era si lo resuelto era de aplicación a otras excepciones arraigadas o si solo aplicaba a aquellas relacionadas con los declarantes no disponibles durante el juicio. Es decir, la interrogante consistía en determinar si, en aquellas excepciones a la prueba de referencia —en las que el declarante sí está disponible, o aquellas en las cuales el Estado no estableció su no disponibilidad, como en el caso de *Barber*)—, eran admisibles, de contar con indicios de confiabilidad adecuados. Ciertamente, podía inferirse que lo resuelto trascendía las excepciones de los declarantes no disponibles toda vez que el análisis de la decisión de *Roberts* se basaba, fundamentalmente, en la exigencia de que la prueba de referencia, la que fuera, que se pretendiera presentar en el juicio contara con la cualidad de tener indicios de confiabilidad adecuados.

Dicha interrogante fue contestada seis años después en *United States v. Inadi*.⁷² Con relativa claridad, el Tribunal Supremo resolvió que *la doctrina de Roberts era aplicable a casos relacionados con otras excepciones a la prueba de referencia, no relacionadas con el requisito de tener que establecer la no disponibilidad de un declarante en el juicio*. A esos efectos, expresó el tribunal que “*Roberts cannot fairly be read to stand for the radical proposition that no out of court statement can be introduced by the government without a showing that the declarant is unavailable*”.⁷³ El tribunal fundamentó su decisión en que, establecer el requisito de que el testigo no esté disponible, en nada ayudaría al proceso de determinar la veracidad de la aseveración extrajudicial presentada. Añadió, también, el tribunal que dicha exigencia establecería una carga muy onerosa para el ministerio público en los casos en que existieran otras excepciones a la prueba de referencia

⁷² U.S. v. Inadi, 475 U.S. 387 (1986). La excepción a la prueba de referencia que se discutía en el caso era la de las manifestaciones hechas por un conspirador, realizadas durante la conspiración, en beneficio de esta y que involucraba a otros conspiradores.

⁷³ *Id.* en la pág. 394.

firmemente arraigadas en la doctrina. En este caso, se trataba de una aseveración realizada por un coconspirador, la cual se hace durante la vigencia y consecución de esta. Según, el Tribunal Supremo esa es una de las excepciones más utilizadas en los casos criminales.⁷⁴

Un año antes de la decisión de *Inadi*, el Tribunal Supremo intervino en otro caso en el cual se siguió debilitando el derecho a la confrontación. En *Delaware v. Fensterer* el Tribunal Supremo de Estados Unidos revocó a la Corte Suprema del estado de Delaware. La última resolvió que se había violentado el derecho a confrontación en un caso en que el perito del estado no pudo recordar, durante el conainterrogatorio celebrado en el juicio, cuál método había utilizado para llegar a su conclusión.⁷⁵ Específicamente, declaró que, en su opinión, un pelo de la víctima encontrado en la correa de pasear a un gato había sido removido a la fuerza. Cabe destacar que dicha correa era el arma homicida. Al ser conainterrogado, no pudo precisar de qué manera llegó a esa conclusión ni el método utilizado. Ante esto, la Corte Suprema estatal entendió que el conainterrogatorio no pudo ser efectivo y que, además, fue un ejercicio de futilidad ante las pocas respuestas del perito. Por su parte, el Tribunal Supremo de Estados Unidos revocó y expresó que *la cláusula de confrontación garantiza una oportunidad para un conainterrogatorio efectivo y no necesariamente un conainterrogatorio que es efectivo en determinada manera*. A tenor con lo anterior, el tribunal puntualizó lo siguiente:

Generally speaking, the Confrontation Clause guarantees an opportunity for effective cross-examination, not cross-examination that is effective in whatever way, and to whatever extent, the defense might wish... This conclusion is confirmed by the fact that the assurances of reliability our cases have found in the right of cross-examination are fully satisfied in cases such as this one, notwithstanding the witness' inability to recall the basis for his opinion: the factfinder can observe the witness' demeanor under cross-examination, and the witness is testifying under oath and in the presence of the accused.⁷⁶

⁷⁴ *Id.* en la pág. 398. La regla de evidencia federal 802 (FRE 802, por sus siglas en inglés), en su inciso (E), dispone lo siguiente:

“(E) was made by the party’s coconspirator during and in furtherance of the conspiracy. The statement must be considered but does not by itself establish the declarant’s authority under (C); the existence or scope of the relationship under (D); or the existence of the conspiracy or participation in under (E)”.

⁷⁵ *Delaware v. Fensterer*, 474 U.S. 15 (1985).

⁷⁶ *Id.* en la pág. 20.

El Tribunal Supremo federal advirtió que, en determinadas circunstancias, por ejemplo, durante el *contrainterrogatorio*, cuando surge un problema con la memoria de un testigo y este sea de tal naturaleza que impida una oportunidad de *contrainterrogar*, la admisión de su testimonio prestado en el *interrogatorio directo* violentaría la cláusula de *confrontación*. Sin embargo, apuntó que ello no aconteció en este caso. El Tribunal Supremo entendió que, durante el *contrainterrogatorio*, el abogado fue efectivo al impugnar la credibilidad del perito, tanto por su capacidad para recordar, como por la posibilidad de haber utilizado un método poco confiable para sostener su conclusión. No obstante, resulta importante destacar la diferencia establecida por el Tribunal Supremo entre la *oportunidad de contrainterrogar versus el contrainterrogatorio efectivo*. La cláusula de *confrontación* se satisface, según el tribunal, cuando durante el *contrainterrogatorio*, se tiene la oportunidad de establecer y exponer las debilidades de un testigo o de su testimonio; particularmente, cuando esto último esté matizado por “*forgetfulness, confusión, or evasion*”.⁷⁷

Uno de los cambios más significativos sobre la naturaleza y esencia del derecho a *confrontación* surgió en *Maryland v. Craig* y, cabe destacar, con una votación de cinco a cuatro.⁷⁸ En dicho caso, el tribunal tuvo ante su consideración la validez constitucional de un estatuto del estado de Maryland mediante el cual se permitiría la declaración de un menor, alegada víctima de abuso sexual, mediante *circuito cerrado* en aquellos casos en donde se estableciera que su declaración *cara a cara* frente al acusado le resultaría en serio daño emocional; lo que, a su vez, afectaría que el menor pudiera comunicarse de manera razonable.⁷⁹ El acu-

⁷⁷ *Id.* en la pág. 22.

⁷⁸ *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990).

⁷⁹ El estatuto concernido establecía el siguiente proceso:

Section 9-102 of the Courts and Judicial Proceedings Article of the Annotated Code of Maryland (1989) provides in full: “(a)(1) In a case of abuse of a child as defined in § 5-701 of the Family Law Article or Article 27, § 35A of the Code, a court may order that the testimony of a child victim be taken outside the courtroom and shown in the courtroom by means of a closed circuit television if: “(i) The testimony is taken during the proceeding; and “(ii) The judge determines that testimony by the child victim in the courtroom will result in the child suffering serious emotional distress such that the child cannot reasonably communicate.”(2) Only the prosecuting attorney, the attorney for the defendant, and the judge may question the child. “(3) The operators of the closed circuit television shall make every effort to be unobtrusive. “(b)(1) Only the following persons may be in the room with the child when the child testifies by closed circuit television: “(i) The prosecuting attorney; “(ii) The attorney for the defendant; “(iii) The operators of the closed circuit television equipment; and “(iv) Unless the defendant objects, any person whose presence, in the opinion of the court, contributes to the wellbeing of the child, including a person who has dealt with the child in a therapeutic setting concerning the abuse. “(2) During the child’s testimony by closed circuit television, the judge and the defendant shall be in the courtroom. “(3) The judge and the defendant

sado, por su parte, planteó que ese procedimiento era inconstitucional porque violentaba su derecho a confrontación; particularmente, la vertiente de confrontación *cara a cara*. Cabe advertir que dos años antes, en *Coy v. Iowa*, el propio Tribunal Supremo había invalidado un procedimiento parecido mediante el cual se ubicaba una pantalla entre el menor víctima de abuso sexual y el acusado.⁸⁰ Al declarar inconstitucional dicho procedimiento por violentar la cláusula de confrontación, el tribunal señaló, en aquel entonces:

A witness ‘may feel quite differently when he has to repeat his story looking at the man whom he will harm greatly by distorting or mistaking the facts. He can now understand what sort of human being that man is. (...) It is always more difficult to tell a lie about a person ‘to his face’ than ‘behind its back’. In the former context, even if the lie is told, it will often be told less convincingly.⁸¹

Al evaluar el estatuto del estado de Maryland, el Tribunal Supremo comenzó por expresar que *nunca ha resuelto que la cláusula de confrontación garantiza a los acusados el derecho absoluto a confrontarse con los testigos cara a cara durante el juicio*. Señaló, también, que el problema con el estatuto de Iowa, en el caso previo, era que no requería una determinación individualizada de alguna protección en especial que necesitara el menor para poder declarar. A pesar de que el Tribunal Supremo reconoció la importancia de la confrontación *cara a cara* como un elemento esencial de la Sexta Enmienda, validó la constitucionalidad del estatuto en controversia por entender que la confrontación *cara a cara* no es un elemento *sine qua non* del derecho a confrontación. Lo importante, según el Tribunal Supremo, es que se le provea al acusado un “...full and fair opportunity to probe and expose [testimonial] infirmities [such as forgetfulness, confusion, or evasion] through cross-examination, thereby calling to the attention of the fact-finder the reasons for giving scant weigh to the witness’ testimony”.⁸² El tribunal reiteró que nunca ha insistido en que tiene que existir siempre una confrontación *cara a cara* toda vez que la admisión de las excepciones a la prueba de referencia constituye precisamente un ejemplo de lo anterior. El tribunal resumió su decisión de manera muy precisa en el siguiente párrafo:

shall be allowed to communicate with the persons in the room where the child is testifying by any appropriate electronic method. “(c) The provisions of this section do not apply if the defendant is an attorney pro se. “(d) This section may not be interpreted to preclude, for purposes of identification of a defendant, the presence of both the victim and the defendant in the courtroom at the same time”.

⁸⁰ *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988).

⁸¹ *Id.* en la pág. 1019.

⁸² *Maryland*, 497 U.S. en la pág. 847.

