

# RELEVANCIA DEL CONCEPTO CANÓNICO DE “CERTEZA MORAL” PARA LA MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA “QUAESTIO FACTI” EN EL PROCESO CIVIL

TOMÁS J. ALISTE SANTOS

SUMARIO: 1. Necesidad de un criterio óptimo para la selección y valoración del material probatorio que integra la “quaestio facti” del razonamiento judicial. 2. La inferencia probatoria basada en la idea de probabilidad de que haya acontecido una determinada hipótesis fáctica. 3. La probabilidad cuantitativa y su aplicación en la construcción judicial de la “quaestio facti”. 4. El teorema de Bayes como expediente de cálculo de probabilidad cuantitativa en la determinación de los hechos susceptibles de enjuiciamiento. 5. El concepto de “certeza moral” como guía para determinar la suficiencia del material probatorio. 5.1. El concepto de “certeza moral”: original aportación del Derecho de la Iglesia al Derecho procesal. 5.2. La certeza moral canónica: criterio de conocimiento objetivo de la verdad en el proceso. 6. Imposibilidad de conocimiento de la verdad por insuficiencia de elementos de convicción que integren el concepto de certeza moral canónica. 7. Conclusión: relevancia de la certeza moral canónica para el Derecho procesal.

## 1. NECESIDAD DE UN CRITERIO ÓPTIMO PARA LA SELECCIÓN Y VALORACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO QUE INTEGRA LA “QUAESTIO FACTI” DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

SIN duda, el éxito o el fracaso en la motivación *coram proprio iudice* de la *quaestio facti* depende de la adecuada integración que en su seno el juez sea capaz de hacer de aquél complejo conglomerado de enunciados asertivos fácticos y jurídicos, valiéndose, para ello, de un instrumento eficaz y certero, capaz, en suma, de realizar con corrección las operaciones de selección y valoración del material probatorio. Se trata del momento más importante de toda la actividad jurisdiccional de enjuiciamiento, y, paradójicamente, a pesar de los esfuerzos del paradigma positivista que consagra el imperio de las leyes,<sup>1</sup> el más oscuro, porque aquí se evidencia, acaso como en ningún otro lugar, el ejercicio del arbitrio. Con razón escribe Nieto que el arbitrio

<sup>1</sup> Vid. NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, pp. 236 y ss.

sigue al juez en todos y cada uno de sus pasos como la sombra al cuerpo.<sup>2</sup> Y, particularmente, esta afirmación puede constatarse en materia de prueba, allí donde la ley no llega porque su generalidad frustra su pretendido esfuerzo en descender a las circunstancias fácticas inherentes, que naturalmente gobiernan y condicionan todo análisis que se haga del caso concreto. El vasto campo gobernado por el sistema de libre valoración o apreciación en conciencia de la prueba así lo atestigua. Y, sin embargo, bien sabemos que el ejercicio lícito del arbitrio no puede confundirse con la arbitrariedad.

Así las cosas, no puede mantenerse sino con una candorosa ingenuidad aquello del *da mihi factum dabo tibi ius*. Las operaciones de selección y valoración del material probatorio están sujetas a un control efectivo, necesariamente exteriorizado en la fase de motivación *coram partibus*. Control que, a su vez, demanda un criterio que gobierne dichas operaciones en la motivación *coram proprio iudice*, siquiera se trate de una motivación que, al menos, justifique el enjuiciamiento *prima facie* sobre la admisión de los medios de prueba, como defiende Nieva Fenoll,<sup>3</sup> entre otros autores. En este sentido, el inevitable arbitrio en materia probatoria ha convertido en un lugar común desde hace años acudir a la idea de «probabilidad», entendida como criterio necesario y suficiente de racionalidad, el cual ofrece la máxima certeza posible a la hora de hacer frente a la selección del conjunto de enunciados asertivos factuales de naturaleza puramente descriptiva que integran la *quaestio facti*, para proceder luego a la valoración del material probatorio seleccionado.<sup>4</sup> Sin embargo, vaya por delante que la idea de «probabilidad», tanto la defendida desde las teorías cuantitativas (caso del Teorema de Bayes) como las teorías lógicas,<sup>5</sup> resulta insuficiente para entender correctamente motivada *coram proprio iudice* y *coram partibus* la *quaestio facti*. En mi opinión, el criterio de la «certeza moral» *ex actis et probatis* sobre la existencia o inexistencia de los hechos, justamente afirmado por el procesalismo canónico, resulta más adecuado que acudir a la idea de «máxima probabilidad» para proceder a la selección de los enunciados fácticos y ulterior valoración de

<sup>2</sup> Cfr. NIETO, A., *Op. cit.*, p. 236.

<sup>3</sup> Vid. NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, 2007, p. 178.

<sup>4</sup> GARCÍA FAÁLDE, J., *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Salamanca, 2005, p. 323, define esta probabilidad entendiendo que es el significado de la denominada certeza moral en sentido vulgar. Así, nos dice que “la certeza moral en sentido lato, vulgar, prudencial, práctico es solamente probabilidad «suma» o «máxima» filosófica; esta muestra algo, por ejemplo un hecho, con claridad suficiente para que no se vea como probable, aunque sí puede verse como posible, que ese hecho no exista o no sea tal cual se ve; se le llama, por extensión no infundada, «certeza» moral en sentido lato pero con adjetivos como «vulgar», «prudencial», «práctica» porque con ella se contenta la gente para proceder con seguridad, con prudencia, en los asuntos de la vida”.

<sup>5</sup> Vid. TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, trad. esp, 2ª ed., Madrid, 2005, pp. 167-240, donde realiza un análisis riguroso de las mismas.

los mismos. «Probabilidad» y «certeza moral» son desde luego conceptos distintos y, por eso mismo, su frecuente confusión en el ámbito de la motivación judicial es un error habitual que los Tribunales deben tratar de superar, porque estamos ante referentes conceptuales de realidades semánticas distintas. De todo ello trataremos oportunamente en los siguientes epígrafes. Sin embargo, es conveniente hacer una breve aproximación al tema. La «probabilidad» es una ficción mental que permite cuantificar en un cociente el índice de que un suceso haya existido en realidad. La «certeza moral», en cambio, no recurre a la ficción mental, representando la probabilidad de la existencia de los hechos, sino que se pregunta sobre la existencia o inexistencia de los propios hechos en la realidad. De este modo, puede decirse que si la «probabilidad» pone el acento en el enfoque cuantitativo sobre la posibilidad de existencia de los hechos, la «certeza moral» parte, sin embargo, de un enfoque cualitativo, inquiriendo directamente la veracidad o falsedad acerca de los enunciados fácticos conocidos en el proceso a través de lo actuado y probado, en función de su correspondencia con la realidad fáctica históricamente determinada.

## 2. LA INFERENCIA PROBATORIA BASADA EN LA IDEA DE PROBABILIDAD DE QUE HAYA ACONTECIDO UNA DETERMINADA HIPÓTESIS FÁCTICA

En el proceso de búsqueda de la verdad, que caracteriza la actividad jurisdiccional en la fase probatoria, advertimos con bastante frecuencia que la idea de probabilidad despliega su margen de actuación en las tres clases básicas de inferencias de razonamiento lógico: deductivas, inductivas e hipotéticas, aunque su intensidad será mayor o menor dependiendo del tipo de inferencia concreta de que se trate y, a su vez, del tipo de razonamiento empleado en la construcción de la inferencia. De este modo, fácilmente los jueces seculares, tanto de los países del *civil law* como del *common law*, pueden caer en el error de formar su convicción judicial estimando por cierto aquello que tan sólo es probable, por mucho que pueda concluirse lógicamente que la probabilidad de que el hecho controvertido haya sucedido sea la denominada «máxima probabilidad», obtenida atendiendo al expediente de la *beyond a reasonable doubt*, que es el más conocido criterio de valoración probatoria de los países del *common law* en el ámbito del enjuiciamiento criminal, o bien a través de la denominada *preponderance of evidence*, criterio de valoración probatoria usualmente utilizado en el enjuiciamiento civil de los países del *common law*.

