

DOTTRINA

RELEVANCIA DEL DERECHO CANÓNICO EN LA FORMACIÓN DE LOS SISTEMAS PROCESALES DE *CIVIL LAW* Y *COMMON LAW*

TOMÁS J. ALISTE SANTOS

ABSTRACT: Históricamente, el derecho canónico ha ejercido una considerable influencia en la formación de los sistemas judiciales occidentales y, de forma especial, el sistema procesal canónico ha sido la referencia epistemológica de los sistemas procesales de *common law* y *civil law*. Podemos afirmar que la búsqueda de la verdad para realizar la justicia en cada caso concreto como finalidad histórica del proceso canónico también está presente en los sistemas procesales seculares. Sin embargo, en nuestros días existe una crisis de los sistemas procesales contemporáneos porque han renunciado a la finalidad trascendente de búsqueda de la verdad en beneficio de otros fines de carácter inmanente. Este hecho da lugar a diversos problemas cuya solución requiere volver a situar la búsqueda de la verdad para realizar la justicia del caso concreto como fin esencial de nuestro derecho procesal.

PALABRAS CLAVE: derecho canónico, repercusión, búsqueda de la verdad, sistemas romanistas, *common law*.

ABSTRACT: Historically, canon law has developed considerable influence on the formation of Western legal systems. Chiefly, the canonical judicial system has been the epistemological reference of modern procedural systems -common law and civil law-. We can say that the search for truth for justice in each case as a historical purpose of the canonical process is also present in secular procedural systems. However, today there is a crisis of contemporary procedural systems because they have renounced the transcendent purpose of seeking truth for the benefit of other purposes immanent character. This fact leads to various problems whose solution requires reposition the search for truth for justice of the case as essential to our procedural law.

KEY WORDS: canon law, influence, search for truth, civil law, common law.

SUMARIO: 1. Sobre los orígenes de los sistemas procesales occidentales en el derecho procesal canónico histórico. – 2. La búsqueda de la verdad como finalidad histó-

rica del proceso canónico y su proyección en los sistemas procesales temporales. – 2.1. La crisis de los sistemas procesales contemporáneos como consecuencia de la renuncia a la búsqueda de la verdad. – 2.2. Valor perenne del derecho procesal canónico en la búsqueda de la verdad y su eficacia epistemológica en los sistemas procesales contemporáneos de *civil law* y *common law*.

1. SOBRE LOS ORÍGENES DE LOS SISTEMAS PROCESALES OCCIDENTALES EN EL DERECHO PROCESAL CANÓNICO HISTÓRICO

DEBIDO a la estrechez de miras en torno a un enfoque positivista y, pretendidamente científico, de los ordenamientos jurídicos, se ha proyectado hasta nuestros días un entendimiento erróneo del derecho procesal como disciplina jurídica cuya autonomía como rama específica de los estudios jurídicos nace en el siglo xx. En consecuencia, parece que ni existe derecho procesal ni ciencia procesal con anterioridad a los esfuerzos doctrinales de los autores que concibieron las bases del derecho procesal sobre los fundamentos de la exégesis decimonónica y la metodología dogmática-construktiva, propia del enfoque positivo, aderezada aquí y allá con elementos dispersos de concepciones sociológicas y realistas, entendidas todas ellas como metodologías capaces de perfilar el derecho procesal moderno. Entre españoles e hispanoamericanos, prende esta concepción tras la obra de Alcalá Zamora y Castillo, que sólo entiende como derecho procesal el denominado *procesalismo científico* del siglo xx, nítidamente diferenciado de periodos anteriores – primitivo, judicialista, práctica forense, y procedimentalismo – que marcan una especie de evolución doctrinal hacia el derecho procesal propiamente dicho.¹

La quintuple distinción de etapas conducentes al derecho procesal del siglo xx carece de sostén real, porque afirmar que el derecho procesal como rama autónoma del ordenamiento jurídico sólo puede entenderse desde finales del siglo xix sencillamente conlleva desmerecer de forma muy subjetiva el esfuerzo doctrinal de centenares de juristas que escribieron obras procesales a lo largo de siglos de historia.² Realmente, entender la génesis

¹ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., «Evolución de la doctrina procesal», en *Estudios de Teoría General e Historia del proceso* (1945-1972), México, UNAM, tomo II, pp. 293-325. Entre los autores españoles contemporáneos que defienden esta división, e incluso profundiza en más fases evolutivas, cabe destacar a J. MONTERO AROCA, *Del Derecho Procesal al Derecho Jurisdiccional*, en *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, pp. 27 y ss.

² Adviértase que no estamos ante un mero error doctrinal fruto del «acaso», sino de una verdadera obstinación doctrinal planificada y consciente que, deliberadamente, desgaja el derecho procesal moderno de su natural desenvolvimiento histórico para revestirlo de un ropaje artificialmente «laico» despojado de toda referencia transcendente. Las consecuencias de esta concepción, como veremos, llegan incluso, a desnaturalizar los fines naturales

del derecho procesal desde la exclusiva perspectiva del *procesalismo científico*, conduce a una falsedad, porque, como afirma Biondi, el proceso moderno es resultado de la sabia conjunción de dos elementos fundamentales: el *Corpus Iuris* justinianeo y la sublime obra interpretativa que en torno al derecho romano hicieron los glosadores y comentaristas medievales.³ Incluso, Rosenberg, uno de los autores clásicos del procesalismo moderno, da un paso más, subrayando la estrecha vinculación de nuestro moderno proceso con aquel *ius commune* medieval, cuando considera que el proceso civil actual precisamente surge del maridaje entre elementos romano-germánicos en combinación con otros de raíz canónica.⁴ Así las cosas, podemos afirmar una eficacia histórica del derecho procesal canónico proyectada a través de tres vías de penetración distintas en el derecho procesal secular:

a) *La doctrina canónica en torno a la finalidad del proceso*

La cuestión de los fines a los que obedece el proceso moderno es harto complicada. El proceso, se dice, es un instrumento públicamente ordenado para resolver conflictos. El proceso es un medio para restaurar la paz entre los litigantes. El proceso es una vía de satisfacción eficaz de los intereses legítimos y controvertidos entre las partes. Es también un cauce lógico para dar a cada cual lo suyo, realizando la justicia mediante la búsqueda de la verdad. Igualmente, el proceso sirve como instrumento para garantizar la aplicación de ley al caso concreto (vinculación del juez a la norma objetiva). Y, en cualquier caso, el proceso es ante todo el medio heterónomo por excelencia de toma de decisiones vinculantes que excluye el recurso a la venganza (y cualquier otra forma de autotutela). Todos estos son fines presentes en los diversos procesos. Fines legítimos. Finalidades históricamente perseguidas por el proceso.

a los que se orienta el proceso, constituyendo el germen de un relativismo jurídico que en el ámbito procesal conduce al fenómeno de la huida de la jurisdicción en un contexto de pluralismo jurídico. Bien nos previene de esta actitud J. NIEVA FENOLL, *Derecho procesal I. Introducción*, Madrid, 2014, p. 17, cuando advierte que «además, en todas las épocas, en mayor o menor medida, se han creado y explicitado conceptos, se han descrito procedimientos y se han recopilado los usos forenses. De hecho, existen obras monográficas sobre el proceso al menos desde el siglo XIV. Sea como fuere, leyendo a los autores medievales, y hasta los textos romanos o visigodos, uno no puede llevarse la sensación de que ha sido en los siglos XIX y XX cuando se han creado las nociones de cosa juzgada, de prueba, de carga de la prueba o de legitimación, por ejemplo. Ni mucho menos». Además, de la cita anterior merece la pena analizar detenidamente las páginas 15-20 de la mencionada obra, en las que argumenta detenidamente el error de comprender el derecho procesal como sistema jurídico autónomo tan sólo desde comienzos del siglo XX como si anteriormente no hubiera ya dicha autonomía.

³ B. BIONDI, *Intorno alla romanità del processo civile moderno*, BIDR, 1934, pp. 429,

⁴ L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. 1, Buenos Aires, 1953, pp. 18-20.

