

PROBABILIDAD Y CERTEZA: ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA APLICACIÓN DEL TEOREMA DE BAYES EN LOS ESTADOS UNIDOS PARA LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS SUSCEPTIBLES DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

PROBABILITY AND CERTAIN: CRITICAL ANALYSIS
ON THE APLICATIONS OF THE BAYES THEOREM
IN THE UNITED STATES FOR THE JUSTIFICATION
OF THE FACTS IN CRIMINAL JUSTICE

Tomás J. ALISTE SANTOS

Prof. Titular de Derecho Procesal
Universidad Internacional de La Rioja

RESUMEN: La conexión entre los estudios de inteligencia artificial y derecho procesal es uno de los temas de más actualidad de nuestro tiempo. Sin embargo, existe una vieja dicotomía entre «probabilidad» y «certeza» a la hora de determinar el criterio más apropiado para ofrecer una respuesta judicial correcta resultado de la convicción judicial.

PALABRAS CLAVE: verdad, certeza, probabilidad, evidencia, prueba, Teorema de Bayes, justicia penal.

ABSTRACT: The connection between artificial intelligence and procedural law studies is one of the hottest topics of our time. However, there is an old dichotomy between «probability» and «certainty» when determining the most appropriate criteria to offer a correct judicial response in the search for procedural truth.

KEYWORDS: truth, certain, probability, evidence, proof, Bayes Theorem, criminal justice.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La inferencia probatoria basada en la idea de probabilidad de que haya acontecido una determinada hipótesis fáctica y sus aplicaciones policial y judicial.— 3. La probabilidad cuantitativa y su aplicación en la investigación criminal.—4. El Teorema de Bayes como expediente de cálculo de probabilidad cuantitativa en la determinación de los hechos delictivos.—5. Principales objeciones a la aplicación de la probabilidad bayesiana en materia de motivación probatoria.—6. El concepto de certeza moral como guía para determinar la suficiencia del material probatorio.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la inteligencia artificial y su aplicación en el ámbito procesal constituye una cuestión de plena vanguardia en la doctrina procesal actual¹, aunque la cuestión de fondo tiene ya largo recorrido y en su momento recibió temprano tratamiento doctrinal por el admirado profesor Taruffo en el ámbito de la construcción de inferencias factuales². Siempre ha existido la inquietud de disciplinar y reducir racionalmente el margen de arbitrio judicial; es decir, la idea de objetivar al máximo los criterios de convicción judicial, y, para ello, es muy tentador recurrir a operaciones matemáticas de cálculo para la solución de problemas, tales como los algoritmos, y tratar de su desarrollo práctico aplicado al proceso jurisdiccional por la ciencia estadística de nuestro tiempo. Sin duda la solución de controversias recurriendo a las matemáticas genera en muchos individuos una sensación de seguridad, porque obtienen bienestar inmediato eliminando la incertidumbre de sus conciencias por la indubitada aplicación del expediente matemático: 2 y 2 son 4, y punto, de ahí que no resulta en absoluto extraño tratar de aplicar fórmulas matemáticas a la solución de conflictos jurídicos, precisamente con el objetivo de desterrar cualquier duda sobre el ejercicio del arbitrio judicial y obtener pronto una sensación de seguridad y de paz, fundada en la objetividad matemática. Pues bien, esa misma sensación de apaciguamiento es la que tienen algunos tras la exposición de las complejas operaciones matemáticas que conlleva el teorema de Bayes y su aplicación en el ámbito del razonamiento judicial probatorio de los hechos. Sin duda se trata de un instrumento matemático cargado de una enorme eficacia suasoria desde la perspectiva dialéctica de la argumentación jurídica. Su repercusión en el ámbito de la motivación del material probatorio es profunda, cautivando a muchos, que abiertamente se confiesan “bayesianos” y defienden su aplicación en el proceso, especialmente en los Estados Unidos, pero también en Europa, a tenor

¹ Vid., entre otros, BARONA VILAR, *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2021; ARMENTA DEU, *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*, Madrid, 2021 (especialmente capítulo III, pp. 217 y ss). NIEVA FENOLL, «Un cambio generacional en el proceso judicial: la inteligencia artificial», en BUJOSA VADELL, (Dir.), *Derecho procesal retos y transformaciones*, ed. Atelier, Barcelona, 2021, pp. 281-293; MARTÍN DIZ, «Herramientas de inteligencia artificial y adecuación en el ámbito del proceso judicial», en *Ibidem*, pp. 295 y ss.; BONET NAVARRO, «Valoración de la prueba y resolución mediante inteligencia artificial», *Ibidem*, pp. 315 y ss; GUZMÁN FLUJA, «Automated Justice. La preocupante tendencia hacia la justicia penal automatizada», *Ibidem*, pp. 339 y ss; NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, ed. Marcial Pons, 2018.

² Vid. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., 2.^a ed., Madrid, 2005, cap. III, pp. 167-240

de la recepción, difusión y defensa doctrinal en Alemania y Suecia de teorías cuantitativas semejantes a la teoría bayesiana. Sin embargo, a lo largo de este trabajo analizaremos las carencias severas de este expediente cuando trata de aplicarse como modelo eficaz al servicio del razonamiento judicial y sus limitaciones, hasta el momento irresolubles, respecto a la teoría de la prueba, que sin embargo, tiene en la certeza moral, concepto muy desarrollado por el procesalismo canónico, un criterio de razonamiento, en mi opinión, más útil y jurídicamente riguroso en cuanto a la determinación y motivación del material probatorio³. En este sentido, como punto de partida bien podemos afirmar que en el razonamiento procesal 2 y 2 no son siempre 4, y lo hacemos sin que esta afirmación autorice a ninguno a pensar que estamos analizando las cosas en términos distópicos orwellianos⁴. Frente al entusiasmo sobre las posibilidades de expansión de la inteligencia artificial en el proceso jurisdiccional, y, en general, en cualquier otro medio de solución de conflictos jurídicos, debemos ser particularmente prudentes⁵, que no refractarios, pero sí lo suficientemente cautos como para no echar las campanas al vuelo y entender que una hipotética desmaterialización procesal fundada en aplicación de instrumentos de inteligencia artificial debe hacerse sabiendo los clarísimos límites de la misma, que no son otros más que el respeto a las garantías del debido proceso legal.