No obstante, además de esta perspectiva lógica de la probabilidad, en las últimas décadas, sobre todo en Estados Unidos, se ha extendido en el campo del razonamiento policial y judicial un modelo fundamentado en la probabilidad cuantitativa. Modelo desarrollado en diversos estudios por la doctri-

na estadounidense y que también ha tenido eco doctrinal en Europa, sobre todo en Alemania y Suecia.<sup>6</sup> Los esfuerzos principales desde este enfoque se centran en aplicar el teorema de Bayes al enjuiciamiento criminal, entendido este teorema como instrumento adecuado de cálculo de probabilidad para determinar los hechos en el «contexto de descubrimiento» e integrar la denominada *quaestio facti* del razonamiento, «contexto de justificación», que debe motivar toda resolución judicial en materia de enjuiciamiento penal.

Toda investigación en materia de hechos exige inquirir información circunstancial, entendida ésta como elemento fundamental para conocer en el marco de un proceder racional la cuestión de hechos o conjetural. De ahí la importancia que tiene determinar correctamente los hechos y sus circunstancias. Los criterios básicos o pautas de razonamiento comunes que permiten desenvolver correctamente el análisis conjetural son, de una parte, el estudio de los indicios o signos que fundamentan la construcción de inferencias sobre la existencia o inexistencia de determinados hechos; análisis indiciario acompañado de un estudio sobre los motivos que razonablemente conducen a la acción delictiva objeto de la cuestión de hecho. De otra parte, es necesario que el hecho o los hechos examinados parezcan no sólo posibles sino también probables. Es decir, no es suficiente la mera *posibilidad* del hecho sino que además se exige que dicho hecho sea *probable* que ocurriera.<sup>7</sup> En definitiva, que en virtud de los diversos indicios ofrecidos en la investigación y dadas una serie de circunstancias en el supuesto concreto, todo conduzca a suponer que – probablemente – el hecho ocurrió así. Dadas estas premisas hablamos de «verosimilitud» cuando se puede establecer una relación razonable entre determinados indicios, los motivos, y no sólo la posibilidad sino también la probabilidad de que las cosas ocurrieran de tal forma.<sup>8</sup> La probabilidad constituye, por tanto, un expediente básico en la resolución de un debate – el de la conjetura – previo y en muchos casos condicionante

<sup>6</sup> TARUFFO, M., *Op. cit.*, pp. 190 y ss, realiza un excelente estudio crítico sobre la probabilidad cuantitativa y su aplicación en la teoría de la prueba. Frente a la teoría bayesiana elaborada en los Estados Unidos, han surgido otras teorías que tratan de aplicar el cálculo de probabilidades en materia probatoria. Especialmente, destacamos aquí la denominada *evidentiary value model*, desarrollada en Suecia a partir de los trabajos de Ekelöf, Halldén y Edman, vid. TARUFFO, M., *Op. cit.*, p. 206 y ss, y, en Alemania, el trabajo de SCHREIBER, R., *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*, Berlín, 1968, vid. TARUFFO, M., *Op. cit.*, pp. 212-215.

<sup>7</sup> Realmente estamos ante un laberinto conceptual de términos: posible, imposible, probable, improbable, cierto, etc, que conviene delimitar convenientemente. Siguiendo a GARCÍA FAÍLDE, J., *Op. cit.*, p. 324, “en la vida real se considera “imposible” lo que es menos que posible y “posible” lo que es menos que probable y “probable” lo que es menos que cierto y “cierto” lo que sobrepasa un elevado grado de probabilidad (filosófica) que suele ser un 95% de probabilidad filosófica, es decir, la “suma” o “máxima” probabilidad filosófica”.

<sup>8</sup> No obstante, debe quedar claro que la idea de verosimilitud no puede reconducirse a la de probabilidad. Muy bien lo señala TARUFFO, M., *Op. cit.*, pp. 183-190.

de cualquier otro posterior, porque si no están bien determinados los hechos tampoco podrá hacerse valoración judicial de los mismos y mucho menos un enjuiciamiento correcto.

### 3. LA PROBABILIDAD CUANTITATIVA Y SU APLICACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN JUDICIAL DE LA “QUAESTIO FACTI”

Los estudios de probabilidad, como hemos señalado, se dividen en dos grandes ramas. De un lado, la que estudia la probabilidad lógica o cualitativa, de otro, la probabilidad cuantitativa. En materia de probabilidad cuantitativa se distingue, a su vez, entre probabilidad cuantitativa objetiva y subjetiva.<sup>9</sup> La probabilidad cuantitativa objetiva centra sus esfuerzos principalmente en la frecuencia con que un determinado hecho, estimado cierto, puede verificarse dentro de una serie de fenómenos, y constituye la base del razonamiento estadístico.<sup>10</sup> Y, de otro lado, la llamada probabilidad subjetiva, donde el objeto de atención no es la frecuencia de un determinado hecho sino la verificación de ese hecho en sí mismo considerado. La probabilidad cuantitativa subjetiva trata, en suma, de racionalizar, a través de un procedimiento de medición cuantitativo, bien la incertidumbre generada sobre el acontecer o no de un determinado evento, bien el grado de probabilidad del enunciado asertivo hipotético que permite aceptar en mayor o menor probabilidad la existencia del evento afirmado.<sup>11</sup>

Dejando a un lado la probabilidad cuantitativa objetiva, lo cierto es que en materia probatoria desde hace varias décadas pueden constatarse diversos esfuerzos doctrinales tratando de aplicar a través de complejos cálculos de probabilidades los modelos de probabilidad cuantitativa subjetiva al razonamiento judicial sobre los hechos.

Sin embargo, antes de proseguir conviene aclarar de qué estamos hablando. La teoría de las probabilidades, desarrollada en los juegos de envite o azar, reconduce sus esfuerzos tratando de expresar la probabilidad en forma numérica con una cifra comprendida entre el 0 (considerado como imposibilidad absoluta de acaecimiento del hecho o evento controvertido) y el 1 (entendido como certeza absoluta del hecho o suceso cuestionado). El cociente entre ambos números expresa en términos cuantitativos cuántas veces está contenido el divisor (0), es decir, la imposibilidad del hecho, en el dividendo (1), que refiere, por el contrario, la probabilidad de existencia del hecho. Se hace evidente que cuanto más próximo se encuentre el número referido en el divisor a la unidad numérica del dividendo, el cociente arrojará como resultado numérico una cifra que exprese un mayor grado de probabilidad del

<sup>9</sup> Vid. COHEN, L., *An introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford, 1989, p. 59 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. TARUFFO, M., *Op. cit.*, p. 193.

<sup>11</sup> Cfr. TARUFFO, M., *Op. cit.*, pp. 193 y 194.

