

OBSERVACIONES SOBRE LA PRUEBA EN DERECHO CIVIL FRANCÉS: POR UNA REFORMA LEGISLATIVA EN PROFUNDIDAD

Didier Guével¹

RESUMEN:

En Francia, en lo que respecta a la carga de la prueba, a pesar que el juez haya obtenido verdaderos poderes de investigación, el procedimiento sigue siendo, en principio, de tipo acusatorio. Salvo presunciones legales o jurisprudenciales, es el demandante quien tiene que aportar la prueba de los hechos y realizar los actos necesarios para sustentar sus pretensiones.

Asimismo, es importante señalar que el juez no puede servirse de informaciones que hubiera obtenido en el ámbito privado. Y por último que el respeto del principio de contradicción, es fundamental en nuestro derecho, lo cual no es será tratado aquí por más que su importancia sea sabida de todos.

PALABRAS CLAVE:

Derecho Civil, Modos de Prueba, Reforma Legislativa en Francia.

ABSTRACT:

In France, in regard to the burden of proof, although the judge has obtained real powers of investigation, the procedure remains in principle of adversarial. Unless legal or jurisprudential assumptions, it is the plaintiff who must prove the facts and take the steps necessary to support their claims.

It is also important to note that the judge can not use information that had been obtained in the private sphere. And finally the principle of contradiction, is fundamental to our right, which is not covered here will be more that its importance is known to all.

DESCRIPTORS:

Civil law, Test Modes, Legislative Reform in France.

¹Profesor de derecho privado y ciencias criminales en la Universidad Paris 13, Sorbona Paris cité, Miembro del IRDA de Paris 13 (EA 3970), Ex Director de la Maestría de investigación en Derecho comercial de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales, Ex director del departamento de derecho de la Universidad del Havre, Miembro asociado del LexFEIM el Havre (EA 1013), Co-director de los Cahiers de Droit des Affaires.

Aquel que no puede probar un derecho subjetivo queda finalmente en la misma situación que el que no lo tiene.
(*Idem est non esse et non probari* ²).

Las presentes reflexiones no versan sobre la totalidad de los problemas probatorios en derecho francés. Sería demasiado ambicioso. Nuestros propósitos se limitan **al derecho civil** (y excepcionalmente una mención comercial).

Además, se tratan únicamente de los **modos de prueba** y no, por ejemplo, el aspecto de la carga de la prueba³. En lo que respecta a la carga de la prueba, a pesar que el juez haya obtenido verdaderos poderes de investigación⁴, el procedimiento sigue siendo, en principio, de tipo acusatorio. Salvo presunciones legales o jurisprudenciales⁵, es el demandante quien tiene que aportar la prueba de los hechos y realizar los actos necesarios para sustentar sus pretensiones⁶, y correlativamente corresponde a la defensa probar sus propias afirmaciones. Es importante agregar que los hechos se demuestran a través de la prueba de los actos del adversario (escrito, principio de prueba escrita, confesión) o a través de la prueba de hechos exteriores (indicios...), pero nunca pueden, normalmente, emanar del demandante mismo⁷, pues y nadie puede, en principio, constituirse a sí mismo como prueba. Asimismo, es importante señalar que el juez no puede servirse de informaciones que hubiera obtenido en el ámbito privado⁸. Y por

² V. H. Roland y L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, n° 152

³ Que está sometida a regla del artículo 9 del Código de procedimiento civil.

⁴ Art. 10 de Código de procedimiento civil.

⁵ Art. 1350 y sgts. del Código Civil. Estos supuestos, porque atañen a la carga de la prueba más que su a modo, no serán evocados aquí.

⁶ Art. 9 del Código de procedimiento civil.

⁷ Art. 1331 del Código civil ; Cas. civ. 1^{ra}, 2 abril 1996 : *Bull. civ. I*, n° 170

⁸ Ver por ejemplo, Cass. com., 6 juill. 1949 : *Bull. civ. III*, n° 273 ; Cass. civ. 2^{ème}, 25 février 1976 : *Bull. civ. II*, n° 67 ; Cass. com. 29 mai 1990 : *Bull. civ. IV*, n° 157, *D.* 1990, IR, 161

último que el respeto del principio de contradicción, es fundamental en nuestro derecho, lo cual no es será tratado aquí por más que su importancia sea sabida de todos.

Nos limitaremos entonces principalmente a las reglas contenidas en **el Código civil**⁹ y a su interpretación jurisprudencial¹⁰. Tratándose de la prueba judicial, se podría considerar lógico que concierna sólo a un código de procedimiento. El hecho de que las reglas estén contenidas en el Código Civil les da un peso particular y un largo alcance. Nos referimos aquí a los principios generales del Código civil francés que tiende, en realidad, a contener las reglas fundamentales de la vida de los particulares.

Incluso, dentro del Código civil, nos concentraremos solamente en las disposiciones contenidas en los artículos **1316 (y sobre todo 1341) a 1369** (la gran mayoría de las disposiciones probatorias del Código civil), aunque podríamos evocar otros artículos del mismo código. El artículo 1282 del Código civil prevé de este modo, por ejemplo, que *“la entrega voluntaria del título original firmado por el acreedor al deudor, certifica la liberación”*. En este conjunto de textos, existen disposiciones no específicamente probatorias que no analizaremos¹¹.

Por supuesto, nuestra exposición será general; para un estudio exhaustivo, es necesario reintroducir los **numerosos textos especiales** que, para tal o tal contrato, o en determinada circunstancia, exigen modalidades probatorias particulares que se apartan las disposiciones de los artículos generales antes citados.

⁹ Podemos lamentar, así mismo, que las disposiciones del Código civil y las del Código de procedimiento civil no son hayan sido armonizadas en la materia.

¹⁰ Sólo citamos aquí ejemplos o la primera decisión del tipo.

¹¹ Por ejemplo, tratándose de la confirmación de los actos nulos : art. 1338 a 1340

En fin, no se busca en este estudio realizar un análisis enciclopédico de los artículos 1316 y sgts., sino más bien de hacer **un paseo** por el laberinto de estos textos (únicamente cuando conciernen a los modos de prueba¹²) donde el jurista, al azar de su vagabundeo pueda, aquí o allá, lamentar tal o cual callejón sin salida, apreciar tal o cual flor retórica o asombrarse frente a las conexiones entre las ramas de los árboles jurídicos...

Solamente la prueba **en justicia** será tratada. Es cierto que la noción de justicia es hoy en día más incierta que otras veces, principalmente en razón de la presencia de “autoridades administrativas independientes” que realizan, entre otras misiones, una obra particular de justicia.