2. LA INFERENCIA PROBATORIA BASADA EN LA IDEA DE PROBABILIDAD DE QUE HAYA ACONTECIDO UNA DETERMINADA HIPÓTESIS FÁCTICA Y SUS APLICACIONES POLICIAL Y JUDICIAL

La perspectiva analítica de la argumentación, siguiendo un enfoque general de la misma y no sólo jurídico, tiene una aplicación inmediata en el

³ Dicho análisis se lleva a cabo en este trabajo teniendo presentes las exigencias metodológicas inherentes al Derecho comparado, siguiendo a DELL'AQUILA, *Introducción al estudio del Derecho inglés*, Valladolid, 1992, p 22 y ss., el comparativismo jurídico implica considerar los Derechos en su totalidad y no meramente el aspecto legislativo. Pues bien, en el desarrollo del tema que nos ocupa ha sido fundamentalmente en sede doctrinal, derivándose, posteriormente, una recepción jurisprudencial de aquellas investigaciones y propuestas doctrinales, sobre todo en Estados Unidos. Por eso el método comparativo se centra en analizar cómo abordan el problema del criterio de determinación y valoración de la prueba de los hechos, y en qué medida puede reportar utilidades para el Derecho procesal en España, los distintos enfoques doctrinales estudiados, que básicamente se polarizan en torno al tema de la probabilidad cuantitativa, defendido por autores norteamericanos y el criterio de la certeza moral, en torno al cual se aglutina el procesalismo canónico.

⁴ Vid. ORWELL, *On Nineteen Eighty-Four*, ed. Stanford Alumni Association, USA, 1983 (edición original publicada en 1949).

⁵ Como apunta Nieva Fenoll, teniendo presente los límites del desarrollo tecnológico, se trata de aceptar los logros y transformaciones fruto de la ciencia, "pero no debe olvidarse, insisto, que la inteligencia artificial no dicta sentencias. No señala condenados. Puede parecer que lo hace, pero no lo hace, y no puede hacerlo, y por ello no debe hacerlo". Cfr. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018, p.17.

razonamiento policial y judicial, conduciéndose a través de este *iter* lógico argumentativo todo el razonamiento que lleva a la confirmación de una hipótesis de trabajo concreta acerca de la existencia o no de un determinado hecho controvertido. De acuerdo con la perspectiva analítica, se estudian los criterios que permitan reconocer la validez o invalidez lógica, en sentido estricto, o bien, en términos más generales, la corrección o incorrección de los argumentos⁶. Todo esto se hace a través de un proceso lógico complejo que tiene en la idea de inferencia su eje fundamental. Podemos definir la idea de inferencia entendiendo por tal la relación de dependencia convincente entre unos datos que estimamos ciertos y la conclusión a la que llegamos, fundamentada en dichos datos⁷. Las formas básicas de inferencia son la deducción, la inducción y el razonamiento hipotético. Todas estas inferencias permiten dar respuesta apropiada a las preguntas ¿qué es un buen argumento?, ¿en qué se basa?, ¿están respaldadas sus premisas?, ¿qué validez o corrección tiene la conclusión a la que llegamos? Se trata en suma de cuestiones clave en materia de motivación probatoria, y, por ello, susceptibles de estudio desde la perspectiva propia del Derecho procesal.

Así las cosas, la idea de probabilidad despliega su margen de actuación en estas tres clases básicas de inferencias de razonamiento lógico mencionadas, aunque su intensidad será mayor o menor dependiendo del tipo de inferencia concreta de que se trata y, a su vez, del tipo de razonamiento empleado en la construcción de la inferencia⁸.

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 doctrina estadounidense y que también ha tenido eco doctrinal en Europa, sobre todo en Alemania y Suecia, tal y como *ut supra* mencionamos⁹. Los esfuer-

⁶ Vid. VEGA RENÓN, *Si de argumentar se trata*, ed. Montesinos, 2003, pp. 106-107.

⁷ Cfr. GARCÍA DAMBORENEA, *Uso de razón*, Madrid, 2000, p. 171.

⁸ Se trata de inferencias que responden a la idea de probabilidad lógica, contrapuesta por Taruffo a la denominada probabilidad cuantitativa o estadística, *vid.* TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., 2ª ed., Madrid, 2005, cap. III, pp. 167-240; *vid.* un desarrollo más sucinto en TARUFFO, *La prueba*, trad. esp., Madrid, 2008, pp. 30-32. GASCÓN ABELLÁN, «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005, p. 132, escribe al respecto que existen al menos dos grandes esquemas o modelos de valoración racional de la prueba que suponen una distinta valoración de los estándares de probabilidad (SP): “a) los basados en la aplicación de instrumentos matemáticos al proceso de valoración y b) los basados en esquemas de confirmación. Ambos modelos se corresponden con las dos grandes nociones de probabilidad: la matemática o estadística que entiende que la probabilidad se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenecen; y la lógica o inductiva, que se predica de proposiciones, y no de sucesos, y se corresponde con el uso común de “probablemente”, “posiblemente”, “presumiblemente” algo es verdad. Es decir, dicho concepto interpreta la probabilidad como una generalización de la verdad”.

⁹ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., 2ª ed., 2005, pp. 190 y ss., realiza un excelente estudio sobre la probabilidad cuantitativa y su aplicación respecto a 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, se refiere a la denominada *evi-*

zos principales desde este enfoque se centran en aplicar el teorema de Bayes como instrumento adecuado de cálculo de probabilidad para determinar los hechos en la investigación policial e integrar la denominada *quaestio facti* del razonamiento que debe motivar toda resolución judicial en materia de enjuiciamiento penal.

La idea de probabilidad acerca de la existencia o acontecimiento de un determinado hecho se revela como fundamental en el campo de la investigación policial y judicial. Incluso su influencia en el ámbito de la correcta aplicación del Derecho procesal penal es tal que los posibles errores en la materia determinan una incorrecta determinación y valoración de los elementos fácticos que integran la *quaestio facti*, constituyendo argumentos apropiados para impugnar la resolución judicial alegando vicio por error *in iudicando in facto*.

