

COGNITIO EXTRAORDINEM
CONTUMACIA EN EL DERECHO ROMANO Y SU
TRANSFUSIÓN EN LOS CÓDIGOS PROCESALES CIVILES
DE LA NACIÓN ARGENTINA
María Angélica Calvo...

I - INTRODUCCIÓN ETIMOLÓGICA Y CONCEPTUAL

En el derecho romano clásico, el derecho procesal es primordial, porque a través de la creación de medidas procesales nacen nuevas facultades jurídicas individuales. Mediante el análisis de ciertas acciones los jurisconsultos generaron determinados derechos subjetivos; así lo expresa claramente el maestro Riccobono: "El Derecho Romano no es un sistema de Derechos Subjetivos sino de acciones". Si bien algunos autores como el Profesor Alfredo Di Pietro consideró más ajustada la expresión "Derecho de Acciones" puesto que el término de sistema es una expresión moderna que no se ajusta a la realidad del Derecho Romano ya que muchas veces éste aparece en forma asistemática.

Los romanos no aislaron el derecho procesal del derecho sustantivo, así lo señala Max Kaser y los estudiaron a uno y a otro como una unidad¹.

Chiovenda ya nos explicaba: "El Estado tiende a la definición de los litigios por el medio más rápido y con el menor gasto posible de actividad procesal. Esto no puede impedirle garantizarle a las partes la máxima libertad de defensa; pero cuando la parte voluntariamente (esto es, no forzada por impedimento legítimo) no hace uso de su derecho de defensa, el Estado prefiere que los hechos alegados por el contrario se tenga sin más por admitido sin afrontar las series de actuaciones necesarias para su prueba. Pero ello no lo hace ni para castigar al contumaz, ni para obligarle a comparecer o a contestarle sino con el solo objeto de librarse del modo más expedito a si mismo, y a la sociedad de la litis pendiente²".

Elegimos abordar el tópico "Contumacia" en el sistema procesal denominado *Cognitio Extraordinem* y las consecuencias que se producen por la inactividad procesal de cualquiera de las partes, es decir, el procedimiento en contumacia y su transfusión en el Derecho Procesal Civil Nacional y Provincial en nuestro país República Argentina

El origen etimológico del término "Contumacia" se encuentra en la unión de dos expresiones latinas "cum" y "tumêo".

Ambos vocablos dan como resultado la voz "Contumax"; el significado de la misma, es tenaz, obstinado, terco, porfiado y que en el lenguaje jurídico se equipara a "Rebelde", término éste que fue receptado por el derecho procesal moderno.

Según la opinión de Eduardo J. Couture, "Rebelde", viene del latín, *rebellis-e*, derivado del verbo *rebello* (rebelarse) y éste de *bellum - belli* que significa guerra³.

¹- KASER: *Das Romische Zivilprozessrecht*, Munich, 1966, págs.9-10

²- CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho Procesal Civil* Volumen III, traducción de E. Gómez Orbaneja. Madrid

³- COUTURE, J.- *Vocabulario Jurídico* - Edición 1976- De Palma. Buenos Aires.

En las "Siete Partidas", encontramos el origen y el significado de la locución "Contumacia", específicamente en la Partida 1a., Título IX, cuya rúbrica expresa: " De las descomuniones, e suspensiones, e del entred cho" y en la Ley X cuya rúbrica dice: "Por quales cosas pueden los Perlados descomulgar a los de su juridicion

El texto dice:

"Contumacia es palabra de latín, que quier tanto dezir en romance, como desobediencia o desmandamiento ...".

Así también, en la Partida 3a., Título 23 cuya rúbrica expresa: "De las alcadas que fazen las partes, quando se tienen por agraviadas de los juyzios que dan contra ellos" y en la Ley IX cuya rúbrica específica es: "Por que razones, aquel por quién dan el juyzio, se puede alcar: e otrosi, como non puede ser recibida alcada del que fuere rebelde, en ella nos explica el sentido de "Rebeldía".