Solamente **la prueba de los actos** será tratada y no la de los hecho que queda libre¹³ (incluso si antes se les llamó a los actos “hechos jurídicos” y a los hechos “hechos puros y simples”).

Los jueces de fondo son soberanos para apreciar los elementos de prueba que les son presentados; es cierto para el principio de prueba escrita¹⁴, para la apreciación de la durabilidad y la fidelidad de una copia¹⁵ en la aceptación de la prueba comercial¹⁶, para la apreciación de la imposibilidad de procurarse un escrito¹⁷, para la apreciación

¹² No los evocamos todos aquí : de este modo no tratamos el caso de los art. 1325 y 1326 que contienen no obstante reglas probatorias; el artículo 1325 del Código civil impone la formalidad del doble original para los contratos sinalagmáticos; el artículo 1326 del Código civil trata las menciones que debe de contener un compromiso de paga, una promesa unilateral de retribución de una suma de dinero o de entrega de un bien fungible; del mismo modo, no retomamos aquí el tema del establecimiento de la fechas de los actos, tratado en el artículo 1328.

¹³ Los hechos y los casi-contratos : art. 1348, al. 1^{ero}, del Código civil.

¹⁴ Cass. req. 16 mars 1881 : *DP* 1882, II, 373, *S.* 1881, I, 311

¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000 : *Bull. civ.* I, n° 164 ; *JCP E* 2000, p. 1260 ; *JCP G* 2001, II, 10505 (2e esp.), nota F. Nizard

¹⁶ Cass. com., 9 déc. 1980 : *Bull. civ.* IV, n° 418

¹⁷ Cass. req. 27 mars 1907 : *DP* 1909, I, 188, *S.* 1907, I, 209, nota G. Lyon-Caen, *DP* 1909, I, 188

realizada por el juez de fondo sobre el alcance exacto de los indicios¹⁸, para apreciar un informe de peritaje¹⁹, puesto que la decisión de recurrir al derecho supletorio es posibilidad discrecional, el juez aprecia de manera soberana la oportunidad de utilizar o no este procedimiento²⁰... La Corte de casación se contenta entonces aquí, la mayor parte del tiempo, con efectuar un control *a mínima*.

Así mismo, es necesario recordar que el contrato puede modificar el régimen legal civil de la prueba, lo que disminuye singularmente su alcance. Se admite, desde hace mucho, que las reglas probatorias de Código civil **no son de orden público** (las partes pueden renunciar²¹ y los convenios relativos a la prueba son permitidos²²).

Dos problemas son planteados: cuál es la lista de elementos probatorios admitidos y cuál es su clasificación. Sobre este último punto, es necesario distinguir las pruebas denominadas perfectas, de las otras... e interrogarse sobre la medida en la que una prueba perfecta pueda enervar otra prueba perfecta.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Podemos decir, simplificando, que en derecho romano (ley de las XII tablas) y en la tradición germánica (“testigos sobrepujan cartas”), la prueba jurídica era libre. Muy pocas personas sabían escribir; el juramento y su sanción divina podían bastar para garantizar una cierta honestidad en la prueba²³. Hasta 1566, la prueba era libre, tanto en la

¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1966 : *Bull. civ.* I, n° 292

¹⁹ Cass. com. 15 mars 1982 : *JCP* 1982, IV, 194, *Bull. civ.* IV, n° 99

²⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 8 févr. 1956 : *JCP G* 1956, IV, 42

²¹ Cass. civ., 5 nov. 1952 : *Bull. civ.* I, n° 286

²² Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 1989, 2 esp. : *Bull. civ.* I, n° 342 ; *JCP G* 1990, IV, p. 3 ; *ibid.*, II, 21576, obs. G. Virassamy ; *D.* 1989, IR. 299 ; *D.* 1990, jurispr. p. 369, note Ch. Gavaldà ; *ibid.*, somm. p. 327, obs. J. Huet ; *D.* 1991, somm. p. 38, obs. Vasseur

²³ Ph. Malinvaud, *L'impossibilité de la preuve écrite*, *JCP G* 1972, I, 2468, n° 1, nota 1

tradición del derecho romano (ley de las XII tablas) cómo en la de las costumbre germánicas (“testigos sobrepujan cartas”). Durante la Edad media, hasta el siglo XVI, la libertad probatoria podía aplicarse (según la máxima “testigos sobrepujan cartas”). Será la ordenanza de Moulins de 1556 que, al unificar el procedimiento judicial, impondrá la prueba escrita. Será la ordenanza de Moulins que derogó esta costumbre, invocando los abusos que esta práctica podía engendrar. El artículo 54 es claro al respecto: *“ordenemos que a partir de ahora, para todas las cosas que excedan la suma o el valor de cien libras pagadas en una sola vez, se tendrán que pasar contratos frente a notarios y testigos, por los cuales contratos solamente será hecha y recibida toda prueba de dichas materias, sin recibir ninguna otra prueba de testigos en lo que respecta al contenido de los contratos, ni sobre lo que se habría acordado antes de éste, durante o después; en esto, pretendemos reconocer los convenios particulares y otros hechos por las partes con sus firmas, sellos y firmas privadas”*. La máxima quedaba invertida y se convertía en “cartas sobrepujan testigos”²⁴.

La ordenanza de Saint-Germain-en-Laye, de 1667, había consagrado definitivamente la regla al dividirla (artículo II: *“Serán pasadas frente a notarios o bajo firma privada, todas cosas excediendo la suma o el valor de cien libras, incluso los depósitos voluntarios, et ninguna prueba por testigo será recibida contra el contenido de los actos, ni sobre lo que se hubiere dicho antes, durante o después de los actos, incluso si se tratase de una suma o valor inferior a cien libras”*).

El Código civil de 1804 fijaba a 150 francos de la época la suma más allá de la cual el escrito era obligatorio. El tope obligatorio que hace el escrito obligatorio no ha cesado de aumentar.

²⁴ Para mayor información ver V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du Droit français*, Litec, n° 189
340

La llegada del escrito electrónico o numérico en 2000²⁵ fue una verdadera revolución. El escrito numérico, al inicio reconocido por los tribunales como un principio de prueba escrita, ha sido poco a poco consagrado legalmente como verdadero escrito²⁶. Se ha permitido también de levantar una acta auténtica con un soporte electrónico²⁷.

II. LAS PRUEBAS DENOMINADAS PERFECTAS

EL ESCRITO

El escrito fue durante mucho tiempo una hoja de papel llena de palabras. Hoy en día, en virtud del artículo 1316 del Código civil, se trata de una *“sucesión de letras, caracteres, de números u otros signos y símbolos dotados de significación inteligible, cualquiera que sea su soporte o la modalidad de transmisión”*. Es decir, como lo indican los artículos 1316-1 y 1316-3 (parcialmente redundantes) que en derecho francés *“el escrito bajo forma electrónica”* o **“escrito sobre soporte electrónico”**²⁸ es admitido como modo de prueba *“del mismo modo que el escrito sobre soporte papel”* y *“tiene la misma fuerza probatoria”* que él.