Sin embargo, podemos hablar de una finalidad primordial e histórica del proceso, que fue desarrollada fundamentalmente por los canonistas e impregnó de forma eficaz el derecho procesal del *ius commune*, base, como decimos, del derecho procesal actual tanto en los países de tradición romanista o *civil law*, como en los sistemas procesales de *common law*.⁵ Sintetizando esta concepción, el fin del proceso canónico sería el mismo que la finalidad de la Iglesia: la salvación de las almas. Así, frente a la concepción política del «bien común», recogida en la célebre sentencia ciceroniana que reza *salus populi suprema lex est* (*De legibus*, 3,8), la Iglesia propone un fin del derecho transcendente: *salute animarum, quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet* (c. 1752). Se trata de un fin históricamente perseguido por el derecho procesal canónico, fielmente ordenado conforme a la teología católica, y que encuentra raíz segura en el propio testimonio evangélico (*et cognoscetis veritatem, et veritas liberabit vos*, Ioh 8:32). La cuestión de la verdad es uno de los temas teológicos constantes en la historia de la Iglesia, en tanto que constituye presupuesto teológico último de una de sus propiedades esenciales: la infalibilidad.⁶

⁵ El *common law* no es un derecho radicalmente distinto al *civil law*, ni obedece a presupuestos históricos diferentes. Ambos sistemas precisamente se desarrollan a raíz del *ius commune*, y beben de las mismas fuentes. Así el sistema de *common law*, aunque rechaza el derecho romano surge, fundamentalmente, gracias a las obras de los canonistas y a la actividad procesal de los tribunales de la Iglesia, cuyo ejemplo se siguió por los tribunales ingleses de *common law*, al igual que sucedía en el resto de reinos de la Cristiandad. *Vid.*, entre otros, J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*, Madrid, 1991 y T. ALISTE SANTOS, *Sistema de common law*, Salamanca, 2013, pp. 93-103.

⁶ El fundamento de dicha infalibilidad lo encontramos también en los Evangelios: «Yo rogaré al Padre, y os dará otro Abogado, que estará con vosotros para siempre, el Espíritu de verdad», Ioh 14:16. «Yo estaré con vosotros todos los días hasta la consumación del mundo», Mt 28:20. Además del conocido texto del primado petrino «Y yo te digo que tú eres Pedro, y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia [...]. Te daré las llaves del Reino de los Cielos; y todo lo que ates sobre la tierra quedará atado en los cielos, y todo lo que desates sobre la tierra quedará desatado en los cielos», Mt 16:18-19, entre otros. También San Pablo, en consecuencia, llega a afirmar que la Iglesia es «columna y fundamento de la verdad» (1 Tim 3,15). Y en el mismo sentido, encontramos la doctrina de los padres de la Iglesia, como prueban, por apuntar tan sólo un ejemplo, las palabras de Tertuliano (*Virg.* 1.1), cuando afirmó «Cristo no dijo: yo soy la costumbre, sino yo soy la verdad» (*non consuetudo sed veritas*). Conforme a la teología dogmática, la infalibilidad de la Iglesia, que impide su caída en el error, tiene como objeto primario las verdades formalmente reveladas, de la fe y de la moral cristiana (de fe) y como objeto secundario las verdades que no han sido formalmente reveladas, pero que se hallan en estrecha conexión con las verdades formalmente reveladas de la fe y de la moral cristiana (sentencia cierta): *vid.* L. OTT, *Manual de Teología Dogmática*, 7^o ed, trad. esp, Friburgo, 2009, p. 451. Estas últimas verdades serían las denominadas verdades católicas, entre las cuales tenemos las verdades de razón natural. Por ello, siendo la Iglesia infalible cuando define en materia de fe y de costumbres, san Ireneo llega a afirmar que es «la morada de verdad», hallándose lejos de los errores.

Así las cosas, aunque la Iglesia circunscribe la imposibilidad de caer en error a la infalibilidad en materia de fe y de costumbres, esta limitación no excluye, por sí misma, que la Iglesia haya renunciado a la búsqueda de la verdad en ámbitos más allá de la materia de fe y de costumbres. Por el contrario, hay una voluntad perenne de búsqueda de la verdad por la Iglesia a lo largo de toda su historia en ámbitos fuera de la fe y las costumbres y tan diversos como el proceso. Bien es cierto, como expone Llobell Tuset, que en la Iglesia «el carisma de la infalibilidad no se aplica al ejercicio de la potestad judicial, tanto menos cuando quien la ejerce no es el Romano Pontífice ni el Colegio Episcopal. Por tanto los tribunales pueden equivocarse, y de hecho, lo hacen con una cierta frecuencia, pues están llamados a decidir cuestiones difíciles»,⁷ pero ello no impide o frustra la búsqueda de la verdad como finalidad primordial del proceso, porque el hecho de la falibilidad de los tribunales en absoluto enerva la posibilidad de averiguar la verdad a través de la dialéctica procesal, que es un fin esencial del proceso canónico, el cual, como dice Llobell Tuset, «sólo tiene razón de ser si sirve para conocer la verdad».⁸ Fijémonos que estas reflexiones son plenamente coherentes con la finalidad salvadora de la Iglesia (*salus animarum*), la cual implica necesariamente una actitud de disponibilidad hacia la verdad.

En consecuencia ese amor a la verdad ordena por completo toda la ritualidad de la Iglesia católica que no encuentra la plenitud de su fundamentación en el elemento consuetudinario sino en una actitud epistemológica constante de apertura a la búsqueda de la verdad. Luego, si la búsqueda de la verdad es fin que impregna la teología católica a lo largo de su historia, naturalmente podemos concluir que el fin del proceso vendría determinado también por esa actitud epistemológica de apertura a la verdad, concibiéndose como instrumento epistemológico adecuado para la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia en el caso concreto. Esta finalidad del proceso se impulsa definitivamente por la reforma gregoriana del siglo XI, cuando Gregorio VII a raíz de la querrela de las investiduras mantenida con el emperador Enrique IV,⁹ estimula los estudios procesales, recopilando los materiales canónicos para sustentar legítimas pretensiones a través del proceso, concebido como instrumento epistemológicamente ordenado a la búsqueda de la verdad.¹⁰ Y, desde entonces, dicho fin, ha contribuido decisivamente a la autonomía y singularidad del derecho procesal como rama específica del ordenamiento jurídico, evidenciado la eficacia de esta

⁷ J. LLOBELL TUSET, *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, Madrid, 2014, p. 292 (en la edición italiana: J. LLOBELL TUSET, *I processi matrimoniali nella Chiesa*, Roma, 2015, p. 256).

⁸ J. LLOBELL TUSET, *Op. cit.* p. 228.

⁹ A. PEREZ MARTÍN, *El derecho procesal del ius commune en España*, Murcia, 1999, p. 13.

¹⁰ Vid. J. GARCÍA DE CORTAZAR, *Historia religiosa del Occidente medieval (años 313-1464)*, Madrid, 2012, pp. 267.

concepción racional del proceso, al menos desde la difusión y recepción del *ius commune* impulsada por la Iglesia. Como en otra ocasión he tenido oportunidad de señalar,¹¹ la búsqueda de la verdad impregna por completo todo el derecho procesal canónico, siempre fiel a la teología católica que concibe la verdad como *adaequatio intellectus et rei*, de acuerdo a la célebre sentencia formulada por santo Tomás de Aquino. Y dicha finalidad no sólo se acoge en los sistemas procesales de los países receptores del *ius commune*, sino también está presente en los orígenes del *common law*, precisamente por el influjo y autoridad del derecho canónico de la Iglesia católica en la Inglaterra medieval.¹² Buena prueba de ello fueron los tribunales eclesiásticos (*Church Courts*), cuya praxis canónica era de antiquísima raigambre en la Inglaterra medieval. Pero, sobre todo, el tribunal de la Cancillería (*Chancery Court*), que fue sin duda el mayor baluarte de la búsqueda de la verdad como fin orientador del proceso, estableciendo una auténtica jurisdicción *in equity* como remedio a los casos de injusticias fruto del rigor en la aplicación formalista del *common law*.