Toda investigación en materia de hechos exige reclamar información circunstancial inquiriendo siempre, en calidad de condición necesaria, acerca de si el hecho o los hechos existen o no, quién los cometió y las circunstancias de los mismos. La cuestión de hechos o conjetural¹⁰, constituye el marco fundamental en el que racionalmente se desarrolla cualquier investigación de naturaleza penal, tanto en sede policial como judicial. 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 probables¹¹. Es decir, no es suficiente la mera posibilidad del hecho sino que además se exige que dicho hecho sea probable que ocurriera¹². En definitiva, que en virtud de los diversos indicios ofrecidos en la investigación y dadas una serie de circunstancias en el supuesto concreto, todo conduce a que probablemente el

dentiary value model, desarrollada en Suecia a partir de los trabajos de Ekelöf, Halldén y Edman, *vid. TARUFFO, op. cit.*, p. 206 y ss, y, en Alemania, el trabajo de SCHREIBER, *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*, Berlín, 1968, *vid. TARUFFO, op. cit.*, pp. 212-215. En ambos casos la idea principal, al igual que sucede en el Teorema de Bayes, consiste en elaborar un expediente de razonamiento en términos de probabilidad cuantitativa eficaz y lo suficientemente sólido como para sustraer el conocimiento de los hechos del arbitrio judicial, buscando una objetividad a priori mejor valorada que el razonamiento judicial tradicional acerca de los hechos, guiado por el criterio general de libre valoración de los mismos.

¹⁰ Para un estudio pormenorizado de la cuestión de hechos puede leerse la obra de GARCÍA DAMBORENEA, *op. cit.*, pp. 29 a 43.

¹¹ *Vid. GARCÍA DAMBORENEA, op. cit.*, pp. 31-39.

¹² Realmente estamos ante un laberinto conceptual de términos: posible, imposible, probable, improbable, cierto..., que conviene delimitar convenientemente. Siguiendo a GARCÍA FAÏLDE, *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Salamanca, 2005, 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 por 100 de probabilidad filosófica, es decir, la “suma” o “máxima” probabilidad filosófica”.

hecho ocurrió así¹³. Dadas estas premisas previas 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 forma¹⁴. La probabilidad constituye, por tanto, un expediente básico en la resolución de un debate —el de la conjetura- previo y en muchos casos condicionante 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 INVESTIGACIÓN CRIMINAL

A menudo suele hablarse de probabilidad cuantitativa o bayesiana como si ambas expresiones refiriesen un concepto común. Sin embargo, la llamada probabilidad bayesiana constituye un concepto diferenciado, aunque, eso sí, integrado como subtipo dentro de la llamada probabilidad cuantitativa, la cual, siguiendo a Taruffo, considera el tema de la probabilidad concibiéndola como la medida de la incertidumbre de un fenómeno del que no se puede predecir la falsedad o inexistencia, ni tampoco la verdad absoluta o existencia¹⁵.

En materia de probabilidad cuantitativa se distingue, a su vez, entre probabilidad cuantitativa objetiva y subjetiva¹⁶. 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

¹³ En esta misma línea sostiene TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., 2.º ed., 2005, pp. 190 y 191, que “el problema de la determinación del hecho no tiene que ver con certeza absoluta alguna (si no es como ideal regulativo y tendencial) y consiste, en cambio, en la determinación del grado de fundamentación que puede atribuirse a la hipótesis de la existencia del hecho. La exclusión de la certeza absoluta del conjunto de los objetivos alcanzables por medio del conocimiento empírico y, en especial, en la determinación judicial de los hechos, conlleva que nos situemos en el ámbito de la incertidumbre, es decir, de conocimientos y juicios de los que únicamente se puede decir, en línea de principio, que no tienen una fundamentación absoluta, completa e indiscutible. Por otra parte, la incertidumbre no es de por sí sinónima de desorden o de irracionalidad; simplemente, suscita problemas de racionalización que se resuelven con métodos probablemente distintos de los que son utilizados en contextos en los que se admite la lógica de la verdad/falsedad en términos absolutos”.

¹⁴ No obstante, debe quedar claro que la idea de verosimilitud no puede reconducirse a la de probabilidad. Muy bien lo señala TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., 2.º ed., Madrid, 2005, pp. 183-190 (título original italiano *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992). Así, cuando sostiene que la verosimilitud de una aserción no puede ser reconducida a su probabilidad puesto que se trata de conceptos distintos. “La verosimilitud indica el grado de capacidad representativa de una descripción respecto a la realidad [...] el juicio de verosimilitud se puede formular sensatamente teniendo, por un lado, una descripción y, por el otro, una hipótesis (a menudo fundada sobre alguna concepción acerca del «orden normal de las cosas») sobre la eventualidad de que exista una realidad parecida al objeto representado. Desde este punto de vista, la referencia del juicio de verosimilitud puede no ser la realidad, sino una hipótesis que se formula acerca de ésta y que se emplea como parámetro para valorar si una aserción es o no verosímil”, p. 186.

¹⁵ Cfr. TARUFFO, *op. cit.*, p. 193.

¹⁶ Vid. COHEN, *An introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford, 1989, pp. 59 y ss.

fenómenos, y constituye la base del razonamiento estadístico¹⁷. 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 afirmado¹⁸.

Dejando a un lado toda consideración sobre la utilidad del razonamiento estadístico en la investigación policial y en la formación de la *quaestio facti* por el juez¹⁹; 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.

Antes de proseguir, conviene aclarar de qué estamos hablando. La teoría de las probabilidades, desarrollada en los juegos de envite o azar²⁰, 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 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*²¹.

¹⁷ Cfr. TARUFFO, *op. cit.*, trad. esp., p. 193.

¹⁸ Cfr. TARUFFO, *op. cit.*, trad. esp., pp. 193 y 194.

¹⁹ Razonamiento que siempre se ha considerado como auxiliar en la investigación y no único definitorio de la misma.