El derecho civil francés, como tantos otros, sigue distinguiendo **el acto auténtico** (incluido el electrónico)²⁹, recibido por un oficial público (principalmente un notario), que hace fe hasta que no sea tachado de falsedad todo lo que está afirmado en él y lo que el oficial público haya podido constatar por sí mismo,³⁰ y el acto bajo firma privada³¹.

²⁵ Ley n° 200-230 del 13 de marzo 2000.

²⁶ Art. 1316-1 y sgts. del Código civil.

²⁷ Art. 1317, al. 2, del Código civil.

²⁸ El legislador usa dos fórmulas, cosa que es sin duda lamentable; así mismo, el término de *“electrónica”* es ya desde varios años obsoleto; diríamos hoy en día *“digital”*.

²⁹ Art. 1317 y sgts. del Código civil.

³⁰ Cass. civ. 1^{ère} 26 mai 1964 : *JCP* 1964, II, 13758, note R. L.

³¹ Art. 1322 y sgts. del Código civil.

En una sección consagrada a la prueba testimonial el Código civil en su artículo 1341 dispone que es necesario levantar actas escritas para todas las cosas que excedan una suma fijada por decreto (actualmente: 1 500 €³²) y que la prueba dada por testigos no puede ser recibida contra un escrito incluso cuando se trate de una suma de valor inferior. Ciertos modos de pruebas pueden ser rechazados si se consideran desleales³³. De este modo, por ejemplo, la jurisprudencia estima que las escuchas telefónicas, las tomas de vistas, los seguimientos de asalariados en el seno de su empresa son ilícitos, si el procedimiento de vigilancia es clandestino y realizado a espaldas de sus encargados³⁴. Pero no parece que la **denuncia** pueda ser considerada como un medio anormal de procurarse una prueba³⁵.

Pronto se ha percibido que los mecanismos probatorios, cuyo rigor era necesario para acabar con los errores del pasado, tenían a partir de ahora, que flexibilizares. No se podía correr el riesgo de reemplazar la iniquidad divinadora por la injusticia de una exigencia formal exacerbada.

LA CONFESIÓN

En este caso se trata de los artículo 1354 y siguientes del Código civil que rigen la confesión civil.

EL JURAMENTO DECISORIO

Se trata de un juramento-afirmación y no de un juramento-promesa. La prueba por juramento es presentada en el Código civil en los artículos

³² Decreto n° 2004-836 del 20 de agosto 2004

³³ Art. 9 del Código de procedimiento civil y artículo 6-1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³⁴ Ver por ejemplo, Cass. soc., 20 nov. 1991 : *Bull. civ.* V, n° 519 ; *D.* 1991, IR, 294 ; *D.* 1992, jurispr. p. 73, concl. Y. Chauvy, *RTD civ.* 1992, 365, obs. J. Hauser et, 418, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. civ. 2^{ème} 7 octobre 2004 : *JCP* 2005, II, 10025, note N. Léger, *D.* 2005, p. 122, note Ph. Bonfils, *RTD civ.* 2005, p. 135, obs. J. Mestre y B. Fages

³⁵ V. L. Gamet, *Le Whistleblowing* (ou le salarié mouchard), *Bull. Joly Sociétés* 2006, n. 66, p. 307, 342

1357 a 1369. El juramento-afirmación no debería, en principio, ser admitido en justicia puesto que constituye la afirmación hecha por una parte de un hecho apoyándose en su percepción y que le es favorable (inversamente a la confesión). Pero el aspecto religioso subyacente, las sanciones del falso-juramento y sobre todo la solemnidad requerida tienen por objetivo de aniquilar este vicio inicial. El requisito común mínimo, es de toda evidencia la utilización de la expresión “lo juro” (o “juro”) enunciada en voz alta o escrito en caso de mutismo patológico. El juramento tiene que comprender necesariamente, además de la formula solemne, la exposición de los hechos³⁶. El contenido de los hechos expuestos en el juramento tiene que ser conforme a la pregunta realizada: no hay juramento si la parte citada jura una cosa diferente a la pregunta que le es hecha. El falso juramento (que no tiene veracidad o sinceridad) no viene acompañado, en derecho positivo francés, de sanción divina. Pero la fuerza del juramento es aún concretizada hoy día por una sanción particular en caso de falsedad³⁷. El falso juramento es objeto de sanción penal³⁸. La expresión de un falso juramento constituye un delito penal³⁹.

Para el juramento decisorio propiamente dicho podemos, en un primer tiempo ceñirnos a la definición presentada en el artículo 1357, 1er párrafo del Código civil: se trata de un juramento “*que una parte defiere a la otra para hacer depender de este el fallo de la causa*”.

El juramento decisorio es ciertamente un procedimiento probatorio atípico, a la vez modo de prueba y técnica decisoria, contrato y procedimiento judicial. El juramento decisorio, es entonces una

³⁶ Art. 317, al. 2 del Código de procedimiento civil, para el juramento decisorio y 318 para el juramento supletorio.

³⁷ Ver A. Jouberteau, *Le faux serment en matière civile*, Thèse Rennes 1941

³⁸ Art. 434-13 y sobre todo 434-17 del Código penal.

³⁹ Art. 366 del Código penal.

institución mixta, contradictoria, a la vez para contractual y judicial (por su marco y su efecto extintivo del proceso).

Una parte decide solicitarle a la parte adversa de jurar que sus alegaciones son exactas. El juez después de un ejercicio de control, ordena el juramento. Si la parte a la que se le solicita la juramentación se niega a jurar, pierde el proceso⁴⁰. Si jura, lo gana. Si la parte a la que se le ha solicitado una juramentación (deferido) acepta de jurar que sus propósitos son exactos, gana el caso. De este modo, si esta jura que no le debe nada a aquel que pretende ser su acreedor, se considera establecida la prueba de la inexistencia de la deuda. Existe una tercera vía: el *relation ius jurandi* o recurso de urgencia; este proceso consiste en que la persona a la que se le solicitó juramentar inicialmente reenvíe, sin tomar parte, el juego procesal en el campo del demandante de juramento pidiéndole juramentar a su vez (referir). El demandante a quien se le solicitó de juramentar tiene una tercera vía. Hay entonces aquí una suerte de juego de azar (azar temperado por el conocimiento de la psicología del adversario). Se ha hablado en ocasiones de “ruleta rusa probatoria”... En este caso, si jura, será él quien ganará el caso y si no jura lo perderá⁴¹. Pero no existe tercera vía: el proceso se acaba ahí. Cuando la persona a quien se le ha solicitado jurar inicialmente (o a la persona que se le solicitó en segunda instancia) se niega a jurar, sucumbe (se dice que su rechazo equivalió a una confesión. El combate judicial cesa entonces desde el momento en que no se acepta de jurar, que sea por deferimiento o *relation ius jurandi*).