El proceso judicial constituye un ejercicio de racionalidad, y por ello, se esfuerza en conocer la verdad. El hecho de concebir la verdad como fin que dirige el proceso aparentemente es sencillo de comprender, pero extremadamente complejo de conseguir. Sin embargo, la progresiva consolidación de la garantía de motivar las sentencias bien prueba la continuidad de esta orientación del proceso hacia la verdad a lo largo de la historia occidental. Sin duda, la motivación de las decisiones judiciales es una práctica constante y genuina desarrollada fundamentalmente por los canonistas del *ius commune*, y de la cual la Iglesia bien se puede orgullecer.¹³ Es una afirmación fácil de comprobar, tanto desde el punto de vista sincrónico como diacrónico, constituyendo una constante orientación que recorre las diversas épocas de evolución del derecho procesal canónico a lo largo de siglos y siglos. De ahí, pues, que mediante la relación dialéctica constante con los ordenamientos procesales temporales, haya terminado impregnado a éstos del fin esencial al que debe ordenarse todo proceso: la búsqueda de la verdad para satisfacer la justicia del caso concreto.

¹¹ T. ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, 2011, pp. 311 y 312.

¹² Vid. J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*, Madrid, 1992. También, ALISTE SANTOS, *Sistema de common law*, Salamanca 2013, pp. 93-103.

¹³ Vid. J. LLOBELL TUSET, *Motivación de la sentencia*, en Javier Otaduy – Antonio Viana – Joaquín Sedano (Eds.) *Diccionario General de Derecho Canónico*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2012, vol. 5, pp. 477-483.

b) *La enseñanza del derecho procesal en las universidades y la difusión de 'ordines iudicarii'*

Sin duda otro de los factores históricos que evidencian la eficacia del derecho canónico en el derecho procesal secular fue la elaboración, enseñanza y divulgación del proceso canónico en las universidades durante el *ius commune*. La universidad, como todos sabemos, es precisamente una institución de genuina impronta medieval, «ayuntamiento de maestros et de escolares que es fecho en algún lugar con voluntat et con entendimiento de aprender los saberes» como genialmente aparece definida en la Partida II, título xxxi, ley I del rey sabio. La universidad no fue ningún invento de heterodoxos o díscolos «librepensadores» medievales sino una de las grandes obras que la Iglesia ha legado a la humanidad,¹⁴ hundiendo sus raíces en las viejas escuelas monacales y catedralicias, donde se enseñaban las siete artes liberales del *trivium* (gramática, retórica y dialéctica) y del *quadrivium* (aritmética, geometría, astronomía y música) que constituyeron el germen fundamental para el nacimiento de los primeros *studia generalia*, cuyos grados se otorgaban previo reconocimiento *ex auctoritate regia et pontificia*, y, más tarde, de las *universitates magistrorum et scholarium*. Precisamente, estas últimas instituciones, las *universitates*,¹⁵ como aspiraban a una validez universal de sus grados (y al *ius ubique docendi*), solicitaban el reconocimiento pontificio, sólo tras el cual recibían el nombre de universidades y adquirirían renombre en el seno de la cristiandad. En este sentido, la Iglesia por su catolicidad y autoridad va a desempeñar un papel fundamental en el nacimiento e impulso de las universidades.¹⁶ Luego, siendo la Iglesia católica la mayor autoridad medieval, no es extraño que las universidades buscasen el alto patrocinio pontificio para conseguir la validez universal de sus grados.

En este contexto universitario, no puede entenderse la génesis del proceso moderno sin tener en cuenta que sus perfiles fundamentales vienen marcados por la explicación del proceso romano-canónico, ofrecida en las universidades medievales por doctores, en buen número clérigos, sobre las bases seguras de los textos del *Corpus Iuris Civilis* y las obras del *Corpus Iuris Cano-*

¹⁴ Además resulta curioso saber que la universidad se trata de la segunda institución más antigua de Occidente después del papado, y cuyo nacimiento precisamente en buena medida se debe al influjo y ascendencia de éste en los viejos reinos cristianos europeos.

¹⁵ Aunque el término *universitas* tiene antecedentes en el derecho justinianeo, vid. D. 3,4, en el sentido general de corporación.

¹⁶ Como sostiene A. IYANGA PENDI, *Historia de la Universidad en Europa*, Valencia, 2000, p. 43, «la autoridad que fundaba o reconocía una universidad tenía una importancia extraordinaria, ya que el valor de los grados y títulos que recibían los estudiantes variaba en función a su reconocimiento universal, de acuerdo con la autoridad que creara o reconociera cada universidad».

nici, y asumiendo una metodología docente típicamente apodíctica y dialéctica,¹⁷ que se dividía en fases determinadas (*lectio, quaestio* y *disputatio*). Pero quizás dónde mejor podemos comprobar la eficacia histórica del derecho procesal canónico sobre el derecho procesal secular es en los denominados *ordines iudicarii*, u obras de naturaleza procedimental, que proliferaron a lo largo de todo el periodo del *ius commune* (siglos XII-XVIII). Así, en esta materia glosadores y comentaristas actuaban sin perder de vista los avances doctrinales que los decretistas y decretalistas iban consiguiendo sobre la base del *Corpus Iuris Canonici*. Por eso, las obras de naturaleza procesal desarrolladas por los canonistas constituyen valiosos materiales dirigidos no sólo a la formación de los juristas universitarios sino al perfeccionamiento de la práctica forense secular. De ahí que si analizamos la formación del derecho procesal del *ius commune*, podamos pacíficamente aceptar, como prueba Pérez Martín, la relevancia de las fuentes canónicas en la construcción del derecho procesal. Así, antes del Decreto de Graciano los tratados procesales se deben a legistas y se construyen sobre las fuentes justinianas. Después del Decreto, los *ordines iudicarii* que se escriben, aunque siguen basándose en materiales romanos, incorporan ya referencias al Decreto. Pero sólo tras las Decretales de Alejandro III e Inocencio III, el eje doctrinal para el entendimiento del derecho procesal se desplaza decididamente de las fuentes romanas a las canónicas. Tras las Decretales de estos papas (y otros posteriores), «las obras procesales estarán compuestas en gran parte por canonistas, que se basan fundamentalmente en fuentes canónicas. La importancia de los civilistas y de las fuentes romanas en el estudio del proceso empieza a decrecer».¹⁸ El primado de los procesalistas canónicos se evidencia en los tratados procesales de Basiano de Bolonia (autor de la obra *Propositum presentis operis*, escrita entre 1167-1181), Otón de Pavía (autor del tratado *Olim quideme debatur*, escrito sobre 1177 aprox.), Guillermo de Longo Campo (*Practica legum et decretorum*, compuesto entre 1189-1199), Anglico (*Editio sine scriptis Summa aurea de ordine iudiciario*, escrito en 1190 aprox.), Dámaso Húngaro (*Si quis vult*, redactado entre 1210-1215), Tancredo de Bolonia (*Assiduis postulationibus*, de 1216), Juan Andrés (*Antequam dicatur*, elaborado hacia 1260), Petrus Hispanus (*Quoniam utilissimum fore*, fechado en 1216), Durante (*Speculum iudiciale*, redactado entre 1271-1276) y tantos otros ilustres canonistas que contribuyeron con sus obras al nacimiento específico de los estudios procesales.

Adviértase, además, que esta difusión de la literatura procesal canónica no se redujo a los países continentales de tradición romanista, sino que pronto cruzó al otro lado del canal de la Mancha, difundiéndose también así en la

¹⁷ Metodología que aún sigue informando los sistemas universitarios angloamericanos, y de la cual el *case method* es derivación peculiar en estudio universitario del *common law*.

¹⁸ A. PÉREZ MARTÍN, *Op. cit.*, p. 18.

