

INTRODUCCIÓN A LA CLÁUSULA RESIDUAL DE LAS REGLAS DE EVIDENCIA DE 2009

ARTÍCULO

*Enrique Vélez Rodríguez**

I. Consideraciones generales.....	647
II. Análisis de la excepción.....	653

Regla 809. Clausula Residual

Una declaración no expresamente comprendida en las Reglas 805 a 806, pero que contenga garantías circunstanciales de confiabilidad comparables, no estará sujeta a la regla general de exclusión de prueba de referencia si el Tribunal determina que:

(A) la declaración tiene mayor valor probatorio, para el propósito para el cual se ofrece, que cualquier otra prueba que la persona proponente hubiera podido conseguir de haber desplegado diligencia razonable y

(B) la persona proponente notificó con razonable anterioridad a la parte contra quien la ofrece su intención de presentar tal declaración, para informarle sobre las circunstancias particulares de ésta, incluyendo el nombre y la dirección de la persona declarante.

I. Consideraciones generales

El principal propósito de la cláusula residual es promover la flexibilidad en la aplicación de la regla de prueba de referencia. El proceso de promulgación de las Reglas federales en 1975 [en adelante *FRE*] dio base a una reflexión en torno a

*Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. También formó parte del Comité Asesor Permanente que tuvo la encomienda de redactor las Reglas de Evidencia de 2009. Este artículo es una actualización del capítulo VI del libro de texto *La prueba de referencia y sus excepciones* publicado en el año 2010 por la editorial InterJuris.

la continuidad de la facultad creativa de los tribunales en materia de prueba de referencia.

Con la promulgación de las FRE, la facultad de los tribunales de instancia para admitir prueba de referencia con arreglo a su confiabilidad –propia de la tradición del *common law* – quedaba sujeta a una *codificación*, la cual disponía una enumeración taxativa y categorizada de las excepciones a la regla de prueba de referencia. Esto es, un sistema reglado a base de excepciones específicamente enumeradas. Excepciones que, como se sabe, se produjeron en un proceso de desarrollo jurisprudencial.

Luego de varias décadas de reglamentación jurisprudencial, era previsible el escepticismo en torno a una teoría codificadora. La premisa subyacente cuestionaba el ejercicio de codificar todas las instancias en las cuales la prueba de referencia debía ser admisible. Con arreglo a la hermeneútica *estatutaria* propuesta en las Reglas federales, se planteaba el riesgo de excluir declaraciones que, aunque poseyeran garantías circunstanciales de confiabilidad, no pudieran satisfacer los criterios de las excepciones enumeradas.

Durante décadas, la referida facultad creativa de los tribunales se caracterizó por pronunciamientos encaminados a examinar las circunstancias del caso de forma particularizada. Carlson explica cómo, con anterioridad a la promulgación de las FRE, hubo una marcada tendencia en la doctrina, inclinada a favorecer un mayor grado de admisibilidad en la prueba de referencia.¹ Tendencia que, explica el autor, tenía como paradigma la Regla 503 del Código Modelo. La citada regla asignaba un alto grado de discreción a los jueces de instancia para admitir prueba de referencia.² A su vez, en algunas jurisdicciones –el autor cita el ejemplo de New Hampshire– se optó por reconocer la existencia de una excepción *residual*, siguiendo la tradición del *common law* de fundamentarla con base en los criterios de *confiabilidad* y *necesidad*.³ Rice señala cómo, en el *common law*, “los tribunales reclamaban el poder para admitir declaraciones inherentemente confiables, si los intereses de la justicia así lo requerían”.⁴ En una sentencia, Weinstein, como juez de instancia en el Eastern District of New York, aludió a cómo, en el *common law* federal, “la clara tendencia actual [era admitir] prueba de referencia *necesaria* y *confiable*”.⁵

Explica Weissenberger cómo el historial legislativo de las cláusulas originales reflejó el intento de Cámara y Senado de conciliar los objetivos disímiles de viabilizar la *flexibilidad* –en el desarrollo del sistema de prueba de referencia– y promover la

¹ Ronald L. Carlson *et al.*, *Evidence: Teaching Materials for an Age of Science and Statutes* 599-600 (4th ed., Michie 1997).

² *Id.* La Regla 503 del Código Modelo dispone: “*Evidence of hearsay declaration is admissible, if the judge finds that the declarant: (a) is unavailable as a witness, or (b) is present and subject to cross-examination.*”

³ Carlson, *supra* n. 1; *Id.*

⁴ Paul R. Rice, *Evidence: Common Law and Federal Rules of Evidence* 746 (traducción suplida) (Lexis Publishing 2000).

