

LA REBELDÍA
 EN DIVERSOS MODELOS PROCESALES DE LA EDAD MEDIA
 PARALELOS, VARIABLES Y EVOLUCIÓN DE LA FIGURA*
 [The Default in Different Procedural Models of the Middle Ages, Parallel,
 Variable and Progress of the Legal Concept]

ÁLVARO J. PÉREZ RAGONE*
 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El estudio examina la regulación de la rebeldía o contumacia en cuatro modelos procesales medievales; y desarrolla la evolución y las variables a las que ellos recurrieron para perfilar la figura y los mecanismos para suplir la ausencia de una de las partes. En aquellos que partían del consenso y la consecuente necesidad de la presencia de ambas partes (los modelos anglo-sajón y germano en sus génesis) priman las medidas coercitivas, cuando no punitivas contra el rebelde, pues se necesitaba su presencia real. El problema es que si ello no era posible, el proceso solo se podía desarrollar en torno a consecuencias extraprocesales (coerción, sanción punitiva penal o civil), pero no lograba arribar a la sentencia de mérito, mientras aquellas medidas no fueran fructíferas. Así se evolucionó lentamente hacia

ABSTRACT

This study examines the regulation of the in Default Judgements Medieval procedural models; and develops the progress and the variables to which they resorted to profile the legal concept and the mechanisms to replace the absence of one of the parties. From those who started from consensus and the consequential need of the presence of both parties (the Anglo-Saxons and Germanic models in their beginnings) the restrictive measures take priority, when they are not punitive against the person in contempt, as their real presence was required. The problem is that if that was not possible, the process could only develop based on the out-of-process consequences (coercion, criminal or civil punitive sanction), but did not allow to get to the merit ruling, while those measures

* LL.M. y Doctor en Derecho por la Universidad de Colonia, Alemania. Profesor asociado de Derecho procesal civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alvaro.perez@ucv.cl. Este trabajo es parte de la investigación financiada por FONDECYT Iniciación "Estudio histórico, comparado y dogmático de las conductas no cooperativas de las partes en el proceso civil (rebeldía, contumacia, default)" N° 11070054, a cargo del autor.

la posibilidad de fallar en ausencia de una de las partes, e incluso a la de producir alteraciones patrimoniales en rebeldía, especialmente en las acciones reales, a través de ficciones como la confesión y el reconocimiento tácito.

PALABRAS CLAVE: Contumacia – Rebeldía – Proceso civil medieval – Sanciones intra y extraprocerales.

did not become fruitful. In this way, it slowly progressed towards the possibility of ruling in the absence of one of the parties, and even to carry out patrimony alterations in contempt, especially in real actions, by means of fictions as confession and tacit acknowledgement.

KEY WORDS: Contumacia – Default – Medieval civil process – Intra and extra procedural sanctions.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la conducta cooperativa de las partes en el proceso como imperativo de comparecer para la prosecución normal del proceso y posibilidad de dictado de una sentencia de mérito (definitiva) preocupó en distinto grado y con diferentes visiones a las principales regulaciones diseminadas durante la edad media tanto en el sistema continental como en el anglo-sajón. Este estudio toma solo cuatro modelos en la variada regulación medieval: el francés, el germano, el italiano y el inglés. Las soluciones adoptadas varían de sistema a sistema, lo cierto es que en común se crean mecanismos de incentivos negativos y positivos para evitar la rebeldía o contumacia. Los negativos se centran en sanciones intra y extraprocerales. Son las segundas las que en la evolución aparecen inicialmente manifestadas en sanciones pecuniarias (multas) ya de naturaleza penal, ya de naturaleza civil. Sin embargo, estas medidas de naturaleza ya coercitivas, ya punitivas no tienen reflejo en el resultado del proceso. Es decir, consecuencias intraprocerales en tanto pueda implicar perder o ganar un proceso. Esta alternativa es de posterior surgimiento y gana en funcionalidad ya que impide que el proceso se suspenda, admite satisfacción provisoria o definitiva de las pretensiones y tiene como contrapeso la posibilidad otorgada al rebelde en su caso de rescindir lo obrado si existe causal de justificación suficiente. Ciertamente la genialidad de la litigación medieval con la combinación de elementos del Derecho romano, canónico y germano tuvo los mismos ribetes y hasta mejores soluciones que, para similar problema puedan darse en la actualidad¹.