In sum, our precedents establish that ‘the Confrontation Clause reflects a preference for face-to-face confrontation at trial, a preference that ‘must occasionally give way to considerations of public policy and the necessities of the case. We have attempted to harmonize the goal of the Clause –pacing limits on the *kind of evidence* that may be received against a defendant– with a societal interest in accurate fact-finding, which may require consideration of out-of-court statements.’⁸³

La decisión del Tribunal Supremo se distanció de pronunciamientos anteriores sobre la esencialidad del *face to face confrontation* en el contexto de las garantías de la sexta enmienda. Además, se siguió devaluando la cláusula de confrontación al continuar equiparándola con las excepciones de prueba de referencia y justificando su interpretación flexible por consideraciones de política pública. Sobre esto último precisamente, el juez asociado Antonin Scalia —quien emitió una opinión disidente— señaló que la Sexta Enmienda establece, con inequívoca claridad, el derecho a confrontarse con los testigos de cargo y que el propósito de dicha protección constitucional es evitar que consideraciones pasajeras de política pública, establecida por estatutos de ley, puedan “overcome a defendant’s right to face his or her accusers in court.”⁸⁴

La última fisura al derecho a confrontación durante este periodo de tiempo aconteció en *White v. Illinois*.⁸⁵ Allí, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo ante su consideración la admisibilidad de unas aseveraciones extrajudiciales –prueba de referencia– hechas por una niña de cuatro años de edad en las cuales alego ser víctima de abuso sexual. Dicha prueba fue determinante para que *White* fuera encontrado culpable en la corte estatal de Illinois. Luego del trámite apelativo correspondiente, el caso llegó a consideración del Tribunal Supremo federal. Como habíamos señalado anteriormente, ya el propio Tribunal Supremo había permitido la admisibilidad de varias aseveraciones extrajudiciales que constituían excepciones a la prueba de referencia, tales como testimonios anteriores de testigos no disponibles, testimonios anteriores de testigos disponibles, declaraciones de personas en peligro de muerte y, más recientemente, declaraciones de un coconspirador. Además de permitir su admisibilidad, el Tribunal Supremo había expresado que ello no infringía ninguna de las garantías contenidas en la Sexta Enmienda. En *White*, en particular, el tribunal tuvo ante su consideración dos excepciones distintas: (i) declaraciones espontáneas en estado de excitación; y (ii) declaraciones hechas para diagnóstico y tratamiento médico. Según surgía

⁸³ *Id.* en la pág. 849 (citas omitidas).

⁸⁴ *Id.* en la pág. 861 (A. Scalia, opinión disidente).

⁸⁵ *White v. Illinois*, 502 U.S. 346 (1992).

de los hechos, la niña de cuatro años le expresó a su niño que el acusado le había tapado la boca y que la había tocado en sus partes privadas. Treinta minutos después, la niña le relató lo mismo a su madre. Cuarenta y cinco minutos después del incidente, llegó un oficial de la policía y, nuevamente, la niña relató la misma historia. Cuatro horas después, la niña es llevada al hospital, examinada por una enfermera y, posteriormente, por un médico. En ambas instancias relató, *básicamente*, la misma versión.

Durante el juicio, el ministerio público trató de presentar a la niña como testigo, pero ello no fue posible por problemas emocionales de la niña. Así las cosas, y en virtud de la normativa probatoria existente en el estado de Illinois, se presentaron las cinco aseveraciones extrajudiciales de evidencia mencionadas, que fueron admitidas. Las primeras tres fueron admitidas bajo una excepción a la de prueba de referencia, conocida como *declaraciones espontáneas bajo excitación*⁸⁶, y las últimas dos bajo la excepción de *declaraciones hechas a los fines de recibir un diagnóstico o tratamiento médico*.⁸⁷ El acusado objetó la admisibilidad de dichas aseveraciones por entender que violentaban la cláusula de confrontación; particularmente, cuando no se había establecido que la testigo no estuviera disponible. Al confirmar la admisibilidad de dichas declaraciones, el Tribunal Supremo puntualizó que su decisión en el caso de *Inadi* hacía innecesario establecer la no disponibilidad de la testigo. Lo que sí es indispensable —desde el caso de *Roberts*— es establecer que la excepción a la prueba de referencia identificada cuenta con garantías sustanciales de confiabilidad, como son, por ejemplo, aquellas excepciones firmemente arraigadas en la doctrina. Al evaluar las aseveraciones hechas en este caso, el tribunal enfatizó lo siguiente:

We note first that the evidentiary rationale for permitting hearsay testimony regarding spontaneous declarations and statements made in the course of receiving medical care is that such out-of-court declarations are made in contexts that provide substantial guarantees of their trustworthiness. But those same factors that contribute to the statements' reliability cannot be recaptured even by later in-court testimony. A statement that has been offered in a moment of excitement —without the opportunity to reflect on the consequences of one's exclamation— may

⁸⁶ La excepción leía de la siguiente manera: “statement relating to a startling event of condition made while the declarant was under the stress of excitement caused by the event or condition.” *Id.* en la n.1.

⁸⁷ “In a prosecution for violation of Section 12-13, 12-14, 12-15 or 12-16 of the ‘Criminal Code of 1961’, statements made by the victim to medical personnel for purposes of medical diagnosis of treatment including descriptions of the cause of symptom, pain or sensations, or the inception or general character of the cause or external source thereof insofar as reasonably pertinent to diagnosis or treatment shall be admitted as an exception to the hearsay rule”. *Id.* en la n.2.

justifiably carry more weight with a trier of fact than a similar statement offered in the relative calm of the courtroom. Similarly, a statement made in the course of procuring medical services, where the declarant knows that a false statement may cause misdiagnosis or mistreatment, carries special guarantees of credibility that a trier of fact may not think replicates by courtroom testimony.⁸⁸

Al evaluar las aseveraciones extrajudiciales en cuestión, el Tribunal Supremo concluyó que contaban con un valor probatorio sustancial y que su admisibilidad en nada afectaba lo dispuesto en la Sexta Enmienda toda vez que el propósito básico de ésta es promover la integridad del proceso de determinación de hechos. Por otro lado, dichas aseveraciones estaban contempladas en una excepción firmemente arraigada en la doctrina, por lo que exponerla o someterla al examen del sistema de adversarios, a través de un contrainterrogatorio, *añadía muy poco a su confiabilidad*. De conformidad con lo resuelto en *Roberts e Inadi*, las aseveraciones, entonces, eran admisibles. Continuó, así, ampliándose el catálogo de excepciones a la prueba de referencia cuya admisibilidad en nada, según el Tribunal Supremo, era inconsistente con las garantías provistas en la Sexta Enmienda. Puesto de otra manera, si se trata de una prueba de referencia con suficientes garantías de confiabilidad, no contraviene nada de lo dispuesto en la Sexta Enmienda; particularmente, en lo que a la cláusula de confrontación se refiere.

Algo sumamente interesante en este caso es el hecho de que el juez Clarence Thomas emitió una enjundiosa opinión concurrente a la cual se unió el juez Scalia. Comienza el juez Thomas expresando que el propio tribunal ha complicado y creado confusión de manera innecesaria entre el derecho a la confrontación y la normativa sobre prueba de referencia. Ello se refleja cuando, según Thomas, el tribunal ha partido de la premisa de que todos los declarantes de aseveraciones extrajudiciales son testigos en contra —*witnesses against*— en el contexto de la Sexta Enmienda. El juez Thomas entendió que dicha interpretación no se justifica en virtud del historial y texto de la cláusula de confrontación. Sobre la interpretación literal de dicha disposición —y consistente con la visión de Wigmore—, señaló que “[T]he strictest reading would be to construe the phrase ‘witnesses against him’ to confer on a defendant the right to confront and cross-examine only those witnesses who actually appear and testify at trial”.⁸⁹ No empeco lo anterior, Thomas reconoció que el derecho a confrontación ha evolucionado; particularmente, dirigido a limitar prácticas inquisitivas del derecho continental y del siglo XVI en Inglaterra. Precisamente, y como expresamos anteriormente, el origen del derecho

⁸⁸ *White*, 502 U.S. en las págs. 355-56.

⁸⁹ *Id.* en la pág. 359.

a confrontación en los Estados Unidos no nace con la adopción de la Sexta Enmienda sino que parte de la *praxis* en las trece colonias, cuyo propósito principal era “to prevent depositions or *ex parte affidavits*, such as were sometimes admitted in civil cases, being used agaisnt the prisoner in lieu of personal examinations and cross examination of the witness”.⁹⁰ Para atender este disloque entre la cláusula de confrontación y la admisibilidad de la prueba, el juez Thomas cuestionó la corrección del esquema establecido por el tribunal en el caso de *Roberts*, que, como expresamos previamente, dispuso que la prueba referencia que tuviera indicios de confiabilidad debería ser admisible por no violentar la cláusula la confrontación. En ese sentido, la prueba de referencia que no tuviera esos indicios era inadmisibile de conformidad con la cláusula. Ese esquema regulador es el que el juez Thomas precisamente criticó y propuso un nuevo esquema a tono con lo siguiente:

The federal constitutional right of confrontation extends to any witness who actually testifies at trial, but the Confrontation Clause is implicated by extrajudicial statements only insofar as they are contained in formalized testimonial materials, such as affidavits, depositions, prior testimony, or confessions. It was this discrete category of testimonial materials that was historically abused by prosecutors as a means of depriving criminal defendants of the benefit of the adversary process, and under this approach, the Confrontation Clause would not be construed to extend beyond the historical evil to which it was directed.

Such an approach would be consistent with the vast majority of our cases, since virtually all of them decided before *Ohio v. Roberts* involved prior testimony of confessions, exactly the type of formalized testimonial evidence that lies at the core of the Confrontation Clause's concern. This narrower reading of the Confrontation Clauses would greatly simplify the inquiry in the hearsay context. Furthermore, this interpretation would avoid the problem posed by the Court's current focus on hearsay exceptions that are 'firmly rooted' in the common law.⁹¹

Como puede verse, se plantea que la cláusula de confrontación se activa, o se extiende, a dos escenarios. Uno, cuando los testigos comparecen al juicio y testifican; y el otro, cuando se pretende presentar en el juicio aseveraciones extrajudiciales contenidas en *affidavits*, deposiciones, testimonios previos, o confesiones. Este tipo de evidencia, de naturaleza testimonial, es el que la cláusula de confrontación

⁹⁰ *Id.* en la pág. 362.

⁹¹ *Id.* en la pág. 365-66 (énfasis suplido)(citas omitidas).

debe excluir del juicio. Como veremos más adelante, dicha visión o propuesta fue la génesis del cambio más significativo en la historia y *praxis* de la cláusula de confrontación.

III. *Crawford v. Washington*: El Regreso del Derecho a la Confrontación y su Esencia

Por espacio de casi veinticinco años, el esquema regulador establecido en el caso *Roberts* fue utilizado intensamente. Como resultado, ello propició la admisión de prueba de referencia que no estuvo sujeta a conainterrogatorio y bajo el predicamento de que tenía indicios de confiabilidad. Otro problema que se identificaba era la utilización poco uniforme de los tribunales en cuanto a dicho estándar o esquema para examinar cualquier tipo de prueba de referencia. La doctrina establecida en *Roberts* fue muy polémica desde sus inicios y comenzó a ser muy criticada por la academia, por asociaciones profesionales de abogados e, inclusive, por algunos jueces asociados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como vimos en el caso de *White*. En consecuencia, era de esperarse que ese tribunal revisara dicha doctrina en algún próximo caso. Ello aconteció en el 2004, de manera muy contundente y con una votación unánime.