²⁰ A tal efecto, señalan CORBERÁN SALVADOR y MONTES TUBIO, «Perversiones y trampas de la probabilidad», en *Gaceta de la Real Sociedad Matemática Española*, vol. 3, núm. 2, 2000, p. 198, que “Poisson en sus *Recherches sur la Probabilité* (1837) que un problema relativo a los juegos de azar, propuesto a un austero jansenista por un hombre de mundo, ha sido el origen del cálculo de probabilidades. El austero jansenista no es otro que Blaise Pascal...”.

²¹ Ejemplo recogido, entre otros igualmente ilustrativos de aplicación de la probabilidad al razonamiento forense, por CORBERÁN SALVADOR y MONTES TUBIO, «Perversiones y trampas de la probabilidad», en *Gaceta de la Real Sociedad Matemática Española*, vol. 3, núm. 2, 2000, p. 207. Puede consultarse también en MONTES SUAY, «Ley y Probabilidad», en VVAA, *Las matemáticas y sus aplicaciones en el mundo social y económico*, Madrid, 2006, pp. 171-197.

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 la siguiente tabla, 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 con relación a los acusados del mismo:

Característica	Probabilidad
Automóvil amarillo	1/10
Varón con bigote	1/4
Mujer con cola de caballo	1/10
Mujer rubia	1/3
Varón negro con barba	1/10
Pareja interracial en coche	1/1000

De acuerdo con 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 la misma 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 acusados²².

²² Sin embargo, todo el razonamiento anterior conduce a una falacia denominada por los matemáticos y estadísticos como la falacia del fiscal. CORBERÁN SALVADOR y MONTES TUBIO, «Perver-

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

A tenor de las consideraciones precedentes, como expresa la profesora Gascón Abellán, el cálculo matemático ha alcanzado tal desarrollo que los diversos esfuerzos se centran en su aplicación al razonamiento y enjuiciamien-

siones y trampas de la probabilidad», en *Gaceta de la Real Sociedad Matemática Española*, vol. 3, núm. 2, 2000, 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, poniendo de manifiesto a partir de las características señaladas por el fiscal y de acuerdo a los datos de las frecuencias estadísticas de alguna de dichas características, que 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. A la vista de estos resultados la Corte Suprema de California anuló el veredicto de culpabilidad que había dictado la Corte Superior del Condado de los Ángeles. El análisis matemático efectuado se recoge detalladamente en el artículo de CORBERÁN SALVADOR y MONTES TUBIO, *op. cit.*, pp. 207 y 208. El supuesto de razonamiento alternativo parte de la existencia en el área donde se perpetró el delito de n parejas, dándose la probabilidad p de que cualquiera de esas parejas compartiera las seis características introducidas como sesgo de evidencia por el fiscal. Así las cosas: “De acuerdo con lo anterior $p = 1/12,000,000$ y la variable aleatoria Y , número de parejas entre las n que poseen las mencionadas características, seguiría una distribución binominal, en cuyo caso:

$$P(Y = k) = \binom{n}{k} p^k (1 - p)^{n-k}, \quad k = 0, 1, \dots, n.$$

En particular, a

$$P(Y = 1) = np(1 - p)^{n-1}$$

y

$$P(Y \geq 1) = 1 - P(Y = 0) = 1 - (1 - p)^n,$$

de donde se deduce

$$P(Y > 1) = P(Y \geq 0) - P(Y = 1) = 1 - (1 - p)^n - np(1 - p)^{n-1}.$$

El defensor centro su atención sobre el cociente

$$\frac{P(Y > 1)}{P(Y \geq 1)} = \frac{P([Y > 1] \cap [Y \geq 1])}{P(Y \geq 1)} = P(Y > 1 | Y \geq 1),$$

Que representa la probabilidad de que, entre las n parejas, más de una se ajuste a las características descritas, siendo así que ya no hay una que lo hace. Dicho en otros términos de mayor interés para la defensa, la probabilidad de que al menos otra pareja hubiera podido cometer la acción criminal. Si este cociente no fuera muy pequeño habría que admitir la posibilidad de que la Sta. Collins y su amigo tenían competidores que podrían también ser los culpables”. La siguiente tabla recoge los valores del anterior cociente para distintos valores de n :

n	$P(Y > 1 Y \geq 1)$
1,000,000	0.0402
2,000,000	0.0786
5,000,000	0.1875
10,000,000	0.3479

to en materia de hecho, tratando en estos casos de aplicar el cálculo de probabilidades a enunciados y no a sucesos²³. 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 probatorio²⁴.

¿Qué es el teorema de Bayes?²⁵ 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 acontecimiento²⁶. El teorema de Bayes y su aplicación al ámbito del razonamiento judicial probatorio ha sido muy estudiado en los Estados Unidos²⁷, país en el que encontramos fervientes partidarios del mismo como instrumento eficaz para resolver la *quaestio facti* que integra la motivación de las resoluciones judiciales. Y tanto es así, que, TARUFFO, cuando se refiere a esa aceptación entusiasta por parte de muchos autores en Norteamérica, nos explica que allí se ha extendido una suerte de ortodoxia bayesiana, en virtud de la cual ser «bayesiano», en palabras del propio 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 prueba²⁸.

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,

²³ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005, p. 132.

²⁴ Vid. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., 2.ª ed., Madrid, 2005, p. 194 y 195.

²⁵ Los amantes de las matemáticas pueden encontrar una exposición sobre el teorema, ilustrada con buenos ejemplos en CORBERÁN SALVADOR y MONTES TUBIO, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

²⁶ TARUFFO, *op. cit.*, p. 194, expresa la formulación matemática del Teorema de Bayes, Ferrer Beltrán, traductor del libro al castellano, explica en la correspondiente nota al pie que “el teorema puede leerse como la probabilidad de que suceda el hecho H, dado que se da el hecho E, es igual a la probabilidad de que suceda H, dividido por la probabilidad de que suceda E dado H por la probabilidad de H, más la probabilidad de que suceda E dado no H por la probabilidad de no H.

$$P(H/E) = \frac{P(E/H) P(H)}{P(E/H) P(H) + P(E/\neg H) P(\neg H)}$$

²⁷ A título de ejemplo, BROUN y KELLY, «Playing the Percentages and the Law of Evidence», en *Ill. L. Rev.*, 1970, pp. 23 y ss; TRIBE, «Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», en *Harvard Law Review*, núm. 84, 1971, p. 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 y GREEN, *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 and Proof: Some basic Concepts», en ANDERSON y TWINING, *Analysis of Evidence: How to Do Things with Facts, Based on Wigmore's Science of Judicial Proof*, Northwestern University Press, 1991.