Sólo puede tratarse de un verdadero contrato si la parte, a quien el juramento podría serle deferido a la solicitud de su adversario, consintió en entrar en el juego procesal antes que el juez lo ordene. Teóricamente un verdadero convenio previo sobre el mecanismo mismo es necesario antes de su puesta en marcha. En lo absoluto, se debe de distinguir el

⁴⁰ Art. 1361 del Código civil.

⁴¹ Art. 1361 del Código civil.

contrato sobre la prueba, del juramento que emana de él. La persona a quien se le solicita una juramentación debe entonces de aceptar el procedimiento antes de someterse a él. Algunas decisiones van netamente en ese sentido⁴². De este modo el artículo 319 del Código de procedimiento civil indica en su primer alineado que “*la decisión que ordena la juramentación fija el día, la hora y el lugar donde este será recibido*”, lo que deja suponer un acuerdo previo de las partes sobre el mecanismo en general antes que el juramente mismo sea tomado. En la práctica, las soluciones no son siempre tan netas y hay cierta confusión entre el rechazo a entrar en el juego procesal de la juramentación y el rechazo de juramentar propiamente dicho.

Pero el juez debe de intervenir aquí también. Ciertamente en ningún caso el juez puede decidir de deferir de oficio una juramentación: tiene que ser una de las partes que se manifieste. El juez va no solamente a efectuar un control de regularidad, pero también, una suerte de control de oportunidad. Este último dispone, aquí también, de un poder soberano de apreciación de los hechos.

Los artículos 1359 y 1362 de Código civil exigen que el juramento porte sobre un suceso personal de la persona a la que le es deferido o a quien le es referido (el juramento “sólo puede ser deferido sobre un hecho personal de la parte a la que se le defiere”). No se puede jurar sobre lo que se cree verdadero pero sobre lo que sabemos verdadero.

Puesto que la solución del litigio debe de depender del hecho que será juramentado, el hecho en cuestión tiene que ser pertinente y concluyente (o “decisivo” y “relevante”); debe de ser de naturaleza a fundar definitivamente la solución.

⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1957 : *JCP G* 1958, IV, 2 ; *Bull. civ.* I, n° 449

Es cierto que, estadísticamente, la juramentación decisoria es utilizada a falta de medios disponibles. Pero no es una exigencia jurídica.

LAS TALLAS

El artículo 1333 del Código civil contienen una disposición anacrónica: *“ las tallas correlativas a sus muestras dan fe entre las personas que acostumbran constatar por este modo el material que hacen o reciben al detalle”*. Se trata aquí de las **dos ramas de manera** (una portada por el proveedor, otra por su cliente) que eran utilizadas antes como modo de prueba: para cada material se hacía un corte idéntico en las dos ramas...

III. LAS ATENUANTES AL PRINCIPIO DE LA PERFECCIÓN DE LA PRUEBA

LAS COPIAS

Según el artículo 1334 del Código civil, **si el original subsiste**, su representación en justicia puede ser solicitada. El artículo 1335 concierne en cuanto a ~~él~~, las copias y ejecutorias de actos auténticos. El artículo 1334 del Código civil plantea la hipótesis de la utilización de copias cuando el original subsiste. Se puede decir, simplificando, que el artículo 1335 prevé la utilización de copias cuando un original no existe. Hace falta una disposición en cuanto al valor eventual de las copias de los actos privados cuando el original ha desaparecido.

Si el original ha desaparecido, el segundo párrafo (agregado por la ley n° 80-525 del 12 de julio de 1980) del artículo 1348 del Código civil dispone que: las reglas que imponen en principio un escrito *“reciben también una excepción cuando una de las partes o el depositario no conservó el título original y presenta una copia que es la reproducción no solamente fiel pero durable de éste. Se considera durable toda reproducción indeleble del original que ocasione una modificación irreversible del soporte”*. La copia, bajo estas condiciones es entonces admitida como elemento de prueba.

Es claro que en 1980, el legislador tenía en mente las copias de tipo fotográficas (microfilmes, fotocopias...). Hoy en día los procedimientos de transposición (escaneos...) y de conservación (digitalización...) de un documento se han multiplicado. Si producimos un disquete, una llave USB, un CD, un DVD que contiene un documento digitalizado (susceptible de poder ser leído en una pantalla/o de ser impreso), aún estamos en presencia de una copia en el sentido del artículo 1348? La respuesta sólo podría ser positiva para los soportes considerados como irreversiblemente gravados.

La condición de **fidelidad** es esencial. Es importante comprender que sólo una fidelidad de fondo (y no de forma: se puede realizar una copia manuscrita de un acto escrito en un ordenador...) es requerida, lo que abre la puerta a la admisión de soportes digitales que no conservan necesariamente la presentación de origen (alteraciones gráficas...).

El artículo 1348 exige una reproducción **durable**. Durable no significa por suerte que no sea perecedero. El legislador consideró útil de precisar lo que había que entender por copia durable. Se indica en efecto que *“es considerada durable toda reproducción indeleble de la original que implique una modificación irreversible del soporte”*. La condición es entonces, en realidad, que la reproducción de la información sea indeleble e irreversible, no que sea intocable por la voluntad humana (incluso si es evidente que esta podría deteriorarse con el envejecimiento natural de su soporte⁴³ y que no se podrá excluir una manipulación).

EL PRINCIPIO DE PRUEBA ESCRITA

⁴³ Incluso el mármol se altera... y los CD lo hacen aún más rápidamente – parecería – que el papel, incluso cuando éste es de mala calidad...

Después de tres artículos que detallan las modalidades cuasi-procesales de la regla, el artículo 1347 establece en su párrafo primero lo siguiente: “*Las reglas anteriores son objeto de excepción cuando existe un principio de prueba escrita*“. Por lo tanto, resulta claro que el principio de prueba escrita constituye una derogación tanto de la obligación de preconstitución de prueba por escrito como de la producción de un escrito como prueba en contra de otro escrito⁴⁴.