En el caso de *Crawford v. Washington* se evaluaba la admisibilidad de una aseveración extrajudicial hecha a un policía durante la etapa investigativa del caso.⁹² La testigo, como veremos más adelante, no estuvo disponible para el juicio, por lo que no estuvo sujeta a conainterrogatorio. El foro primario del estado de Washington admitió dicha aseveración extrajudicial bajo el esquema regulador de *Roberts* tras concluir que tenía indicios de confiabilidad. La corte apelativa revocó, pero la corte suprema del estado confirmó la condena, así como la admisibilidad de dicha aseveración judicial, conforme a lo resuelto en el caso de *Roberts*. Superado ese trámite procesal, el caso llegó a la consideración del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el cual revocó parcialmente —pero en lo esencial— lo resuelto en el caso de *Roberts*.

Los hechos que tuvo el Tribunal Supremo ante su consideración ocurrieron según exponemos a continuación. La alegada víctima —un hombre— fue apuñalada en su residencia por Michael Crawford. El supuesto móvil de la agresión fue que la víctima había tratado de agredir sexualmente a la esposa de Crawford, quien fue arrestado la misma noche de los hechos. Luego de las advertencias legales, Crawford le expresó a un policía que fue a pedirle cuentas a la alegada víctima en relación al incidente con su esposa. Indicó, que se personó a la residencia del alegado atacante, acompañado de su esposa. Añadió, que allí comenzó una pelea

⁹² *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

y que él (Crawford) lo apuñaló, pero alegó que fue en legítima defensa. El policía entrevistó a su esposa, quien, básicamente, corroboró la versión de su esposo, pero ofreció una versión distinta sobre algunos detalles de la pelea; particularmente, sobre en qué momento la alegada víctima sacó un arma. El día del juicio, la esposa de Crawford reclamó su derecho a no declarar amparándose en su privilegio de cónyuge, reconocido por el estado de Washington.⁹³ Ante ese escenario, el ministerio público procedió a presentar en evidencia la declaración prestada por ella ante el policía la noche de los hechos, la cual el foro primario estatal admitió tras aplicar el esquema regulador de *Roberts*. Esa determinación es la que, precisamente, tenía ante su consideración el Tribunal Supremo federal. El tribunal, en una decisión escrita por el juez Scalia, al emitir y fundamentar su decisión, analizó con precisión y rigor el texto de la Sexta Enmienda y todo su historial, tanto previo a su adopción como la jurisprudencia interpretativa posterior. El tribunal así lo hizo porque para resolver este caso no era suficiente mirar el texto de la Sexta Enmienda; era imperativo, claro está, comenzar con su examen textual.

Al realizar el análisis textual de la Sexta Enmienda y la teoría de Wigmore de que la frase *witness against* aplica limitadamente a las personas que declaren en el juicio,⁹⁴ el tribunal consideró extensamente el trasfondo histórico de la cláusula de confrontación, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos. En virtud de dicho análisis, el tribunal concluyó que pueden hacerse dos inferencias, relativamente claras, del significado de la cláusula de confrontación de la Sexta Enmienda. La primera consistía en que la cláusula de confrontación pretendía, primariamente, evitar el siguiente peligro:

First, the principal evil at which the Confrontation Clause was directed was the civil-law mode of criminal procedure, and particularly its use of *ex parte* examinations as evidence against the accused. It was these practices that the Crown deployed in notorious treason cases like Raleigh's; that the Marian statutes invited; that English law's assertion of a right to confrontation was meant to prohibit; and that the founding-era rhetoric decried. The Sixth Amendment must be interpreted with this focus in mind.⁹⁵

Dicho pronunciamiento no podía ser polémico por haber estado incluido en muchos de los pronunciamientos del tribunal en casos previos. No obstante, *con esta reafirmación expresaba inequívocamente su rechazo a la tesis de que la cláusula de confrontación solo aplicaba a los testigos que declaran en el juicio*. Además,

⁹³ WA R. EVID. 804 (b)(3)(2003).

⁹⁴ WIGMORE, *supra* nota 2, en la pág. 104.

⁹⁵ *Crawford*, 541 U.S. en la pág. 50.

rechazaba el argumento de que la admisión de las declaraciones extrajudiciales se atendería conforme a la normativa evidenciaria vigente. Sobre esto último, el tribunal expresó, categóricamente, que “leaving the regulation of out court statements to the law of evidence would render the Confrontation Clause powerless to prevent even the most flagrant inquisitorial practices.”⁹⁶ Por otra parte, el tribunal advirtió que no toda aseveración extrajudicial es contraria a la Sexta Enmienda; particularmente, aquellas que no se parezcan a los abusos cometidos bajo el derecho continental (*Civil Law*) y durante los siglos XVI y XVII en Inglaterra. Se enfatizó que la adopción de la cláusula de confrontación estaba dirigida a distanciarse de dichas prácticas. Al analizar literalmente el texto de la Sexta Enmienda, el tribunal llegó a la siguiente conclusión:

The text of the Confrontation Clause reflects this focus. It applies to “witnesses” against the accused —in other words, those who “bear testimony.” “Testimony,” in turn, is typically “[a] solemn declaration or affirmation made for the purpose of establishing or providing some fact.” An accuser who makes a formal statement to government officers bears testimony in a sense that a person who makes a casual remark to an acquaintance does not. The constitutional text, like the history underlying the common-law right of confrontation, thus reflects an especially acute concern with a specific type of out-of-court statement.⁹⁷

Ante esto, ya se podía percibir *la línea divisoria* entre las aseveraciones extrajudiciales que activan la cláusula de confrontación y las que no: *su carácter testimonial*. Incluso, se mencionan ejemplos como declaraciones *ex parte* en el tribunal o su equivalente funcional: *affidavits*, interrogatorios bajo custodia, testimonios previos que no estuvieron sujetos a contrainterrogatorio, interrogatorios de policías a posibles testigos y aseveraciones extrajudiciales hechas por declarantes que, razonablemente, esperaban que fueran utilizadas por el fiscal en el caso criminal correspondiente. Este último renglón —que parece constituir el nuevo esquema regulador— se refiere a *aseveraciones que son hechas en circunstancias que indicarían al declarante, de manera objetiva, que estarían disponibles para ser usadas posteriormente en un juicio*. Esto apunta a la importancia de evaluar las circunstancias en las cuales el declarante hace sus expresiones para poder hacer la evaluación correspondiente.

La segunda inferencia que hace el Tribunal Supremo es más objetiva y clara: que los autores de la constitución estadounidense y de la Sexta Enmienda nunca hubieran permitido la admisión de aseveraciones extrajudiciales de carácter

⁹⁶ *Id.* en la pág. 51.

⁹⁷ *Id.* (citas omitidas).

testimonial de un testigo que no compareciera a juicio, a menos que el acusado hubiera tenido una oportunidad previa de contrainterrogar a dicho declarante. Es decir, si el ministerio público pretende presentar una aseveración extrajudicial en evidencia, deberá identificar, primeramente, si es de carácter testimonial. De serlo, y el declarante no está disponible en el juicio, solo sería admisible si el acusado tuvo la oportunidad de haberlo contrainterrogado previamente. Así pues, el haber estado sujeto a contrainterrogatorio es un requisito constitucional necesario para la admisión de aseveraciones extrajudiciales de carácter testimonial.

A tono con el análisis del tribunal, se concluyó que la decisión de *Roberts* era contraria al texto e historial de la Sexta Enmienda. El problema fundamental consistía en que su esquema regulador se aplicaba indiscriminadamente a toda prueba de referencia, independientemente de su carácter testimonial, o no testimonial, ya que solo se requería que tuviera indicios de confiabilidad.

The *Roberts* test allows a jury to hear evidence, untested by the adversary process, based on a mere judicial determination of reliability. It thus replaces the constitutionally prescribed method of assessing reliability with a wholly foreign one. In this respect, it is very different from exceptions to the Confrontation Clause that make no claim to be a surrogate means of assessing reliability. For example, the rule of forfeiture by wrongdoing (which we accept) extinguishes confrontation claims on essentially equitable grounds; it does not purport to be an alternative means of determining reliability.⁹⁸

El problema con *Roberts* fue que permitía, precisamente, que la prueba de referencia que fuera confiable, bajo el crisol subjetivo o amorfo de un juez, reemplazara el método para promover confiabilidad que contiene la Sexta Enmienda, con los problemas evidentes que la poca uniformidad iba a propiciar en su aplicación. A juicio del Tribunal Supremo, el problema más significativo de *Roberts* era su manejo, o falta de manejo, de la prueba de carácter testimonial. En particular, el Tribunal Supremo lo explicó de la siguiente manera: “[t]he unpardonable vice of the *Roberts* test, however is not its unpredictability, but its demonstrated capacity to admit core testimonial statements that the Confrontation Clause plainly meant to exclude”.⁹⁹ Para atender esa preocupación, el tribunal estableció la siguiente norma:

Where nontestimonial hearsay is at issue, it is wholly consistent with the Framers’ design to afford the states flexibility in their development

⁹⁸ *Id.* en la pág. 62.

⁹⁹ *Id.* en la pág. 63.

of hearsay law — as does *Roberts*, and as would an approach that exempted such statements from Confrontation Clause scrutiny altogether. *Where testimonial evidence is at issue, however, the Sixth Amendment demands what the common law required: unavailability and a prior opportunity for cross-examination.*¹⁰⁰

El esquema regulador establecido, ciertamente, revierte la corriente que venía debilitando la cláusula de confrontación, pero, además, atiende directamente las preocupaciones de los redactores de la Constitución y de la Sexta Enmienda al establecer *una especie de norma de exclusión en relación con la prueba testimonial en la cual el testigo no está presente y no ha estado sujeto a contrainterrogatorio*. Se le exige, entonces, a los fiscales y a la policía asegurarse de la disponibilidad de sus testigos y de no depender, exclusivamente, de prueba de referencia para probar su caso.¹⁰¹ Por otro lado, debe advertirse que la decisión de *Crawford* solo iba a aplicar en casos criminales cuando la prueba testimonial se pretendiera presentar en contra del acusado, por lo que no era aplicable a situaciones en las cuales el acusado presentara prueba testimonial que fuere exculpativa o favorable. Ello se debe a que el Estado no puede reclamar la aplicación de la Sexta Enmienda a su favor; tampoco es de aplicación en casos criminales en los cuales el ministerio público presentara prueba no testimonial en contra del acusado. En ese escenario, aplicará la normativa probatoria vigente, incluida la doctrina de *Roberts*. Tampoco lo resuelto aplicaría a los casos de naturaleza civil.

Un asunto que ocasionó preocupación con la opinión concurrente del juez William Rehnquist, consistió en que el Tribunal Supremo no definiera, exhaustivamente, lo que era *prueba de naturaleza testimonial*. Esa preocupación surgió cuando el tribunal expresó que dicha definición la dejaría para otro día.¹⁰² Si bien es cierto que no hubo una definición como tal, el tribunal sí estableció parámetros, relativamente claros, cuando resolvió que se refería a aseveraciones hechas en circunstancias que indicarían, de manera objetiva, a su declarante que estarían disponibles para ser usadas posteriormente en un juicio. El tribunal

¹⁰⁰ *Id.* en la pág. 68 (énfasis suplido).