El texto dice:

"... es como sobervia, o desdén, o desmandamiento en non querer venir antel judgador, a quien deven obedecer como Mayoral".

Observemos entonces, que en las Partidas encontramos ambos términos, Contumacia y Rebeldía.

En los Códigos Nacionales de Procedimiento Civil y Penal de la República Argentina, como así también en los provinciales se ha utilizado siempre la denominación "Rebeldía".

II - LA CONTUMACIA EN LA *COGNITIO EXTRAORDINEM*

En nuestra primera etapa de investigación sobre el tema de la Contumacia en el Derecho Romano, hemos elegido abordar el último procedimiento denominado "Cognitio Extraordinem", ya que el mismo constituye el basamento de nuestro sistema procesal actual, tal como señalaremos en la conclusión, de este trabajo; sin perjuicio de continuar estudiando y profundizando esta figura, en sus orígenes e implicancia en los sistemas ordinarios.

Precisando, aún más esta temática, nos centraremos en período del Derecho Justiniano, analizando pormenorizadamente, en la Constitución 13 contenida en el Libro III, Título I del Código, cuya rúbrica es la siguiente: "De los juicios".-C.3.1.13.-

Tal como nos indica el maestro Scialoja: "Podemos hablar de juicio por contumacia en derecho justiniano en un sentido que corresponde a esta locución en el derecho moderno, por más que la palabra contumacia tenga, aún en las fuentes justinianas, un sentido más amplio⁴..."

4.- SCIALOJA: *Procedimiento Civil Romano* - (trad. Sentis Melendo y Ayerra Redin) pág. 303 y 418.

La Contumacia puede darse en ambas partes litigantes, actor o demandado, en el caso de éste último puede ofrecer dos modalidades, una que no se pueda realizar la citación contra él (conventio) o citado no se presenta al juicio; en el caso del actor, éste inicia el proceso, mas no se presentaba dentro de los dos meses, de los que había dado caución para contestar la litis, o no comparecía después de la litis contestatio, pasado dos años y medio, luego de haber sido citado por el triple edicto.

La Constitución mencionada anteriormente se la denomina Lex Properandum por la primera palabra con que se inicia y es la fuente mas importante, en esta materia. Justiniano a fin de evitar la demora indeterminada de la administración de justicia, promulga esta Constitución en el año 530, en la cual se prevenen sanciones tanto para las partes, como para los jueces y abogados por la dilación en el proceso.

A los fines de nuestra investigación, lo más relevante de la normativa es la contumacia o rebeldía de los litigantes; nos detendremos a efectuar un análisis exhaustivo de los párrafos atinentes al tema.

El párrafo 2 de la Constitución trata de la contumacia del actor, en el caso que el proceso está cerca de arribar a los tres años después de la contestación de la demanda.

Si la ausencia ocurre antes de empezar el acto de la litis contestatio se produce la perención de la instancia, es decir el abandono del procedimiento, sin embargo la acción no se agota y puede ser ejercida nuevamente mediante el pago de daños y perjuicios; si la deserción ocurre después de iniciado el juicio tal el supuesto señalado en primer término, el actor era conminado a comparecer por medio de tres edictos o cartas sucesivas que el magistrado dirige a su domicilio a través del exsecutor.

Produciéndose, la caducidad de la instancia se condenará al actor al pago de todas las costas del litigio, manifestando la verdadera cuantía de ellas, con el juramento del demandado y devolviéndose toda caución que sobre el pleito hubiere prestado el demandado.

Si existen elementos a favor del actor aunque este se encuentre ausente obliga al Juez a pronunciar sentencia en su favor, imponiéndole al actor las costas del litigio por el hecho de la contumacia.

El párrafo 3 prevé la contumacia del demandado, al cual se lo emplaza a través de tres edictos, en caso de urgencia éstos pueden reducirse a uno solo (perentorium). Si a pesar de la triple intimación el demandado no comparece, el actor puede hacerse poner en posesión de la cosa reivindicada si se trata de una acción real, o resolver la cuestión de fondo.