hecho controvertido, y, por el contrario, cuando divisor y dividendo expresen cifras numéricas más alejadas entre sí, el cociente resultante arrojará una cifra expresiva de la menor probabilidad del hecho. Pongamos un ejemplo, clásico en materia de probabilidad forense, que ilustra bien la exposición anterior: *El Pueblo versus Collins*.<sup>12</sup> El caso sucedió en Los Ángeles, corriendo el año 1964. Paseando por la ciudad una señora fue asaltada por una joven descrita, conforme a los diversos testimonios de los testigos que pudieron ver el suceso, como una mujer joven, rubia y con cabello recogido en una cola de caballo. Dicha joven sustrae el bolso que portaba la mencionada señora, huyendo del lugar del hecho delictivo, viéndose poco después subiendo a un automóvil amarillo cuyo chofer pudo describirse por los diversos testigos como un hombre negro con bigote. La investigación policial concluyó con la detención de dos sospechosos. Una mujer que guardaba relación con la caracterización física señalada por los testigos, llamada Janet Collins, y un varón negro relacionado con la mencionada y poseedor de un coche amarillo. El fiscal, sabedor de la debilidad de los indicios incriminatorios para lograr la condena de los acusados, decidió reconducir la acusación de los mismos en términos de probabilidad cuantitativa, a tenor de los cuales resultase improbable que teniendo todas las características fijadas en una tabla de diversas inferencias probabilísticas, la señorita Collins y su acompañante fuesen inocentes. Para ello elaboró una tabla de probabilidades, que recoge la incidencia probabilística en la ciudad de Los Ángeles de las características de los autores del hecho delictivo descritas por los testigos, y la puso en relación a los acusados del mismo. De acuerdo a los datos de las diversas probabilidades cuantitativas expresadas en la tabla, la probabilidad de intersección de todas las características observadas conforme al cálculo de probabilidad de las mismas efectuado por el fiscal, y que fácilmente puede verificarse atendiendo al producto resultante de todas ellas, era de  $1/12000000$ . En otras palabras, conforme al resultado de cálculo de probabilidad efectuado por el fiscal la probabilidad de encontrar una pareja en Los Ángeles que se ajustara al conjunto de las características descritas por todos los testigos, era de  $1/12000000$ , o dicho de otro modo, resultaba prácticamente improbable que en la escena del hecho delictivo pudiera encontrarse una pareja distinta a la de la señorita Collins y su compañero, que sí guardaban una relación con todas las características descritas por los testigos, por tanto, la probabilidad, según la argumentación del fiscal, permitía inferir la culpabilidad de los acusados.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Ejemplo recogido, entre otros igualmente ilustrativos de aplicación de la probabilidad al razonamiento forense, por CORBERÁN SALVADOR, A., y MONTES TUBIO, F., "Perversiones y trampas de la probabilidad", en *Gaceta de la Real Sociedad Matemática Española*, vol. 3, núm. 2, 2000, p 207.

<sup>13</sup> Sin embargo, todo el razonamiento anterior conduce a una falacia denominada por los matemáticos y estadísticos como la falacia del fiscal. CORBERÁN SALVADOR, A., y MONTES

#### 4. EL TEOREMA DE BAYES COMO EXPEDIENTE DE CÁLCULO DE PROBABILIDAD CUANTITATIVA EN LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS SUSCEPTIBLES DE ENJUICIAMIENTO

A tenor de las consideraciones precedentes, como expresa Gascón Abellán, el cálculo matemático ha alcanzado tal desarrollo que los diversos esfuerzos se centran en su aplicación al razonamiento y enjuiciamiento en materia de hecho, tratando en estos casos de aplicar el cálculo de probabilidades a enunciados y no a sucesos.<sup>14</sup> Concebida la probabilidad como la medida del convencimiento, graduando tanto la adhesión subjetiva a una hipótesis concreta como la aceptabilidad de la misma, y todo ello en función de la frecuencia de los eventos dentro de los que se incluye el hecho examinado, el teorema de Bayes se ha visto por muchos como expediente de cálculo idóneo no sólo para determinar los hechos susceptibles de enjuiciamiento sino también para proceder a su valoración como material probatorio.<sup>15</sup>

¿Qué es el teorema de Bayes? Se trata en síntesis de un expediente de probabilidad cuantitativa subjetiva que se aplica en el razonamiento judicial para hacer frente al problema del conocimiento, determinación y valoración de los hechos, expresando en grados de probabilidad una medida numérica lo más próxima a la evidencia sobre su acontecimiento.<sup>16</sup> El teorema de Bayes y su aplicación al ámbito del razonamiento judicial probatorio ha sido muy estudiado en los Estados Unidos,<sup>17</sup> país en el que encontramos fervien-

TUBIO, F., *Op. cit.*, pp. 198-229, recogen el caso en cuestión, *El Pueblo versus Collins*, señalando que es uno de los casos paradigmáticos de dicha falacia. El abogado defensor apeló la sentencia a la Corte Suprema de California, que anuló el veredicto de culpabilidad dictado por la Corte superior del Condado de los Ángeles, aceptando el argumento de la defensa, conforme al cual partiendo de las características señaladas por el fiscal y de acuerdo a los datos de las frecuencias estadísticas de alguna de dichas características, la evidencia incriminatoria no podía sostenerse porque en términos de probabilidad podía concurrir en la escena del crimen al menos otra pareja más, manteniéndose así una duda razonable sobre la inocencia de sus clientes, y todo ello de acuerdo a una interpretación probabilística alternativa y legítima desde una perspectiva distinta a los datos aportados por el fiscal.

<sup>14</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005, p. 132.

<sup>15</sup> Vid. TARUFFO, M., *Op. cit.*, p. 194 y 195.

<sup>16</sup> TARUFFO, M., *Op. cit.*, p. 194, expresa la formulación matemática del Teorema de Bayes.

<sup>17</sup> A título de ejemplo, BROWN, J., y KELLY, “Playing the Percentages and the Law of Evidence”, en *Ill. L. Rev.*, 1970, pp 23 y ss; TRIBE, L., “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”, en *Harvard Law Review*, núm. 84, 1971, pp. 1351 y ss; vid. también el conjunto de ensayos bajo el título *Symposium on Probability and Inference in the Law of Evidence*, en *Boston University Law Review*, núm. 66, 1986; MARTIN, “A Comment in Defense of Reverend Bayes”, en Tillers, P., y Green, E., *Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Its Limits of Bayesianism*, Dordrecht-Boston-London, 1988, pp 169 y ss, y DAVID, “Probability

tes partidarios del mismo como instrumento eficaz para resolver la *quaestio facti* que integra la motivación de las resoluciones judiciales. Y tanto es así que en Norteamérica se ha extendido una suerte de ortodoxia bayesiana, en virtud de la cual ser «bayesiano», en palabras de Taruffo, significa poco menos que ser *up to date* y estar en posesión de una teoría no sólo «verdadera» sino capaz de resolver todos los problemas de valoración de la prueba.<sup>18</sup>

El teorema de Bayes, en suma, permite inferir, a juicio de sus entusiastas, de la relación entre la llamada *prior probability* y la función de probabilidad, la frecuencia del hecho en el ámbito empírico concreto tomado como fundamento de todo el razonamiento. Básicamente las conclusiones obtenidas expresan un valor numérico que puede comprenderse fácilmente por todos utilizando los valores numéricos 0 y 1, que sirven de fundamento al cálculo general de la probabilidad cuantitativa. En función del cociente resultante, de acuerdo a los partidarios de la aplicación judicial del teorema de Bayes, puede tomarse una decisión sobre el hecho, atendiendo ya a un tipo de razonamiento en materia probatoria fiel a alguno de los criterios usuales en este ámbito, como la “*preponderance evidence*” o la “*beyond a reasonable doubt*”.<sup>19</sup> La aplicación judicial del teorema de Bayes al problema de la determinación y valoración de los hechos presenta mayores dificultades cuando el cálculo cuantitativo de probabilidades se vuelve muy complejo en aquellos supuestos que aglutinan elementos probatorios diversos, extrayéndose de cada uno de ellos inferencias que, a través del cálculo de probabilidades, deben conectarse entre sí, *cascaded inferences*, para la adecuada determinación del hecho y la valoración probatoria correspondiente.<sup>20</sup>

A pesar del acogimiento entusiasta del cálculo de probabilidades en general y del teorema de Bayes en particular por parte de un amplio sector doctrinal en los Estados Unidos y algunos autores en Europa, lo cierto es que la aplicación forense del mismo en materia probatoria presenta – hasta el momento – dificultades insoslayables. Las principales objeciones, pueden sintetizarse en tres críticas fundamentales.

En primer lugar, la utilización de modelos generales de probabilidad cuantitativa como el teorema de Bayes en el razonamiento judicial encuentra como primer obstáculo el excesivo formalismo matemático de dichos modelos

and Proof: Some basic Concepts”, en Anderson, T., y Twining, W., *Analysis of Evidence: How to Do Things with Facts, Based on Wigmore’s Science of Judicial Proof*, Northwestern University Press, 1991.