¹⁰¹ Véase CHRISTOPHER B. MUELLER & LAIRD C. KIRKPATRICK, EVIDENCE 1033 (2012). Sobre ese particular, Muller & Kirkpatrick expresan:

“This approach resembles other constitutional exclusionary doctrines descending from the famous decisions in *Mapp*, *Massiah*, and *Miranda*, which provide counterincentives against police misconduct by requiring exclusion of evidence that might otherwise be admissible. But the focal point of the procedural rights approach to confrontation is not police misconduct on the ground, but a broader idea of misconduct by prosecutors in trying to prove cases by means of statements gathered out of court by police investigators”.

¹⁰² *Crawford*, 541 U.S. en la pág. 68. (“We leave for another day any effort to spell out a comprehensive definition of ‘testimonial’”).

enfaticó que los interrogatorios de los policías en el curso de una investigación criminal son de naturaleza testimonial; particularmente, por su parecido con los interrogatorios de los jueces de paz ingleses. Por otro lado, se incluyeron varios ejemplos de casos de prueba testimonial¹⁰³ y no testimonial.¹⁰⁴ Se destacaron, también, las excepciones a la prueba de referencia existentes al momento de la adopción de la Sexta Enmienda.¹⁰⁵ Era de esperarse, por lo tanto, que en poco tiempo llegaran a la atención del tribunal casos en los cuales se discutiría si determinada prueba de referencia debía ser considerada prueba testimonial y requerir la aplicación del reciente esquema regulador establecido en el caso de *Crawford*.

En menos de dos años, después de la decisión de *Crawford*, llegaron a la consideración del Tribunal Supremo los primeros dos casos: *Davis v. Washington*¹⁰⁶ y *Hammond v. Indiana*, los cuales, por presentar relativamente la misma controversia, fueron consolidados. En ambos casos, como era de esperarse, se discutió si ciertas aseveraciones extrajudiciales, en las cuales hubo interrogatorios por parte de funcionarios estatales, eran consideradas de carácter testimonial. En *Davis* se trataba de aseveraciones extrajudiciales hechas por la alegada víctima al operador del sistema de llamadas de emergencias 911. Durante un incidente de violencia doméstica, una mujer se comunicó al 911, expresó que había sido agredida e identificó a Davis como el agresor.¹⁰⁷ Tan pronto Davis abandonó la residencia donde ocurrieron los hechos, la conversación continuó entre el operador y la mujer y el primero le hizo preguntas sobre lo acontecido. Minutos después, llegaron dos oficiales de la policía, quienes pudieron observar que la mujer tenía golpes recientes en su cara y cuerpo. Durante el juicio por violencia

¹⁰³ Entre estos, el Tribunal Supremo federal incluyó testimonios previos en vistas preliminares, ante el gran jurado, en juicios anteriores e interrogatorios de la policía.

¹⁰⁴ Entre ellas, las excepciones conocidas como record de negocios y las declaraciones de los coconspiradores en beneficio de la conspiración. También, se incluyó *forfeiture by wrongdoing*.

¹⁰⁵ *Id.* en la pág. 62.

¹⁰⁶ *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006).

¹⁰⁷ Véase *Id.* en la pág. 817-18. La conversación fue la siguiente:

911 Operator: "Hello". Complainant: "Hello". 911 Operator: "What's going on?" Complainant: "He's here jumpin' on me again". 911 Operator: "Okay. Listen to me carefully. Are you in a house or an apartment?" Complainant: "I'm in a house". 911 Operator: "Are there any weapons?" Complainant: "No. He's usin' his fists". 911 Operator: "Okay. Has he been drinking?" Complainant: "No". 911 Operator: "Okay, sweetie. I've got help started. Stay on the line with me, okay?" Complainant: "I'm on the line". 911 Operator: "Listen to me carefully. Do you know his last name?" Complainant: "It's Davis". 911 Operator: "Davis? Okay, what's his first name?" Complainant: "Adrian." 911 Operator: "What is it?" Complainant: "Adrian". 911 Operator: "Adrian?" Complainant: "Yeah". 911 Operator: "Okay. What's his middle initial?" Complainant: "Martell. He's runnin' now."

doméstica contra Davis, la alegada víctima no compareció, por lo que el ministerio público solo contaba con los policías que podían testificar sobre los golpes, pero no sobre cómo fueron causados ni por quién. Para atender lo anterior, se presentó como evidencia la grabación entre la mujer y el operador del sistema 911. Esa prueba fue objetada por Davis bajo el fundamento de que violentaba sus derechos bajo la Sexta Enmienda. El foro primario permitió la evidencia por entender que no se trataba de evidencia testimonial. Los foros apelativos estatales confirmaron la condena y la decisión, por lo que el caso llegó, entonces, al Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

El caso de *Hammond* versó, también, sobre un incidente de violencia doméstica. Al llegar la policía a la residencia del matrimonio, la esposa de Hammond, Amy, estaba en el portal de la residencia. Según los policías, lucía algo asustada, y se limitó a decir que no había ningún problema, pero les dio permiso para entrar a la casa. Una vez entraron, los policías observaron algunas cosas rotas (vidrios) y una llama de fuego que salía de un radiador ubicado en la sala. Los oficiales procedieron a hablar con Hammond, quien se encontraba en la cocina y este se limitó a decir que hubo una discusión entre él y su esposa, pero que todo estaba bien en esos momentos. Advierte, sin embargo, que la discusión nunca se tornó física. Poco tiempo después, Amy entró a la casa y uno de los policías le preguntó sobre lo qué había pasado. Uno de los policías se quedó con Hammond y en varias ocasiones intentó participar en la entrevista que le hacía uno de los oficiales a Amy, lo que no le fue permitido. Después de escuchar a Amy, el oficial le solicitó que procediera a cumplimentar y firmar un documento o formulario oficial de agresión, que, además, era bajo jurament. Amy procedió inmediatamente a llenar el documento en su puño y letra. De la lectura de dicho formulario surge con relativa claridad que Amy fue agredida por Hammond y que el hombre, además, causó daños a la propiedad.¹⁰⁸ Así las cosas, Hammond fue acusado por agresión.

El caso fue señalado para juicio, pero, al igual que en el caso de *Davis*, la perjudicada no compareció, a pesar de haber sido citada. Ante ese escenario, el ministerio público presentó como testigo al policía que entrevistó a Amy y también presentó en evidencia el documento firmado por esta y en el cual relataba lo acontecido. Hammond se opuso a esa evidencia, tanto al testimonio del policía sobre lo que le relató Amy, como al documento. Adujo que infringían su derecho a la confrontación. El foro primario admitió ambas aseveraciones extrajudiciales por constituir excepciones a la prueba de referencia: la primera por estar la declarante

¹⁰⁸ Véase *Id.* en la pág. 820. Lo escrito por Amy consistió en lo siguiente: “Broke our furnace & shovled me down on the floor into the broken glass. Hit me in the chest and threw me down. Broke our lamps & phone. Tore up my van where I couldn’t leave the house. Attacked my daughter.”

en estado de excitación, y la segunda por ser manifestaciones contemporáneas a la percepción.¹⁰⁹ Hammond fue encontrado culpable, su condena fue confirmada por la corte apelativa del estado de Indiana y, posteriormente, por la corte suprema de dicho estado. Esta última concluyó que la aseveración hecha por Amy al policía no era prueba testimonial, pero entendió, con relación al *affidavit*, que este sí lo era, aunque su admisión no tuvo un efecto perjudicial en la decisión.¹¹⁰ Posteriormente, Hammond recurrió al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, donde se consolidó su caso con el de Davis.

Al asumir los casos consolidados, el tribunal reiteró la importancia de identificar si las aseveraciones extrajudiciales en controversia eran de naturaleza testimonial toda vez que ello determinaría —conforme a *Crawford*— cuál sería el esquema regulador aplicable. Además, el tribunal reconoció que las declaraciones extrajudiciales en estos dos casos eran distintas a la del caso de *Crawford*, en donde la declarante hizo su declaración a la policía como parte de un interrogatorio durante el cual se le hicieron las advertencias legales. Ante esta realidad, el tribunal desistió, nuevamente, de proveer una definición exhaustiva que aplique a todos los casos, limitándose a evaluar la naturaleza de las que tenía ante su consideración. En ese sentido, el Tribunal Supremo precisó que las declaraciones extrajudiciales que se hacen como parte de un interrogatorio realizado por la policía, dentro de unas circunstancias que indican de manera objetiva que la *finalidad primaria era obtener información* para que los policías pudieran proveer asistencia para *atender una situación de emergencia en curso*, no pueden ser consideradas como de naturaleza testimonial. A esos efectos el tribunal expresó lo siguiente:

Without attempting to produce an exhaustive classification of all conceivable statements —or even all conceivable statements in response to police interrogation— as either testimonial or nontestimonial, it suffices

¹⁰⁹ Véase *Id.* en la pág. 820-21. El policía declaró lo siguiente sobre lo que le relató Amy:

“...informed me that she and Hershel had been in an argument. That he became irrate [sic] over the fact of their daughter going to a boyfriend’s house. The argument became... physical after being verbal and she informed me that Mr. Hammond, during the verbal part of the argument was breaking things in the living room and I believe she stated he broke the phone, broke the lamp, broke the front of the heater. When it became physical he threw her down into the glass of the heater... She informed me Mr. Hammond had pushed her onto the ground, had shoved her head into the broken glass of the heater and that he had punched her in the chest twice I believe”.

¹¹⁰ Para poder revocar una condena por un error de naturaleza constitucional, en la admisión de prueba, el Estado tiene que probar, más allá de duda razonable, que el error no tuvo un efecto perjudicial, conforme a la doctrina de *Chapman v. California*, 318 U.S. 18 (1966).

to decide the present cases to hold as follows: statements are nontestimonial when made in the course of police interrogation under circumstances objectively indicating that the primary purpose of the interrogation is to enable police assistance to meet an ongoing emergency. They are testimonial when the circumstances objectively indicate that there is no such ongoing emergency, and that the primary purpose of the interrogation is to establish or prove past events potentially relevant to later criminal prosecution.¹¹¹

Como puede verse, es distinto atender de *buena fe* una situación de emergencia en curso que hacer acopio de información sobre eventos pasados con miras a obtener información con el propósito de procesar criminalmente a alguien o esclarecer un delito. Es esa distinción, precisamente, la que determinaría la admisibilidad o inadmisibilidad de las aseveraciones extrajudiciales en estos dos casos. En esa dirección, el tribunal comparó las declaraciones en el caso de *Crawford* con las de estos dos casos, comenzando con *Davis*. La primera diferencia consistió en que el interrogatorio a la esposa de Crawford ocurrió horas después del incidente. Otra importante diferencia fue que, en *Davis*, la llamada al 911 se hizo durante una situación de emergencia en curso. El tercer aspecto giró en torno al contenido de lo conversado, toda vez que en *Davis* las preguntas y respuestas estaban más dirigidas a atender una situación de emergencia —incluido el nombre del agresor—¹¹² que a un evento pasado. Finalmente, el Tribunal Supremo hizo una distinción en cuanto a las formalidades y circunstancias en que fueron hechas las entrevistas y prestadas las declaraciones. En *Crawford*, el interrogatorio fue en una estación de policía y grabado al mismo tiempo que el policía también tomaba notas. Por su parte, en *Davis*, la declarante estaba frenética y hablaba por teléfono en un ambiente de intranquilidad. Ante este escenario, el tribunal concluyó que las preguntas que le hizo el operador del 911 fueron realizadas objetivamente con el propósito de asistir a la policía en atender una situación de emergencia en proceso. El tribunal destacó que ella no estaba testificando ni actuando como testigo en ese momento.¹¹³

El Tribunal Supremo advirtió que se debe estar muy atento a situaciones que comienzan como interrogatorios para atender una situación de emergencia en curso y que luego se convierten en interrogatorios cuyas respuestas constituyen

¹¹¹ *Davis*, 547 U.S. en la pág. 822.