Otro factor en común es el creciente respeto a la autoridad (del juez, del rey, del obispo) que justifica el imperativo como deber ciudadano de participar en el proceso en relación al cual el sujeto había sido emplazado. De allí que la sola desobediencia tuvo inicialmente matices penales que justificaron, al menos en aplicación del Derecho canónico en determinados casos, la sanción con la ex-

¹ LUND, Thomas, *The modern Mind of the Medieval Lawyer*, en *Texas Law Review* 64 (1985), p. 1267.

comunidad². No fue desconocida incluso la criminalización de la rebeldía³. Si la autoridad que tenía la dirección del proceso admitía o no una instancia o jerarquía superior de control, variaba. En la tradición romano-canónica la revisión de las decisiones era la regla por la relación jerárquica existente. No así en el sistema germano donde el tribunal colegiado que decidía no tenía instancia superior. Dentro del mundo anglo-sajón el Rey fue ganando autoridad paulatinamente hasta tener control sobre los *writs* y las posibles apelaciones. Esto explica la mayor o menor flexibilidad para admitir las posibilidades de apelación del rebelde (quien estaba bajo la figura del *default*): amplia en los sistemas jerarquizados, disminuida en los otros modelos⁴. Si bien la noción de rebeldía trataba la falta de comparendo del demandado en las distintas regulaciones, tanto las normas germanas como anglo-sajonas (de posterior evolución) dan tratamiento a la rebeldía del demandante sancionándolo en algunos casos con la pérdida de la acción y por regla con la condena en costas.

Como se desarrollará la visión participativa real de ambas partes como presupuesto para la prosecución del proceso varía de sistema a sistema. El modelo que contrasta con el resto, al menos en sus inicios, es el fundado en una visión contractualista o consensual del proceso (los ejemplos son las alternativas anglo-sajona y germana), donde el dictado de una sentencia judicial (*final judgement*) requería la participación de ambas partes. Las audiencias (*hearings*) no eran inicialmente imaginables, sino con las dos voluntades que sustentan a ese proceso. El aporte de prueba en contradictorio solo podía hacerse con las partes habiendo comparecido y no en rebeldía⁵. Con posterioridad se comienza a admitir la posibilidad de decidir sin la presencia de una de las partes, lo que ya era asumido en los modelos como el estatutario italiano, en especial en los territorios de gran actividad mercantil.

En este estudio se pretende tratar sobre la rebeldía desde diferentes sistemas

² Sobre esta distinción entre sanciones extra e intraprocesales ver su desarrollo en LENT, Friedrich, *Zur Untersuchung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess*, en *Zeitschrift für Zivilprozess* 67 (1954), p. 344. De este último autor tomamos esta distinción para aplicarla al presente estudio; cfr. BARTLETT, Robert, *Trial by Fire and Water: Medieval Judicial Ordeal* (Oxford, 1986), pp. 5-10, 105.

³ JOHNSON, Charles, *Notes on Thirteenth-Century Judicial Procedure*, en *The English Historical Review* 62 (1947) 245, pp. 508-521; más en detalle sobre esta visión: RIDDELL, William, *Criminal Procedure Seven Centuries Ago*, en *Illinois Law Review* 22 (1927), pp. 520 ss.

⁴ Como veremos, el término *default*, para designar la figura en el sistema anglo-sajón-normando aparece en 1066; de él deriva el vocablo francés “*défaut*”, con el mismo significado. PENNINGTON, Kenneth, *Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the Ordo iudiciarius*, en *Rivista Internazionale di Diritto. Comune* 9 (1998) pp. 9-47; HILAIRE, Jean, *Le Roi et nous, Procédure et genèse de l'État aux XIII^e et XIV^e siècles*, en *Histoire de la Justice* 5, (1992), p. 4; FRAHER Richard, M., *Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof*, en *Law and History Review* 7 (1989) 1, pp. 23-88; MACNAIR, Mike, *Vicinage and the Antecedents of the Jury*, en *Law and History Review* 17 (1999) 2, pp. 537-590.