<sup>18</sup> Cfr. TARUFFO, M., *Op. cit.*, p. 195.

<sup>19</sup> Vid. KAYE, “Do we need a calculus of weight to understand Proof beyond a reasonable doubt?”, en TILLERS, P., y GREEN, E., *Op. cit.*, pp. 129 y ss.

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión, vid. SCHUM, D. A., y MARTIN, A. W., “Formal and Empirical Research on Cascaded Inference in Jurisprudence”, en *Law and Society Review*, núm. 17, 1982.



fundamentados en cálculos probabilísticos complejos.<sup>21</sup> Taruffo – aun considerando esta objeción discutible – admite, sin embargo, que en los cálculos complejos, como en los supuestos de *cascaded inferences*, puede admitirse que el excesivo formalismo matemático implica desviar el centro de atención del razonamiento judicial del problema de la prueba a las exigencias propias del método bayesiano, haciendo que éstas prevalezcan frente a los problemas propios de la prueba de hecho en sí misma considerada.<sup>22</sup> En la misma línea, Gascón Abellán alerta sobre el riesgo que entraña la dependencia de la formación de la *quaestio facti* de procedimientos de cálculo cuantitativo de probabilidades muchas veces incomprensibles para los propios jueces.<sup>23</sup>

Otra crítica a la aplicación judicial de modelos matemáticos de cálculo de probabilidades, se centra en los problemas de percepción del hecho.<sup>24</sup> Larenz expone acertadamente en su *Metodología* que en el marco de un proceso concreto el juez ante la pregunta de si un determinado hecho ha ocurrido o no, generalmente no ha percibido por sí mismo dicho hecho y ha de conformarse con los testimonios aportados por otros, dependientes, a su vez, en la mayoría de ocasiones de percepciones subjetivas cuanto menos inseguras e imprecisas.<sup>25</sup> Del conjunto de dichas percepciones de terceros, además de otros medios de prueba, el juez debe extraer conclusiones para la integración de la premisa fáctica en orden a una correcta justificación de la misma exigida por la garantía de motivación judicial. El juez debe valorar la credibilidad de las declaraciones testificales, cuestión ajena a los problemas que centran la atención del método propio del cálculo de probabilidades.

Los problemas de percepción nos sirven para introducir la última y más contundente crítica a la aplicación procesal en el enjuiciamiento de hecho de modelos de razonamiento matemático como el teorema de Bayes. Se trata de la crítica más determinante puesto que cuestiona la utilidad de modelos matemáticos de probabilidad cuantitativa, v. gr. el teorema de Bayes, como instrumentos eficaces para la resolución de los problemas fundamentales de la teoría de la prueba. El teorema parte de premisas probatorias no sometidas a crítica en cuanto a su justificación. Es decir, no somete a cuestionamiento alguno las hipótesis de hecho de partida, y, por tanto, no cuestiona el material probatorio tomado como base de razonamiento cuando así debería hacerlo.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Vid. TRIBE, L. H., “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”, en *Harvard Law Review*, núm.84, 1971, pp. 1375 y ss.

<sup>22</sup> Vid. TARUFFO, M., *Op. cit.*, p. 197.

<sup>23</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Op. cit.*, p. 133.

<sup>24</sup> Sobre los enjuiciamientos requeridos en torno a la cuestión de hecho vid. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. 2ª ed., Barcelona, 2001, pp. 277 y ss.

<sup>25</sup> Vid. LARENZ, K., *Op. cit.*, p. 301.

<sup>26</sup> Vid. BRILMAYER, “Second-order Evidence and Bayesian Logic”, en Tillers, P., y Green, E., *Op. cit.*, pp. 156 y ss.

De ahí que podamos compartir con Taruffo que las objeciones efectuadas a los métodos matemáticos de aplicación judicial del cálculo de probabilidades respecto a las hipótesis probatorias, no afectan a los instrumentos matemáticos concretos, como el teorema de Bayes u otros, formalmente válidos, sino a las premisas que utilizan como variables matemáticas, que verdaderamente han de ser el centro de atención en las cuestiones de prueba.<sup>27</sup> Estamos, pues, ante la consabida distinción que desde la lógica se hace entre dos planos diferentes, la «justificación interna» y la «justificación externa». Las inferencias realizadas de acuerdo a los modelos matemáticos de probabilidad cuantitativa pueden estar internamente justificadas, y, sin embargo, carecer de justificación externa, conduciendo a un razonamiento formalmente válido, pero materialmente incorrecto, porque la teoría bayesiana concibe la probabilidad como la medida de la incertidumbre de un fenómeno del que no se puede predicar la falsedad o inexistencia, ni tampoco la verdad absoluta o existencia.<sup>28</sup>

##### 5. EL CONCEPTO DE “CERTeza MORAL” COMO GUÍA PARA DETERMINAR LA SUFICIENCIA DEL MATERIAL PROBATORIO

Frente al modelo de razonamiento judicial probatorio fundado en el cálculo de probabilidades, y, en general frente a la determinación judicial de los hechos conforme a un razonamiento en términos de probabilidad, ya sea ésta lógica o cuantitativa, se yergue un criterio diferente al modelo de la probabilidad como guía eficaz para determinar la suficiencia del material probatorio: el concepto de “certeza moral”. El momento de proceder a la selección y valoración de los diversos medios de prueba utilizados en el proceso para formar la convicción judicial sobre los hechos relevantes ha sido objeto de escasa atención por la doctrina procesal. Se trata, en efecto, de una de esas fases determinantes del proceso en la que la actividad intelectual desarrollada por el juez para formar su convicción sobre la *quaestio facti*, se ha considerado, y, a tenor de la legislación procesal civil vigente en la mayoría de países, sigue considerándose, como una actividad propia de la voluntad del juez que no se exterioriza a las partes y, por eso mismo, difícil de someterse a criterios que pauten con mayor o menor fortuna el razonamiento y la posterior ponderación acerca de los diversos materiales probatorios que componen la premisa fáctica. En el fondo, que tanto la doctrina como el legislador seculares declinen tradicionalmente entrar a conocer este tema, implica la asunción más o menos pacífica de este asunto como propio de la autonomía judicial. Es decir, propio del fuero interno del juez que juzga cada caso. En definiti-

<sup>27</sup> Vid. TARUFFO, M., *Op. cit.*, p. 199, y pp. 210 y 211. En la doctrina española, vid. NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010, p. 135.

<sup>28</sup> Cfr. TARUFFO, M., *Op. cit.*, p. 193.

va, se asume de forma generalizada que la motivación *coram proprio iudice* es una actividad intelectual íntima del juez y, por tanto, insondable. Así, el control de la *quaestio facti* se hará *a posteriori*, cuando la voluntad judicial razonada se extereorice en la motivación *coram partibus*, mientras tanto, todo queda sujeto al dominio absoluto de la voluntad del juez.

Y, sin embargo, a poco que meditemos sobre esta cuestión, entendiéndose en la mayoría de los ordenamientos jurídicos la exigencia de motivación como justificación de la decisión judicial, resulta paradójico que la fase más importante de elaboración de la misma, la motivación *coram proprio iudice*, ayune de criterio normativo que permita cumplir con una de las funciones más emblemáticas y comúnmente admitidas de la motivación judicial: la vinculación del juez a la ley. ¿Cómo puede entenderse justificada aquella resolución judicial que ha sido elaborada con un absoluto desamparo normativo que deja al juez en absoluta discrecionalidad, cuando no arbitrariedad, en la selección y ponderación del material probatorio de la *quaestio facti*? En todo caso, razonando con rigor, estaríamos tan sólo ante una justificación formal o interna, que atiende sólo a la corrección o verdad de la correspondencia entre las premisas y la conclusión obtenida, pero no ante una justificación material o externa, que fija su atención en la verdad o corrección de las propias premisas que fundamentan la decisión. Estamos, en definitiva, ante una cuestión relevante, por largo tiempo desatendida en el Derecho procesal secular, y, sin embargo, magistralmente encauzada por el Derecho procesal canónico mediante el concepto de «certeza moral».