⁵ *United States v. Barbati*, 284 F. Supp. 409, 412 (E.D.N.Y. 1968).

certeza a las partes en la etapa de preparación para juicio.⁶ A juicio de este autor, la versión finalmente adoptada de las *FRE* 803 (24) y 804 (b) (5) emulaba la posición del *common law* respecto a poner énfasis en la evaluación de los criterios de *confiabilidad* y *necesidad* de la declaración particular, en lugar de promover la aplicación estricta de una excepción específica.⁷

El *Advisory Committee* señaló en sus Comentarios a la anterior *FRE* 803 (24) cómo el diseño de ésta pretendió sacar provecho de la experiencia y sabiduría en el tratamiento de la prueba de referencia.⁸ Considera además el Comité, que sería presentuoso presumir que todas las posibles excepciones a la prueba de referencia fueron catalogadas en las excepciones, pasando a futuras generaciones la *regla* como un sistema cerrado.⁹ Con lo cual, ya desde el comienzo de su gestión en torno a las Reglas, el Comité reconoce que las excepciones enumeradas “no pueden anticipar todas las posibles contingencias”.¹⁰ Razón por la cual, sus redactores, aspirando a una interpretación flexible de las reglas, incorporaron a las dos categorías de excepciones enumeradas (*FRE* 803 y 804), lo que Weinstein denomina “*a situation-specific non-class exception*.”¹¹

Se suele adscribir a la decisión de *Dallas County v. Commercial Union Assurance Co.*, el haber suplido la base teórica para la conceptualización de la cláusula residual.¹² La propia situación de hechos del caso es ilustrativa de la conjugación de los criterios de *confiabilidad* y de *necesidad* que pretendían lograr las citadas excepciones de las *FRE*. Resuelta catorce años antes de la promulgación de las Reglas Federales, la decisión reconoce las limitaciones de las excepciones tradicionales para lograr la admisibilidad de prueba que posea garantías de confiabilidad. En su opinión, el Quinto Circuito reconoce la importancia de la aplicación del *sentido común* en las decisiones sobre admisibilidad de prueba.¹³

El proceso de aplicación de la cláusula residual supone esencialmente un ejercicio de discreción judicial. Discreción judicial que, en gran medida, resulta necesaria considerando que la aplicación de la cláusula implica un proceso analógico con respecto a la configuración de las excepciones enumeradas. Un examen de la cláusula residual y sus elementos pone de manifiesto el claro legado doctrinal respecto al papel predominante de los jueces de instancia. Estamos, en efecto, ante una modalidad de

⁶ Glenn Weissenberger *et al.*, *Federal Rules of Evidence* (Anderson Pub Co 2009).

⁷ *Id.*

⁸ *Advisory Committee Notes to FRE 803 (24)*.

⁹ *Id.*

¹⁰ Jack B. Weinstein & Margaret Berger, *Weinstein's Evidence Manual* § 14.04 [1], 14-25 (Matthew Bender 1997).

¹¹ *Id.*

¹² Véase 286 F.2d 388 (5th Cir. 1961).

¹³ La citada expresión del Juez Wisdom fue: “[T]here is no procedural canon against the exercise of common sense in deciding the admissibility of evidence.” *Dallas County v. Commercial Union Assurance*, 286 F.2d, pág. 397 (5th Cir. 1961).

la llamada *judge-made law*, que caracterizó al Derecho probatorio durante la mayor parte del siglo XX.

Ello explica, a su vez, por qué en las codificaciones de las cláusulas residuales originales, siguiendo el legado del *common law*, fue necesario dotar a los tribunales de un alto grado de facultad discrecional respecto a la aplicación de la excepción. Weinstein sugiere otro factor que hace necesaria la dotación de facultad discrecional: el propio carácter heterogéneo de las excepciones en materia de confiabilidad. El citado autor alude a las “*enormous variations in trustworthiness among the various exceptions encompassed by the Rule.*”¹⁴ La diversidad de las excepciones en cuanto a las garantías circunstanciales de confiabilidad, señala McCormick, ha llevado a los tribunales de instancia a utilizar “variaciones en el enfoque” (*variations in approach*) en sus determinaciones.¹⁵ Postura, dice este autor, que a su vez, tiene el beneficio de un estándar de revisión deferente: el de *abuso de discreción*.¹⁶

No empecé a la dotación de discreción a los jueces de instancia, el historial legislativo de las cláusulas residuales originales —esto es, FRE 803 (25) y 804 (B) (5)— reitera que su interpretación debe realizarse con arreglo al criterio de confiabilidad que enmarca las excepciones enumeradas. Hubo la intención de que la discreción de los jueces de instancia quedara enmarcada por el criterio de *confiabilidad* (*trustworthiness*). Expresó en este sentido el *Advisory Committee* que las dos cláusulas originales “*do not contemplate an unfettered exercise of judicial discretion, but they do provide for treating new and presently-unanticipated situations which demonstrate a trustworthiness within the spirit of the specifically-stated exceptions.*”¹⁷

El debate legislativo que precedió la aprobación del texto original de las cláusulas residuales es indicativo de la situación conflictiva que caracterizó su promulgación. Debate que, a su vez, fue emblemático de la transición, en aquel momento, hacia un derecho probatorio codificado. El Comité de Asuntos Judiciales de la Cámara eliminó por completo el texto de las cláusulas residuales, aduciendo la incertidumbre con que ensombrecían al derecho probatorio. La posición de dicho comité de la Cámara era en el sentido de que futuras excepciones adicionales debían crearse mediante enmiendas.¹⁸ Posteriormente, su contraparte en el Senado optó a favor de reinstalar el texto de las cláusulas residuales originales, aunque hizo expresa su intención de que se interpretaran de manera restrictiva: “[T]he Committee . . . agrees . . . that an overly-broad residual exception could emasculate the hearsay rule and the recognized exceptions or vitiate the rationale behind codification of the rules.”¹⁹

¹⁴ Weinstein & Berger, *supra* n. 10, § 14.04 [2], págs. 14-26.

¹⁵ Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence* § 324, 531-532 (6th ed., Thompson West 2006).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Advisory Committee Notes to FRE 803 (24)*.