Inglaterra medieval. Si bien es cierto que la enseñanza del *common law* no tuvo lugar en las universidades, eso no fue óbice para que los canonistas ingleses escribieran obras doctrinales que sirvieron como fundamento intelectual ineludible del *common law* hasta los albores de la modernidad. Las obras de Glanvill (*Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, de 1189); Bracton (*Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae* –más conocido como *Bracton's Note Book*-, de 1256, o las síntesis de éste: *Fleta y Britton*, de extraordinaria divulgación en el siglo XIII); o el célebre *Doctor and Student*, escrito por St. Germain en 1523, evidencian la particular ascendencia que tuvo el derecho canónico en la formación del sistema de *common law*.¹⁹ Por ello, incluso dos grandes historiadores del *common law* inglés como Pollock y Maitland, y fervientes defensores de la tesis de su insularidad, asumen la ascendencia del derecho procesal canónico histórico sobre el *common law* reconociendo que «*English law more especially the English Law of civil procedure, was rationalized under the influence of the canon law*».²⁰

c) La configuración de fundamentos estructurales del proceso moderno

A poco que la curiosidad nos empuje a conocer alguno de estos *ordines iudicarii*, podemos comprobar que el proceso descrito en los mismos sustancialmente establece unas fases fácilmente reconocibles como elementos basilares del proceso moderno. Tomemos, por ejemplo, un tratado procesal conocido como *Summa aurea de ordine iudiciario*, obra escrita por el maestro Martínez de Zamora antes de 1275. En dicho manuscrito el proceso se concibe y explica en diez tiempos, siguiendo la tradición procesal del *ius commune*. El primero consistiría en admonición extrajudicial dirigida por el actor al demandado para satisfacer la pretensión de éste. El segundo, corresponde a la citación judicial del demandado a instancia del actor. El tercer tiempo conlleva la comparecencia judicial de las partes, efectos de la no comparecencia y libelo de demanda. El cuarto tiempo estaba dedicado a las excepciones procesales. Quinto referido a la *litis contestatio*. Sexto referido a la prueba. Séptimo a la publicación de las pruebas. Octavo dedicado a las alegaciones y controversias en torno a las pruebas testificales y documentales practicadas. Noveno a la publicación de alegaciones y al encierro definitivo de las razones para concluir la causa. Décimo a la sentencia.

El orden de estos diez tiempos procesales rige aun el proceso moderno, fundamentalmente el proceso civil. Pero, además, la *Summa aurea*, explica la apelación de las sentencias, introduciéndonos en los entresijos procesales de la segunda instancia, que permite rectificar los eventuales errores *in pro-*

¹⁹ T. ALISTE SANTOS, *Sistema de common law*, Salamanca, 2013, pp. 00-103.

²⁰ Vid. F. POLLOCK y F. MAITLAND, *The History of English Law before the time of Edward 1*, second edition, volumen 1, New Jersey, Clark, 2008, p. 134.

cedendo o *in iudicando* de la primera instancia, permitiendo así reanudar de nuevo el proceso de búsqueda de la verdad para satisfacer la exigencia de justicia ante una decisión errada. En cualquier caso, fijémonos que la articulación del proceso en diez tiempos, de acuerdo con el resto de *summas* procesales elaboradas tras la Decretal *Quoniam contra falsam* del papa Inocencio III,²¹ permite articularlo como instrumento epistemológico apto para la búsqueda de la verdad.

Pero el derecho procesal canónico histórico no sólo se limita a articular las diversas fases procesales que a grandes rasgos aún pueden reconocerse en el derecho procesal moderno de los países occidentales, sino que también podemos afirmar la eficacia específica de normas procesales canónicas cuyo influjo sobre el proceso moderno determina a la vez los principios de éste, bien sea como fuentes históricas normativas de carácter informador. En este sentido, es obra de los canonistas del siglo XIII el viejo brocardo que reza «*iudex debet proferre sententiam secundum acta et probata, non secundum propriam conscientiam*», que luego fruto de las interpolaciones del *procesalismo científico* durante los siglos XIX y XX se distorsiona en el célebre *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium*, deformando su sentido original, como muy bien ha estudiado Picó i Junoy.²² Así las cosas, como he tenido ocasión de señalar en otro lugar, «fijémonos en que no es lo mismo decir que el juez ha de juzgar conforme a lo alegado y probado en el proceso, que decir según lo alegado y probado por las partes en el proceso. Si los actos de alegación y prueba se limitasen a las partes, no cabría posibilidad alguna de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, cuestión de enorme transcendencia, que condicionaría inevitablemente el entendimiento de la garantía de motivación judicial».²³ Y facultaría una concepción del proceso ajena al fin que secularmente lo ha informado: la búsqueda de la verdad durante la fase probatoria para realizar la justicia en el caso. En este sentido, los sistemas de *civil law* han mostrado siempre cautelas para mantener el objetivismo de la búsqueda de la verdad frente al subjetivismo de la voluntad de las partes. Tal es el caso, por ejemplo, del sistema procesal civil español.²⁴

²¹ X 2.19.11

²² Vid. J. PICÓ i JUNOY, *El juez y la prueba (estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum propriam conscientiam y su repercusión actual)*, Barcelona, 2007.

²³ T. ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, 2011, p. 351.

²⁴ En el caso del proceso civil español, a pesar de que el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 recibe el viejo brocardo del *ius commune* distorsionado, sigue permitiendo el cauce para ejercer la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*. El hecho de entender que los litigantes son los dueños del pleito en absoluto impide cierta facultad de intervención del juez en materia probatoria, precisamente atendiendo a la salvaguarda de la concepción publicista que informa el propio proceso civil como instrumento adecuado para búsqueda de la verdad. Y así se refleja en los arts. 429.1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento

Dicha capacidad de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* refleja también el mantenimiento residual del sistema inquisitivo -elaborado por los canonistas medievales- en el actual sistema procesal civil y penal de muchos países de *civil law*, permitiendo que el juez haga uso de legítimas facultades procesales ordenadas a la búsqueda de la verdad.²⁵ Ante ello se nos dirá: Pero ¿No sería mejor dejar la prueba a la exclusiva voluntad de las partes? ¿Qué necesidad hay de mantener facultades propias de sistemas inquisitivos? Los sistemas de *common law* así han reaccionado históricamente ante las facultades judiciales de naturaleza inquisitiva, y particularmente el estadounidense, erguido en torno al principio del *adversary system*. En consecuencia, desde esta perspectiva *adversarial*, el proceso se concibe como una pugna o lucha sujeta a entera disponibilidad por las partes.²⁶ El juez no puede desempeñar un rol demasiado activo, so pena de vulnerar una mal entendida imparcialidad judicial que veda cualquier acto de iniciativa *ex officio iudicis*. De este modo, la concepción publicista del proceso disminuye en beneficio de una concepción privada, que termina por desnaturalizar el propio fin ordenador del proceso. Así, en lugar de servir a la búsqueda de la verdad el proceso se configura como medio de resolver conflictos, más o menos eficiente, y sujeto a la voluntad de las partes. Las consecuencias de esta concepción son verdaderamente nocivas para la realización de la justicia objetiva en los sistemas de *common law*, quedando el proceso a merced de los intereses subjetivos de las partes involucradas. Y esto particularmente es visible en los procesos penales informados por el célebre *plea bargaining system*, o negociación de cargos penales, concepción que decididamente frustra la búsqueda de la verdad en beneficio de tratos subjetivos articulados en torno al consenso (y la presión) entre acusadores y acusados, resintiendo, por ello, la posibilidad objetiva de realizar la justicia en el caso. Llobell Tuset, reflexionando sobre estas mismas cuestiones, señala que «si el

Civil española, pero también en el enjuiciamiento penal, a tenor del 729.1 y 2 Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que permite cierta facultad de iniciativa *ex officio iudicis* legítimamente ejercida sin menoscabo del necesario protagonismo de las partes en la proposición y práctica de pruebas. ¿Cuál es el fundamento de dicha iniciativa probatoria *ex officio iudicis*? Precisamente, – una vez más – tenemos que subrayar la eficacia histórica del derecho procesal canónico sobre el derecho procesal secular, porque la articulación de dicha capacidad de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* ni más ni menos encuentra fundamento en la coherencia del propio proceso con el fin que naturalmente lo informa: la búsqueda de la verdad.