##### 5. 1. *El concepto de «certeza moral»: original aportación del Derecho de la Iglesia al Derecho procesal*

La certeza moral es el expediente a través del cual los procesalistas canónicos tratan de establecer un criterio objetivo que sirva eficaz y razonablemente al juez para formar adecuadamente su convicción sobre la *quaestio facti*. Se trata, no obstante, de un expediente complejo. Siguiendo a Della Rocca, “*quaestio de morali certitudine, quae fundamentum sententiae esse debet et juxta legem Ecclesiae, est in processu canonico valde difficilis ac singularis*”.<sup>29</sup> Y bien podemos compartir las palabras del ilustre canonista, sin desanimarnos, por ello, en las dificultades que acarrea la comprensión de este expediente, porque, al menos, siempre será un instrumento objetivo que guíe el razonamiento judicial, frente a la discrecionalidad que reina por completo en el tema debido al silencio de la legislación procesal estatal.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> DELLA ROCCA, F., “De morali certitudine in sententia canonica”, en *Saggi di Diritto Processuale Canonico*, Padova, 1961, p 275.

<sup>30</sup> Pensamiento que expone muy bien DELLA ROCCA, F., *Op. cit.*, p. 276, cuando dice que “*in sententia canonica elementum intellectivum magis quam illud imperativum clariorem ac amplio-*

El Código de Derecho canónico de 1983 regula este tema en el canon 1608 §1, cuando, refiriéndose a la elaboración y dictado de la sentencia, expresa que se requiere en el ánimo del juez certeza moral sobre el asunto que debe dirimir. Certeza que, a tenor de lo dispuesto en el c. 1608, es el estado de conocimiento al que llega el juez atendiendo a lo alegado y probado en el proceso, conforme a las reglas de libre valoración de prueba, entendiéndose oportunamente moderado este criterio general por las excepciones normativas en las cuales necesariamente se establezca la eficacia normativa de ciertas pruebas. Certeza, en definitiva, que guíe de forma segura el entendimiento del juez en el dictado de la sentencia de manera tal que sin ella se vea obligado necesariamente a dictar una sentencia absolutoria de instancia, de acuerdo al viejo brocardo *actore non probante reus absolvitur*.

El expediente de la certeza moral, cuya originalidad ha sido justamente afirmada por el procesalismo canónico,<sup>31</sup> es el resultado de una intensa construcción conceptual de los procesalistas eclesiásticos. Su actual positivización es heredera de la época de codificación del Derecho de la Iglesia,<sup>32</sup> aunque hunde sus raíces normativas en el viejo Derecho canónico,<sup>33</sup> y su mención en las obras de diversos canonistas anteriores a la codificación evidencia una elaboración doctrinal de larga tradición,<sup>34</sup> plenamente coherente a la connatural búsqueda de la verdad, *adaequatio intellectus et rei*,<sup>35</sup> que im-

*rem evolutionem habet relate ad hoc quod accidit in sententia quam iudex Status pronuntiat. Quamobrem efformatio liberi iudicii ex parte iudicis aestimanda est uti onus peculiariter ponderosum in casu sententiae canonicae relate ad sententiam civilem”.*

<sup>31</sup> Así, entre otros, vid. GROCHOLEWSKI, Z., “La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali”, en *Ius Ecclesiae*, n° 9, 1997, p. 421. Resulta muy instructiva su exposición acerca de la originalidad del concepto en sede procesal canónica y su confrontación con conceptos similares establecidos en los ordenamientos estatales, que sólo guardan algunos elementos propios del concepto canónico de “certeza moral”. Resulta particularmente interesante la diferencia existente entre los conceptos “certeza moral” de raíz canónica, y el concepto “*preponderance of evidence*”, propio del Derecho procesal anglosajón, éste último impone al juez adoptar una decisión inclinada a favor de la parte beneficiada por las pruebas consideradas como prevalentes, que determinan una probabilidad insuficiente a tenor de las exigencias epistemológicas requeridas por el concepto de “certeza moral” canónica. Profundizando sobre este particular vid. HERMAN, “*Certitudo moralis praesupposita in normis processualibus Tribunalium Statuum Foederatorum Americae necnom Australiae concessis*”, en *Periodica*, n° 61, 1972, pp. 379-393.

<sup>32</sup> Vid. canon 1869 del *Codex Iuris Canonici* de 1917.

<sup>33</sup> Así lo entiende DELLA ROCCA, F., *Op. cit.*, p. 275, nota 1, dando noticia de sus antecedentes normativos en el *ius vetus*.

<sup>34</sup> SEGÚN GROCHOLEWSKI, Z., *Op. cit.*, p. 424, se hacen eco de la voz “certeza moral” Sánchez (1550-1610), Reiffenstuel (1642-1703), Schmalzgrueber (1663-1735) y otros autores posteriores, recogiendo igualmente este concepto en diversos documentos pontificios y en la jurisprudencia de la Sede Apostólica.

<sup>35</sup> Así lo enseña Santo TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, 1 q. 21 art. 2, co.

pregna todo el Derecho procesal canónico siempre fiel a la Teología Católica.<sup>36</sup>

### 5. 2. *La certeza moral canónica: criterio de conocimiento objetivo de la verdad en el proceso*

¿Qué se entiende por “certeza moral” en el Derecho procesal canónico? La respuesta a esta pregunta requiere una breve reflexión sobre el concepto filosófico de verdad y su repercusión en el Derecho procesal. Reflexión utilísima para el Derecho procesal a poco que meditemos siquiera un segundo sobre el asunto. ¿No gira todo el proceso en torno a la búsqueda y esclarecimiento de la verdad? ¿Cuántas veces hemos repetido la dicotomía clásica entre verdad formal o procesal y verdad material, asimilando en nuestro entendimiento que la primera, *ex acta et probata*, ha de tender siempre a ser lo más aproximada respecto a la verdad material? Realmente, estamos ante uno de esos *topoi* o lugares comunes, que a fuerza de ser tantas veces repetido corre el grave riesgo de desperfilarse en cuanto a su correcto entendimiento.

Con rigor, la aproximación al concepto de verdad exige, en primer lugar, tener presente que cuando hablamos de la verdad hacemos referencia a tres clases de verdad diferenciadas tradicionalmente por la Filosofía. Así, la verdad moral, que muestra la conformidad existente entre la conducta y lo actuado, permitiendo un juicio de responsabilidad del sujeto. La verdad óptica, referida al ser en sí mismo considerado. Y la verdad lógica, bien estudiada, como hemos visto, por Santo Tomás de Aquino, entendiéndose por la escolástica como adecuación o correspondencia del entendimiento con las cosas. Este concepto lógico tradicional ha sido cuestionado desde múltiples enfoques, que también han procurado formular otros conceptos alternativos de verdad lógica. Ahí está el idealismo de Berkeley, considerando la verdad en referencia exclusiva al propio conocimiento sin correspondencia con el objeto,<sup>37</sup> el perspectivismo de Ortega y Gasset,<sup>38</sup> la teoría semántica, que niega al entendimiento la posibilidad de conocer la verdad, siendo propiamente su sede el lenguaje, y, junto a estas teorías, todas las corrientes relativistas, que desde muy antiguo, tengamos presente el convencionalismo de Protágoras,

<sup>36</sup> De ahí que, como sostiene LLOBELL TUSET, J., “La sentencia en las causas de nulidad matrimonial”, en *Ius Canonicum*, vol. XXIX, nº 57, 1989, p. 155, el Código respalde este planteamiento lógico, “cuando propone el estudio de la filosofía tomista para la formación de los jueces canónicos. Esta doctrina afirma la capacidad humana de conocer la realidad objetiva – con esfuerzo y posibilidad de errar – y la aptitud para expresar de modo coherente y transmisible a otros el itinerario seguido hasta la identificación de la verdad”.