Ante la primera hipótesis puede suceder que el demandado comparezca dentro del plazo de un año, ofrezca fiadores que garanticen su comparecencia recuperando la posesión perdida; si el tiempo transcurrido es superior al indicado, la posesión se convierte en definitiva.

En el caso de reconocimiento de un crédito, el actor puede ser colocado en posesión de los bienes del demandado, suficientes para cubrir el monto adeudado, sin embargo durante el lapso del año el demandado puede recuperar dicha posesión abonando los gastos ocasionados.

El párrafo 4 indica, que cuando la causa que se ventila en rebeldía ya sea por el actor o demandado, debe examinarse la misma sin ningún obstáculo, ya que la ausencia del litigante está suplida por la presencia de Dios, negándole la facultad de apelación a aquel que se encuentra ausente por contumacia y que ha sido condenado en el litigio.

El párrafo 6 establece que aún en los casos en que se ha llevado el litigio en contumacia, el juez debe condenar en costas al vencido en favor del vencedor, si el juzgador omitiere esta disposición quedará él obligado con sus propios bienes para reparar a la parte lesionada.

En el párrafo 7 esgrime el principio o la razón de equidad, como fuente inspiradora de los distintos supuestos contemplados en la Constitución.

El resto de los párrafos,(son 11), se refieren a las circunstancias de demora del pleito por cuestiones atinentes a los jueces y a los abogados.

La Contumacia también es tratada en la Nov 108 Cap.3 la cual será abordada con detenimiento en investigaciones posteriores.

III.-LA CONTUMACIA EN LAS SIETE PARTIDAS

En la Ley 10, del Título 9 de la Partida 1a.-P.1.9.10-, se define a la Contumacia ya mencionada anteriormente y los diversos supuestos de la misma, entendiendo la expresión en un sentido semejante al indicado en el Código Justiniano, si bien pareciera un tanto mas amplio.

En la Ley 9, Título 23 de la Partida 3a., se dispone expresamente la imposibilidad de apelación por quien fuera rebelde, remarcando nuevamente el concepto de rebeldía, ya indicado en la etimología.

IV.- LA CONTUMACIA EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL DE LA ACCIÓN ARGENTINA

En el Derecho Procesal moderno y en lenguaje forense, ambos términos, "contumacia" y "rebeldía", son sinónimos⁵

Se ha considerado más precisa la denominación "proceso contumacial", reservando el término "rebeldía", para el supuesto de que el demandado comparezca ante el juez pero no conteste la demanda⁶.

El vocablo "rebeldía" indica una actitud de sublevación, de falta de obediencia, tal significado, no se compadece con el concepto actual referido al incumplimiento de la carga de comparecer.

Sin embargo, poco se gana con utilizar la palabra "contumacia" ya que el contumaz es precisamente el rebelde, porfiado y tenaz en mantener un error. Por ello, parece preferible sostener la denominación "proceso en rebeldía" para el que se sigue en ausencia de una de las partes, ya que esta acepción, tiene su propio significado en nuestro procedimiento, aún cuando la legislación europea haya preferido utilizar "proceso contumacial"⁷.

5.- Vº Diccionario de la Lengua Española, Ed. Real Academia Española, Madrid - 1970

6.- CARLI: *La Demanda Civil*. Ed. Lex, pág. 133.

7.- ARAZI ROLAND: *El Proceso en Rebeldía* Ed. La Ley 1982- T. A-681.

"*Cognitio extraordinem*". *Contumacia en el derecho romano...*

65

Las condiciones necesarias y suficientes para que exista rebeldía aplicando friamente la ley son:

- 1- notificación en debida forma
- 2- no comparecer durante el plazo de citación
- 3- pedido de la otra parte que se declare la rebeldía⁸.

En el procedimiento argentino, que se apoya para negar el juicio en rebeldía, en las enfáticas declaraciones constitucionales de la inviolabilidad de la defensa (Art. 18 de la Constitución Nacional) que dice: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos ...".