²⁸ Cfr. TARUFFO, *op. cit.*, p. 195.

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 con los partidarios de la aplicación judicial del teorema de Bayes, puede tomarse una decisión sobre el hecho, atendiendo ya a los criterios jurídicos tradicionales de la de la “*preponderance evidence*” y la “duda razonable”²⁹. 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 correspondiente³⁰.

5. PRINCIPALES OBJECIONES A LA APLICACIÓN DE LA PROBABILIDAD BAYESIANA EN MATERIA DE MOTIVACIÓN PROBATORIA

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 insoslayables³¹. 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 fundamentados en cálculos probabilísticos complejos³². El profesor 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

²⁹ Vid. KAYE, «Do we need a calculus of weight to understand Proof beyond a reasonable doubt?», en TILLERS y GREEN, *Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Its Limits of Bayesianism*, Dordrecht-Boston-London, 1988, pp. 129 y ss.

³⁰ Sobre esta cuestión, vid. SCHUM y MARTIN, «Formal and Empirical Research on Cascaded Inference in Jurisprudence», en *Law and Society Review*, núm. 17, 1982.

³¹ Vid. al respecto VERA SÁNCHEZ, «La discrecionalidad judicial en dos enfoques reglados de la valoración de la prueba penal», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, núm. 30, 2014-II, pp. 247-269.

³² Vid. TRIBE, «Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», en *Harvard Law Review*, núm. 84, 1971, pp. 1375 y ss.

propios de la prueba de hecho en sí misma considerada.³³ En la misma línea, la profesora 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 jueces³⁴.

Otra crítica a la aplicación judicial de modelos matemáticos de cálculo de probabilidades se centra en los problemas de percepción del hecho³⁵. 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 las ocasiones de percepciones subjetivas. Todo jurista práctico, nos dice Larenz, “sabe cuán inseguras son, las más de las veces, las declaraciones de los testigos: deficiencias de percepción, de interpretación y de recuerdo, imprecisión de la expresión, con frecuencia también toma de partido, más o menos consciente de los testigos —hecha total exclusión de las declaraciones falsas conscientes—, menoscaban su valor”³⁶. 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, como en 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 hacerlo³⁷. 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

³³ Vid. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., 2ª ed., Madrid, 2005, p. 197.

³⁴ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 133.

³⁵ Sobre los enjuiciamientos requeridos en torno a la cuestión de hecho vid. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. 2ª ed., Barcelona, 2001, pp. 277 y ss.

³⁶ Vid. LARENZ, *op. cit.*, p. 301.

³⁷ Vid. BRILMAYER, “Second-order Evidence and Bayesian Logic”, en TILLERS y GREEN, *Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Its Limits of Bayesianism*, Dordrecht-Boston-London, 1988, pp. 156 y ss.

han de ser el centro de atención en las cuestiones de prueba³⁸. 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 con 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.

6. EL CONCEPTO DE “CERTEZA MORAL” COMO GUÍA PARA DETERMINAR LA SUFICIENCIA DEL MATERIAL PROBATORIO

Frente al modelo de razonamiento judicial probatorio fundamentado 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 esta 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 nuestra legislación procesal vigente, 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 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 definitiva, 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 exteriorice en la motivación *coram partibus*, mientras tanto, todo queda sujeto al dominio absoluto de la voluntad del juez.

³⁸ Vid. TARUFFO, *op. cit.*, trad. esp., p. 199, cuando refiriéndose al teorema de Bayes sostiene que “este teorema pretende calcular la probabilidad estadística de un evento dentro de un cierto campo de fenómenos, pero no dice nada acerca del caso concreto: en especial no toma en cuenta la base probatoria específica del razonamiento que se refiere, en el caso particular a la hipótesis sobre el hecho. En efecto, no toma en consideración la posibilidad de pruebas que contradigan la *prior probability* y tampoco de fenómenos esenciales para valorar la fundamentación de esa hipótesis, como por ejemplo la amplitud y la naturaleza del material probatorio, la falsedad de las pruebas o la supervivencia de otros elementos de prueba”. Vid., también, *Idem*, pp. 210-211.

Y, sin embargo, a poco que meditemos sobre esta cuestión, entendida constitucional, legal y jurisprudencialmente 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 externa, que fija su atención en la verdad o corrección de las propias premisas que fundamentan la decisión³⁹.

Estamos, en definitiva, ante una cuestión relevante, por largo tiempo desatendida en nuestro Derecho procesal, y, sin embargo, magistralmente encauzada por el Derecho procesal canónico mediante el concepto de certeza moral, que 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*”⁴⁰. 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 estatal⁴¹.

³⁹ Sobre la relación entre las inferencias probatorias y la garantía de motivación de las decisiones judiciales el profesor Taruffo, entrevistado por FERRER BELTRÁN, «Entrevista a Michele Taruffo», en TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., 2.ª ed., Madrid, 2005, pp. 520 y 521, considera que “entre el problema de la prueba y el de la justificación de la decisión en la motivación de la sentencia existen vinculaciones muy estrechas. Por un lado, en efecto, conviene advertir que la decisión sobre los hechos de la causa es, a menudo (mucho más de cuanto se piensa habitualmente) el verdadero núcleo esencial de la solución de la controversia [...] La necesidad de que el juez ofrezca una justificación adecuada, indicando las razones de sus decisiones, es más fuerte en la medida en que estas decisiones no estén rígidamente determinadas por normas o criterios lógico-deductivos y dependan, en cambio, de valoraciones discrecionales del juez. Dado que, como ya he dicho, en los sistemas modernos la prueba y el juicio de hecho recaen típicamente en la discrecionalidad del juez, la exigencia de motivación adecuada es particularmente intensa para todas las decisiones del juez que integran su razonamiento sobre los hechos”.

⁴⁰ DELLA ROCCA, «De morali certitudine in sententia canonica», en *Saggi di Diritto Processuale Canonico*, Padova, 1961, p. 275.