La definición de principio de prueba por escrito es relativamente precisa. Para la Academia Francesa, el principio de prueba por escrito «*se refiere a aquello que hace suponer la veracidad de un hecho o de una promesa, sin por tanto presentar la prueba suficiente*»⁴⁵. El comienzo de prueba por escrito se define en el segundo párrafo del artículo 1347 del Código civil: “*todo acto por escrito, emanado de aquel contra quien la demanda ha sido formulada, o de aquel a quien representa, y que vuelve verosímil el hecho alegado*“. Se trata en realidad de todo documento que no puede tener valor jurídico de escrito, ya sea porque no ha sido establecido para este fin (por ejemplo una carta misiva), ya sea porque carece de valor jurídico (por irregular). En este segundo caso, puede tratarse, de una irregularidad de forma. No obstante, si la irregularidad concierne al derecho mismo y conduce a una nulidad de fondo, el documento producido no puede tener valor de comienzo de prueba por escrito, en todo caso para una nulidad de orden público.

No ha sido sino recientemente, con la llegada del escrito electrónico o digital (ley n° 200-230 del 13 marzo de 2000 ; art. 1316 a 1316-3 del Código civil) y con el aumento constante de la base financiera de exigencia del escrito, que el interés por el comienzo de prueba por escrito ha declinado correlativamente.

⁴⁴ Cass. civ. 3^{ème} 7 mai 1969 : *Bull. civ.* III, n° 356

⁴⁵ Dictionnaire de l'Académie française, 6^{ème} édit., tome 1^{er}, Paris, Firmin Didot, 1835, V° *Commencement*, p. 348

La jurisprudencia y la legislación no han cesado de ampliar el concepto. Partiendo de una definición inicial precisa, la del artículo 1347 y con una elección terminológica coherente, la jurisprudencia y la legislación han podido poco a poco entremezclar los conceptos al punto de que no solamente el principio de prueba por escrito tiene vínculos con la confesión sino que se aproxima frecuentemente al indicio.

La jurisprudencia comprendió muy tempranamente el interés que presentaba la noción de comienzo de prueba por escrito si ésta era entendida *lato sensu*. La extensión del concepto tiene su origen en la asimilación del principio de prueba por escrito como una semi-confesión. No obstante, resulta válido cuestionarse si no hubiese sido más lógico y preferible, para lograr esto, extender la noción de confesión (artículos 1354 y siguientes del Código civil) en lugar de la de comienzo de prueba por escrito... Es verdad que la noción de comienzo de confesión no existe en los textos (aún y cuando la confesión extrajudicial se le puede aproximar).

Normalmente, las alegaciones del litigante adverso no pueden bastar por sí solas (no más que su silencio), para ser evocadas a manera de comienzo de prueba por escrito cuando « *no están vinculadas o carecen de relación con un escrito* »⁴⁶. Solamente cuando la inacción del adversario o sus alegaciones son descritas en un documento es que se las pueden tomar en cuenta como comienzo de prueba por escrito⁴⁷. Vemos bien, en este punto, que la distancia con la confesión es muy frágil y que el principio de prueba por escrito puede, en ciertos casos, ser considerado como un tipo de semi-confesión, una confesión degradada que no constituiría una prueba perfecta. En la frontera del escrito y la confesión, la jurisprudencia ha podido admitir que las declaraciones de una persona realizadas delante de una autoridad y

⁴⁶ Cass. civ. 17 décembre 1867 : *DP* 1867, I, 486

⁴⁷ Cass. req. 18 janvier 1904 : *DP* 1904, I, 295, *S.* 1904, I, 128

consignadas por ésta última podían tener valor de comienzo de prueba por escrito, inclusive en ausencia de firma del declarante⁴⁸.

La acumulación de un comienzo de prueba por escrito, de un testimonio y de un indicio va a constituir una prueba del acto a demostrar y ya no su justa verosimilitud⁴⁹. De alguna manera, la suma de dos pruebas imperfectas va a equivaler a una prueba perfecta (así, nos reencontramos ligeramente, de manera atenuada, con la casuística del Derecho Antiguo que en su momento adicionó los cuartos y octavos de prueba...). En todo caso, resulta claro que el comienzo de prueba por escrito en materia civil, no puede ser suficiente en sí: debe ser completado⁵⁰. De manera bastante discutible se ha admitido que el comienzo de prueba por escrito y la mención considerada como extrínseca, figuren en el mismo soporte papel cuando son suficientemente dissociables, tal puede ser el caso cuando el principio de prueba por escrito es dactilografiado o impreso y que el indicio complementario es manuscrito⁵¹.

El artículo 198 del Código de procedimiento civil indica: *“ el juez puede deducir toda consecuencia de derecho de las declaraciones de las partes, de la ausencia o del rechazo a responder de una de ellas y asimilarlo a un comienzo de prueba por escrito »*. La ley n° 75-596 del 9 julio de 1975 consideró apropiado de retomar la regla en el Código civil adjuntando un tercer párrafo al artículo 1347 quedando su redacción de la siguiente manera: *“ Pueden ser consideradas por el juez como equivalentes a un comienzo de prueba por escrito las declaraciones hechas por una de las parte durante su comparecencia personal, su rechazo a responder o su ausencia en la comparecencia ”*.

⁴⁸ Cass. req. 3 avril 1864 : S. 1864, I, 215

⁴⁹ Cass. civ. 3^{ème} 29 février 1972 : Bull. civ. III, n° 143

⁵⁰ Cass. com. 30 janvier 1980 : Bull. civ. IV, n° 50, JCP 1980, IV, 147

⁵¹ Cass. com. 31 mai 1994 (2 arrêts) : Bull. civ. IV, n° 191 et n° 193, JCP 1994, IV, 1948, RTD civ. 1994, p. 903, n° 4, obs. M. Bandrac

LA PRUEBA COMERCIAL

El artículo 1341 del Código civil, después de haber establecido el principio de la exigencia del escrito, dispone en su segundo párrafo lo siguiente: « *Todo ello sin perjuicio de lo prescrito en las leyes relativas al comercio* ». El mundo del comercio es en principio, el de la libertad: libertad de comerciar⁵², libertad de establecerse ⁵³, libertad de circulación de mercancías, capitales y servicios⁵⁴, libertad de emprender⁵⁵ y libertad de competencia⁵⁶. Por lo que no es sorprendente que en presencia de un contencioso, la técnica jurídica haya sido contaminada por el espíritu de las reglas de fondo: el derecho de la prueba en justicia, en materia comercial, también se sitúa bajo el signo de la libertad.

Incluso después de la ordenanza de Moulins de 1566, la costumbre de aceptar libremente la prueba de testigos, por excepción, había continuado en las jurisdicciones consulares, consideradas entonces instancias que impartían una justicia equitativa.