⁵ HUDSON Richard, *The Judicial Reforms of the Reign of Henry II*, en *Michigan Law Review* 9 (1911) 5, pp. 385-395; cfr. BIANCALANA, Joseph, *For Want of Justice: Legal Reforms of Henry II*, en *Columbia Law Review* 88 (1988) 3, pp. 433-536.

procesales medievales detallando las distintas innovaciones y evolución, para así poder contextualizar las soluciones posibles a las que arribaron dejando al lector piense similares caminos para las mismas hipótesis en el proceso civil contemporáneo. Una primera parte (II) da un tratamiento introductorio al tema. Luego se continúa con detalles sobre la decisiva influencia romano-canónica (III) que en mayor o menor medida se verá reflejada en los sistemas procesales medievales que se tomarán como muestra. A continuación se tratan los sistemas medievales francés (IV), germano (V), Italiano (VI) para concluir con el inglés (VII). En la conclusión se enuncian las principales tesis y, en especial su utilidad. Este estudio no es descriptivo de procedimientos históricos y cerrados cuando no olvidados en el tiempo, sino un estudio crítico de esos institutos tratando de determinar los problemas que generaron determinadas soluciones y la ponderación de éstas, para al menos instar a repensar ciertas soluciones contemporáneas al mismo fenómeno⁶.

II. LA FALTA DE COOPERACIÓN PROCESAL DE LAS PARTES EN LA TEMPRANA EDAD MEDIA: CONTUMACIA O REBELDÍA

“*Si quis barbarorum [...] conventus [...] venire neglexerit, merito sub discussione causae sententiam excipiet contumaciae, [...] perdidisse negotium*”⁷, reza la regla del *Edictum Theodorici*. Por cierto similar a la de la *Lex Romana Burgundiorum* se encuentra una disposición similar (11, 1): “*Is, qui petitur est, litem et genus actionis suae edere debet: quod nisi in triduum fecerit, causam perdit*”. Así quien era citado en forma regular acorde a las disposiciones procedimentales y no comparecía perdía su acción. Esta segunda disposición tiene sus orígenes en las disposiciones preexistentes del Derecho romano (D. 2, 13, 1 pr) vigentes en el reino burgundio. Mientras la primera disposición tiene su origen en la colección de normas aplicadas tanto por los romanos como por los godos, quienes dominaron Italia y el sur de Gales entre los años 476 y 535, lo curioso es que de ninguna de ellas es posible inferir la posibilidad de proseguir el proceso con una sola parte⁸. Si bien es evidente que las normas se aplicaban al demandado que rehusaba comparecer por ante el juez, lo cierto es que luego hace referencia al demandante que omite

⁶ Cfr. esta explicación metodológica con THAYER Albert S, *Sacramental Features of Ancient and Modern*, en *Harvard Law Review* 14 (1901) 7, pp. 509-524; y, por cierto, con KOCH Klaus-Friedrich, *Law and Anthropology: Notes on Interdisciplinary*, en *Law & Society Review* 4 (1969) 1, pp. 11-28; en el mismo sentido y propuesta: ROBERTI, Francis, *The role of Canon Law in Comparative Law*, en *The Jurist* 11 (1951), pp. 451 ss.

⁷ Véase la fuente en: VISMARA Giulio, *Edictum Theodorici* (Milano, 1967), p. 145; ROBINSON, Olivia - FERGUS, David - GORDON, William, *European Legal History: Sources and Institutions* (Londres, 2000); SALVIOLI, Giuseppe, *Storia della Procedura Civile e Criminale*, en DEL GIUDICE, P - BESTA, E - SALVIOLI, G. (editores) *Storia del Diritto Italiano* (Frankfurt am Main, 1923-1929, reimpr. 1969), p. 11: “the Gothic law introduces the concept, previously unknown, of an *a priori* culpability of the absent defendant”.