⁴¹ Pensamiento que expone muy bien DELLA ROCCA, «De morali certitudine in sententia canonica», en *Saggi di Diritto Processuale Canonico*, Padova, 1961 p. 276, cuando dice que “*in sententia canonica elementum intellectivum magis quam illud imperativum clariorem ac ampliorem evolutionem habet relate ad hoc quod accidit in sententia quam iudex Status pronuntiat. Quamobrem efformatio liberi*

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 dirimir⁴². 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 proceso⁴³, 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 con el viejo brocardo *actore non probante reus absolvitur*.

El expediente de la certeza moral, cuya originalidad ha sido justamente afirmada por el procesalismo canónico⁴⁴, 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 Iglesia⁴⁵, aunque hunde sus raíces normativas en el viejo Derecho canónico⁴⁶, y su mención en las obras de diversos canonistas anteriores a la codificación evidencia una

judicii ex parte iudicis aestimanda est uti onus peculiariter ponderosum in casu sententiae canonicae relate ad sententiam civilem".

⁴² Realmente, el canon 1608 es una norma que magistralmente sintetiza el proceso intelectual del juez, *iter* lógico natural de la motivación *coram proprio iudice*, canon elaborado con una técnica legislativa admirable, de exquisita redacción, sencilla, concisa y cierta, que por su claridad y lucidez normativa aquí merece nuestra atención detenida:

"c.1608 § 1. *Ad pronuntiationem cuiuslibet sententiae requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem sententiam definendam.*

§ 2. *Hanc certitudinem iudex haurire debet ex actis et probatis.*

§ 3. *Probationes autem aestimare iudex debet ex sua conscientia, firmis praescriptis legis de quarundam probationum efficacia.*

§ 4. *Iudex qui eam certitudinem adipisci non potuit, pronuntiet non constare de iure actoris et conventum absolutum dimittat, nisi agatur de causa iuris favore fruenti, quo in casu pro ipsa pronuntiantum est."*

⁴³ Sobre el brocardo del *ius commune* *iudex debet iudicare secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, volveremos *ad infra*, estudiando sus implicaciones procesales en la formación de la motivación *coram proprio iudice*.

⁴⁴ Así, entre otros, *vid.* GROCHOLEWSKI, «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, este 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.

⁴⁵ *Vid.* canon 1869 del *Codex Iuris Canonici* de 1917

⁴⁶ Así lo entiende DELLA ROCCA, *op. cit.*, p 275, nota 1, dando noticia de sus antecedentes normativos en el *ius vetus*.

elaboración doctrinal de larga tradición⁴⁷, plenamente coherente a la connatural búsqueda de la verdad, *adaequatio intellectus et rei*⁴⁸, que impregna todo el Derecho procesal canónico⁴⁹, siempre fiel a la Teología Católica⁵⁰.

¿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 asunto⁵¹. ¿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

⁴⁷ Según GROCHOLEWSKI, «La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali», en *Ius Ecclesiae*, n° 9, 1997, p. 424, se hacen eco de la voz “certeza moral” SÁNCHEZ (1550-1610), REIFFENSTUEL (1642-1703), SCHMALZGRUEBER (1663-1735) y otros autores posteriores, reconociéndose igualmente este concepto en diversos documentos pontificios y en la jurisprudencia de la Sede Apostólica.

⁴⁸ Así lo enseña SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae* I:21:2, *vid.* <http://www.corpusthomisticum.org>, “*Respondeo dicendum quod veritas consistit in adaequatione intellectus et rei, sicut supra dictum est. Intellectus autem qui est causa rei, comparatur ad ipsam sicut regula et mensura, e converso autem est de intellectu qui accipit scientiam a rebus. Quando igitur res sunt mensura et regula intellectus, veritas consistit in hoc, quod intellectus adaequatur rei, ut in nobis accidit, ex eo enim quod res est vel non est, opinio nostra et oratio vera vel falsa est. Sed quando intellectus est regula vel mensura rerum, veritas consistit in hoc, quod res adaequantur intellectui, sicut dicitur artifex facere verum opus, quando concordat arti. Sicut autem se habent artificia ad artem, ita se habent opera iusta ad legem cui concordant. Iustitia igitur Dei, quae constituit ordinem in rebus conformem rationi sapientiae suae, quae est lex eius, convenienter veritas nominatur. Et sic etiam dicitur in nobis veritas iustitiae*”.

⁴⁹ Cuestión muy bien expuesta por CALAMANDREI, «La teoria dell'error in iudicando nel Diritto italiano intermedio», en *Studi sul Processo civile*, vol. 1, Padova, 1930, p. 156: “*Il Diritto canonico, al di sopra di questa rigorosa autorità della cosa giudicata, poneva l'efficacia della verità e considerava come immorale il conservare forza obbligatoria a un giudizio che portava in sé stesso i chiari segni della propria erroneità e della propria ingiustizia: se notoriamente la prima sentenza è ingiusta e contraria alla verità, bisogna di nuovo giudicare sull'oggetto già deciso, scrive INNOCENZO IV, quia veritas valet et invalescit (Ad c. 6 «de frig. et malef.», IV, 15, n. 6). Così alla ragione politica del diritto romano il diritto canonico sostituisce una ragione di moralità: l'ius constitutionis è messo da parte, per dar luogo, mi si permetta l'espressione, all'ius veritatis*”.

⁵⁰ De ahí que, como sostiene LLOBELL TUSET, «La sentencia en las causas de nulidad matrimonial», en *Ius Canonicum*, vol. XXIX, n° 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 error- y la aptitud para expresar de modo coherente y transmisible a otros el itinerario seguido hasta la identificación de la verdad”.

⁵¹ Fijémonos si es importante para el Derecho procesal el conocimiento de la verdad material, y la consiguiente adecuación de la verdad formal, *ex acta et probata*, a la misma, que no sólo el proceso concreto sino también todo el sistema de medios de impugnación de resoluciones judiciales gira en torno a esta idea. Y no sólo los medios ordinarios de impugnación como los recursos, tanto devolutivos como no devolutivos, sino también aquellos otros calificados como extraordinarios como el recurso de casación, e, igualmente, los expedientes que sancionan la ineficacia de la cosa juzgada como la nulidad tras la sentencia firme o la revisión. Por ello, sin duda, la aproximación al concepto de verdad puede considerarse uno de los temas más importantes merecedor de los mayores esfuerzos epistemológicos en Derecho procesal.