Más allá de eso, hoy día se plantea la interrogante de la razón de ser de la división clásica que separa el derecho comercial y el derecho civil. Primeramente, la delicada resolución de situaciones mixtas muestra los límites de una presentación dicotómica. Pero sobretodo, se impone cada vez más un derecho de los negocios, cuyas fronteras se han renovado y ampliado en donde antes se aplicaba el derecho comercial. Las nociones de actividades económicas o profesionales, de profesional y de empresa tienden a sustituirse a las de actos de comercio, de

⁵² Decreto de Allarde del 2-17 marzo de 1791

⁵³ Art. 43 y sgts. (antes art. 52 y sgts.) del Tratado sobre la Unión Europea

⁵⁴ Art. 23 y siguientes (antiguos art. 9 y siguientes.), 56 y siguientes (antiguos art. 67 y 106) y 49 y siguientes. (Antiguo art. 59 y siguientes.) del Tratado sobre la Unión Europea.

⁵⁵ Art. 16 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea del 7 diciembre de 2000

⁵⁶ Art. L. 410-1 y siguientes del Código de comercio

comerciante y de fondos de comercio⁵⁷. Se ha podido así, proponer extender la libertad probatoria a todos los profesionales⁵⁸.

El Código de comercio de 1807 estableció en su artículo 109, el principio de la libertad de uso de la prueba testimonial para las compras y ventas. La jurisprudencia estimó muy rápidamente que el texto tenía un campo de aplicación general⁵⁹.

El artículo 1341 del Código civil, después de haber planteado los principios de una prueba civil enmarcada, se asegura de precisar en su segundo párrafo que estas reglas sean consideradas “*sin perjuicio de lo que está prescrito en las leyes relativas al comercio* “. En un elegante giro, el Código de comercio, por su parte, prevé un principio contrario, aunque prudentemente indica que « *sin perjuicio de lo dispuesto de otra manera por la ley* ». El texto fundador en materia de prueba comercial es el artículo 109 del Código de comercio de 1807. Desde la codificación realizada por la ordenanza n° 2000-912 del 18 de septiembre de 2000, el texto de referencia en materia de prueba comercial pasó de la posición 109 a la 3 dentro del código (art. L. 110-3). Una promoción tal no es insignificante. Este cambio le quita a la prueba comercial su carcasa jurisdiccional para otorgarle un valor más general.

Un error cometido al momento de la reforma en 1980⁶⁰ limita hoy día este principio de libertad. Dos criterios (subjetivo y objetivo) deben de ser reunidos. Fue tan sólo recientemente que el legislador cambió el sentido general de la regla, pero la paradoja reside en el hecho de que lo hizo involuntariamente. La ley n° 80-525 del 12 julio de 1980, buscando modernizar el texto, le dio finalmente una dimensión más

⁵⁷ Ver por ejemplo D. Guével, *Droit du commerce et des affaires*, Coll. Systèmes, LGDJ, 3^{ème} éd. 2007, n° 145 à 180

⁵⁸ Y. Guyon, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, t. I : Économica, 11^{ème} éd. 2001, n° 78, p. 72

⁵⁹ Cass. civ., 17 mai 1892 : DP 1892, I, 603

⁶⁰ Ley n° 80-525 del 12 julio de 1980

restrictiva, que conocemos hoy día, bajo la nueva numeración desde 2000 de L. 110-3. A partir de la ordenanza n° 2000-912 del 18 septiembre de 2000, el título consagrado a la prueba fue suprimido, pero el artículo ganó prestigio convirtiéndose en el tercero del nuevo Código (C. com., art. L. 110-3), antes incluso de la definición de comerciante.

El antiguo artículo 109 del Código de comercio sólo concernía, *stricto sensu*, la prueba de compras y ventas y contenía una muy larga enumeración de modos de prueba⁶¹. Este terminaba por la formulación: “por la prueba testimonial, en el caso donde el tribunal crea deber admitirla”. Esta última afirmación arruinaba el conjunto del texto: para qué entonces proveer una lista detallada, si se admite, *in fine*, la prueba testimonial... convenía efectivamente simplificarlo, ya que estaba claro que la lista no era limitativa. Se podían entonces retener una formulación general. La ley n° 80-525 del 12 julio de 1980 adoptaba entonces una fórmula más condensada, lo que *a priori*, merecía aprobación. Pero ésta también iba más allá. Primeramente, al no limitar la excepción comercial únicamente a las compras y ventas. Pero esta extensión correspondía a la realidad a la práctica judicial. En segundo lugar, iba más allá puesto que generalizaba el principio de libertad probatoria.

Hasta ese momento era todavía admitido que la libertad probatoria podía ser aceptada de manera alternativa, ya sea cuando el litigio oponía dos comerciantes⁶², ya sea cuando concernía a un acto de comercio⁶³. En lugar de redactar un texto que correspondía a la voluntad del autor de la proposición original de modificación de la ley que habría

⁶¹ Enunciaba : « *las compras y las ventas se comprueban : por actos públicos por actos bajo la firma privada, registro o decreto de un agente de cambio o intermediario, debidamente firmado por las partes ; por una factura aceptada ; por la correspondencia ; por los libros de las partes* »

⁶² Cass. com., 7 marzo de 1966 : *Bull. civ.* III, n° 132

⁶³ Cass. com., 5 julio 1962 : *Bull. civ.* III, n° 343

podido ser así formulado: “La prueba en justicia de un acto de comercio o relativo de comerciantes puede probarse por todos los medios”, se prefirió la formulación: “En lo relativo a los comerciantes, los actos de comercio pueden probarse por todos los medios”, lo que cambió el sentido de la regla. Según toda verosimilitud, es por tanto el legislador quien involuntariamente, al buscar simplemente desempolvar el texto, le dio una nueva significación: de alternativos, los criterios de la comercialidad para la aplicación de reglas de prueba se volvieron acumulativos.

La Corte de casación, siempre dispuesta a poner al legislador frente a sus responsabilidades, no ha elegido (como lo hace frecuentemente el Consejo de Estado) el espíritu del texto (ni la aplicación de la solución anterior), sino la interpretación de este, sin importar cuál hubiera sido la voluntad real de los poderes públicos. Ciertamente es que el artículo referido, constituía una excepción y debía ser interpretado de manera restrictiva. La Máxima jurisdicción estimó entonces que de ahora en adelante era necesario simultáneamente la presencia de un acto de comercio y la de un comerciante para que se acceda a la libertad probatoria⁶⁴.

Se habría podido pensar que el legislador, claramente informado de su desliz, habría puesto empeño en rehacer su trabajo. Nada de esto ocurrió. De esto resulta que la libertad probatoria comercial tiene un ámbito de aplicación más restringido que antes. Mientras que la prueba civil se aproxima a la prueba comercial, la prueba comercial reduce su campo de acción (lo que constituye un incentivo para los partidarios de una reunificación parcial en un derecho de los negocios renovado).