¹¹² Véase *Id.* en la pág. 827. Sobre la identificación del autor, el tribunal precisó: “[T]hat is true even of the operator’s effort to establish the identity of the assailant, so that the dispatched officers might know whether they would be encountering a violent felon”.

¹¹³ Véase *Id.* en la pág. 828. (“She simply was not acting as a witness; she was not testifying”).

prueba testimonial¹¹⁴. Ante esa posibilidad, *se debe estar atento al momento en que la situación de emergencia culmina*.¹¹⁵ Al aplicar todo este esquema al caso de *Hammond*, el tribunal llegó a la conclusión de que la prueba en este caso era claramente testimonial. Al llegar los policías a la residencia, ya había comenzado una investigación criminal y no se estaba atendiendo ninguna emergencia en curso. Por otro lado, ya Amy se encontraba afuera y le expresó a los policías que todo estaba bien. En ese momento, y posteriormente, al ser entrevistada, no había ninguna emergencia en curso ni tampoco los policías fueron testigos de ninguna conducta violenta. Cuando Amy entró a la residencia y fue interrogada por los policías, sus preguntas no estaban dirigidas a identificar qué estaba pasando sino a averiguar, fundamentalmente, qué había pasado. Ante dicha realidad, el tribunal estimó que “[o]bjectively viewed, the primary, if not indeed the sole, purpose of the interrogation was to investigate a possible crime—which is, of course, precisely what the officer *should* have done”.¹¹⁶ El Tribunal Supremo encontró, así, muchas similitudes entre la declaración en el caso de *Crawford* y la del caso de *Hammond*.

Lo resuelto en estos dos casos es totalmente consistente con el esquema regulador establecido en *Crawford*, pero añadió una herramienta para ayudar a distinguir entre un interrogatorio, o la intervención del estado en una emergencia en curso, y una investigación criminal. Para ello será determinante identificar el propósito primario del interrogatorio o de la intervención. Ciertamente, ello constituye la mayor aportación de estos dos casos al proceso de identificar, con mayor precisión, lo que constituye prueba testimonial. Es de esperarse que lo aquí resuelto sea de

¹¹⁴ Véase *Id.* en la pág. 829. Sobre ello, el Tribunal Supremo destacó:

“This presents no great problem. Just as, for Fifth Amendment purposes, ‘police officers can and will distinguish almost instinctively between questions necessary to secure their own safety or the safety of the public and questions designed solely to elicit testimonial evidence from a suspect’, *New York v. Quarles*, 467 U. S. 649, 658– 659 (1984), trial courts will recognize the point at which, for Sixth Amendment purposes, statements in response to interrogations become testimonial. Through *in limine* procedure, they should redact or exclude the portions of any statement that have become testimonial, as they do, for example, with unduly prejudicial portions of otherwise admissible evidence.”

¹¹⁵ Véase *Id.* en la pág. 828. Al respecto, el Tribunal Supremo enfatizó lo siguiente:

“This is not to say that a conversation which begins as an interrogation to determine the need for emergency assistance cannot ... ‘evolve into testimonial statements,’ once that purpose has been achieved. In this case, for example, after the operator gained the information needed to address the exigency of the moment, the emergency appears to have ended (when Davis drove away from the premises). The operator then told McCottry to be quiet and proceeded to pose a battery of questions. It could readily be maintained that, from that point on, McCottry’s statements were testimonial....” (citas omitidas).

¹¹⁶ *Id.* en la pág. 830 (énfasis en el original).

utilidad para los próximos casos a ser considerados. A manera de resumen, y como destacamos anteriormente, en *Crawford* se prestó especial interés en el declarante y en las circunstancias en las cuales hace la declaración. En *Davis* y en *Hammond* se enfatizó —sin descartar las circunstancias del declarante— en la motivación de los policías o de los funcionarios gubernamentales al hacer preguntas al declarante. Resulta evidente, en virtud de lo anterior, que la determinación de la naturaleza de la prueba testimonial dependerá de ese análisis bipartita.

El esquema establecido en *Crawford* —y ampliado en *Davis* y *Hammond*— fue utilizado ampliamente por más de una década para dirimir controversias sobre la naturaleza testimonial de aseveraciones extrajudiciales. Como era de esperarse, surgieron casos sobre actuaciones de la policía y funcionarios gubernamentales que no necesariamente eran interrogatorios a testigos sino informes y gestiones relacionadas con una investigación criminal. Tampoco fue sorpresa que llegaran a la consideración del Tribunal Supremo otros casos relacionados con el concepto de *emergencia en curso*, al igual que casos que giraran en torno a excepciones de prueba de referencia muy arraigadas en la doctrina; particularmente, las existentes antes de la adopción de la Sexta Enmienda. El primer caso que llegó a la consideración del Tribunal Supremo giró en torno a esto último.

En el año 2008, en el caso de *Giles v. California*, llegó ante la consideración del Tribunal Supremo de Estados Unidos la interrogante sobre si un acusado renuncia o confisca su derecho a la confrontación cuando su conducta provoca la incomparecencia del declarante (*forfeiture by wrongdoing*).¹¹⁷ En el juicio contra Giles, se presentó prueba de una conversación entre un policía y la víctima —llamada Avie— tres semanas antes de ser asesinada por Giles. Dicha conversación surgió cuando la policía atendió una querrela de violencia doméstica de parte de Avie. Al llegar al lugar, la policía la entrevistó. Avie estaba llorosa y relató que Giles la había agredido en varias partes de su cuerpo, amenazado con un cuchillo y que le había dicho que la iba a matar si le era infiel. Posteriormente, y según surge de la prueba, Giles la asesina con un arma de fuego. Durante el juicio, se presentó como evidencia la conversación entre Avie y el policía. Giles fue encontrado culpable y, mientras se realizaba el trámite apelativo estatal, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió el caso de *Crawford*. Cabe destacar que *Crawford* fue resuelto dos años después de los hechos que dan base a este caso. No obstante, el tribunal apelativo estatal tuvo el beneficio de contar con el esquema regulador establecido en *Crawford*. Ese tribunal apelativo estatal confirmó la condena de Giles, así como la admisión de la declaración extrajudicial de Avie. Debe advertirse que la admisibilidad de la declaración no se hizo a base de una determinación de si la misma era o no prueba testimonial sino que se hizo bajo la excepción de *forfeiture*

¹¹⁷ *Giles v. California*, 554 U.S. 353 (2008).

by wrongdoing. La corrección de dicha determinación es la que atiende entonces el Tribunal Supremo de Estados Unidos.

El Tribunal Supremo comenzó por identificar dos importantes excepciones en el *Common Law* a la prueba de referencia que ya, en pronunciamientos previos, había anticipado eran admisibles a pesar de que su declarante no estuviera sujeto a un contrainterrogatorio. Dichas excepciones son: (i) las declaraciones hechas cuando la persona está en peligro de muerte; y (ii) las declaraciones de un declarante detenido o impedido de declarar por acciones del acusado lo que se conoce, según señalamos antes, como *forfeiture by wrongdoing*. En otras palabras: no les aplica el esquema regulador establecido en *Crawford*. La primera declaración no fue discutida, por ser totalmente inaplicable al caso si se toman en consideración las circunstancias en que fue hecha. La segunda era sumamente relevante, toda vez que era un hecho indiscutible que Giles le había quitado la vida a Avie.¹¹⁸ Cabe destacar que esta excepción había sido reconocida desde 1879 en *Reynolds v. U.S.*¹¹⁹ y, además, había sido mencionada en la opinión emitida por el tribunal en *Crawford*.

El Tribunal Supremo comenzó el análisis de dicha excepción trazando su trasfondo histórico y señalando que tiene su génesis en el siglo XVII.¹²⁰ De dicho trasfondo surge con claridad que, para poder utilizar la excepción, es imperativo establecer que el acusado ha incurrido en acciones intencionales dirigidas a procurar que el testigo no pueda declarar. Según el Tribunal Supremo, la doctrina establece que no es suficiente con establecer que el acusado provocó la ausencia *sino que se requiere establecer que sus acciones estaban encaminadas a evitar que el testigo pudiera declarar.*¹²¹ Para sustentar esa postura,

¹¹⁸ Giles alegaba que había matado a Avie durante una discusión, pero en legítima defensa. Es, precisamente, por ello que no estaba en disputa que le había quitado la vida.

¹¹⁹ *Reynolds v. U.S.*, 98 U.S. 145 (1879).

¹²⁰ Véase *Id.* en la pág. 359. El trasfondo histórico fue el siguiente:

“The doctrine has roots in the 1666 decision in Lord Morley’s Case, at which judges concluded that a witness’s having been ‘detained by the means or procurement of the prisoner’, provided a basis to read testimony previously given at a coroner’s inquest. Courts and commentators also concluded that wrongful procurement of a witness’s absence was among the grounds for admission of statements made at bail and committal hearings conducted under the Marian statutes, which directed justices of the peace to take the statements of felony suspects and the persons bringing the suspects before the magistrate, and to certify those statements to the court. This class of confronted statements was also admissible if the witness who made them was dead or unable to travel.” (citas omitidas).

¹²¹ *Id.* en la pág. 361-62. Sobre el particular, el Tribunal Supremo señaló:

“The manner in which the rule was applied makes plain that unfronted testimony would not be admitted without a showing that the defendant intended to prevent a witness

el tribunal descartó las posturas esgrimidas por el estado de California y la de la opinión disidente:

In sum, our interpretation of the common-law forfeiture rule is supported by (1) the most natural reading of the language used at common law; (2) the absence of common-law cases admitting prior statements on a forfeiture theory when the defendant had not engaged in conduct designed to prevent a witness from testifying; (3) the common law's uniform exclusion of unfronted inculpatory testimony by murder victims (except testimony given with awareness of impending death) in the innumerable cases in which the defendant was on trial for killing the victim, but was not shown to have done so for the purpose of preventing testimony; (4) a subsequent history in which the dissent's broad forfeiture theory has not been applied. The first two and the last are highly persuasive; the third is in our view conclusive.¹²²

De conformidad con dicho análisis, el tribunal decidió que las declaraciones de Avie eran inadmisibles por no haberse establecido que Giles le quitó la vida con el propósito específico de que no pudiera declarar. Así las cosas, el Estado no podía reclamar la aplicación de la excepción planteada.