<sup>37</sup> Véanse las páginas que le dedica en su obra RUSSELL, B., *Historia de la Filosofía*, trad. esp, ed. RDA, Madrid, 2005, pp. 697-710.

<sup>38</sup> Vid. ORTEGA Y GASSET, J., “Verdad y Perspectiva”, en *El espectador* (1916), *Obras Completas*, t. II, Madrid, ed. Taurus, 2004.

niegan rotundamente que pueda hablarse de conocimiento de la verdad en términos absolutos.<sup>39</sup> Y, sin embargo, a pesar de los feroces ataques la concepción escolástica de la verdad sigue en pie hasta nuestros días, e, incluso, revitalizada por algunos filósofos contemporáneos como Wittgenstein.<sup>40</sup> Todo esto, que, *prima facie*, puede parecer, *in abstracto*, ajeno al Derecho procesal repercute, sin embargo, profundamente en el mismo y, de tal forma, que la búsqueda de la verdad en el proceso, dependiendo del enfoque doctrinal o jurisprudencial del que se parta, pase de ser entendida bien como finalidad procesal primordial al servicio de la Justicia, entendida ésta como fin del proceso; o bien como una más de entre las finalidades propias del proceso, dependiendo del mayor o menor escepticismo epistemológico que sobre el tema de la verdad domine el pensamiento de los jueces y procesalistas. Así las cosas, inevitablemente ese mayor o menor escepticismo emerge en la valoración probatoria. Prueba de ello es la reflexión de Gimeno Sendra a propósito del tema de la verdad. Considera que la finalidad de la valoración probatoria no es hallar la certeza, por las dificultades insuperables que ello conlleva. De este modo, la finalidad se restringe a que las afirmaciones y negaciones probatorias de las partes permitan “persuadir al órgano jurisdiccional a través de los medios de prueba practicados de que ciertos datos procesales, considerados por las partes como transcendentales para el éxito de sus pretensiones son ciertos. Por consiguiente, la “certeza” de un hecho aportado o de un medio de prueba practicado por una de las partes y el “convencimiento” jurisdiccional de la realidad de los mismos no son, lógicamente conceptos análogos. Por esa razón, la doctrina procesalista ha optado por abandonar el polémico tema de la “búsqueda de la verdad”, ante las enormes dificultades (por no decir imposibilidad) de conocimiento de la verdad “entera”, en un instrumento limitado como es el proceso, acogiéndose, en su lugar, a la idea de lograr el “convencimiento judicial” (Rosenberg)”.<sup>41</sup>

El escepticismo de Gimeno Sendra respecto al tema de la búsqueda de la verdad en el proceso es evidente. Desconfía de la razón como instrumento exclusivo y eficaz para llegar a la verdad. Y más bien parece que plantea, asumiendo con especial hincapié la perspectiva retórica de la argumentación procesal, como alternativa al enfoque rigurosamente lógico de búsqueda de la verdad, la capacidad suasoria de las partes, de suerte que las partes mediante su capacidad argumentativa logren persuadir al juez (convencer en el mejor de los supuestos), sobre la bondad de sus argumentos.

<sup>39</sup> Vid. RUSSELL, B., *Op. cit.*, p. 120.

<sup>40</sup> WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, trad. esp. de Tierno Galván, ed. Alianza, Madrid, 1973.

<sup>41</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal civil. I El proceso de declaración. Parte General*, Madrid, 2004, p. 417.

La reflexión sobre la verdad en el proceso que hace Gimeno Sendra realmente es esclarecedora sobre el estado actual de la cuestión en el procesalismo moderno. Podemos asumir parte de esa desconfianza en la fuerza del raciocinio como instrumento exclusivo de conocimiento pleno de la verdad material en el proceso. Y asumimos esto siempre que entendamos ese raciocinio conforme a su formulación y caracterización por el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII y su método, forjado en el racionalismo cartesiano, *more mathematico*, rigurosamente deductivo, mecanicista,<sup>42</sup> exaltado como único verdadero, y luego criticado por su insuficiencia para abordar todas las cuestiones de conocimiento.<sup>43</sup>

Y, sin embargo, frente al escepticismo en el conocimiento de la verdad procesal, la epistemología que informa la teoría de la prueba, es perfectamente compatible con la doctrina formulada por el iusnaturalismo tomista, en la que profundizan posteriormente los juristas y teólogos españoles de los siglos XVI y XVII, principalmente de la Escuela de Salamanca, realzando la eficacia del Derecho Natural como corriente filosófica argumentativa, razonada y razonable, de antiquísima tradición, fiel a la escolástica, que, en palabras de Hernández Gil, otorga al Derecho la dignidad de lo racional, con lo que cierra las puertas al relativismo disolvente desesperanzador, al tiempo que reconoce lo que en él hay de contingente e histórico, armonizando en el plano epistemológico apriorismo y empirismo.<sup>44</sup>

De ahí que, desde estas líneas, el tema de la búsqueda de la verdad en el proceso, sigue entendiéndose como capital. Y lejos de caer en el escepticismo epistemológico o, peor aún, de hacernos presa fácil de cualquier perspectiva relativista, todo el empeño se centra en el estudio del mejor instrumento posible que guíe el entendimiento judicial en aquella búsqueda de la verdad. Quizás el escepticismo de muchos procesalistas sobre esta compleja

<sup>42</sup> El juez caricaturizado por obra del iluminismo en *macchina sillogizzante*, como punzantemente refiriéndose a esta concepción lo califica CALAMANDREI, P., “Giustizia e politica: sentenza e sentimento”, en *Opere Giuridiche*, vol. 1, Napoli, 1965, p. 644.

<sup>43</sup> LLOBELL TUSET, J., “La sentencia canónica en las causas de nulidad matrimonial”, *cit.*, p. 154, magistralmente describe tal situación: “Efectivamente, es muy común en la ciencia jurídica secular caer en un progresivo y cíclico desencanto y escepticismo, tras el entusiasmo y optimismos de la Ilustración basados en un Derecho natural agnóstico – el *ius naturale esse etiam si daremus non esse Deus* de Hugo Groccio –, incapaz de resistir los embates de la ética coherentemente fundada en el principio de immanencia. La euforia vuelve a esos ambientes jurídicos cuando piensan haber descubierto la piedra angular que proporciona seguridad al sistema. Posteriormente, cuando se comprueba la inestabilidad del sistema, de la euforia se pasa a la crítica más agria respecto a la capacidad humana de conocer la verdad y transmitirla a otros de modo suficiente y conforme con esa realidad objetiva, despreciando de modo radical cualquier aplicación del silogismo a la tarea decisoria del juez”.

<sup>44</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología del Derecho (ordenación crítica de las principales corrientes metodológicas)*, Madrid, 1945, pp. 374 y 375.

cuestión tenga su raíz en un planteamiento incorrecto de lo que entendemos por certeza en Lógica, equívoco del cual posiblemente surge el escepticismo general en la búsqueda de la verdad material. Por eso se hace necesario tener claro de qué hablamos cuando nos referimos a la verdad y a la certeza.

La Lógica enseña que la mente en relación al tema de la verdad, y en general, del conocimiento, puede hallarse en diversos estados, que, siguiendo la clasificación tradicional en la materia,<sup>45</sup> comprenden la ignorancia, la duda, la sospecha, la opinión y, finalmente, la certeza sobre la verdad. La ignorancia indica una ausencia absoluta de conocimiento, que bien puede ser vencible, cuando se desconoce aquello que se debería saber, o invencible, cuando la ignorancia se refiera a aquello que no se está obligado a conocer. La duda implica la existencia de un juicio suspendido entre dos partes de una misma contradicción, pudiendo ser positiva si existen razones fundadas de ambas o negativa cuando no hay razones que amparen las partes de la contradicción. La sospecha supone un grado más de conocimiento y refiere el estado de la mente que inclina más a favor de una postura que de otra, sin que aun pueda hablarse de asentimiento. La opinión es el estado mental a medio camino de la duda y la certeza. Por último, la certeza, que implica la adhesión firme a una de las partes procesales sin temor a equívoco por la infalibilidad del motivo que nos lleva a dicha adhesión. Siguiendo la tradición escolástica en materia lógica, esta certeza puede dividirse en diversas categorías, certeza subjetiva, objetiva, mediata, inmediata, física, metafísica y moral, siendo las tres últimas las categorías más usuales en el estudio de la certeza.