²⁵ Vid. J. PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba (estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum propriam conscientiam y su repercusión actual)*, Barcelona, 2007. El autor efectúa tanto un detallado estudio de la recepción del brocardo en los sistemas procesales temporales como un análisis de la capacidad de búsqueda de la verdad por los jueces, a través de la denominada iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, en los procesos civiles y penales de los sistemas de *civil law*.

²⁶ Vid. T. ALISTE SANTOS, *Op. cit.*, p. 364 y 365; y con mayor detenimiento en *Sistema de common law*, Salamanca, 2013, pp. 229 y ss.

utilitarismo a costa de la verdad objetiva tiene estas importantes manifestaciones en el proceso penal, en los otros ámbitos jurisdiccionales puede comportar no ya la pérdida del concepto de verdad y justicia, sino coherentemente, la quiebra de la misma institución del proceso judicial».²⁷

Además, de la iniciativa *ex officio iudicis*, el ordenamiento canónico ha inspirado directamente otros fundamentos procesales que siguen siendo reconocibles en el derecho procesal actual. Baste recordar, siguiendo a Maldonado,²⁸ que el principio de escritura es genuinamente canónico, al igual que el principio de oralidad,²⁹ como también lo es el de mediatividad (que permite delegar facultades judiciales en otros funcionarios). Los principios de aportación de parte, impulso procesal, y hasta la solución extrajudicial a través del arbitraje o la conciliación obedecen a génesis canónica, al igual que el principio de preclusión y la libre valoración del material probatorio, que termina naturalmente imponiéndose, tras siglos de predominio del sistema de prueba tasada, atendiendo a bárbaras ordalías, que la Iglesia logra eliminar con el tiempo. En este sentido, también debemos a la Iglesia la hegemonía del sistema de libre valoración frente a la prueba legal. Así, las normas probatorias que gobernaban y gobiernan la formación de la convicción judicial en el proceso canónico se adecuan desde hace siglos a la libre valoración,³⁰ despojándose de primitivas adherencias procesales de raíz germánica. Este sistema de valoración probatoria constituye una aportación del proceso canónico a los procesos seculares de gran relevancia, porque es el modelo probatorio protagonista de dichos procesos desde la época de la codificación del derecho procesal,³¹ que reciben directamente de la Iglesia dicho paradig-

²⁷ J. LLOBELL TUSET, *Common law, proceso judicial y ecología de la justicia. Reflexiones de un canonista a propósito de un reciente libro*, «Ius Ecclesiae», vol. XXVI, núm. 1, 2014, p. 177.

²⁸ J. MALDONADO, *Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español*, «AHDE», t. XXIII, 1953, p. 476.

²⁹ Vid. M. V. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los principios generales de oralidad y escritura en el proceso canónico según la instrucción Dignitas Connubii*, «Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso», XXXIV, 2010, p. 644 «el antiguo proceso canónico, formado por elementos tomados del derecho romano y del germánico además de otros nuevos elementos introducidos por el Derecho de las Decretales, fue durante siglos de predominio oral, hasta convertirse, como también el civil, en un proceso escrito a causa principalmente de las extremas y abundantes solemnidades que se iban introduciendo y al sistema de la prueba legal que llegó a imperar».

³⁰ Vid. LLOBELL TUSET, J., *La sentencia canónica en las causas de nulidad matrimonial*, «Ius Canonicum», núm. 57, enero-junio 1989, p. 160. Igualmente, J. LLOBELL TUSET, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, «Il Diritto Ecclesiastico», 109/1, 1998, pp. 771 y ss. Entre otras normas, prueban el predominio de la libre valoración en la Iglesia la Decretal *Videtur nobis*, de CLEMENTE III, vid. C 35 p. 6 c. 2; y la Decretal *Super eo*, de ALEJANDRO III, Vid. x 2.20.22

³¹ Vid. M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., Madrid, 2005, p. 390, y T. ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, 2011, p. 324.

ma de racionalidad en torno a la libre valoración, sin que pueda justificarse ninguna reivindicación de tal sistema por los ideólogos de la Ilustración.³² Como sostiene Taruffo, el sistema de libre valoración se caracteriza por una racionalidad en la ordenación y práctica probatoria que realmente permite orientar el proceso a la búsqueda de la verdad de los enunciados empíricos.³³ Igualmente, el derecho procesal actual ha construido la teoría de la cosa juzgada, en buena medida sobre las consideraciones en torno al carácter sumario o plenario que debe informar a los distintos procesos, atendiendo a la tutela procesal pretendida por las partes procesales. En este sentido, la idea moderna de sumariedad se fundamenta en la *Clementina saepe*, Constitución dada en 1306 por el papa Clemente III, para que los trámites procesales se ejecuten «simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii»...³⁴

En fin, son tantas y tan importantes las instituciones procesales desarrolladas por la Iglesia que la mera recopilación de algunas de ellas sirve por sí misma para dar cuenta de la eficacia histórica de las normas procesales de una confesión determinada (el catolicismo) sobre el derecho procesal occidental. El hecho incontestable es que la Iglesia católica, siglo tras siglo, en constante acción histórica ha generado el magnífico edificio procesal del *ius commune*, sobre la base del proceso romano justiniano, que los sistemas procesales temporales reciben en los países europeos y extienden después a través del movimiento codificador y del fenómeno de la globalización de la cultura jurídica occidental a lo largo de todo el orbe.³⁵

2. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD COMO FINALIDAD HISTÓRICA DEL PROCESO CANÓNICO Y SU PROYECCIÓN EN LOS SISTEMAS PROCESALES TEMPORALES

Hemos señalado que la búsqueda de la verdad constituye un fin constante al que se ve ordenado el proceso canónico a lo largo de los siglos. Igualmente,

³² Vid. T. ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, 2011, p. 324.

³³ Vid. M. TARUFFO, *La prueba*, trad. esp., Madrid, 2008, p. 135.

³⁴ *Clementina saepe*: es un decreto del Concilio ecuménico de Vienne (1311-1312, al inicio del traslado a Aviñón de la sede pontificia), incluido en las Decretales de Clemente V (*Clem* 5.11.2, *Saepe*).

³⁵ Y si esto es cierto respecto al conjunto de la cultura jurídico-procesal occidental, también lo es para el derecho procesal español, porque atendiendo exclusivamente a la evolución histórica del derecho procesal español, será en la legislación procesal donde podamos entender la verdadera eficacia y proyección del derecho procesal canónico en la historia de nuestro derecho procesal. No en vano la *Tercera Partida*, que recoge la sustancia del proceso común en Castilla, es obra de los grandes maestros hispanos del *ius commune* Jacobo de las Leyes y, eventualmente, de Martínez de Zamora, que supieron impregnar por completo nuestro derecho procesal histórico de elementos doctrinales romano-canónicos a través de la legislación de *Partidas* que durante tantos siglos rigió las actuaciones procesales en España, vid., J. MALDONADO, *Op. cit.*, pp. 483-493.

en virtud de la eficacia epistemológica del proceso canónico sobre el proceso secular, la búsqueda de la verdad para satisfacer la necesidad de justicia también ha dominado la finalidad históricamente perseguida por el proceso moderno en los países de tradición procesal romano-canónica. No obstante, desde la edad moderna, y posiblemente a raíz de la reforma protestante, el derecho procesal se ha visto informado por nuevas finalidades, destacando entre todas ellas la concepción del proceso como instrumento útil para resolver conflictos. Dicha concepción particularmente ha prendido en los sistemas procesales de *common law*, y, desde estos, paulatinamente se ha ido extendiendo a los sistemas de *civil law* o tradición procesal romano-canónica. Este hecho, constituye, en mi opinión, el fundamento último de la crisis de los sistemas procesales contemporáneos, que los aboca al fenómeno de «huida de la jurisdicción» y a una progresiva privatización de las controversias, abandonando así la racionalidad procesal en beneficio del consenso subjetivo y renunciando al proceso como instrumento epistemológicamente apto para buscar la verdad objetiva.