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 objeto⁵², el perspectivismo de Ortega y Gasset⁵³, 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, niegan rotundamente que pueda hablarse de conocimiento de la verdad en términos absolutos⁵⁴. 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 Wittgenstein⁵⁵. 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, 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 procesalistas⁵⁶. 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 probato-

⁵² Vid. las páginas que le dedica en su obra RUSSELL, *Historia de la Filosofía*, trad. esp., ed. RDA, Madrid, 2005, pp. 697- 710.

⁵³ Vid. ORTEGA Y GASSET, «Verdad y Perspectiva», en *El espectador* (1916), *Obras Completas*, t. II, Madrid, ed. Taurus, 2004.

⁵⁴ Vid. RUSSELL, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁵ WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. esp., TIerno GALVÁN, ed. Alianza, Madrid, 1973.

⁵⁶ Sobre la posibilidad de conocer la verdad de los hechos en el proceso frente a las teorías que influidas por un escepticismo epistemológico radical niegan dicha posibilidad, vid. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., 2.ª ed., Madrid, 2005, p. 168 y ss. Igualmente, vid., *Idem*, *La prueba*, trad. esp. Madrid, 2008, pp. 28 y 28, entendiendo que la tradicional teoría de la verdad como correspondencia es el concepto básico cuando hablamos de verdad judicial, enfoque que también ha vuelto a tomarse en serio en el mundo de la Filosofía del Derecho.

rias 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 trascendentales 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, acogándose, en su lugar, a la idea de lograr el “convencimiento judicial” (Rosenberg)”⁵⁷.

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 sus argumentos.

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, mecanicista⁵⁸, exaltado como único verdadero, y luego criticado por su insuficiencia para abordar todas las cuestiones de conocimiento⁵⁹.

Y, sin embargo, frente al escepticismo en el conocimiento de la verdad procesal, ahí sigue en pie la doctrina formulada por el iusnaturalismo tomis-

⁵⁷ Vid. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal civil. I El proceso de declaración. Parte General*, Madrid, 2004, p. 417.

⁵⁸ El juez caricaturizado por obra del iluminismo en *machina sillogizzante*, como punzantemente refiriéndose a esta concepción lo califica CALAMANDREI, «Giustizia e politica: sentenza e sentimento», en *Opere Giuridiche*, vol. 1, Napoli, 1965, p. 644.

⁵⁹ LLOBELL TUSET, «La sentencia canónica en las causas de nulidad matrimonial», en *Ius Canonicum*, vol. XXIX, n° 57, 1989, 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 daremos non esse Deus* de Hugo Groccio-, incapaz de resistir los embates de la ética coherentemente fundada en el principio de inmanencia. 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”.

ta, 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 empirismo⁶⁰.

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 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, con relación al tema de la verdad, y en general, del conocimiento, puede hallarse en diversos estados, que, siguiendo la clasificación tradicional en la materia⁶¹, 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. De acuerdo con la exposición de Ortí y Lara, en la opinión “nuestro entendimiento presta su asenso a alguna cosa, pero con cierta vacilación y temor de que lo contrario sea verdadero. Las razones que solicitan este asenso, constituyen la probabilidad de la opinión, la cual puede ser mayor o menor, o recorrer una serie de grados según el número y calidad de las razones en que se funda”⁶². Por último, la certeza, que implica la adhesión firme a una de las partes de la contradicción 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

⁶⁰ HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho (ordenación crítica de las principales corrientes metodológicas)*, Madrid, 1945, pp. 374 y 375.

⁶¹ ORTÍ Y LARA, *Lógica*, Madrid, 1867, pp. 68-73.

⁶² *Idem*, *op. cit.*, p. 69.

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 del 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 estatal. 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, 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 convencimiento⁶³. Grocholewski profundiza aún más en la diferenciación, distinguiendo la certeza moral requerida en el plano procesal canónico de aquella otra certeza moral filosófica. La certeza moral filosófica excluye la posibilidad de todo contrario⁶⁴, mientras que la certeza moral exigida al juez canónico para la formación y dictado de su sentencia implica la máxima probabilidad⁶⁵. 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 canónica⁶⁶. 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 sentencia⁶⁷. Profundizando más en el

⁶³ DELLA ROCCA, *op. cit.*, pp. 276-277. “*Uti notum est, moralis certitudo, qua uti debet iudex ut hic sententiam dicta alia est quam certitudo metaphysica ac certitudo physica. Dum, revera, certitudo metaphysica fundata est super necessitate principiorum realitatis (ex. gr., notio totius amplior est quam mille partes), quae principia natura absoluta ac universali praedita sunt et sese aperire possunt sive uti adfirmationes de realitate (quod accidit si realitas perspicitur in actu, i.e. in suo esse) sive uti adfirmationes de veritate (et hoc fit autem quando animadvertimus carentiam firmitatis in realitate dum imaginem proximam fumus realitatis, i.e. “il suo apparire immediato”, conspiciamus) et dum certitudo physica fundata est super constantia legum naturalium, quae corpora materialia, i.e. res sensibiles, uti sit Aristotile, regunt —certitudo moralis summa rationem “essendi” depromit ex ordinaria validitate regularum vitae uti haec regula ex usu vita deducuntur”.*”

⁶⁴ Estaríamos ante aquella certeza que los lógicos entienden conseguida a través del criterio de la evidencia objetiva, definida como la claridad del objeto que se manifiesta al entendimiento de forma que éste no tiene más que asentir, porque la seguridad es tal que se excluye toda duda. Sobre el particular, vid. HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, 2 vols., ed. Alianza, Buenos Aires, 2005; y, en general sobre el tema de la verdad y la certeza, vid. ALEJANDRO, *Gnoseología de la certeza*, ed. Gredos, Madrid, 1965.

⁶⁵ GROCHOLEWSKI, *op. cit.*, pp. 422 y 423.