⁸ STERN, Laura Ikins, *Inquisition Procedure and Crime in Early Fifteenth-Century Florence*, en *Law and History Review* 8 (Autumn, 1990) 2, pp. 297-308; SALVIOLI, cit. (n. 7), pp. 211-213: ‘the Gothic law introduces the concept, previously unknown, of an *a priori* culpability of the absent defendant’; ROBINSON-FERGUS-GORDON, cit. (n. 7), pp. 1-8.

exponer suficientemente el mérito de su caso dentro de tres días. Es que a partir de la disposición general de ambos códigos, es posible ver la coexistencia de un conjunto normativo novedoso.

Debido a que el *Codex Theodosianus* fue conocido en occidente mucho más que las creaciones legislativas romanas posteriores donde se considera la rebeldía, la regulación establece la posibilidad de imponer una consecuencia automática, cual es la pérdida de la acción. No es posible, por el contrario, encontrar disposiciones específicas vinculadas a la rebeldía en el código Lombardo, el que por cierto es normalmente considerado como la compilación legislativa más completa entre los pueblos germanos⁹. Con la conclusión del siglo VIII,¹⁰ el *Regnum Longobardum* es directamente absorbido por el reino más poderoso de los francos, los que mantuvieron su sistema administrativo y judicial¹¹. El Sacro Imperio Romano trajo consigo una unidad política de diferentes pueblos lo que conservaron sus costumbres y leyes. Entre los francos los cuerpos normativos como la *Pactum Legis Salicae*¹², de los alemanes (*Lex Alamannorum*¹³), y de los Bávaros (*Lex Baiuvariorum*¹⁴) tuvieron una influencia decisiva en el desarrollo del Derecho medieval italiano, a diferencia de otras compilaciones legislativas o Derecho consuetudinario también existente como la *Lex Burgundiorum* y la *Lex Wisigothorum*¹⁵.

1. La preocupación por la rebeldía en las primeras disposiciones innovadoras.

La primera regulación innovadora en gran parte del norte de Italia se debe a la incorporación de la *Lex Salica*¹⁶. Las disposiciones vinculadas a la rebeldía son sistemáticas, completas y con dos características relevantes. En primer lugar el empleo de una pena pecuniaria (multa) contra el rebelde y en segundo lugar mecanismos coercitivos con consecuencias procesales desfavorables. Se prevé

⁹ Ver una compilación copiosa de edictos en BLUHME Friedrich (editor), *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio* (Hannover, 1847), *Leges* I, 4, pp. 3 y 116; otra relevante compilación gótica puede verse en la *Lex Wisigothorum*, in ZEUMER, Karl (editor), *Monumenta Germaniae Historica* (Hannover 1902), *Legum Sectio* I, 4, p. 1; CORTESE, Ennio, *Le grandi linee della storia giuridica medievale* (Roma, 2000), pp. 13-35. SALVIOLI, cit. (n. 7), p. 316, entiende que precisamente los lombardos atribuyeron a la rebeldía el carácter de violación al deber que tenía todo hombre libre para cumplir con la *placitum*; CORTESE, Ennio, “*Contumacia (Diritto Intermedi)*”, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, 1962), X, p. 452.

¹⁰ CALASSO, Francesco, *Medio Evo nel Diritto*, I: *Le Fonti* (Milano, 1954), pp. 114 ss.; MCKITTERICK Rosamond, *The New Cambridge Medieval History*, II:, *C.700-C.900* (Cambridge, 1995), pp. 303-350.

¹¹ MAYER, Ernst, *Die fränkische Währung und die Entstehung der Lex Salica*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 7 (1927), p. 149.

¹² ECKHARDT Karl-August (editor), *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio, Leges* I, 4 (Hannover, 1962).