¹⁸ Broun, *supra* n. 15, § 324, pág. 531.

¹⁹ S.Rep. No. 1277, 93rd Cong. 2d Sess. 6 (1974); 1974 U.S. Code Cong. & Ad. News 7051, 7065.

Una muy citada expresión del Informe del Comité de Asuntos Judiciales del Senado es indicativa de la intención de adoptar unas cláusulas residuales con un parámetro más expansivo que el previsto en el texto original:

[T]herefore, the committee has adopted a residual exception for rules 803 and 804 (b) of much narrower scope and applicability than the Supreme Court version. In order to qualify for admission, a hearsay statement not falling within one of the recognized exceptions would have to satisfy at least four conditions.²⁰

Finalmente, el Comité de la Conferencia (*Conference Committee*) brindó su endoso a la versión del Senado, la cual incluía un requisito ausente en la doctrina del *common law*: la exigencia de la notificación previa a la parte adversa sobre la intención de invocar la cláusula residual.²¹

El proceso de promulgación hizo evidente la manifiesta intención congresional de que se recurra de forma infrecuente a las cláusulas como fundamento para la admisibilidad de declaraciones. McCormick comenta como la clara intención del Comité era el que las cláusulas residuales se emplearan “*very rarely, and only in exceptional circumstances.*”²²

La jurisprudencia inicial en torno a las cláusulas residuales reflejó un grado de escepticismo respecto al parámetro de su aplicación. En *Lowery v. Maryland*, una decisión temprana, el Tribunal de Distrito señaló que la excepción debía ser empleada de manera infrecuente (*sparingly*).²³ Posteriormente, el Quinto Circuito hizo alusión a cómo la cláusula residual debía estar sujeta a un alcance limitado (*tight reins must be held*).²⁴ Similar expresión hizo el Octavo Circuito, al aludir al «uso esporádico» de la excepción.²⁵ Cabe añadir que, con frecuencia, la jurisprudencia invoca el historial legislativo en torno a las cláusulas residuales como fundamento para su interpretación restrictiva.

La naturaleza atípica de la cláusula y la propia aplicación de esta, hacen cuestionable su sujeción al principio de precedente. En las decisiones bajo esta, la determinación respecto a las garantías circunstanciales de confiabilidad se realiza con arreglo a las circunstancias particulares de cada caso. Esto es consecuente con la propia naturaleza y función de esta categoría de excepción. Las cláusulas residuales son normas de naturaleza atípica, que se caracterizan por su aplicación particularizada. Explica el profesor Chiesa que “[l]a jurisprudencia de las cláusulas residuales, aunque

²⁰ *Id.*

²¹ Véase discusión en Weissenberger *et al.*, *supra* n. 6, § 807, pág. 618.

²² Broun, *supra* n. 10, § 324, pág. 531.

²³ 401 F. Supp. 604 (D. Md. 1975).

²⁴ *United States v. Mathis*, 559 F.2d 294, 299 (5th Cir. 1977).

²⁵ *United States v. Love*, 592 F.2d 1022, 1026 (8th Cir. 1979).

cuantitativamente significativa, tiene poco valor de precedente, precisamente, por la naturaleza misma de las cláusulas residuales”.²⁶

La tendencia a la aplicación restrictiva de la cláusula se hizo evidente en el contexto de las llamadas situaciones *near miss*. Se trata de las situaciones en las cuales las circunstancias en que se presta la declaración se asemejan sustancialmente al predicado de una de las excepciones enumeradas, pero no satisface del todo los elementos de dicha excepción.²⁷

En ocasiones, los tribunales, conscientes de la relativa equivalencia en garantías circunstanciales de confiabilidad, recurrían a la cláusula residual como fundamento para admitir tales declaraciones. Graham señala al respecto:

What is apparent, however, is that, on certain occasions, statements narrowly failing to meet the requirement of a specific exception or the definition of non hearsay, such as prior inconsistent statements, former testimony, prior consistent statements, judgment for nonfelony convictions, or records of regularly-conducted activities, have been admitted under what is now Rule 807, but not always. Such statements are sometimes referred to as *near miss*.²⁸

El trato que han dado los tribunales a las declaraciones *near miss* no ha sido uniforme. La jurisprudencia reciente a la promulgación de las *FRE* se decantó por una postura contraria a la aplicación de la cláusula residual a situaciones *near miss*.²⁹ La jurisprudencia posterior ha sido más receptiva a la aplicación de las cláusulas a tales situaciones.³⁰ Mueller y Kirkpatrick consideran la tesis de excluir las declaraciones *near miss* como *noción formalista*, a la vez que consideran que la misma “*is not helpful in construing a provision that is designed to admit trustworthy hearsay that fails to pass muster under the categorical exceptions.*”³¹ A juicio de McCormick, “[*t*] he almost unanimous opinion of courts is that failing to qualify under an enumerated exception does not disqualify admission under the residual exception.”³²

En 1997 se realizó una importante enmienda al esquema de las Reglas federales, consistente en la incorporación de la *FRE* 807 como única modalidad de cláusula

²⁶ Ernesto L. Chiesa, *Tratado de Derecho Probatorio* tomo II, 887 (Publicaciones JTS 2000).

²⁷ Véase discusión en Michael G. Fenner, *The Residual Exception to the Hearsay Rule: the Complete Treatment*, 33 Creighton L. Rev. 265 (2000).

²⁸ Michael Graham, *Evidence* 209 (2nd ed., Thomson West 2007).