Transcurridos tres años de la decisión de *Giles*, surgió un importante caso — quizás el más importante después de *Crawford*— en el que se discutió la admisibilidad de un informe químico que establecía la naturaleza ilegal de una sustancia examinada: cocaína. El caso en cuestión era *Meléndez Díaz v. Massachusetts*.¹²³ Dicho informe fue preparado, con miras a ser utilizado en un caso criminal, por un funcionario del Estado. El foro primario admitió en evidencia el informe, a pesar de que el químico que realizó la prueba y suscribió el documento no declaró en el juicio. El acusado, por su parte, objetó la admisión basado en lo resuelto en el caso de *Crawford*. El foro apelativo estatal confirmó la determinación de admitir el informe mencionado, así como la condena de Meléndez. Sin embargo, por votación de cinco a cuatro, el Tribunal Supremo de Estados Unidos revocó la condena y

from testifying. In cases where the evidence suggested that the defendant had caused a person to be absent, but had not done so to prevent the person from testifying —as in the typical murder case involving accusatorial statements by the victim— the testimony was excluded unless it was confronted or fell within the dying-declaration exception. Prosecutors do not appear to have even argued that the judge could admit the unfronted statements because the defendant committed the murder for which he was on trial.”

¹²² *Id.* en la pág. 368.

¹²³ *Meléndez Díaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009).

resolvió que el informe químico constituía prueba testimonial de conformidad con el esquema regulador de *Crawford*.

De manera muy contundente y en las primeras páginas de la opinión, suscrita por el juez Scalia, *se concluyó que el informe químico en controversia era claramente prueba testimonial*. El Tribunal Supremo llegó a esa conclusión dadas las siguientes bases: primeramente, porque el informe se realizó *bajo juramento*, por lo que constituye un *affidavit*, documentos que están en la categoría de *formalized testimonial material*. En el informe, el testigo declaró un dato fáctico: que la sustancia examinada era cocaína, lo plasmó en el documentó y lo hizo bajo juramento. En ese sentido, es el tipo de documento que requiere que su declarante, en este caso el químico, esté sujeto a un contrainterrogatorio. Además, utilizando el esquema regulador establecido en *Crawford*, el tribunal señaló que *era de esperarse que el químico objetivamente supiera o creyera que su declaración iba ser utilizada posteriormente en un juicio*.¹²⁴ En consecuencia, se trataba de un *affidavit* hecho por un testigo en el contexto de la cláusula de confrontación. Ante ese escenario, y gracias al esquema regulador de *Crawford*, la única manera de hacer admisible el documento era: (i) que el químico compareciera al juicio y estuviera sujeto a contrainterrogatorio; o (ii) que se estableciera su no disponibilidad, pero que se hubiera provisto una oportunidad previa en la cual fue contrainterrogado. Nada de lo anterior aconteció en este caso. Así las cosas, se revocó la condena apelada.

El resto de la opinión del tribunal se dedicó, extensamente, a rechazar los planteamientos esgrimidos, tanto en la opinión disidente como los argüidos por el estado de Massachusetts. El primer argumento insistió en que el informe en cuestión no era un “*accusatory witnesses, in that they do not directly accuse petitioner of wrongdoing; rather, their testimony is inculpatory only when taken together...*”.¹²⁵ El segundo era germano al primero, y apuntó a que el químico no era un testigo *ex parte* convencional ni típico u ordinario, como sí lo eran los que se querían excluir en el caso paradigmático de Sir Walter Raleigh. Sobre lo primero, la opinión de la mayoría precisó que la cláusula de confrontación provee para *contrainterrogar los testigos de cargo* sin distinciones cualitativas referentes a la naturaleza de su testimonio. En cuanto a lo segundo, no se perciben tantas diferencias entre ambos testigos (los del caso de Raleigh y el químico) ya que ambos declaran *ex parte* sobre cosas que percibieron en el pasado. Tampoco, constituye diferencia alguna, el que la aseveración sea el resultado de un interrogatorio, en comparación con una declaración unilateral del declarante.

¹²⁴ *Id.* en la pág. 310. (“...made under circumstances which would lead an objective witness reasonably to believe that the statement would be available for use at a later trial”).

¹²⁵ *Id.* en la pág. 313.

El Tribunal Supremo, también, se refirió a una tercera y cuarta preocupación reseñada. Se planteó que la cláusula de confrontación aplica de manera distinta en cuanto a una prueba neutral —como es una prueba científica— y, además, el *affidavit* presentado debía recibir el trato de la excepción a la prueba de referencia, conocida en el *Common Law* como record o registros de negocios. Señaló el tribunal que hacer una distinción con la prueba científica sería volver al esquema de *Roberts* al atribuirle indicios particulares de confiabilidad. Sin embargo, advirtió que la Sexta Enmienda provee la herramienta adecuada para cuestionar y verificar la corrección de dicha evidencia: la confrontación. Se descartó, por consiguiente, la invitación a establecer una excepción para la prueba científica o *forensic evidence exception*. Tampoco, dicho *affidavit*, cualifica como record de negocios, toda vez que no se hizo en el curso regular de un negocio y sí con el propósito de ser utilizado en un caso criminal.

Finalmente, se planteó que no hubo violación a la cláusula de confrontación debido a que el acusado podía citar como testigo al químico y que, además, en un caso de esta naturaleza, el tribunal debería relajar “the requirements of the Confrontation Clause to accommodate the necessities of trial and the adversary process”.¹²⁶ Sobre lo primero el tribunal sentenció:

But that power — whether pursuant to state law or the Compulsory Process Clause— is no substitute for the right of confrontation. Unlike the Confrontation Clause, those provisions are of no use to the defendant when the witness is unavailable or simply refuses to appear. Converting the prosecution’s duty under the Confrontation Clause into the defendant’s privilege under state law or the Compulsory Process Clause shifts the consequences of adverse-witness no-shows from the State to the accused. More fundamentally, the Confrontation Clause imposes a burden on the prosecution to present its witnesses, not on the defendant to bring those adverse witnesses into court. Its value to the defendant is not replaced by a system in which the prosecution presents its evidence via *ex parte* affidavits and waits for the defendant to subpoena the affiants if he chooses.¹²⁷

Como puede verse, dicho argumento fue descartado bajo el predicamento de que, en un sistema de adversarios, corresponde al ministerio público la obligación de producir sus testigos y presentarlos en el juicio, mientras la defensa tiene el derecho a contrainterrogarlos. Dicho esquema no puede trastocarse imponiéndole a

¹²⁶ *Id.* en la pág. 325.

¹²⁷ *Id.* en las págs. 324-25 (citas omitidas).

la defensa una obligación que no tiene. *El tribunal rechazó, también, la invitación a flexibilizar los requisitos de la cláusula de confrontación* y puntualizó, enérgicamente, que los derechos constitucionales —incluido el derecho a juicio por jurado y el derecho contra la auto incriminación— hay que garantizarlos obligatoriamente y *no pueden ser descartados a conveniencia de nadie, aunque ello haga más pesada la función del ministerio público.*

El tema de las declaraciones realizadas durante una emergencia en curso regresó a la consideración del Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Michigan v. Bryant*.¹²⁸ Los hechos del caso se desarrollaron de la siguiente manera. Después de recibir una llamada por radio, la policía estatal llegó a una estación de gasolina y encontró a una persona, de nombre Anthony, herida en el estacionamiento. Anthony indicó a los policías que Bryant le había disparado frente a la residencia del segundo. Añadió que él había podido conducir y llegar hasta el estacionamiento donde fue encontrado. El juicio fue celebrado y el acusado fue encontrado culpable. Durante el juicio, los policías declararon sobre lo relatado por Anthony. Durante el trámite apelativo estatal, el Tribunal Supremo federal emitió la decisión del caso de *Crawford*, cuya doctrina la utilizó el foro apelativo estatal para revocar la condena, por entender que las declaraciones de Anthony eran prueba testimonial ya que fueron hechas para esclarecer una pasada conducta criminal. El Tribunal Supremo de Estados Unidos procedió a revocar la determinación del foro apelativo estatal por entender que las declaraciones no eran de naturaleza testimonial.

El Tribunal Supremo federal entendió que el objetivo primario de las preguntas realizadas por los policías era —conforme con el caso de *Davis*— atender una emergencia en curso; es decir, proveerle información o asistencia a la policía para que pudiera manejar una emergencia en proceso. Para ello, el tribunal concluyó que la corte suprema del estado de Michigan evaluó muy limitadamente el concepto de *emergencia en curso*. Para visualizar el verdadero alcance del concepto es importante ver el contexto de los que participaron en el evento desde un análisis tripartita: (i) *los contenidos de las preguntas y de las respuestas por parte del declarante*; (ii) *auscultar si se efectuaron en el marco de una emergencia en curso*; y (iii) *la formalidad, o informalidad, del encuentro entre el declarante y la policía*. Estos criterios adquieren una relevancia especial si se toma en consideración —según el tribunal— que tanto las víctimas como los policías pueden tener *motivaciones duales* para conversar durante un encuentro, ya sea: (i) para atender genuinamente la emergencia en curso; y (ii) para proveer información encaminada a esclarecer la conducta criminal incurrida. En ese sentido, no todas las declaraciones hechas durante una emergencia en curso son necesariamente no testimo-

¹²⁸ *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344 (2011).

niales. No obstante, es fundamental poder identificar el alcance de la emergencia en términos temporales. A esos efectos, en la decisión se identificaron los factores a ser considerados; a saber:

“(1) la naturaleza de la disputa; (2) el alcance del potencial daño a la víctima; (3) el peligro para víctimas adicionales que se puedan identificar; (4) la existencia de un peligro más generalizado para el público; (5) la selección del arma por parte del sospechoso; y (6) si el sospechoso permanece *libre* o ha sido localizado, aunque no haya sido arrestado *aún*, por la policía u otro personal de primera respuesta”.¹²⁹

El tribunal procedió a evaluar las tres preguntas hechas a Anthony por parte de los policías: ¿qué paso?; ¿quién te disparo?; y ¿dónde aconteció? Según el tribunal, estas preguntas eran necesarias para poder constatar el tipo de situación ante la que se encontraban, y si había una situación de peligro para ellos, para la víctima o el público en general.¹³⁰ Esas preguntas también les permitía identificar si la persona en cuestión era violenta y si tenía antecedentes penales. El Tribunal Supremo concluyó que las preguntas y las respuestas estaban encaminadas a atender una emergencia en curso. Finalmente, el tribunal señaló, en cuanto a la formalidad del interrogatorio, que fue relativamente informal si se toma en consideración que su propósito primario era atender una emergencia en curso más que un posible procesamiento penal futuro.