¹³ MERKEL, Johann-Paul (editor), *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio, Leges* (1863) I, 3, 1.

¹⁴ MAYER, cit. (n. 11), p. 150-152.

¹⁵ BLUHME Friedrich (ed) *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio, Leges* I, 3 (Hannover, 1863), p. 497.

¹⁶ *Capitulare Legi Ripuarie additum* (803), 6, en BORETIUS Alfredus (editor), *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio, Leges* II, 1 (Hannover, 1883), p. 117.

una multa en calidad de pena pecuniaria a ser pagada a la contraparte en tanto no cumpla con las intimaciones que lo citan (*mannitio*) y el requerimiento del demandante, que lo emplazan para que se presente en la primera audiencia que tenga lugar. La única posibilidad para evitar las sanciones era una justificación plausible fundada en necesidad manifiesta¹⁷. La multa perseguía dos objetivos: en primer lugar compensar el interés de la contraparte, y en segundo lugar servir de incentivo negativo a los efectos de presionar a ambas partes para que estén presentes en la audiencia para intentar componer el conflicto (*placitum*)¹⁸.

En algunos casos, especialmente vinculados a las relaciones obligacionales contractuales, luego de un número determinado de citaciones infructuosas para comparecer, el remiso era citado a presentarse directamente ante el rey. Ello implicaba que el interés en el comparendo del requerido ya no sólo era relevante para la contraparte, sino que, desobedecer este nuevo emplazamiento implicaba desobedecer al monarca. En caso de desobediencia quedaba sujeto personalmente y en todos sus bienes a una prohibición general e inhibición (*bannum*)¹⁹. Esta forma de prohibición implicaba en los hechos que el rebelde quedaba sin protección legal y con ello expuesto a la violencia privada, convirtiéndose en depositario de sus bienes raíces a un oficial del Estado²⁰. Con posterioridad se debía repetir la intimación cuatro veces más y, de subsistir la ausencia del requerido en el plazo de un año el rey estaba autorizado a pronunciar una sentencia definitiva *de rebus eius*²¹. En el sistema de la *Lex Salica* fue reemplazada la intimación en su carácter privado (*mannitio*) por una otro oficial (*bannitio*), introducido ello del proceso donde debía aplicarse Derecho penal, de uso en caso de delitos que quebrantaban la paz pública²². De esta forma la violación de la intimación-orden oficial proveniente del rey convertía al renuente en un sujeto marginal de la ley y que por ende era pasible de ser agredido patrimonialmente, y una vez cancelado el crédito con el resultado, el remanente quedaba en poder del fisco²³. De esta forma al existir solamente un procedimiento indistinto para materias penales y civiles, la importancia de la intimación en tanto orden del rey asumió un rol compulsivo oficial y de interés público (*Bannum*), el que por cierto se complementaba

¹⁷ *Lex Salica*, lib. III: *De manire*, ns. 23 y 29, en la versión y traducción al alemán contemporáneo de KALLER, Paul, *Der Sachsenspiegel* (München, 2002), p. 8 nota 12; SOHM Rudolf, *Der Process der Lex Salica* (Weimar 1867), cap.7; en detalle, ver también: JENKS Edward, *Legal Execution and Land Tenure*, en *The English Historical Review* 8 (1893) 31, pp. 417-423.

¹⁸ DAVIES, Wendy- FOURACRE, Paul, *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe* (n. ew York, 1986), pp. 12-24.

¹⁹ Para un estudio profundizado sobre la pérdida de derechos o privilegios además del texto citado en la nota anterior, especialmente sobre la *bannum* ver BARBARA H. Rosenwein, *Negotiating Space: Power, Restraint, and Privileges of Immunity in Early Medieval Europe* (Ithaca, 1999), pp. 5-25 y 50-85.

²⁰ *Lex Salica*, cap. LVI: *De eo qui ad mallum venire contempserit*, § 1-2, 6, in BORETIUS, cit. (n. 16), pp. 280 ss.

²¹ Cfr. *Lex Wisigothorum*, cit., in BORETIUS, cit. (n. 16), pp. 280 ss.