²⁹ Véase *United States v. Popenas*, 780 F.2d 545 (6th Cir. 1985).

³⁰ Véase *United States v. Valdez-Soto*, 31 F.3d 1467, 1472 (9th Cir. 1994); *United States v. Deeb*, 13 F.3d 1532, 1536 (11th Cir. 1993), *cert. denied*, 514 U.S. 113; *United States v. Clarke*, 2 F.3d 81, 84 (4th Cir. 1993).

³¹ Christopher B. Mueller & Laird C. Kirkpatrick, *Evidence* § 8.81, 957 (4th ed., Aspen Publisher 2009).

³² Broun, *supra* n. 15, § 324, pág. 533.

residual. Así, se consolidaba en una sola disposición la anterior catalogación en dos reglas separadas, las *FRE* 803(24) y 804(B)(5), prescindiendo de la determinación respecto a la *disponibilidad* o *indisponibilidad* del declarante. De esa forma se atendió un señalamiento recurrente en torno a la *FRE* 803(24): si procedía aplicar la cláusula residual en aquellas situaciones en las cuales el declarante podía estar disponible.³³ En Puerto Rico, las Reglas de Evidencia de 2009 adoptaron sustancialmente el texto *unificado* de la *FRE* 807. Mediante la unificación de las reglas, explica el Comité Asesor Permanente, “se evita la duplicidad y se simplifican las reglas para el mejor entendimiento de los abogados”.³⁴

Una notable diferencia con el texto de la norma federal ha sido la de establecer el estándar de garantías *comparables* de confiabilidad, en relación con las excepciones contenidas en las Reglas 803 y 804. Indica el citado Comité que “prefirió *comparables* a *equivalentes*, sólo para resaltar que, al comparar las garantías de confiabilidad de las declaraciones expresamente reconocidas (Reglas 62 a 65 de 1979) con la declaración que se pretende admitir bajo la cláusula residual, ésta no es de inferior confiabilidad”.³⁵

La Regla 809 enumera tres requisitos para la aplicación de la cláusula residual, a saber: contener garantías circunstanciales de *confiabilidad* comparables, demostrar *necesidad*, (“*la declaración tiene mayor valor probatorio para el propósito para el cual se ofrece, que cualquier otra prueba que la persona proponente haya podido conseguir*”), proveer *aviso* (*notice*) con «razonable anterioridad» a las partes contra quien se pretende presentar la declaración. Los requisitos se discuten a continuación.

II. Análisis de la excepción

A. Las garantías circunstanciales de confiabilidad

La *FRE* 807 tiene como requisito de umbral el que la declaración ofrecida posea garantías circunstanciales de confiabilidad *equivalentes* a las de las excepciones cubiertas en las dos categorías de excepciones tradicionales. Estas excepciones tradicionales son la *FRE* 803 y la 804. Hemos indicado cómo la Regla 809 optó por un estándar distinto en materia de *quantum*: el de garantías circunstanciales de confiabilidad *comparables*. Se trata de un estándar cuya interpretación, evidentemente, está pendiente.

La exigencia de *confiabilidad* es un corolario de un principio teórico que ha estado presente en la doctrina: las excepciones enumeradas no acotan necesariamente las circunstancias bajo las cuales los tribunales pueden admitir prueba de referencia. Ni

³³ Como se sabe, la *FRE* 803 –anterior Regla 65– no exige establecer la indisponibilidad del declarante. O sea, que, aunque esté resulte disponible, el proponente puede optar por recurrir a una de las excepciones citadas en la regla. La razón para ello es que se considera que las excepciones allí enumeradas tienen mayor confiabilidad que las enumeradas en la *FRE* 804 (Regla 64).

³⁴ *Informe de las Reglas*, Comentarios a la Regla 807. P. 614.

³⁵ *Id.* pág. 615 (Énfasis en original).

la doctrina, ni el legislador pueden concebir todas las posibles situaciones en las que se justifique admitir prueba de referencia. Después de todo, las excepciones recogidas en las citadas reglas –como la mayor parte del Derecho Probatorio – son, en gran medida, de confección judicial. Notese así la citada expresión del *Advisory Committee* en el sentido de que sería *presuntuoso* presumir que todas las posibles excepciones deseadas han sido catalogadas.

Determinar la *equivalencia* –en el contexto de la Regla 809, la *comparabilidad*– en garantías circunstanciales de la confiabilidad no es un ejercicio necesariamente uniforme, particularmente de cara al carácter heterogéneo de las excepciones enumeradas. Algunos tribunales, explica McCormick, toman como base los *factores idiosincráticos* de la declaración para determinar el cumplimiento con la exigencia de la confiabilidad.³⁶ De hecho, la propia divergencia en cuanto a las circunstancias de las excepciones enumeradas a la que alude Weinstein,³⁷ hace necesario un tratamiento *sui generis* respecto a cada situación fáctica. El autor explica que la determinación respecto a la exigencia de *confiabilidad* supone evaluar “las circunstancias y el contexto en que se hizo la declaración”.³⁸ Ello incluye factores como la *naturaleza* de la declaración, la *relación* entre el declarante y el testigo, el *conocimiento* y las *calificaciones* del declarante y su posible *motivación* para hacer la declaración.³⁹

Un método empleado por los tribunales para determinar el cumplimiento con la exigencia de *confiabilidad* es la comparación del predicado (*foundation*) en la excepción o excepciones enumeradas que más se asemejan a la situación de hechos particular. Así, excepciones previstas en relación con declaraciones contenidas en prueba documental –récores de negocios, documentos públicos– se podrán emplear como comparación en aquellas situaciones que involucran declaraciones en documentos. A su vez, declaraciones orales que el declarante haga en momento reciente a la percepción de un evento o condición podrán compararse con las circunstancias que configura la excepción de *declaración contemporánea a la percepción*.