Si el demandante es la persona que está en situación comercial (un comerciante habiendo efectuado un acto comercial), éste debe respetar los modos de prueba civilistas⁶⁵. En el caso en que el

⁶⁴ Cass. com., 12 oct. 1982 : *Bull. civ.* IV, n° 313

⁶⁵ Cass. civ., 31 marzo de 1874 : *D.* 1875, I, 229 ; *S.* 1875, I, 365

demandante sea una persona considerada como civil (no es comerciante y/o no ha efectuado un acto de comercio), este puede elegir entre la prueba comercial y la prueba civil. En efecto, no va a privarse si tiene un escrito en su posesión de invocarlo y exigir del defensor que produzca otro para aportar la prueba contraria, bajo pretexto que el dicho defensor está en situación comercial.

El derecho positivo francés de la prueba persiste entonces, sobre todo a causa de la pusilanimidad del legislador, que no osa emprender una reforma de envergadura para diferenciar las situaciones civiles de los casos comerciales. Sin embargo, diversas hipótesis ambiguas cada vez más numerosas muestran la inadaptación del mundo contemporáneo a esta separación clásica (sobrepasándola u adoptando otra). Es el caso para las sociedades de ejercicio liberal, comerciales por su forma y civiles por su objeto, las de derecho cambiario, de los actos dichos “mixtos”, del consumerismo, de los textos relativos a la empresa... Hoy en día, no es más la prueba comercial la que tiene que ser opuesta a la prueba civil, sino la prueba para los particulares y los actos privados a la prueba para los profesionales y las actividades económicas. Se podría incluso que esta nueva dicotomía quede a su vez obsoleta. Ciertamente, el legislador francés ya ha sabido tomar en cuenta las especificidades de la conclusión de los contratos bajo la forma electrónica (Cod civ., art. 1369-4 y siguientes.). Pero más allá de esto, es factible que la tecnología (procedimientos electrónicos...) avance más rápidamente que los poderes públicos uniformizando, *de facto*, las técnicas probatorias, sin necesariamente distinguir la naturaleza de las actividades concernidas.

LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL O MORAL DE PROCURARSE UN ESCRITO

El artículo 1348 del Código civil dispone en su redacción actual que “*Las reglas anteriores también son objeto de excepción [...] cuando una de las partes, no ha tenido la posibilidad material o moral de procurarse una prueba literal del acto jurídico o cuando ha perdido el título que le*

servía de prueba literal, por caso fortuito o de fuerza mayor". La ley n° 80-525 de 12 julio de 1980 modernizó, en la materia el texto de 1804.

El artículo 1348 dispone entonces que un regreso a la libertad probatoria es posible cuando una de las partes demuestra que **un escrito había sido efectivamente redactado**, pero que fue perdido por un evento fortuito o de fuerza mayor. Es necesario, teóricamente, proporcionar la prueba de la reunión de cinco elementos: preexistencia del título, regularidad del título, pérdida del título, caso fortuito o de fuerza mayor (o hecho de un tercero), vínculo de causalidad entre el caso fortuito y la fuerza mayor (o el caso de un tercero) y la pérdida del título. Resulta afortunado observar que si bien el texto no hace alusión directa de ello, se acepta aquí asimilar el hecho del tercero a la fuerza mayor o al caso fortuito⁶⁶. Una vez estas pruebas proporcionadas, se puede pretender beneficiar de la libertad probatoria.

Asimismo es posible que **un escrito nunca haya sido redactado**. Esto puede ser excusable. La imposibilidad se sitúa, *a priori*, entre la simple dificultad y la fuerza mayor. La fuerza mayor implica la imposibilidad, pero la imposibilidad puede existir sin que haya fuerza mayor. Además, se admite que se puede tratar de una imposibilidad relativa y no necesariamente absoluta, a saber, de una simple dificultad o de una complicación. Los casos de imposibilidad material son raros (analfabetismo...). No obstante, se hace alusión frecuentemente a la imposibilidad moral. Se trata de situaciones en las cuales, para el demandante, resultaría, respecto de la otra parte, ofensivo, inoportuno, inconveniente mostrarse desconfiado y exigir la redacción de un escrito. En suma, se trata de casos en los que como dice la sabiduría popular « eso no se hace »: vínculos de parentesco, de alianza, de afeción, de amistad. Puede tratarse igualmente de casos donde no se tiene la libertad factual de hacerlo: vínculos de subordinación. En la frontera de

⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère} 19 févr. 1959 : *Bull. civ.* I, n° 81
356

ambos, se sitúa el caso de los usos profesionales que pueden impedir, ellos también, de recurrir al escrito.

IV. LAS PRUEBAS IMPERFECTAS

LOS TESTIMONIOS

La máxima atribuida a Bernard de Pavie⁶⁷ "*vox unus, vox nullus*", traducida en derecho como "*testis unus, testis nullus*", no debe necesariamente ser aplicada⁶⁸.

Es necesario comprender que *stricto sensu*, los artículos 1341 y siguientes del Código civil sólo evoca, paralelamente al escrito, la prueba por testimonio. Pero por lo demás, el Código civil no detalla las reglas de admisión del testimonio.

El artículo 1353 del Código civil hace alusión a los casos en los que la ley admite las pruebas testimoniales, es decir, técnicamente, a los artículos 1341 y siguientes del Código correspondiente la preconstitución de los instrumentos de prueba y las reglas de admisibilidad de la prueba por testimonio. El magistrado sólo puede por tanto admitir presunciones "*en los casos en los que la ley admite las pruebas testimoniales*". De esto resulta que las presunciones no pueden ser admitidas como prueba de un acto superior a 1500 €; deben también ser rechazadas "*contra e independientemente del contenido de los actos, o lo que se alegaría haber dicho antes, durante o después*".

⁶⁷ Ver en este sentido, F. Defferrard, *Le droit et ses doubles* : D. 2001, p. 1409, spéc. p. 1410 y la nota n° 3

⁶⁸ Ver H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, n° 413

de los actos. Aún cuando se trata de una suma de valor menor” (texto al cual se le habría tenido que adjuntar el contenido de los artículos 1343 a 1345 del Código civil). No habrá excepción a menos que se pueda producir un comienzo de prueba por escrito (artículo 1347) o en caso de imposibilidad material o moral de procurarse un escrito (artículo 1348, párrafo 1^o) o, finalmente, si tiene una copia (artículo 1348, párrafo 2). Destacamos accesoriamente que la formulación final del artículo 1353 constituye aparentemente un error de pluma manifiesto. El texto dispone en efecto, que el juez no pueda admitir presunciones más que en los casos de admisibilidad de la prueba testimonial *”a menos que el acto sea atacado por causa de fraude o dolo”*. La jurisprudencia va en el sentido de una interpretación según la cual la formulación sería inoperante.