En el caso se emitieron dos opiniones disidentes: una del juez Scalia —quien había sido el autor de las opiniones en *Crawford* y *Davis*—, y otra de la juez Ruth Bader Ginsburg. En la de Scalia, se criticó la decisión de manera enérgica; particularmente, la de circunscribir el interrogatorio en cuestión al objetivo primario de atender una emergencia en curso. Señaló el juez asociado Scalia, con relación al peligro que podía significar Bryant para Anthony, que *la emergencia ya había acontecido* (estaba protegido por todos los policías en ese momento). La única emergencia posible era médica, pero las preguntas hechas por los policías no estaban dirigidas a atenderla sino a esclarecer una conducta criminal pasada y, así, a encausar a Bryant. Por su parte, la juez asociada Ginsburg expresó que, en el

¹²⁹ PAUL MARCUS, DAVID DUNCAN, TOMMY MILLER & JOELLE MORENO, *THE RIGHTS OF THE ACCUSED UNDER THE SIXTH AMENDMENT* 59 (2016)(traducción nuestra)(énfasis suplido) (...“(1)the nature of the dispute; (2) the scope of the potential harm to the victim; (3) the threat to additional identifiable victims; (4) the existence of a more generalized threat to the public; (5) the suspect’s choice of weapon; (6) whether the suspect remained ‘at large’ or had been located—but not yet apprehended— by the police and/or any other “first responders”).

¹³⁰ *Michigan*, 562 U.S. en la pág 376. (...”were the exact type of questions necessary to allow the police to ‘assess the situation, the threat to their own safety, and possible danger to the potential victim’ and to the public.”).

caso de *Giles* se mencionó, particularmente, la excepción a la prueba de referencia conocida como *declaraciones en peligro inminente de muerte* y que su aplicabilidad o no debió haberse evaluado en este caso. No obstante, Ginsburg advirtió que ello no se hizo debido a que el fiscal que tramitó el caso en el estado de Michigan había abandonado dicho *issue*, por lo que no fue una de las controversias traídas a la atención del Tribunal Supremo.

Durante el mismo año 2011, la controversia sobre la admisibilidad de pruebas realizadas por el Estado para casos criminales llegó nuevamente a la atención del Tribunal Supremo estadounidense en *Bullcoming v. New Mexico*.¹³¹ El informe en cuestión en este caso era de un laboratorio. En el referido informe se certificaba el por ciento de alcohol en la sangre que, alegadamente, tenía el acusado Bullcoming mientras conducía un vehículo de motor. Cabe advertir que el juicio se celebró después de la decisión de *Crawford*, pero antes de *Meléndez Díaz*. El analista que realizó la prueba e hizo el informe no testificó durante el juicio; tampoco se estableció su no disponibilidad. Según surgió, la persona estaba disfrutando de una licencia sin sueldo por razones que no se explicaron. Por su parte, el ministerio público llamó como testigo a otro analista, que estaba familiarizado con el proceso y el equipo utilizado para analizar la sangre de Bullcoming, para validar el informe, *pero que no había participado ni observado el análisis realizado en este caso*. La defensa se opuso bajo el fundamento de que la admisión del informe, sin el testimonio en el juicio de la persona que lo preparó, violentaba la cláusula de confrontación. A pesar de ello, el foro primario permitió el testimonio y admitió el informe como evidencia. El acusado fue encontrado culpable y, mientras estaba el proceso en apelación en los tribunales estatales, el Tribunal Supremo federal resolvió el caso de *Meléndez*. La corte suprema estatal reconoció que el informe era prueba testimonial, pero que el analista presentado cualificaba como experto con relación a la prueba y el informe prestado, por lo que podía declarar sobre lo anterior y, por tanto, el informe era admisible. El Tribunal Supremo federal, por votación de cinco a cuatro, procedió a revocar la condena.

El tribunal *entendió que el informe era prueba testimonial*; particularmente, tomando en consideración las similitudes existentes entre este y el informe químico en el caso de *Melendez*.¹³² El informe contaba con *las mismas formalidades de un informe tipo affidavit*, aunque no se hiciera bajo juramento. Por otro lado, *es lógico inferir que el informe se iba a utilizar en un caso criminal*. Ya establecido que el informe era prueba testimonial, procedía entonces aplicar el esquema regulador

¹³¹ Bullcoming v. New Mexico, 564 U.S. 647 (2011).

¹³² *Id.* en las págs. 664-65. (“In all material respects, the laboratory report in this case resembles those in Melendez-Diaz. Here, as in Melendez-Diaz, a law-enforcement officer provided seized evidence to a state laboratory required by law to assist in police investigations.”).

fijado en el caso de *Crawford*, lo cual hacía el informe inadmisibles, y requería que su autor declarara en el juicio y estuviera sujeto a contrainterrogatorio.

Similar a *Meléndez Díaz*, el Estado volvió a solicitar la no aplicación del *test* de *Crawford* en la evidencia forense por la *carga indebida* que acarrea en los procesos penales, argumento ya descartado por el tribunal en *Meléndez*. El tribunal volvió a descartar dicho argumento y reiteró su expresión de que “[t]he constitutional requirement, we reiterate, “may not [be] disregard[ed] ... at our convenience ..., and the predictions of dire consequences, we again observe, are dubious.”¹³³ Además, cuestionó extensamente, en términos prácticos, la supuesta *carga indebida* que esta decisión le imponía al Estado teniendo en cuenta, *inter alia*, que, en términos cuantitativos, son muy pocos los casos que se ventilan en sus méritos en los Estados Unidos (tanto en la jurisdicción federal como en la estatal), que son precisamente esos en los que tendrían que presentarse a declarar —y estar sometidos a contrainterrogatorio— los testigos que preparen informes de esta naturaleza.¹³⁴ Se especificó que alrededor de un noventa y cinco por ciento de los casos culmina mediante alegación precordada, por lo que no es necesario presentar testigos.

Los dos últimos casos relevantes para el trasfondo histórico de la cláusula de confrontación —y muy relacionados con la doctrina del caso *Crawford*— son *Williams v. Illinois*¹³⁵ y *Ohio v. Clark*.¹³⁶ En el primero, el Tribunal Supremo federal retomó el tema de la evidencia forense y la prueba testimonial. El segundo giró en torno a la admisibilidad de unas aseveraciones hechas por un niño de tres años a sus maestros en las cuales expresaba que Clark lo había agredido físicamente. Como veremos más adelante, *Williams* conllevó una decisión más polémica y compleja por la votación de los jueces y el contenido de las opiniones disidentes. Por otro lado, la decisión en *Clark* se ajusta claramente al esquema regulador de

¹³³ *Id.* en la pág. 665 (citas omitidas).

¹³⁴ Véase *Id.* en la pág. 666-67. Las tres razones principales expuestas por el tribunal fueron las siguientes:

“Furthermore, notice-and-demand procedures, long in effect in many jurisdictions, can reduce burdens on forensic laboratories. Statutes governing these procedures typically “render . . . otherwise hearsay forensic reports admissible[,] while specifically preserving a defendant’s right to demand that the prosecution call the author/ analyst of [the] report. Even before this Court’s decision in *Crawford*, moreover, it was common prosecutorial practice to call the forensic analyst to testify. Prosecutors did so “to bolster the persuasive power of [the State’s] case[.]...[even] when the defense would have preferred that the analyst did not testify. We note also the “small fraction of... cases” that “actually proceed to trial.””(citas omitidas).

¹³⁵ *William v. Illinois*, 567 U.S. 50 (2012).

¹³⁶ *Ohio v. Clark*, 135 S.Ct. 2137 (2015).

Crawford y a lo expresado en *Davis* sobre los interrogatorios realizados durante una emergencia en curso.

En *Williams*, el testimonio que propició que el caso llegara a la consideración del Tribunal Supremo de Estados Unidos fue el de una experta forense que declaró en el juicio en torno a los resultados de un informe de laboratorio sobre ADN que no fue realizado por ella y tampoco observó cómo fue confeccionado. El informe no se ofreció ni se admitió como evidencia. El tribunal estatal de instancia permitió su testimonio bajo el predicamento de que su declaración no fue presentada como prueba sustantiva, sino limitadamente ya que no se presentó para *establecer la verdad de lo aseverado*¹³⁷ sino para que el juzgador pudiera conocer la bases sobre las cuales la experta basó su testimonio. El informe sobre el ADN lo hizo, Cellmark, un laboratorio privado, a base de un *vaginal swab* con muestra extraída de la víctima en un caso de agresión sexual. Según la experta, el perfil de ADN extraído de esa prueba era compatible con el perfil obtenido de una muestra de sangre del acusado, hecho años antes con relación a otro caso, por un laboratorio estatal. La experta declaró, también, que el perfil de ADN establecido en el informe de Cellmark fue realizado a base del semen encontrado en el *vaginal swab* conseguido de la víctima. El acusado se opuso al testimonio de la testigo en los extremos apuntados de antemano. El foro primario admitió el testimonio, determinación que fue confirmada por el tribunal apelativo, y el tribunal supremo estatal, bajo el fundamento de que la cláusula de confrontación no prohíbe la presentación de ese tipo de prueba para los fines limitados previamente indicados. Por votación de cinco a cuatro, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos confirmó esa determinación.

El argumento principal de la opinión mayoritaria fue que la normativa probatoria permite que los peritos puedan basar sus opiniones en evidencia de la cual no tienen conocimiento personal. Sobre el particular, en la decisión se expresó que:

For more than 200 years, the law of evidence has permitted the sort of testimony that was given by the expert in this case. Under settled evidence law, an expert may express an opinion that is based on facts that the expert assumes, but does not know, to be true. It is then up to the party who calls the expert to introduce other evidence establishing the facts assumed by the expert. While it was once the practice for an expert who based an opinion on assumed facts to testify in the form of

¹³⁷ La Regla Federal de Evidencia 703 (FRE 703, por sus siglas en inglés) permite que un perito base sus opiniones o inferencias en prueba que le ha sido provista o informada por terceras personas. Inclusive, si los peritos de determinado campo descansan razonablemente en dicha prueba para formar sus opiniones e inferencias, esta no tiene que ser admisible en evidencia. Es decir, lo que se admite son las opiniones e inferencias, aunque estén basadas en prueba inadmisibile.

an answer to a hypothetical question, modern practice does not demand this formality and, in appropriate cases, permits an expert to explain the facts on which his or her opinion is based without testifying to the truth of those facts.¹³⁸

Reseñado lo anterior, el Tribunal Supremo concluyó que dicha práctica no violentaba la cláusula de confrontación *debido a que no se ofrece la aseveración para establecer la verdad de lo aseverado, sino para otro fin pertinente, como lo es que el experto pueda explicar en qué se basó para poder emitir sus opiniones o inferencias*. Por otro lado —advirtió el tribunal—, la cláusula de confrontación se activa cuando se presenta testimonio o prueba para probar la verdad de lo aseverado. Los testimonios presentados en este caso, por consiguiente, caen fuera del ámbito de su cobertura. A manera de *dictum*, el tribunal enfatizó —sobre la naturaleza del informe preparado en el laboratorio Cellmark— que, al momento de ser preparado, *no había un sospechoso como tal* y que, inclusive, de haberse presentado en evidencia, hubiese sido admisible por no ser de carácter testimonial. Esta consideración —la de que no había un sospechoso— era un elemento ajeno al esquema regulador de *Crawford* y de *Davis*.