A su vez, aporta a la determinación de confiabilidad el analizar la reducción que puede hacer la declaración a los cuatro riesgos o peligros asociados con la prueba de referencia (percepción, memoria, narración y sinceridad). Estamos ante lo que Mueller y Kirkpatrick llaman *circumstantial indicators*.⁴⁰ Así, declaraciones hechas *bajo juramento* y sujetas a conainterrogatorio pueden implicar una reducción del riesgo de falta de *sinceridad* y declaraciones hechas con relativa *contemporaneidad* al acto, condición o evento, pueden suponer una reducción del riesgo de la *memoria*. Partiendo de la premisa de que el fundamento para excluir la prueba de referencia es la presencia de los riesgos asociados con dicha prueba, es lógico pensar que la

³⁶ Broun, *supra* n. 15, § 324, pág. 531 (Traducción suplida).

³⁷ Weinstein & Berger, *supra* n. 10.

³⁸ *Id.* § 14.04[2], pág. 14-27 (Traducción suplida).

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Mueller & Kirkpatrick, *supra* n. 31, § 8.81, pág. 957.

reducción de uno o más de éstos significa un aval respecto a la confiabilidad de la declaración.⁴¹

La *disponibilidad del declarante* para comparecer como testigo es otro criterio que puede emplearse en apoyo de la determinación de credibilidad. La comparecencia del declarante como testigo permite que las partes afectadas por su declaración le confronten; a la vez que la oportunidad de observar su comportamiento en la silla testifical coloca al juzgador en mejor posición para determinar credibilidad a su declaración. Al respecto, dispone la Regla 808 que “la parte contra quien se ha admitido prueba de referencia [llame] como testigo a la persona declarante de esa prueba”.⁴² Más significativamente, la comparecencia del declarante –señala McCormick, con buena lógica– es una *alternativa superior* a la de prueba de referencia.⁴³ En efecto, en un buen número de instancias, la comparecencia del declarante puede hacer innecesaria la invocación de la cláusula residual (u otra excepción).

Otra forma en la que se puede satisfacer la exigencia de garantías circunstanciales de confiabilidad es mediante prueba de *corroboración* de la declaración. La prueba de corroboración sobre la declaración hace más probable que ésta sea correcta y, a su vez, como señalan Mueller y Kirkpatrick, “la corrección confirma la confiabilidad”.⁴⁴

En procesos criminales, el uso de la corroboración como forma de cumplir la exigencia de confiabilidad puede suscitar planteamientos de naturaleza constitucional en materia del derecho a la confrontación. La utilización de prueba de corroboración como factor no implica un aval respecto a la *declaración* (extrajudicial) al momento en que ésta se hizo. Dicho de otra forma, no se trata de un factor *intrínseco* a la declaración o a la persona del declarante. Más bien, como apunta McCormick, se trata de un factor, “el cual no se relaciona con el declarante cuando hizo la declaración, sino que, en retrospectiva, ofrece apoyo a su confiabilidad”.⁴⁵ En otras palabras, para propósitos de establecer la *confiabilidad* de una declaración, la corroboración es un factor *extrínseco* a ésta. La distinción doctrinal entre prueba *extrínseca* e *intrínseca* puede resultar determinante para fines constitucionales.

En *Idaho v. Wright*,⁴⁶ el Tribunal Supremo de EE. UU. resolvió que, en términos constitucionales, la prueba de corroboración no es utilizable a los fines de establecer la *confiabilidad* de una declaración admitida contra el acusado bajo la cláusula residual. Resolvió el Tribunal que “*we are unpersuaded by the state’s contention that evidence corroborating the truth of a hearsay statement may properly support a finding that the statement bears particularized guarantees of trustworthiness.*”⁴⁷ Según el criterio

⁴¹ Véase *United States v. Ismoila*, 100 F.3d 380 (5th Cir. 1996), *cert. denied*, 520 U.S. 113.

⁴² La Regla 808 tiene como título *Credibilidad de la persona declarante*. La Regla 67 es su equivalente en las Reglas de Evidencia de 1979.

⁴³ Broun, *supra* n. 15, § 324, pág. 532 (Traducción suplida).

⁴⁴ Mueller & Kirkpatrick, *supra* n. 31, § 8.81, pág. 958 (Traducción suplida).

⁴⁵ Broun, *supra* n. 15, § 324, pág. 532 (Traducción suplida).

⁴⁶ 497 U.S. 805 (1990).