Pues bien, atendiendo a la exposición anterior, en mi opinión, el problema fundamental que ha llevado al procesalismo moderno a rechazar la búsqueda de la verdad como finalidad primordial de la prueba practicada en el proceso, que no a excluirla por completo, radica en la confusión entre las categorías propias de la certeza, y sobre todo, la confusión entre la certeza moral de la Filosofía, con el concepto estrictamente procesal-canónico de certeza moral, muy útil también, como a continuación veremos, para el Derecho procesal secular. La certeza, en Filosofía, puede ser metafísica, física o moral, dependiendo de su fundamento en la esencia de la realidad, las leyes físicas o bien en las normas del comportamiento humano. Della Rocca – siguiendo el Discurso de Pío XII a la Rota Romana en 1942, al que me referiré enseguida – distingue estas tres clases de certeza, entendiendo que la certeza moral requerida para la formación de la convicción judicial previa al dictado de la sentencia es una certeza de orden diverso a la certeza física y a la metafísica, que son certezas absolutas de convencimiento.<sup>46</sup> Grochowski profundiza aun más en la diferenciación, distinguiendo la certeza moral reque-

<sup>45</sup> ORTÍ y LARA, J., *Lógica*, Madrid, 1867, pp. 68-73.

<sup>46</sup> DELLA ROCCA, F., *Op.cit.*, pp. 276-277.



rida en el plano procesal canónico de aquella otra certeza moral filosófica. La certeza moral filosófica excluye la posibilidad de todo contrario, mientras que la certeza moral exigida al juez canónico para la formación y dictado de su sentencia sin excluir la posibilidad de lo contrario desvanece toda duda razonable en el caso concreto.<sup>47</sup> El concepto fue nítidamente perfilado por Pío XII en un Discurso dirigido a la Rota Romana en 1942, considerado como interpretación auténtica en sede procesal canónica.<sup>48</sup> La certeza moral, a juicio del Pontífice, está a medio camino entre la certeza absoluta y la probabilidad o cuasi-certeza, excluyendo toda duda razonable, aunque no la posibilidad absoluta de su contrario, siendo la necesaria y suficiente para dictar sentencia.<sup>49</sup> Profundizando más en el concepto procesal, Acebal sostiene que la certeza moral no excluye toda duda sobre la verdad de los hechos, porque, siendo francamente realistas, la certeza absoluta es en la mayoría de las veces inalcanzable para el juez, exigiendo un esfuerzo imposible que, finalmente terminaría sin poder responder a las pretensiones de las partes. Ahora bien, los esfuerzos intelectuales del juez se dirigen a dar un paso más allá de la probabilidad o cuasi-certeza.<sup>50</sup> Aquellos hechos que hipotéticamente se infieran por el juez con mayor probabilidad de producirse no pueden determinar la convicción judicial sobre la veracidad de la *quaestio facti*. No es suficiente considerar verdadero aquello que goza de mayor probabilidad, porque no queda excluida la duda razonable que elimine la probabilidad de errar. En definitiva, la certeza moral implica la exclusión de las dudas razonables sobre la cuestión de hechos, superando la probabilidad de errar, pero sin eliminar la posibilidad. Es decir, gracias a la certeza moral el juez goza de un criterio que considera el error sobre los hechos como improbable, aunque no elimina su posibilidad. En este sentido, siguiendo a Llobell Tuset, la certeza moral como criterio de razonamiento judicial presenta una doble caracterización subjetiva y objetiva,<sup>51</sup> subjetiva, porque el juez es el encargado de superar la cuasi-certeza en la motivación *coram proprio iudice*, en una operación intelectual regida por la *prudentia iuris peritorum*, que excluya la probabilidad del error (es decir, en el plano epistemológico supone

<sup>47</sup> GROCHOLEWSKI, Z., *Op. cit.*, pp. 422 y 423.

<sup>48</sup> Vid. JUAN PABLO II, “Discurso alla Rota Romana”, 4 febrero 1980, en BERSINI, F., *I Discorsi del Papa alla Rota, Città del Vaticano*, 1986, n. 407. Referido por LLOBELL TUSET, J., “La sentencia canónica en las causas de nulidad matrimonial”, *cit.*, p. 158.

<sup>49</sup> Pío XII, “Discurso alla Rota Romana”, 1 octubre 1942, en BERSINI, F., *I Discorsi del Papa alla Rota, Città del Vaticano*, 1986, n. 25.

<sup>50</sup> Vid. ACEBAL, J., “Comentario al canon 1608”, en *Código de Derecho Canónico, edición bilingüe comentada*, BAC, Madrid, 1986.

<sup>51</sup> LLOBELL TUSET, J., “La sentencia canónica en las causas de nulidad matrimonial”, *cit.*, pp 159 y 160 e IDEM, “La certezza morale nel processo canonico matrimoniale”, en *Il Diritto Ecclesiastico*, 109/1, 1998, p 771.

ir más lejos del célebre criterio *beyond a reasonable doubt*, propio de los sistemas procesales del *common law*); y objetiva, porque dicha certeza moral sólo puede inferirse a partir de la fuente cierta de lo alegado y probado (recuérdese c. 1608 §2) en el proceso, que cierra el margen a otras fuentes de averiguación desprovistas de objetividad (como es el caso del conocimiento privado del juez), y permite elaborar la motivación *coram partibus*.

6. IMPOSIBILIDAD DE CONOCIMIENTO DE LA VERDAD  
POR INSUFICIENCIA DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE INTEGREN  
EL CONCEPTO DE CERTEZA MORAL CANÓNICA

Fijémonos bien que si el juez canónico no llega a esa certeza moral, exigida por el canon 1608 como criterio de convicción para dictar sentencia, está obligado a dictar sentencia absolutoria de instancia conforme al viejo aforismo *actore non probante reus absolvitur*.<sup>52</sup> Con anterioridad al CIC de 1983 la doctrina canónica llegaba a idéntica conclusión. Así, en palabras de Eichmann, “el juez tan solo puede proceder a la sentencia cuando posea absoluta o por lo menos *moral certeza* respecto de aquel asunto. Si no hubiere podido lograrla debe declarar que no consta del derecho del actor y proclamar libre al convenido. Como la causa en este caso no fue realmente fallada, puede el demandante renovar su demanda en cuanto tenga mejores pruebas a su disposición”.<sup>53</sup>

En este sentido, acaece un supuesto verdaderamente conflictivo cuando la certeza moral resulta de una cantidad de pruebas que singularmente consideradas no pueden llegar a fundarla. Tal es el caso de la llamada certeza moral indiciaria, cuando de los diversos indicios considerados aisladamente no puede inferirse una conclusión cierta. Es decir, y con mayor rigor en Lógica, cuando a diferencia de las deducciones, atendiendo a un razonamiento de tipo abductivo, la conclusión a la que llegamos no aparece preconfigurada en las premisas, sino que tan sólo es la mejor explicación posible a la que podemos llegar atendiendo a unas premisas ciertas mientras no tengamos mayor capacidad de conocimiento que logre desvirtuar esa inferencia razonable a la que llegamos. La fuerza del argumento hipotético radica precisamente en

<sup>52</sup> Excepción hecha de aquellas causas que gocen del favor del Derecho, vid. c. 1608 § 4. Sobre la aparente contradicción entre el c. 1608 § 1, que exige la certeza moral para pronunciar una sentencia y lo dispuesto en el c. 1608 § 4, que obliga a dictar sentencia absolutoria en caso de que el juez no alcance dicha certeza moral, escribe LABANDEIRA, E., “Las máximas de experiencia en los procesos canónicos”, en *Ius Canonicum*, vol. XXIX, n° 57, 1989, p 250, que tan solo estamos ante una contradicción aparente porque “lo que ocurre es que en este último supuesto hay una certeza: la de que los medios utilizados no han sido eficaces en orden a llevar el convencimiento que pretendían al ánimo del juez”.