El legislador, en el artículo 1353, no se contenta con hacer alusión al artículo 1341. Adiciona una condición específica: el magistrado sólo debe admitir *“presunciones graves, precisas y concordantes”*.

LOS INDICIOS

El artículo 1353 del Código civil es el que hace referencia a los indicios, todavía llamados *“presunciones de hecho”* o *“presunciones de hecho del hombre”*. Hay presunción del hombre (o “de hechos del hombre”, “de hecho” o bien “judiciales”) cuando es el juez (y no la legislación o la jurisprudencia) quien deduce él mismo, el hecho desconocido del hecho conocido. Se utiliza también frecuentemente el término de « **indicio** » para designar este tipo de presunción, aún cuando, *stricto sensu*, el indicio no es sino el elemento inicial que le permite al juez de razonar por presunción.

Cuando es admisible, la prueba por indicios (como la prueba testimonial) es equivalente de cualquier otro modo de prueba, incluyendo la prueba por escrito.

Los **peritajes** son por supuesto indicios, aún y cuando es evidente que psicológicamente, el alcance de un peritaje solicitado por el mismo juez no es el mismo que el de un peritaje presentado por una de las partes. Con respecto a las constataciones (artículos 249 y siguientes del Código de procedimientos civiles) o por la simple consulta de un técnico (artículos 256 y siguientes del Código de procedimientos civiles), procedimientos menos “pesados”, el peritaje continua siendo un medio de prueba subsidiario (Ver artículo 263 del Código de procedimientos civiles: “*el peritaje no tiene razón de ser solicitado más que en los casos en los que las constataciones o una consulta no sean suficientes para esclarecer al juez*”). Según una solución tradicional (consagrada por el artículo 246 del Código de procedimientos civiles), una vez el peritaje solicitado, jurídicamente, **el punto de vista del perito no condiciona al juez**⁶⁹.

Todo o casi todo puede ser indicio. La actitud de una parte durante el proceso (o antes del proceso) sirve frecuentemente de indicio así como sus rechazos. De igual manera que todo documento desprovisto de su valor jurídico normal, toda pieza proveniente de otro caso, etc.

El artículo 1353 del Código civil establece que el magistrado sólo debe admitir presunciones “**graves, precisas y concordantes**”, eco de las reglas del derecho antiguo relativas a la fuerza concluyente de las presunciones. Al evocar “*presunciones graves, precisas y concordantes*” el artículo 1353 del Código Napoléon parecía mantener la regla de “*testis unus testis nullus*⁷⁰”, extendida por la jurisprudencia de la antigua Francia desde prueba testimonial a la prueba indiciaria.

EL JURAMENTE SUPLETORIO

⁶⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 17 avril 1975 : JCP 1975, IV, 178, Bull. civ. II, n° 110

⁷⁰ Ver H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, n° 432

Se trata, aquí también de un juramento-afirmación, y no de un juramento-promesa. Según el artículo 1357, 2°, del Código civil, el juramento supletorio es *“aquel que es solicitado de oficio por el juez a una u otra de las partes”* (se podría añadir para completar elementos probatorios estimados como “insuficientes”). Se trata de un juramento *“el juez puede, si cabe duda, solicitar de oficio a una de las partes este proceso, en vista de obtener un mejor conocimiento de la causa, del cual aprecia soberanamente el valor probatorio y que constituye [...] una simple medida de instrucción”* (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 1^{ra} éd. 1987). El *jusjurandum* *judiciale* de los romanos, el juramento supletorio es entonces uno de los instrumentos probatorios confiados al juez civil en el marco de sus poderes de instrucción de hoy en día (Cod. proc. civ., art 10 : *“El juez tiene el poder de ordenar de oficio todas las medidas de instrucción legalmente admisible”*), a pesar de la subsistencia principio de procedimiento acusatorio, (cada parte debe aportar los elementos necesarios a la fundamentación de su argumentación). Se trata de un modo de prueba imperfecto.

El juez sólo puede solicitar el juramento supletorio cuando las pruebas generadas hasta ese momento por el demandante le parecen insuficientes. El artículo 1367 del Código civil exige en efecto *« que la demanda o la excepción no sea plenamente justificada »*. Si el acto debe ser probado por escrito (éste será el caso en materia civil por encima de 1500 €), el elemento de prueba preexistente debe ser un comienzo de prueba por escrito⁷¹. El juez puede solicitar un juramento supletorio a la parte que desee y elegirla de manera discrecional, sin control posible de la Corte de casación. El juramento pronunciado o el rechazo de realizarlo no es en absoluto decisivo. Se trata de una prueba imperfecta. El juez valora soberanamente el alcance que debe dar al juramento supletorio efectivamente efectuado o al rechazo de juramentar opuesto, por la parte a la que se le solicitó.

⁷¹ Cass. civ., 10 févr. 1896 : DP 1896, I, 351
360

CONCLUSIÓN

El avance que podría suponer una nueva codificación, con la creación de un eventual Código de negocios se ha esfumado, ya que los poderes públicos se contentaron, en el año 2000⁷², con una “re-codificación” comercial que se consideraba de derecho constante (contentándose de “reformular” – y tal vez, dirán algunos de “deformar” - en lugar de “reformular”). No podemos más que lamentar de que el legislador francés haya dejado pasar esta oportunidad de la Historia de avanzar, a la hora cuando además, el derecho europeo instauro poco a poco un derecho común de la prueba⁷³.

Hemos podido constatar una tendencia general de la jurisprudencia hacia **un regreso a la libertad de las pruebas**⁷⁴, evolución iniciada de tiempo atrás. La adopción en derecho moderno de este principio implica consecuencias prácticas que se distancian del régimen de pruebas de la antigua Francia. Hoy día y desde tiempo atrás, se admite en la doctrina que el juez puede basar su decisión en un **solo indicio**. La jurisprudencia va igualmente en este sentido: el artículo 1353 del Código civil, que trata las presunciones que no son establecidas por la ley, « *no se opone a que los jueces fundan su convicción sobre un hecho único, si éste les parece de naturaleza suficiente para establecer la prueba necesaria* »⁷⁵.

⁷² Ord. n° 2000-912, 18 sept. 2000

⁷³ Ver, especialmente, Règl. n° 1206-2001, 28 mai 2001

⁷⁴ Ver. note P. Mimin : *DP* 1938, I, 116, § B. – Ph. Malinvaud, *L'impossibilité de la preuve écrite*, *JCP* 1972, I, 2468. – J. Normand, *Le juge et le litige*, Paris LGDJ 1965, n. 336 s.

⁷⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 1972 : *Bull. civ.* III, n° 636