⁴⁷ *Id.* pág. 822.

del Tribunal, la determinación sobre la exigencia de confiabilidad para propósitos de la Cláusula de Confrontación se satisface mediante prueba sobre las circunstancias de *confiabilidad* en torno a la propia declaración, y no a base de corroboración por medio de hechos extrínsecos a ésta. En este sentido, señaló que “[t]o be admissible under the Confrontation Clause, hearsay evidence used to convict a defendant must possess indicia of reliability by virtue of its inherent trustworthiness, not by reference to other evidence at trial.”⁴⁸

Nótese que la limitación impuesta por la decisión de *Wright*⁴⁹ es en función del derecho del acusado bajo la Enmienda Sexta y, como bien apuntan Mueller y Kirkpatrick, la decisión “no debe afectar el uso de la cláusula (*catchall*) en casos civiles o el uso por la defensa en casos criminales”.⁵⁰ En palabras del profesor Chiesa:

[N]o puede negarse, sin embargo, que, para fines de satisfacer el elemento que exigen las cláusulas residuales, se puede utilizar el elemento de la corroboración. Pero, para satisfacer las exigencias de la cláusula de confrontación de la Sexta Enmienda –que aplica a los estados y a Puerto Rico, además de al gobierno federal– no puede usarse el elemento de corroboración para cumplir con el requisito de garantías circunstanciales de confiabilidad. Esto se traduce en que, excepto en casos criminales, como prueba de cargo, para determinar la admisibilidad de prueba de referencia bajo las cláusulas residuales, puede considerarse el elemento de corroboración extrínseca de la declaración . . .⁵¹

B. La demostración de necesidad/diligencia

La Regla 809 dispone que el Tribunal determine que “la declaración tiene mayor valor probatorio, para el propósito para el cual se ofrece, que cualquier otra prueba que la persona proponente hubiera podido conseguir, de haber desplegado diligencia razonable”. El criterio citado impone una doble exigencia a la parte proponente de la declaración. Por un lado, le exige demostrar que se encuentra en una situación de *necesidad*. Además, le obliga a demostrar que ha sido razonablemente diligente en procurar *otra prueba* que posea igual o mayor valor probatorio.

Hemos visto que *la necesidad* constituye, junto a la confiabilidad, uno de los dos fundamentos en torno a los cuales se han desarrollado las excepciones a la regla de prueba de referencia. Al aludir a “cualquier otra prueba que el proponente hubiera podido conseguir”, la regla reconoce mediante el uso del subjuntivo, que el proponente carece de prueba *distinta* de la declaración. Se trata, por supuesto, de un requisito que

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Nótese además el posible efecto de la decisión de *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 34 (2004), en torno a la interpretación del alcance de la Cláusula de Confrontación.

⁵⁰ Mueller & Kirkpatrick, *supra* n. 31, § 8.81, pág. 957 (Traducción suplida).

⁵¹ Chiesa, *supra* n. 26, pág. 893 (citas omitidas).

la doctrina –y subsiguientemente, la codificación en las *FRE*– ha impuesto a una parte que invoca la cláusula residual. La decisión de *Dallas County*,⁵² con su énfasis en la relevancia de este criterio, se suele invocar como autoridad en este sentido.

El profesor Chiesa señala cómo la anterior excepción “apunta al factor de necesidad”, a la vez que advierte, “[c]uán razonable debe ser el esfuerzo del proponente para conseguir otra evidencia de mayor valor probatorio dependerá de la centralidad de lo que se quiere probar con la prueba de referencia y de los recursos del proponente”.⁵³

La *necesidad* como factor está sujeta a consideraciones de *razonabilidad* y *proporcionalidad*. Lo que resulta *razonable* para un litigio de controversias sencillas puede no serlo en otro en que los asuntos trabados sean más enjundiosos. De igual forma, es *razonable* imponer un mayor grado en la exigencia al Ministerio Público que al acusado o a las partes en un proceso civil, con miras a proteger el derecho **constitucional** a la confrontación de un acusado.

Mueller y Kirkpatrick explican cómo el concepto de esfuerzos *razonables* supone un sentido de *proporción*. A juicio de estos autores, es de esperar un mayor esfuerzo de “los proponentes de *issues* importantes . . . y los recursos cuentan, se espera un mayor esfuerzo del gobierno que del acusado”.⁵⁴

Weinstein concurre con esta apreciación, señalando: “[W]hat is reasonable depends upon such matters as the importance of the evidence, the means at the command of the proponent and the amount in controversy. The trial judge’s good sense must be relied upon.”⁵⁵ Al citar con aprobación a Weinstein, el Primer Circuito recurre a un ejemplo gráfico que ayuda a explicar la relatividad del factor *razonabilidad*: “[I]t should not be necessary to scale the highest mountain of Tibet to obtain a deposition for use in a \$500 damage claim arising from an accident with a postal truck.”⁵⁶

Además, la regla impone al proponente demostrar haber desplegado la referida diligencia respecto a la búsqueda de *otra prueba* con igual o mayor valor probatorio que la declaración que se ofrece bajo la cláusula residual. El engarce entre dicho esfuerzo y la demostración de *necesidad* es evidente. El proponente estará en posición de satisfacer la exigencia de la *necesidad*, demostrando que la hipotética *otra prueba* de igual o mayor valor probatorio a la declaración, o no existe o está indisponible. Respecto a dicha exigencia, McCormick percibe la imposición como un “requisito aproximado [de producir] la *mejor prueba*”.⁵⁷ Con lo cual, la regla parece exigirle al

⁵² 286 F.3d pág. 388.

⁵³ Chiesa, *supra* n. 26, pág. 894.

⁵⁴ Mueller & Kirkpatrick, *supra* n. 40, § 8.81, pág. 959 (Traducción suplida).

⁵⁵ Weinstein & Berger, *supra* n. 10, § 14.04 [4], págs. 14-28, 29.