Señala Clariá Olmedo que todos los Códigos Procesales Penales argentinos, legislan la Rebeldía y las consecuencias de ella, determinando las causas para su declaración con escasas y no trascendentales variantes.

En el procedimiento civil, materia de nuestro estudio de derecho actual, no se admite la utilización de medidas coercitivas con el objeto de compeler a las partes a comparecer al proceso, pues no existe, en rigor, un deber de comparecencia, sino una facultad y correlativa carga de hacerlo⁹.

En consecuencia, el incumplimiento de esa facultad, sólo se traduce en el desaprovechamiento de oportunidades propicias para ejecutar los actos que convengan a los intereses de la parte omisa, y por lo tanto en la perspectiva desfavorable que esa circunstancia genera acerca del contenido de la sentencia final¹⁰.

El hecho de que los ordenamientos procesales vigentes autoricen la adopción de medidas cautelares frente a la declaración de rebeldía, pues ellas no implican la sanción correlativa al incumplimiento de un deber, sino meras disposiciones asegurativas, tendientes a conjurar el riesgo de que el ausente rehuya eventualmente, de las responsabilidades patrimoniales que pueden surgir de la sentencia definitiva." La posición del juez frente a la rebeldía, dice con exactitud Podetti ... debe ser siempre favorable al esclarecimiento de la verdad, por los medios que la ley le brinda, eliminando o disminuyendo en lo posible, los efectos de las ficciones creadas por la misma¹¹".

Los códigos modernos de nuestro país se ocupan de la institución en las disposiciones incluidas dentro de la parte general, extendiendo en principio, el ámbito de aquella a cualquier clase de procesos.

El Código Procesal Civil de la Nación Argentina, la trata, en el Libro Primero: Disposiciones Generales, Título Segundo. Capítulo 4 bajo la denominación: Rebeldía, con

⁸.- RODRÍGUEZ ORTIZ: *Procedimiento en Rebeldía* Ed.: El Derecho T.54- 619

⁹.- PRIETO CASTRO- (op. cit. t.II, Pág. 245).

¹⁰.- GOLDSCHMIDT- *Teoría General del Proceso* - Pág. 50 y 55.

¹¹.- Op. cit. pág. 301

un subtítulo: Incomparecencia del demandado no declarado rebelde tratada en el Art. 59, que dice: "La parte con domicilio conocido, debidamente citada, que no compareciere durante el plazo de la citación o abandonare el juicio después de haber comparecido, será declarada en rebeldía a pedido de la otra.

Esta resolución se notificará por cédula o, en su caso, por edictos durante dos días. Las sucesivas resoluciones se tendrán por notificadas por ministerio de la ley.

Si no se hubiere requerido que el incompareciente sea declarado rebelde, se aplicarán las reglas sobre notificaciones establecidas en el primer párrafo del Art. 41".

La comparecencia del rebelde obra en el Art. 64 que dice: "Si el rebelde compareciere en cualquier estado del juicio, será admitido como parte y, cesando el procedimiento en rebeldía, se entenderá con él la substanciación, sin que esta pueda en ningún caso retrogradar".

Los efectos en el Art. 60 que dice: "La rebeldía no alterará la secuela regular del proceso.

El rebelde podrá oponer la prescripción en los términos del Art. 346.

La sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el Art. 356, inc. 1°.

En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración.

Serán a cargo del rebelde, las costas causadas por su rebeldía".

La prueba se encuentra tratada en el Art. 61 que dice: "A pedido de parte, el juez abrirá la causa a prueba, o dispondrá su producción según correspondiere conforme al tipo de proceso; en su caso, podrá mandar practicar las medidas tendientes al esclarecimiento de la verdad de los hechos autorizados por este Código".

La notificación de la sentencia en el Art. 62 que dice: "La sentencia se hará saber al rebelde en la forma prescripta para la notificación de la providencia que declara la rebeldía".