2. 1. *La crisis de los sistemas procesales contemporáneos como consecuencia de la renuncia a la búsqueda de la verdad*

Se ha discutido mucho sobre la finalidad primordial o preponderante que debe orientar el proceso, al menos desde la modernidad. Pero el discurso de la finalidad del proceso es aún más inquietante durante la postmodernidad y después de la postmodernidad. Realmente, es difícil establecer una jerarquía entre los fines o las finalidades perseguidas a través del proceso. Lo que está claro es la actitud escéptica e incluso beligerante de buena parte de la doctrina procesal contemporánea cerrándose a entender que la búsqueda de la verdad para la realización de la justicia debe ser el fin primordial que impregna la estructura de todo proceso. Con razón Taruffo advierte que el resurgimiento del pensamiento de Heidegger y la divulgación de las tesis de Rorty entre la doctrina procesal actual han contribuido sobremanera a una especie de actitud doctrinal hostil sobre la idoneidad del proceso como instrumento orientado a la búsqueda de la verdad.³⁶ Todo lo más que puede hacer el proceso, según los defensores del escepticismo doctrinal en torno a la imposibilidad epistemológica de la verdad en el proceso, es tratar de resolver el conflicto entre las partes, intentando que esa resolución sea eficaz y eficiente. Por eso, en puridad, sólo puede hablarse de una verdad «formal» o procesal obtenida en el juicio como resultado del proceso.³⁷ En este sentido, y siguiendo la lógica del escepticismo

³⁶ M. TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, trad. esp., Madrid, 2009, pp. 411-415.

³⁷ M. TARUFFO, *Op. cit.*, p. 413, expresa muy bien este problema cuando señala que «el argumento que congrega a quienes niegan que la verdad pueda ser determinada en el

radical en torno a la posibilidad de encontrar dicha verdad en el proceso, buena parte de los procesalistas actuales entienden que esa búsqueda es prácticamente imposible porque sencillamente el proceso no es un medio idóneo para encontrar la verdad sobre los enunciados de hecho debido tanto a las limitaciones temporales que rigen las fases procesales como a las limitaciones epistemológicas, bien sean de los sujetos procesales (el juez y las partes), bien de naturaleza normativa (reglas procesales que limitan la averiguación de la verdad). De ahí que, en consecuencia, se entienda que el fin primordial del proceso no es la búsqueda de la verdad sino la mera resolución del conflicto.

Epistemológicamente, asistimos, pues, a un giro de ciento ochenta grados sobre la finalidad del proceso, que deja de concebirse como instrumento ordenado a la obtención de la verdad para entenderse como procedimiento susceptible de someterse a la disponibilidad de las partes, en tanto que el fin ordenador del mismo no es ya la *certeza* que funda la decisión justa, sino la *aceptabilidad* de la misma por las partes, que libremente acuden a resolver el conflicto (sin límites al principio dispositivo).

Así las cosas, frente a la «teoría de la verdad como correspondencia», que históricamente ha informado el proceso, se contraponen la «teoría de la verdad como consenso». El cambio resulta fatal, porque concibiéndose el resultado del proceso como la decisión más «aceptable» para las partes, la *veriphobia*³⁸ generalizada, que domina el pensamiento postmoderno y de la denominada *modernidad líquida* o *transmodernidad*, frustra las posibilidades de acercamiento a la verdad objetiva, y empuja a buscar alternativas extra-procesales más eficientes que el proceso, concebido como un instrumento lento, caro y sumamente engorroso de resolución de conflictos frente a medios alternativos más sencillos. De este modo, en aras de resolver pronto la controversia, se cuestiona la validez del proceso, porque lo interesante es el

proceso, gira usualmente alrededor de la consideración de que el proceso no es un lugar para la investigación científica en el que la verdad pueda ser investigada indefinidamente, y que, por el contrario, está caracterizado por limitaciones de naturaleza diversa: existen, en efecto, normas que excluyen la posibilidad de valerse de determinados tipos de pruebas, normas que prescriben procedimientos particulares para la adquisición de las pruebas, normas que limitan la valoración de la prueba e incluso normas que obligan a poner fin al proceso y establecen -con la cosa juzgada- la inmutabilidad de sus resultados. Todo esto, se dice, haría imposible la búsqueda de la verdad alrededor de los hechos de la causa. Por tanto – y es la consecuencia que se deriva de allí – es necesario renunciar a la idea de que la verdad de los hechos pueda ser establecida en el proceso: a lo sumo, podrá hablarse de una verdad «formal» o «procesal», que no tendría nada que ver con la verdad «verdadera» que -de nuevo según esta orientación- se podría determinar fuera del proceso».

³⁸ Vid. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, pp. 74-81.

«consenso» y el «acuerdo» resultante, aunque sea a costa de sacrificar la verdad y la justicia del caso.³⁹

¿Cuáles son las raíces profundas de esta corriente de escepticismo acerca de la posibilidad de encontrar la verdad en el proceso jurisdiccional? La aversión al derecho ha sido una característica histórica definitoria del protestantismo en general (y de todos aquellos que engrosan las filas de la heterodoxia). Por ello, el mismo Lutero junto a la Bula que lo excomulgaba echó a la hoguera un ejemplar del *Corpus Iuris Canonici*, fomentando así un «antijuridicismo» que se extendió pronto por toda la Europa protestante, y que encontró suave lecho donde descansar en el fatalismo e individualismo, rasgos históricamente definitorios de los pueblos germánicos.⁴⁰ Así las cosas, la negación del libre albedrío a la par que la correlativa exaltación del subjetivismo a través del libre examen, contribuyó sobremanera a recelar de la búsqueda de la verdad a través del proceso, prefiriendo las soluciones pactadas, exaltando así los procesos consensuales como procedimientos aptos para llegar a verdades aceptables, pero no a ningún tipo de verdad objetiva, en absoluto posible bajo la óptica protestante. Estas convicciones prendieron muy pronto en las colonias angloamericanas, porque, como nos dice Chase, «en este contexto, la litigiosidad era expresamente desaconsejada y se esperaba que las controversias fuesen resueltas comunalmente a través de mediación o, si ésta fracasaba, mediante arbitraje».⁴¹

Este «antijuridicismo», en mi opinión, de honda raíz protestante, que abona el escepticismo de encontrar la verdad en el proceso, se ha extendido por el mundo occidental en buena medida conforme a la metodología propia del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, que exaltó el racionalismo deductivo y mecanicista como método idóneo para abordar todas las cuestiones del conocimiento, degenerando después en un escepticismo radical,⁴² que

³⁹ Sobre este tema con más detenimiento T. ALISTE SANTOS, *Búsqueda de la verdad y necesidad de motivación: elementos clave para una teoría general de la justificación de las resoluciones judiciales*, «Jueces para la Democracia», n° 73, 2012, pp. 31 y 32.

⁴⁰ Vid. M. MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles*, vol. 1, ed. *Homo Legens*, Madrid, 2011, pp. 638 y 639.

⁴¹ Vid. O. CHASE, *Derecho, cultura y ritual*, trad. esp., Madrid, 2011, p. 141.

⁴² J. LLOBELL TUSET, *La sentencia canónica en las causas de nulidad matrimonial*, «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 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”.

fomentó el florecimiento posterior del agnosticismo religioso y el relativismo moral. Tratándose ambos de signos evidentes identificativos del fenómeno que el cardenal Herranz ha denominado como «utopía agnóstica de un ordenamiento democrático sin verdades objetivas».⁴³ Un ordenamiento así concebido termina pronto degenerando porque «la «racionalidad» del Derecho ya no aparece vinculada a la correspondencia de las normas a la verdad y a los valores objetivos, que el Derecho debería en cambio tutelar para ordenar rectamente los comportamientos sociales y evitar el progresivo desarrollo de una sociedad salvaje».⁴⁴

En nuestro derecho procesal actual el reflejo de dicha crisis de racionalidad, promovida por la corriente «antijuridicista» de fondo y raíz protestante, viene constatándose a través de la progresiva eficacia de convicciones privatistas del proceso, que el legislador ha ido haciendo suyas exaltando una serie de procedimientos alternativos a la jurisdicción. Se trata del conocido fenómeno de los ADR (siglas en inglés de la expresión *alternative dispute resolution*). Estas alternativas responden a una «cultura de la paz», de naturaleza democrática y consensualista, en contraposición a la denominada «cultura del conflicto», caracterizada por una naturaleza decisoria y autoritativa, que sería la informadora de las decisiones judiciales a las que conduce el proceso jurisdiccional ordenado a la búsqueda de la verdad para satisfacer la justicia en cada caso.