⁵⁶ *Demars v. Equitable Life Assurance Society*, 610 F.2d 55 (1st Cir. 1979).

⁵⁷ Broun, *supra* n. 15, § 324, pág. 532 (Traducción suplida). La expresión en inglés, de McCormick, es “[t]he requirement also has the effect of imposing a rough best-evidence requirement on the exception.” Es apropiada la expresión de *rough* que emplea el autor. En estricto sentido, la regla del escrito original –o de la *mejor prueba*, como también se le conoce– es de aplicación a escritos y grabaciones. No existe en el derecho probatorio moderno una regla general que exija la *mejor prueba*.

proponente de una declaración escrita que previamente demuestre la indisponibilidad de prueba testifical para probar el hecho pertinente en cuestión, particularmente cuando se trata de un declarante que está disponible como testigo.

Así, el Segundo Circuito resolvió que un informe de policía que contenía, a su vez, una declaración en estado de excitación no debía ser admisible bajo la cláusula residual, si el propio declarante estaba disponible para testificar.⁵⁸ La disponibilidad del juramento, confrontación y oportunidad de observación por el juzgador (*demeanor evidence*), de ordinario, van a impartir mayor valor probatorio a la prueba testifical.

En fin, la exigencia de *necesidad* impone al proponente una doble descarga probatoria. Este tiene que demostrar, además de haber ejercido un grado de diligencia, que la declaración ofrecida tiene más valor probatorio que *cualquier otra prueba* que hubiera podido conseguir de *haber desplegado diligencia razonable*. Explican Muelle y Kirkpatrick:

[T]his language states a dual requirement. In the main, the focus is on the the diligence of the proponent: Has she made reasonable efforts to get evidence that would be better? Secondly, the focus is on probative worth: assuming she has done her best, is the statement more probative than other evidence.⁵⁹

C. El requisito de la notificación previa

La notificación previa a la parte adversa constituye el tercer requisito que impone la cláusula residual a un proponente. Aunque la Regla 809 no especifica término, ni señala en cuál etapa de los procedimientos debe hacerse, sí impone la exigencia de que la notificación se realice “con razonable anterioridad”. Aparte de aludir a la *razonabilidad*, la regla no establece el momento en el cual debe hacerse la notificación. La *FRE* 807 (incorporando una exigencia expresa del Congreso) hace referencia a “sufficiently in advance of the trial or hearing, to provide the adverse party with a fair opportunity to prepare to meet it.” En términos generales, es recomendable que la notificación se haga por escrito y que, en procesos civiles, se haga con anterioridad a la fase de conferencia con antelación al juicio.

El citado texto federal pone de manifiesto las razones de equidad que tuvo el Congreso para la exigencia de la notificación. Se trata de un *compromise*, el cual Weissenberger caracteriza como “between the competing goals of allowing flexibility in the development of the hearsay system, on the one hand, and ensuring some degree of certainty for trial preparation, in the other.”⁶⁰

⁵⁸ *Parsons v. Honeywell*, 929 F.2d 901 (2nd Cir.1991); véase además *Morgan Guar. Trust Co., v. Hellenic Lines, Ltd.*, 621 F. Supp. 198 (S.D.N.Y. 1985).

⁵⁹ Mueller & Kirkpatrick, *supra* n. 31, § 8.81, pág. 959.

⁶⁰ Weissenberger, *supra* n. 6, §807.1, pág. 618.

En efecto, aunque el Congreso tuvo la intención de que a través de la cláusula residual se pudieran admitir declaraciones que podrían ser inadmisibles bajo las excepciones enumeradas, también pretendió evitar la incertidumbre a las partes contra quienes se va a ofrecer dicha prueba. En ausencia de notificación previa, la invocación de la cláusula residual podría constituir una modalidad del llamado *juicio por emboscada* (*trial by ambush*). En un sistema de adversarios, una parte puede –y debe– razonablemente prever que la parte adversa invoque las excepciones enumeradas, como fundamento para la admisibilidad. Sin embargo, la cláusula residual, por su naturaleza *sui generis* podría suponer –en ausencia de notificación previa– una sorpresa para la parte afectada. Esto puede ser anatema al sentido de *fairness* que caracteriza al sistema de adversarios. Señala el profesor Chiesa que “[l]a invocación súbita de una de las cláusulas residuales es, en gran medida, injusta; fue esto lo que llevó al Congreso a añadir la exigencia de la notificación”.⁶¹

Mueller y Kirkpatrick consideran que, si bien los abogados postulantes (*trial lawyers*) suelen anticipar la prueba de referencia, va a existir un elemento de sorpresa cuando ésta se ofrece bajo la cláusula residual.⁶² Razón por la cual, explican estos autores, el requisito de la notificación tiene el propósito de prevenir la sorpresa, permitiendo la oportuna preparación.⁶³

Una lectura del texto de la cláusula sugiere que la misma plantea la exigencia de la notificación previa en términos absolutos. Su incumplimiento, por tanto, parece implicar la posible exclusión de la declaración cuya admisibilidad se pretende. En efecto, algunos tribunales al interpretar el requisito como de estricto cumplimiento, han resuelto a favor de excluir la prueba a la parte que lo incumple, particularmente cuando el proponente es el Ministerio Público.⁶⁴ En una citada opinión, el Segundo Circuito fue enfático, al resolver que el historial legislativo “*left no doubt that it was the intention of Congress that that requirement [notice] be read strictly.*”⁶⁵ Siguiendo esa línea hermenéutica, en procesos criminales, algunos tribunales han interpretado el requisito de la notificación previa de manera estricta; aunque más adelante han confirmado la condena, invocando el principio de error no perjudicial (*harmless error*).⁶⁶

Situaciones en las cuales el Ministerio Público invoca la cláusula residual pueden implicar además posibles problemas de confrontación. Tales situaciones parecerían aconsejar una interpretación rigurosa respecto al requisito de la notificación previa. En materia del derecho constitucional a la confrontación, habrá que estar a la espera

⁶¹ Chiesa, *supra* n. 26, pág. 894.