<sup>53</sup> Vid. EICHMANN, E., *El Derecho procesal según el Código de Derecho Canónico*, trad. esp., Barcelona, 1931, p 237.

que la inferencia a la que llegamos a través de los indicios acumulados sea no sólo una explicación razonable sobre los hechos sino la mejor explicación posible de los mismos, excluyendo la probabilidad de cualquier otra por falta de verosimilitud. Los canonistas siguen en estos casos el principio de razón suficiente,<sup>54</sup> derivado a su vez del viejo brocardo *singula quae non prosunt, unita iuvant*. Y, así, atendiendo al criterio de razón suficiente, puede fundarse también la certeza moral en supuestos propios de prueba indiciaria.<sup>55</sup> Eso sí, teniendo siempre presente que dicha certeza no deriva de la mera probabilidad, fruto de la suma de indicios que expliquen el hecho, sino de la razonabilidad de los mismos. Es decir, el principio de razón suficiente, atiende a una valoración eminentemente cualitativa más que cuantitativa. Recordemos el valor que tiene desde muy antiguo en el razonamiento, especialmente judicial, la llamada prueba indiciaria. A tal efecto, Quintiliano de Calahorra, el gran maestro de la retórica de todos los tiempos, enseña en sus *Instituciones* que los signos equívocos o no necesarios “son aquellos que, aunque no bastan por sí solos para eliminar toda duda, sin embargo, unidos a las demás pruebas tienen muchísima importancia”.<sup>56</sup> Por eso, dice más adelante, “las pruebas, que no pueden tener eficacia, por el hecho de ser importantes, la tendrán porque son muchas; pero todas, sin excepción, miran a la demostración de lo mismo (...), una tras otra, cada una de estas pruebas, carecen de peso y son generalidades, pero juntas tienen perjudicial eficacia, aunque

<sup>54</sup> Vid. GROCHOLEWSKI, Z., *Op. cit.*, pp 446 y 447; y LLOBELL TUSET, J., “La certezza morale nel processo canonico matrimoniale”, *cit.*, p 770: “La certezza morale indiziaria non significa certamente che da un cumulo di probabilità si possa passare sempre alla certezza richiesta, ma, secondo la citata indicazione di Pio XII, che il cumulo e l’insieme di indizi «de una eademque re» non trova giustificazione se non nella verità della cosa alla quale gli indizi si riferiscono”.

<sup>55</sup> Como señaló Pío XII, “Discurso alla Rota Romana”, 1 octubre 1942, en BERSINI, F., *I Discorsi del Papa alla Rota, Città del Vaticano*, 1986, n. 25: “Talvolta la certezza morale non risulta se non da una quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio. Per tal modo non si compie in nessuna guisa un passaggio dalla probabilità alla certezza con una semplice somma di probabilità; il che importerebbe una illegittima transizione da una specie ad un’altra essenzialmente diversa: *eis állo génos metabasis*; ma si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell’esistenza di una comune sorgente o base, dalla quale derivano: cioè nella obbiettiva verità e realtà. La certezza promana quindi in questo caso dalla saggia applicazione di un principio di assoluta sicurezza e di universale valore, vale a dire del principio della ragione sufficiente. Se dunque nella motivazione della sua sentenza il giudice afferma che le prove addotte, considerate separatamente, non possono dirsi sufficienti, ma, prese unitamente e come abbracciate con un solo sguardo, offrono gli elementi necessari per addivenire ad un sicuro giudizio definitivo, si deve riconoscere che tale argomentazione in massima è giusta e legittima”.

<sup>56</sup> Cfr. QUINTILIANO DE CALAHORRA, *Instituciones Oratorias*, t. II, edición bilingüe, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1999, p 163.

no con la fuerza de un rayo, sí al menos como una granizada”.<sup>57</sup> A título de ejemplo, Cicerón nos ofrece uno, muy ilustrativo, sobre la fuerza que ha de gozar la certeza moral en la prueba fundada en indicios: “Si este hombre ha sido muerto por hierro; si se te ha cogido a ti, su enemigo, sobre el mismo lugar, con una espada sangrante en la mano; si nadie más que tú ha sido visto en ese sitio; si nadie tenía interés en su muerte; si tú te has mostrado siempre capaz de todo: ¿se puede dudar que no seas el asesino?”.<sup>58</sup>

#### 7. CONCLUSIÓN: RELEVANCIA DE LA CERTEZA MORAL CANÓNICA PARA EL DERECHO PROCESAL

Así las cosas, el concepto de certeza moral se revela desde el Derecho procesal canónico con una fuerza extraordinaria como criterio de formación de la convicción judicial. Criterio, como hemos analizado, singular del Derecho procesal de la Iglesia, de antecedentes remotos, pero cuya configuración actual es de formación positiva reciente, y adecuadamente estudiado por los procesalistas clesiásticos. Es un criterio de razonamiento judicial muy sugerente, lleno de posibilidades en cualquier orden jurisdiccional sea canónico o secular. Navarro Valls nos indica que este concepto de certeza procesal canónica tiene su equivalente en diversas formulaciones de la doctrina procesal civil.<sup>59</sup> Ahí está, por ejemplo, la convicción psicológica que debe guiar el razonamiento judicial, de la cual nos habla Guasp<sup>60</sup> y, también, más próxima conceptualmente a la formulación procesal canónica, la certeza objetiva, que comienza más allá de la duda razonable, a tenor de lo expuesto por Cusimano y Vicente Fernández, entre otros autores.<sup>61</sup> Y, sin embargo, estudiado el concepto de certeza moral, el cual, como hemos visto, tiene acomodo normativo en el Derecho procesal canónico, no cabe duda sobre su mayor rigor lógico, utilidad y exactitud conceptual respecto a sus equivalentes seculares, frutos del procesalismo moderno. Con razón, advierte Grocholewski, su actual elaboración procesal-canónica, ha permitido un notable progreso científico en el Derecho procesal canónico en orden al perfeccionamiento en la administración de la justicia eclesiástica,<sup>62</sup> ofreciendo una importante clave de lectura de las normas procesales, orientadas, así, a la búsqueda efectiva, y realista, razonada y razonable de la verdad objetiva.<sup>63</sup> Así las cosas, no veo objeción seria a que dicho criterio pueda encontrar acomodo nor-

<sup>57</sup> Vid. IDEM, *Op. cit.*, p. 239.

<sup>58</sup> Vid. CICERÓN, *De Oratore*, II, 75.

<sup>59</sup> Vid. NAVARRO VALLS, R., “Los fundamentos de la sentencia canónica”, en *Ius Canonium*, vol. XV, n.º 30, 1975, p. 325.

<sup>60</sup> Cfr. GUASP, J., *Derecho procesal civil*, I, 3.º ed., Madrid, 1968, p. 512.

<sup>61</sup> CUSIMANO, *Il problema della giustizia nel rapporto processuale*, Padova, 1958, pp. 195 y ss; y VICENTE FERNÁNDEZ, A., *Función creadora del juez*, Buenos Aires, 1970, pp. 91-93.

<sup>62</sup> Cfr. GROCHOLEWSKI, Z., *Op. cit.*, p. 449.

<sup>63</sup> Cfr. IDEM, *Op. cit.*, p. 450.

mativo en nuestro sistema procesal civil. Su positivación supondría reforzar la propia garantía de motivación judicial de forma efectiva, aprovechando, sin prejuicios acerca de su procedencia, una elaboración conceptual sólidamente establecida y de una utilidad inmediata al servicio del razonamiento judicial, sancionando *de iure* un criterio razonable al que muchos jueces, sin duda, ajustan su proceder *de facto*.