El arbitraje, la negociación y la mediación constituyen las alternativas más importantes al proceso jurisdiccional y al fin de búsqueda de la verdad que secularmente ha dominado al proceso. El desarrollo de estos ADR, sobre todo la mediación,⁴⁵ es ilustrativo de la eficacia que las convicciones «antijuridicistas» de corte protestante están ejerciendo en ordenamientos procesales de *civil law*, como el español, históricamente fruto del derecho procesal romano-canónico. En este contexto, la concepción del proceso como un medio de solucionar conflictos, y no como instrumento de búsqueda de la verdad para realizar la justicia, introduce un peligroso germen de relativización en los sistemas procesales occidentales, promoviendo que el orden público garantizado por la jurisdicción de los Estados occidentales pueda ser cuestionado. Por eso, algunos derechos confesionales, como el derecho islámico, basados en presupuestos teológicos y epistemológicos radicalmente

⁴³ Vid. J. HERRANZ, *Sobre la renovación y eficacia del derecho canónico*, «Ius Canonicum», xxxiii, n° 66, 1993, p. 454 y ss.

⁴⁴ Vid. *Idem*, p. 457.

⁴⁵ Vid. en el caso español, la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Pero los entusiastas de la mediación no sólo se conforma con restringir sus efectos al derecho privado, sino que desde hace años se esfuerzan por ampliar su campo de acción a áreas de derecho público tradicionalmente sin margen al principio dispositivo. En este sentido, no extraña nada la abundancia de estudios sobre mediación penal.

distintos a los propios de la racionalidad inspiradora del derecho canónico,⁴⁶ han encontrado una nueva vía de penetración en el derecho procesal estatal de los sistemas de *civil law* y *common law* contemporáneos, precisamente a través de las pretensiones dirigidas a lograr la eficacia procesal de actos con relevancia jurídica en el seno de las respectivas confesiones a los que se desea también dar validez como actos desde la perspectiva de su reconocimiento en calidad de actos procesales o *cuasi-procesales* del derecho procesal estatal. De este modo, en coherencia con la tesis que entiende el proceso como un mero medio de solución de conflictos, se produce una crisis de racionalidad de los sistemas procesales occidentales, que desde luego conduce a la huida de la jurisdicción en beneficio de un paradigma voluntarista de resolución de conflictos verdaderamente corrosivo de la racionalidad procesal que secularmente ha informado a los sistemas de *civil law* y *common law*.

2. 2. *Valor perenne del derecho procesal canónico en la búsqueda de la verdad y su eficacia epistemológica en los sistemas procesales contemporáneos de 'civil law y common law'*

La promoción desaforada de las alternativas a la jurisdicción se hace de forma más o menos consciente por sus propagandistas, asumiendo que tanto el proceso como los ADR se fundamentan en un mismo fin: resolver el conflicto. Y esto no está tan claro como obstinadamente los teóricos de los ADR se empeñan en enseñar al resto cuando exaltan la eficiencia de los *benéficos* ADR en contraposición al *ominoso* proceso jurisdiccional. Decir que el proceso jurisdiccional pertenece a la «cultura del conflicto» y los ADR a

⁴⁶ Estamos, pues, ante un problema complejo, cuya solución puede y debe plantearse en el debate general entre fe y razón, del cual resulta un ejemplo destacado el discurso que Su Santidad Benedicto XVI ofreció en la Universidad de Ratisbona el 12 de septiembre de 2006 (vid. BENEDICTO XVI, *Discurso del Santo Padre en la Universidad de Ratisbona*, 12 de septiembre de 2006, en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg_sp.html). Allí el papa recordó el célebre diálogo entre el emperador Manuel II Paleólogo y un sabio persa sobre la verdad en el cristianismo y en el islam, en el cual el emperador recordó que «no actuar según la razón, no actuar con el *logos* es contrario a la naturaleza de Dios». La radical diferenciación entre el islam y el cristianismo puede comprenderse partiendo de esta sentencia. Según la teología católica Dios, por naturaleza, actúa siempre con razón (como recoge L. OTT, *Manual de Teología Dogmática*, trad. esp., 7ª ed., 2º reimpr, Frigurgo, 1965, p. 74, es artículo de fe que Dios posee una inteligencia infinita. Por ello, «como en Dios se identifica el sujeto cognoscente, el objeto del conocimiento y el acto cognoscitivo, es conclusión lógica que Dios es la absoluta verdad lógica. De ahí que Dios no pueda en modo alguno incurrir en error»). Y, por ello, se concluye que no actuar conforme a razón es contrario a Dios. Por el contrario, como expone el papa, en el islam se asume que «Dios es absolutamente trascendente. Su voluntad no está vinculada a ninguna de nuestras categorías, ni siquiera a la de la racionalidad».

la «cultura de la paz», evidencia el cinismo académico de aquellos que de forma oportunista loan y cantan al afán destructor de la verdad pautado por los corifeos postmodernos. Como expresa Nieva Fenoll, «este planteamiento, profundamente maniqueísta, es completamente falso. El proceso jurisdiccional es el medio ideal, desde cualquier punto de vista, para examinar los argumentos y pruebas de los contendientes, dándole su derecho a quien realmente lo tiene. Es decir, haciendo justicia».⁴⁷ Sencillamente, el proceso pierde su sentido si no se concibe como instrumento epistemológico abierto a la búsqueda de la verdad. De ahí precisamente la importancia que tiene la *quaestio facti* en el proceso, y la averiguación con una «certeza» lo más rigurosamente posible de los hechos que afirman las partes. De ahí que Damaška recuerde que «la precisión en la determinación de los hechos constituye una condición previa de una decisión justa».⁴⁸ La verdad se convierte en condición necesaria de toda decisión judicial que quiera ser justa. De ahí, en definitiva, que no podamos concebir la verdad como un valor más en el proceso sino como un valor fundamental y, en consecuencia, esto quiere decir, como afirma Taruffo, que «la realización de este valor debería prevalecer sobre la satisfacción de intereses o sobre la realización de valores que no sean igualmente fundamentales, o que no sean fundamentales en absoluto».⁴⁹

Así las cosas, el problema surge precisamente cuando la satisfacción de la verdad como valor fundamental del proceso entra en contradicción con otros valores fundamentales desde la perspectiva procesal, como las reglas de exclusión de pruebas (por su ilicitud, por ejemplo), la validez de presunciones *iuris tantum*, los principios de preclusión de actuaciones, y las reglas que determinan la duración del proceso (caducidad de la instancia). En ese sentido, no deja de ser cierto que la verdad procesalmente obtenida es una verdad contextual, resultado de la superación de toda una serie de obstáculos procesales (reglas anti-epistémicas y de limitación temporal de actuaciones), que obedecen a la necesidad de dictar una decisión de fondo. Y, sin embargo, esos obstáculos en absoluto significan que la decisión judicial determine una «verdad procesal» sin correspondencia con la realidad histórica de los hechos. Por todo ello, los esfuerzos de los procesalistas se han centrado en averiguar si existe un criterio epistemológico óptimo para satisfacer la exigencia de decisiones judiciales verdaderas y, por ello, justas. La doctrina procesal secular ha desarrollado diversos conceptos, destacando fundamentalmente aquellos que provienen del sistema de *common law*, como la «prior

⁴⁷ Vid. J. NIEVA FENOLL, *Derecho procesal I. Introducción*, Madrid, 2014, p. 23.