⁶² Mueller & Kirkpatrick, *supra* n. 31, §8.81, pág. 959 (Traducción suplida).

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Véase *United States v. Benavente Gomez*, 921 F.2d 378, 384-385 (1st Cir. 1990); *United States v. Tafollo-Cardenas*, 897 F.2d 976, 980 (9th Cir. 1990).

⁶⁵ *United States v. Oates*, 560 F.2d 45 (2nd Cir. 1977); véase además *United States v. Ruffin*, 575 F.2d 346 (2nd Cir. 1978).

⁶⁶ *Benavente Gómez*, 921 F.2d pág 378.

de ulteriores pronunciamientos en torno a la decisión de *Crawford v. Washington*.⁶⁷ Con arreglo a lo resuelto en *Crawford*, es evidente que la invocación de la cláusula residual va a quedar sujeta a la determinación de si constituye prueba de referencia *testimonial*.⁶⁸

No empece a lo expresado, la jurisprudencia interpretativa ha hecho expresiones respecto a la necesidad de interpretar de manera flexible el requisito de la notificación previa. El propio concepto de *reasonable anterioridad* parece sugerir una interpretación *flexible* y sin visos de rigidez. Nótese además que, por tratarse de un asunto que afecta la admisibilidad o inadmisibilidad de prueba, la interpretación respecto al acatamiento de la exigencia de *reasonable anterioridad* va a quedar sujeta al principio general de hermenéutica del derecho probatorio moderno. Prevé la Regla 102 que “[e]l propósito principal de las Reglas es el descubrimiento de la verdad en todos los procedimientos judiciales”. Similar pronunciamiento proclama la *FRE* 102.

Un criterio importante para determinar la flexibilidad en la interpretación es la etapa en la cual el proponente advino en conocimiento de la necesidad de invocar la cláusula residual. Tal es el supuesto en las situaciones en las cuales se excluye la declaración bajo una excepción enumerada y el proponente tiene que recurrir a la cláusula residual. En tales circunstancias, el proponente puede plantear la buena fe como defensa, unido al hecho de que la parte adversa no está afectada por el elemento sorpresa respecto a la declaración. El principio hermenéutico de la Regla 102/*FRE* 102 parecería favorecer la interpretación flexible en tales circunstancias.

Distinta cuestión presenta la situación en la que el proponente, ejerciendo la debida diligencia, debió prever o anticipar que iba a recurrir a la cláusula residual y a pesar de ello, no notificó *con reasonable anterioridad* a la parte adversa. Como explica el profesor Chiesa:

[L]a flexibilidad está condicionada por la buena fe y diligencia del proponente. Si el proponente sabe que va a invocar la regla residual, no hay razón por la cual deba eximirse del requisito de notificación. Lo crucial parece ser si era anticipable que se iba a recurrir a la categoría residual.⁶⁹

Algunos tribunales han interpretado la exigencia en términos de asegurarle un *fair opportunity* a la parte afectada para enfrentarse a la prueba de referencia.⁷⁰ En circunstancias en las cuales se provee la notificación ya en el acto de juicio, algunos tribunales permiten una transferencia de vista para permitir a la parte adversa prepararse adecuadamente para refutar u objetar la prueba. El profesor Chiesa sugiere

⁶⁷ *Crawford*, 541 U.S. pág 31.

⁶⁸ Véase Enrique Vélez Rodríguez, *La prueba de referencia y sus excepciones* cap. II (InterJuris 2010).

⁶⁹ Chiesa, *supra* n. 26, pág. 895.

⁷⁰ Véase *United States v. Panzardi-Lespier*, 918 F.2d 313, 317 (1st Cir. 1990); *United States v. Calkins*, 906 F.2d 1240, 1245-1246 (8th Cir. 1990).

“cierta flexibilidad”, al observar que, en el curso del juicio, “pueden surgir situaciones inesperadas bajo las cuales sea razonable invocar la cláusula residual”.⁷¹ El Primer Circuito invocó el principio de *harmless error* para admitir una declaración jurada en ausencia de notificación, haciendo hincapié en que la parte adversa tuvo ésta en su poder durante varios años.⁷²

Weinstein considera como mejor práctica el que se provea la notificación por escrito en o antes de la conferencia con antelación al juicio.⁷³ Sugiere como opción más *segura*, en las circunstancias en que sea “cuestionable si otra excepción va a ser de aplicación”, que se provea notificación, de forma tal que la declaración pueda también ser ofrecida bajo la cláusula residual.⁷⁴

⁷¹ Chiesa, *supra* n. 26, pág. 894.

⁷² *Furtado v. Bishop*, 604 F.2d 80, 82 (1st Cir. 1979).

⁷³ Weinstein & Berger, *supra* n. 10, § 14.04[6], págs. 14-29.

⁷⁴ *Id.* (Traducción suplida).