La opinión disidente suscrita por la juez asociada Elena Kagan, y adoptada por otros tres jueces, comenzó con el relato de un caso estatal de California. Gracias al conainterrogatorio realizado a la persona que manejó la evidencia biológica hallada en una camisa ensangrentada ocupada en la escena y de la cual se extrajo un perfil genético, se pudo descubrir un error cometido ya que confundió los *control samples* de la víctima con los del acusado y viceversa. El analista de esos controles trabajaba casualmente para el laboratorio Cellmark.¹³⁹ Evidentemente, se quería destacar la importancia de que las personas que manejan ese tipo de evidencia tienen que ser conainterrogadas para garantizar la confiabilidad y

¹³⁸ *Williams*, 567 U.S. en la pág. 57.

¹³⁹ Véase *Id.* en las págs. 118-19 (J. Kagan, dissent). La opinión disidente relató lo siguiente:

“Some years ago, the State of California prosecuted a man named John Kocak for rape. At a preliminary hearing, the State presented testimony from an analyst at the Cellmark Diagnostics Laboratory —the same facility used to generate DNA evidence in this case. The analyst had extracted DNA from a bloody sweatshirt found at the crime scene and then compared it to two control samples —one from Kocak and one from the victim. The analyst’s report control sample identified a single match: as she explained on direct examination, the DNA found on the sweatshirt belonged to Kocak. But after undergoing cross examination, the analyst realized she had made a mortifying error. She took the stand again, but this time to admit that the report listed the victim’s control sample as coming from Kocak, and Kocak’s as coming from the victim. So the DNA on the sweatshirt matched not Kocak, but the victim herself.”

corrección de la prueba de naturaleza científica o forense realizada. Otro argumento esgrimido en la opinión disidente consistió en que, los jueces disidentes, *no veían diferencia, de clase alguna, entre el informe forense de este caso y los informes de los casos Meléndez Díaz y Bullcoming*. Los tres informes se hicieron *after the fact* y su declarante sabía que su gestión estaba relacionada con, o era parte de, una investigación criminal, y que podía ser utilizada en un juicio. Ciertamente, ello lo debía convertir en prueba testimonial de conformidad con *Crawford*. Además, se destacó que *tampoco hay diferencia entre el perito sustituto en el caso de Bullcoming y la experta forense en el caso que ahora analizamos*. Ahora bien, el argumento más contundente tuvo que ver con la determinación de que el testimonio es admisible limitadamente; es decir, no para establecer la verdad de lo aseverado. En otras palabras, se cuestionó, sutilmente, si realmente ese era el propósito de la presentación del testimonio o si, por el contrario, de lo que se trataba era de establecer la verdad de lo aseverado. El problema principal, sin embargo —y que se reseña directamente—, es que el testimonio de la experta forense y la validez de sus conclusiones e inferencias dependían de una declaración extrajudicial, como lo era el informe de Cellmark. De manera que, su utilidad dependerá de la veracidad de lo segundo. En otras palabras, si la declaración extrajudicial es veraz, las conclusiones e inferencias del perito o experto también lo serán; si no lo es, las inferencias y las opiniones tampoco lo serán. En palabras de la opinión disidente: “[s]o to determine the validity of the witness’s conclusion, the factfinder must assess the truth of the out of-court statement on which it relies.”¹⁴⁰ Ciertamente, ese es el problema principal con esta decisión, que se emitió, como mencionamos anteriormente, con una votación de cinco a cuatro.

En *Clark*, una maestra preescolar se percató de que un niño de tres años, e hijo de la novia de Clark, tenía marcas de golpes, pero, en ese momento no pudo precisar quién los causó o cómo. La maestra llamó a una de sus supervisoras, juntas examinaron visualmente al niño, y le vieron más marcas de golpes. En esta ocasión, el niño se refiere a *Dee*, nombre con el cual él se refería a Clark, como la persona que le había propinado los golpes. Inmediatamente, notifican a la supervisora, quien le levanta la camisa al niño y se percata de que tenía otras marcas de golpes en el cuerpo, por lo que se contacta con una línea especial para atender casos de maltrato infantil. Al día siguiente, una trabajadora social se personó a la residencia de Clark, en donde vivían el hijo y la hija de su novia.¹⁴¹ Al examinar al niño y a su hermana de dieciocho meses, se percató de que ambos tenían marcas de golpes. Posteriormente, Clark fue acusado criminalmente. Durante el juicio, el

¹⁴⁰ *Id.* en la pág. 126.

¹⁴¹ La madre se encontraba de viaje. Según surge del caso, ella era una trabajadora del sexo, Clark era su proxeneta y la había enviado fuera de la ciudad a ejercer su oficio.

niño no pudo declarar ya que en el estado de Ohio había un estatuto que establecía que una persona menor de diez años está incapacitada para testificar si no puede declarar de manera clara sobre los hechos. Celebrada una vista para dilucidar la capacidad testifical del niño, el foro de primario entendió que, de acuerdo con el estatuto en cuestión, era un testigo incapaz, pero permitió que se presentaran las declaraciones extrajudiciales del niño a la maestra por tener suficientes garantías de confiabilidad. Clark se opuso y argumentó que su admisibilidad violentaba la cláusula de confrontación. El foro primario admitió las declaraciones y Clark fue encontrado culpable. La corte de apelaciones estatal revocó la condena por entender que las declaraciones del niño eran prueba testimonial. La corte suprema estatal coincidió con dicha determinación y amplió en el sentido de que las preguntas de las maestras tenían como objetivo primario hacer acopio de información para procesar criminalmente al agresor y no para atender una emergencia en curso. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, de manera unánime, revocó al concluir que las preguntas y las respuestas fueron realizadas para atender una emergencia en curso.

En el texto de su decisión, el tribunal comenzó con un importante pronunciamiento: en la circunstancia *de los interrogatorios de funcionarios gubernamentales, que no sean del orden público, que propicien respuestas por parte de declarantes, estas podrían ser consideradas de carácter testimonial*. Esa evaluación deberá hacerse caso a caso.¹⁴² De la evaluación de las preguntas y las respuestas en este caso, el Tribunal Supremo concluyó que estaban encaminadas a atender una emergencia en curso; específicamente, si era seguro para el niño volver a su casa. En particular, el tribunal enfatizó que “[t]hus, *the immediate concern was to protect a vulnerable child who needed help*. Our holding in *Bryant* is instructive. *As in Bryant, the emergency in this case was ongoing, and the circumstances were not entirely clear.*”¹⁴³ Además de lo anterior, el Tribunal Supremo añadió que esa conversación carece de las formalidades asociadas con la prueba testimonial y que es improbable que las aseveraciones de un niño de tres años puedan ser tes-

¹⁴² Véase *Id.* en la pág. 2182. Sobre dicha determinación, el tribunal hizo el siguiente pronunciamiento:

“... although we decline to adopt a rule that statements to individuals who are not law enforcement officers are categorically outside the Sixth Amendment, the fact that L. P. was speaking to his teachers remains highly relevant. Courts must evaluate challenged statements in context, and part of that context is the questioner’s identity. Statements made to someone who is not principally charged with uncovering and prosecuting criminal behavior are significantly less likely to be testimonial than statements given to law enforcement officers. It is common sense that the relationship between a student and his teacher is very different from that between a citizen and the police. We do not ignore that reality.” (citas omitidas).

¹⁴³ *Id.* en la pág. 2181.

timoniales.¹⁴⁴ Debe recordarse que uno de los criterios establecidos en *Crawford* es que el declarante intuyera que su declaración podría ser utilizada en un procedimiento de naturaleza penal. Ciertamente, ello es improbable en la mente de un niño de tres años.

IV. Epílogo

Con estos dos casos termina —por el momento— el desarrollo, desde su origen hasta la actualidad, de la cláusula de confrontación en los Estados Unidos. Como puede percibirse, su trayecto en el ordenamiento jurídico estadounidense no ha sido monolítico sino sumamente cambiante. Particularmente, por los distintos pronunciamientos de su Tribunal Supremo, que han incluido cambios, en ocasiones radicales, como fueron los pronunciamientos de *Roberts* y, posteriormente, de *Crawford*. Este último, y el esquema regulador que dejó establecido, puede verse como una especie de redefinición de la cláusula de confrontación. En la aplicación de dicho esquema es de vital importancia establecer con precisión la diferencia entre prueba de naturaleza testimonial y la que no lo es. Además, en ese contexto se deben tener claros —de conformidad con *Davis*— el alcance y las limitaciones de las expresiones que se hacen de manera primaria con el objetivo de atender una emergencia en curso.

La unanimidad obtenida en *Crawford* hace muy difícil pensar que en los próximos años o décadas el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se aparte de lo allí establecido sobre la importancia de la prueba testimonial en el contexto de la cláusula de confrontación y las herramientas provistas para realizar dicha determinación. Hay que reconocer cómo los casos de *Williams* —votación de cinco a cuatro— y *Bryant* —votación de seis a dos—¹⁴⁵ establecieron ciertos flancos en el esquema regulador de *Crawford*. El primero, en la medida en que se preste para el abuso la modalidad de presentar prueba de referencia para otro *fin pertinente* cuando realmente la finalidad del proponente es otra. Por otro lado, en el mismo caso se ve un nuevo intento de que a la prueba forense y pericial se le de un trato privilegiado, pretensión que había sido descartada por el propio tribunal en *Meléndez Díaz* y en *Bullcoming*. Finalmente, con el caso de *Bryant*, el criterio del *objetivo dual* de las preguntas que se hacen para atender una emergencia en curso puede presentar también modalidades de abuso y, particularmente, de

¹⁴⁴ *Id.* en la pág. 2182. (“Statements by very young children will rarely, if ever, implicate the Confrontation Clause. Few preschool students understand the details of our criminal justice system. Rather, [r]esearch on children’s understanding of the legal system finds that young children have little understanding of prosecution.”).

¹⁴⁵ La jueza asociada Kagan no participó. Podría inferirse que, por su posición asumida en el caso de *Williams*, se hubiera unido a la opinión disidente.

sobre extensión en su aplicación, por lo que los tribunales deben estar atentos a ello. Sería lamentable que, después de lo logrado en *Crawford*, caso con el que se pudo posicionar la cláusula de confrontación donde correspondía, se permita, nuevamente, su debilitamiento y se trastoque la finalidad de su adopción en la Sexta Enmienda de la Constitución estadounidense: evitar prácticas abusivas en los procesos penales.

Así pues, a pesar del posicionamiento actual de la cláusula de confrontación en el ordenamiento jurídico norteamericano, se debe estar vigilante a los viejos intentos, pero además, a nuevos y no contemplados escenarios. La presente pandemia ha trastocado muchos aspectos de nuestras vidas, incluyendo la tramitación de casos penales. La utilización de la tecnología en sustitución de la inmediatez y la *presencialidad* permite, a nuestro juicio, anticipar cuál será el nuevo campo de batalla. Estamos todos advertidos.