Las medidas precautorias en el Art. 63 que dice: "Desde el momento en que un litigante haya sido declarado en rebeldía podrán decretarse, si la otra parte lo pidiere, las medidas precautorias necesarias para asegurar el objeto del juicio, o el pago de la suma que se estime en concepto de eventuales costas si el rebelde fuere el actor".

La subsistencia de las medidas precautorias en el Art. 65 que dice: "Las medidas precautorias decretadas de conformidad con el Art. 63, continuarán hasta la terminación del juicio, a menos que el interesado justificare haber incurrido en rebeldía por causas que no haya estado a su alcance vencer.

Serán aplicables las normas sobre ampliación, sustitución o reducción de las medidas precautorias.

Las peticiones sobre procedencia o alcance de las medidas precautorias tramitarán por incidente, sin detener el curso del proceso principal

La prueba en segunda instancia en el Art. 66 que dice: "Si el rebelde hubiese comparecido después de la oportunidad en que ha debido ofrecer la prueba y apelar de la sentencia, a su pedido se recibirá la causa a prueba en segunda instancia, en los términos del Art. 260 inc. 5°, apartado a).

Si como consecuencia de la prueba producida en segunda instancia la otra parte resultare vencida, para la distribución de las costas se tendrá en cuenta la situación creada por el rebelde".

Y la impugnabilidad de la sentencia en el Art. 67 que dice: "Ejecutoriada la sentencia pronunciada en rebeldía, no se admitirá recurso alguno contra ella".

V - LA CONTUMACIA EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL DE CORDOBA.

En lo que hace a la normativa vigente en materia de procedimiento en nuestra Provincia de Córdoba, la Ley que lo reglamenta es la N° 8465. La institución rebeldía está tratada en Libro Primero, Parte General, Título II: Actos Procesales, Capítulo II: Comparecencia, Sección 3°: Rebeldía.

La procedencia obra en el Art. 110 que dice: "Será declarado rebelde: 1) El demandado que no hubiere comparecido a estar a derecho en el plazo que se le hubiere acordado. 2) La parte que habiendo comparecido a juicio no constituyera domicilio en el radio que corresponda. 3) La parte que actuando por apoderado o representante, fuere emplazada de acuerdo a los Arts. 96 o 97, y no compareciere en el plazo otorgado. 4) La parte que revocando el poder que hubiere otorgado no compareciere por sí o por apoderado.

La Declaración en el Art. 111 que dice: La rebeldía será declarada por decreto, a petición de parte, salvo disposición en contrario.

La Rebeldía del citado en su domicilio. Efectos. Se halla en el Art. 112 que dice: "La rebeldía del demandado citado en su domicilio tendrá los siguientes efectos: 1) sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 144, inc. 2-, las demás resoluciones se tendrán por notificadas en el día de su fecha. 2) El rebelde será admitido como parte en cualquier estado del juicio, cesando el procedimiento en rebeldía.

La Rebeldía del citado por edictos. Efectos. Se encuentra en el Art. 113 que dice: "La rebeldía del demandado citado por edictos, tendrá los siguientes efectos: 1) No será necesaria la notificación de la rebeldía.

2) La sentencia se dictará con arreglo al mérito de los autos y será notificada por edictos, publicados por un día. 3) En juicios declarativos respecto de los cuales no puede promoverse otro sobre el mismo objeto: a) se designará como representante al asesor letrado, quién podrá responder sin admitir ni negar los hechos expuestos. b) Si el rebelde compareciera luego de vencido el plazo de ofrecimiento de pruebas, podrá pedir la apertura en segunda instancia".

La Rebeldía del actor y sus efectos se encuentra tratada en el Art. 114 que dice: "Declarada la rebeldía del actor, el demandado podrá pedir medidas cautelares, para asegurar el pago de las costas".

De la Jurisprudencia surge que en nuestro sistema la rebeldía no se considera como una reacción contra el poder del juez y como tal castigada, no como una renuncia a la defensa, ni como una remisión a la justicia del magistrado ni como una presunta ignorancia de la existencia del litigio, sino como una completa inactividad en la audiencia¹².