⁶⁶ Vid. JUAN PABLO II, «Discurso alla Rota Romana», 4 febrero 1980, en BERSINI, *I Discorsi del Papa alla Rota, Città del Vaticano*, 1986, n. 407. Referido por LLOBELL TUSET, «La sentencia canónica en las causas de nulidad matrimonial», en *Ius Canonicum*, vol. XXIX, n° 57, 1989, p. 158.

⁶⁷ PÍO XII, «Discurso alla Rota Romana», 1 octubre 1942, en BERSINI, *I Discorsi del Papa alla Rota, Città del Vaticano*, 1986, n. 25: “*Tra la certezza assoluta e la quasi-certezza o probabilità sta, come tra due stremi, quella certezza morale [...]. Essa, nel lato positivo, è caratterizzata da ciò, che esclude ogni*

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- certeza⁶⁸. Aquellos hechos que hipotéticamente se inferían 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 objetiva⁶⁹, 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 *prudencia iuris peritorum*, que excluya la probabilidad del error; 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 objetividad⁷⁰, y permite elaborar la motivación *coram partibus*.

fondato o ragionevole dubbio e, così considerata, si distingue essenzialmente dalla menzionata quasi-certeza; dal lato poi negativo, lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario, e con ciò si differenzia dall'assoluta certezza. La certezza, di cui ora parliamo, è necessaria e sufficiente per pronunciare una sentenza".

⁶⁸ Vid. ACEBAL, «Comentario al canon 1608», en VVAA., *Código de Derecho Canónico*, edición bilingüe comentada, BAC, Madrid, 1986.

⁶⁹ LLOBELL TUSET, «La sentencia canónica en las causas de nulidad matrimonial», en *Ius Canonicum*, vol. XXIX, n° 57, 1989, p. 159 y 160 e *Idem*, «La certezza morale nel processo canonico matrimoniale», en *Il Diritto Ecclesiastico*, IV, 1998, p. 771.

⁷⁰ El principio de juzgar conforme a lo alegado y probado en el proceso goza de larga tradición en el Derecho canónico. Se infiere claramente de los siguientes fragmentos de SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 67, a. 2: "*Iudicare pertinet ad iudicem secundum quod fungitur publica potestate. Et ideo informari debet in iudicando non secundum id quod ipse novit tanquam privata persona, sed secundum id quod sibi innotescit tanquam personae publicae*". Por eso, rebatiendo la posibilidad de formar la convicción fuera de las fuentes propias, expresa que "*homo in his quae ad propriam personam pertinent, debet informare conscientiam summa ex propria scientia. Sed in his quae pertinent ad publicam potestatem, debet informare conscientiam suam secundum ea quae in publico iudicio sciri possunt*". Este interés por la verdad procesal implicaba inevitablemente que todo aquello que no constara en las actas quedara al margen del conocimiento del juez, conforme al viejo aforismo del *ius commune quod non est in actis, non est in mundo*. El problema de conciencia entre un posible desajuste de la verdad formal respecto a la verdad material, lo solucionó, como hemos visto, Santo Tomás de Aquino, reconociendo la existencia en el juez de dos conciencias, una pública y otra privada, que en caso de contradicción debía ceder ante aquella por la propia objetividad que los datos obrantes *secundum allegata et probata* tenían en contraposición a la conciencia privada. Esta doctrina queda también recogida en las obras de grandes juristas. Así, por ejemplo, COVARRUBIAS DE LEYVA, *Varium Resolutionum*, L. I, cap. I, núm. 1 a 10, en *Omnia Opera*, Salamanca, 1577, donde dice "*qualiter*

Fijémonos bien en el hecho de 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*⁷¹. 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, 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 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 suficiente⁷², 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. 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.

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de la fundamentación de indicios, 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,

iudex ex actis ius dicere debeat, adversus ea, quae privatim cognoverit” y también JUAN GUTIÉRREZ, *Canonicum Quaestionum utriusque fori*, Madrid, 1608, cáp. XXIX: “An iudici liceat iudicare secundum allegata & probata, contra veritatem, quam privata scientia novit, necne”.

⁷¹ 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, «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”.

⁷² *Vid.* GROCHOLEWSKI, *op. cit.*, pp. 446 y 447; y LLOBELL TUSET, «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”.

sin embargo, unidos a las demás pruebas tienen muchísima importancia”⁷³. 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 no con la fuerza de un rayo, sí al menos como una granizada”⁷⁴. 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?”⁷⁵.

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 ha sido adecuadamente estudiado por los procesalistas eclesiales. 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 civil⁷⁶. Ahí está, por ejemplo, la convicción psicológica que debe guiar el razonamiento judicial, de la cual nos habla Guasp⁷⁷ 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 autores⁷⁸. 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 eclesial⁷⁹, ofreciendo una importante clave de lectura de las normas procesales, orientadas, así, a la búsqueda efec-

⁷³ Cfr. QUINTILIANO DE CALAHORRA, *Instituciones Oratorias*, t. II, edición bilingüe, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1999, p. 163.

⁷⁴ *Vid. Idem., op. cit.*, p. 239.

⁷⁵ *Vid. CICERÓN, De Oratore*, II, 75.

⁷⁶ *Vid. NAVARRO VALLS*, «Los fundamentos de la sentencia canónica», en *Ius Canonicum*, vol. XV, n.º 30, 1975, p. 325.

⁷⁷ Cfr. GUASP, *Derecho procesal civil*, I, 3.º ed., Madrid, 1968, p. 512.

⁷⁸ CUSIMANO, *Il problema della giustizia nel rapporto processuale*, Padova, 1958, pp. 195 y ss.; y VICENTE FERNÁNDEZ, *Función creadora del juez*, Buenos Aires, 1970, pp. 91-93.

⁷⁹ Cfr. GROCHOLEWSKI, *op. cit.*, p. 449.

tiva, y realista, razonada y razonable de la verdad objetiva⁸⁰. Así las cosas, no veo objeción seria a que dicho criterio pueda encontrar acomodo normativo en nuestro sistema procesal. 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*.

⁸⁰ Cfr. *Idem*, *op. cit.*, p. 450.