⁴⁸ M. DAMAŠKA, *Truth in Adjudication*, «Hastings Law Journal», 49, 1998, p. 289.

⁴⁹ M. TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, 2009, p. 420.

probability», la «*preponderance evidence*» y la «*beyond a reasonable doubt*», tratando de orientar, así, el proceso hacia la verdad comprendida como probabilidad, bien lógica o bien cuantitativa, de que los hechos hayan sucedido. Sin embargo, el resultado de dichos criterios no conduce siempre a la obtención de una certeza suficiente sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, porque una cosa es que los hechos sean probables y otra que sean ciertos.⁵⁰ De ahí que en los sistemas procesales seculares haya cundido un profundo «pesimismo gnoseológico» sobre la posibilidad de conseguir dicha verdad a través del proceso. Y ese pesimismo gnoseológico se ha visto reforzado por las actitudes «antijuridicistas» de las que antes hablamos, abonadas por el profundo escepticismo relativista de la postmodernidad y de la modernidad líquida. Todo ello permite explicar tanto el entusiasmo de muchos por los métodos alternativos extrajudiciales de solución de conflictos, como una actitud hostil hacia la posibilidad de encontrar la verdad en el proceso.

No obstante, desde hace siglos, la Iglesia ha desarrollado un preciso criterio procesal que satisface la posibilidad de llegar a conocer la verdad a través del proceso: «la certeza moral».⁵¹ Gracias al derecho procesal canónico de la Iglesia católica tenemos, pues, una guía adecuada para determinar con éxito la suficiencia del material probatorio atendiendo a la verdad como fin ordenador del proceso. Sintéticamente, a través del concepto de «certeza moral» el juez, cuando procede a motivar *coram proprio iudice* (hacia sí mismo) sobre los elementos que integran la *quaestio facti*, tiene un preciso criterio de razonamiento objetivo a su disposición para averiguar si su juicio resulta o no fundado. La Iglesia recoge el criterio de certeza moral en el c. 1608 del Código de Derecho Canónico (en adelante, CIC), aunque dicho concepto hunde sus raíces en la tradición del viejo derecho canónico.⁵² Se trata de un instrumento que, bien empleado, permite articular un juicio objetivo sobre los hechos sin sombra alguna de subjetividad judicial. En este sentido, la certeza moral debe permitir que se forme la convicción judicial sobre los hechos satisfaciendo una doble dimensión subjetiva y objetiva. La certeza

⁵⁰ Vid. M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. esp., 2ª ed., Madrid, 2005, pp. 210 y 211; J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010, p.135; T. ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, 2011, pp. 307 y ss.

⁵¹ Vid. sobre este concepto J. LLOBELL TUSET, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985; J. ACEBAL, *Comentario al canon 1608*, en VVAA, *Código de derecho canónico, edición bilingüe comentada*, Madrid, 1986; Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, «Ius Ecclesiae», núm. 9, 1997, pp. 417-450; J. LLOBELL TUSET, *La certezza morale nel processo canonico*, «Il Diritto Ecclesiastico», 109/1, 1998, pp. 758-802, ID., *La sentenza canonica en las causas de nulidad matrimonial*, «Ius Canonicum», vol. XXIX, núm. 57, pp. 159 y 160.

⁵² Vid. Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, «Ius Ecclesiae», núm. 9, 1997, p. 424.

moral es subjetiva, a tenor del c. 1608 §1 y §3 CIC, en tanto que el juez debe superar siempre la cuasi-certeza, la probabilidad de mantener dudas razonables en su motivación *coram proprio iudice*, excluyendo, de este modo, la probabilidad de errar (y, por ello, la certeza moral canónica va más allá de la *beyond a reasonable doubt*), aunque no la pura posibilidad del error (no es una certeza absoluta).⁵³ Y todo ello, atendiendo a la propia conciencia del juez, entendida como criterio de libre valoración de prueba, respetando la eficacia de las reglas sobre prueba tasada, a tenor del c. 1608 §3 CIC. Pero esa certeza moral subjetiva sólo puede formarse una vez se ha obtenido la certeza moral objetiva, a partir de la fuente segura de lo actuado y probado en el proceso, según el c. 1608 §2 CIC. Es decir, la certeza moral obtenida conforme este proceder no obedece a motivos arcanos albergados en la conciencia del juez, sino que se construye sobre la base segura de lo actuado y probado en el proceso (*ex actis et probatis*). Se da, de este modo, un paso más allá de lo alegado y probado por las partes en el proceso, porque el c. 1608 §2 CIC no restringe el análisis judicial del debate procesal a lo alegado y probado por las partes, sino que también incorpora el conjunto de lo actuado en el proceso, permitiendo, por ello, una saludable capacidad de iniciativa *ex officio iudicis*, que contribuye a despejar cualquier duda sobre la verdad albergada por el juez antes de cerrar el debate procesal.

Por último, fijémonos que la «certeza moral» obtenida en el proceso conduce a una decisión judicial que alberga en su seno la «verdad procesal» sobre la existencia de los hechos. «Verdad procesal» que trata de satisfacer la verdad objetiva. Y, por ello, la decisión judicial adquiere la condición de «cosa juzgada». Naturalmente, la «cosa juzgada» impide cuestionar la verdad procesalmente obtenida, pero en casos de manifiesta injusticia, no cierra la vía procesal a la búsqueda de la verdad, porque hacerlo de otro modo supondría entender la imposibilidad de errar en la obtención de dicha verdad objetiva en cualquier caso, tema por otro lado difícil de aceptar dada la fiabilidad humana, y de ahí también la prudencia canónica en el entendimiento de dicha institución, fijando su límite de contención el c. 1643 CIC respecto a la imposibilidad de cosa juzgada en las causas sobre el estado de las personas. Por eso, la Iglesia recuerda que lo único que excluye la «certeza moral» es la mera probabilidad de errar, pero no su posibilidad en absoluto (que sólo po-

⁵³ En este sentido, el art. 12 de la *Ratio Procedenti* del m. p. *Mitis iudex Dominus Iesus e Mitis et misericors Iesus*, 15.VIII.2015, que ha contribuido a una mayor claridad en la codificación del concepto certeza moral, al señalar lo siguiente: «Para la certeza moral necesaria conforme a derecho no basta el peso prevalente de las pruebas y de los indicios, sino que se requiere también que se excluya cualquier prudente duda positiva de error, tanto en cuanto al derecho como en cuanto a los hechos, aunque no quede eliminada la mera posibilidad de lo contrario».

dría excluirse a través de una «certeza absoluta».⁵⁴ Por ello, el derecho procesal canónico asumió desde antiguo una institución procesal de derecho romano -la *restitutione in integrum*- para tratar de restaurar la verdad en caso de dictarse una decisión claramente injusta en tanto que contraria a la verdad objetiva revelada por un adecuado conocimiento de los hechos. El derecho procesal canónico contemporáneo acoge esta institución a través del c. 1645 § 2 CIC, en el que se articulan los motivos de *restitutione in integrum* al servicio de la verdad y de la justicia del caso, y cuya recepción, *mutatis mutandis*, y de forma muy distorsionada, permite comprender los procesos de nulidad y rescisión de la cosa juzgada de los sistemas de *civil law* (v.gr. procesos de revisión) y *common law* (v. gr. *collateral attack*).

Por ello, sin duda, el derecho procesal canónico contemporáneo sigue ejerciendo un constante influjo en los sistemas procesales temporales ofreciendo elementos para satisfacer una «verdad procesal» en correspondencia a la verdad objetiva, y ejerce, por tanto, eficacia de primer orden sobre los mismos desde la perspectiva epistemológica que informa la búsqueda de la verdad como fin del proceso.

⁵⁴ Vid. Pío XII, «Discurso alla Rota Romana», 1 de octubre de 1942, y JUAN PABLO II, «Discurso alla Rota Romana», en F. BERSINI, *Discorsi del Papa alla Rota*, Città del Vaticano, 1986, n. 25, n 407.