¹².- CS, 25,4,73,-(La Ley 150-420)

De la Jurisprudencia surge asimismo que nuestro sistema procesal dispositivo, la declaración de rebeldía produce el efecto de crear, en caso de duda, la presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por el actor¹³.

No compareciendo el demandado, el Juez puede dictar sentencia en favor del actor, si sus pretensiones son justas y aparecen debidamente comprobadas

Las disposiciones relativas a la rebeldía son aplicables, en su totalidad, tanto a los procesos ordinario, sumario y sumarísimo, cuanto a los procesos especiales que deben tramitar con las variantes en cada caso establecidas por las reglas del proceso sumario o sumarísimo (interdictos y pretensiones posesorias, rendición de cuentas, deslinde, división de cosas comunes y desalojo).

En cambio, las normas sobre rebeldía referentes a la incomparecencia del demandado son inaplicables a los procesos de ejecución, cuya estructura, desde el punto de vista de la defensa del ejecutado, resulta incompatible con aquellas, ya que la incomparecencia de esa parte dentro del plazo concedido para oponer excepciones determina, sin más, el pronunciamiento de la sentencia de remate. Por lo tanto, en este tipo de procesos la declaración de rebeldía, solo es pertinente en el supuesto de que el ejecutante haga abandono de nunciamiento de la sentencia de remate. Por lo tanto, en este tipo de procesos la declaración de rebeldía, solo es pertinente en el supuesto de que el ejecutante haga abandono de la ejecución o que el ejecutado incurra en la misma actitud, luego de haber opuesto excepciones.

También la estructura del juicio de alimentos resulta incompatible con la rebeldía del demandado, pero no descarta la posibilidad de que aquella situación se configure con respecto a la parte actora, aunque limitada a los supuestos en que ésta se tornare incapaz o falleciese o se incapacitase su apoderado y no comparecieren respectivamente el representante legal o la propia parte dentro del plazo señalado por el juez ya que por tratarse de un proceso que versa sobre los derechos personalísimos, es inadmisibles la transmisión de la pretensión y queda, por ende, excluida la intervención de los herederos.

Asimismo, la posibilidad de la declaración de rebeldía, resulta totalmente excluida en los procesos de declaración de incapacidad.

Es inadmisibles por lo pronto, la rebeldía del denunciado como demente o sordomudo, ya que la presencia de éste en el proceso constituye condición inexcusable de la sentencia de interdicción.

En lo que concierne al denunciante, si se tiene en cuenta que no es parte necesaria en el proceso y que el objeto de este es indisponible cabe también concluir que tampoco resultaría pertinente declarar su rebeldía por abandono.

Finalmente, es obvio que el concepto de rebeldía es ajeno al ámbito de los procesos voluntarios en los que no existe conflicto ni por lo tanto posibilidad de contradicción.¹⁴

¹³.- CS, 25,4,73,-(La Ley 150-420)

¹⁴.- LINO E. PALACIO: *Derecho Procesal Civil T.IV - Actos Procesales*

"Cognitio extraordinem". Contumacia en el derecho romano...

69

VI- CONCLUSIÓN

En definitiva, el fin del proceso es alcanzar una sentencia que para el interés particular, sea "favorable" a derecho"para el interés público, develar por el orden jurídico establecido, sea "justa" y para el interés de la comunidad, ó de la sociedad, ó interés social, sea "eficaz". El ideal, pues, para que el proceso quede integrado en su función es arribar a una sentencia favorable, justa y eficaz " que responda al plexo valorativo".

Las instituciones de la vieja Roma han perdurado a través de los tiempos y cada vez que se aborda un tema de hoy, es forzoso recurrir a las fuentes romanas para descubrir su origen y su razón de ser.

*María Angélica Calvo Real, María Elena Bazán y
Laura Liliana Micieli*