²² BETHMANN-HOLLWEG, August, *Der germanisch-romanische Zivilprozess* (Bonn, 1998), I, p. 293; BRUNNER, Heinrich, *Deutsche Rechtsgeschichte* (Leipzig, 1906), I, pp. 271-278.

²³ *Capitula legibus addenda* (Ludovici, p. 818 AD, 819 AD), § 11, 12, en BORETIUS, cit. (n. 16), p. 283 y s.

coherentemente, en caso de incomparecencia con la posibilidad del dictado de la sentencia definitiva por el mismo monarca. El sistema marcadamente punitivo, con mecanismos de distinto tipo a los efectos de la consecución del comparendo del rebelde, tuvo en sus inicios solo sanciones con carácter netamente externo a la solución del mérito del proceso. Ello es típico de los sistemas germanos donde no era posible procurar, ofrecer y producir prueba sin la intervención de ambas partes procesales²⁴.

2. *De la sanción punitiva como efecto extraprocesal a la sanción intra procesal y pérdida de derechos.*

Por su lado la tradición Lombarda de Pavia con la máxima producción al inicio del siglo XI, limitó la aplicación en Italia de las intimaciones punitivas de la *Lex Salica* por ser propias de los francos en razón de la persona.²⁵ La alternativa Lombarda de regulación de la rebeldía persigue tomar aspectos tanto del sistema de los bárbaros como de los romanos, para conseguir un equilibrio adecuado²⁶. Es así que en las acciones *in rem*, la solución contra el rebelde, que no comparece ante las intimaciones de la corte, consistía en otorgar al demandante la posesión provisoria del bien en disputa, la que se transformaba en definitiva en caso que aquél no comparezca dentro del plazo de un año y un día. En el supuesto que comparezca, podía perfectamente solicitar la restitución de la cosa asumiendo entonces el rol de demandante²⁷. Como puede verse el sistema de los Lombardos en relación a los bienes logró una integración tanto del sistema romano de la *translatio possessionis* como del germano consistente en la pérdida automática de su derecho²⁸. Es posible ver aquí una combinación bastante eficiente que logró armonizar la transferencia ejecutiva en la posesión acorde al Derecho romano en la forma en que era aplicado en la temprana edad media, paralelo a la pérdida consecuente de su titularidad.

La evolución del procedimiento se evidencia en tanto, luego de la primera ola de invasión bárbara, las regulaciones del Derecho romano especialmente vinculada con las normas de emplazamiento y jurisdicción en tanto aplicación unificada a las acciones reales y personales fueron quedando en el olvido. La incorporación de la posibilidad vinculada con la pérdida automática de la acción y de toda protección jurídica como sanción contra el rebelde asumió el rol protagónico, a lo que se le sumaban los efectos penales de la intimación, como resabios. Es posible, a través de la reconstrucción del Derecho lombardo efectuada por los juristas de Pavia, poder verificar la aplicación en el siglo XI de un sistema procesal con influencia del Derecho romano como solución en el caso de disputa de bienes, arribando a

²⁴ BARTLETT, Robert, *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal* (Oxford, 1986), pp. 12-25.

²⁵ BOEREN, P., *Quelque remarques sur les manuscrits de la loi Salique*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 22 (1954), p. 33; CORTESE, cit. (n. 9), p. 453.

²⁶ CORTESE, cit. (n. 9), pp. 454 ss.

²⁷ Cfr. LEE, Carlenton, *The barbarian Codes*, en *Green Bag* 9 (1897), p. 428.

²⁸ BORETIUS, cit. (n. 16), p. 601.; CARVALE, Mario, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale* (Bologna, 1994), p. 201; ROBINSON-FERGUS-GORDON, cit. (n. 7), p. 23.

un resultado pragmático: la transferencia ejecutiva o forzosa primero en un estado provisorio, luego definitivo. Por otro lado en lo que hace a las acciones personales se nota una mayor influencia directa o indirecta de la Lex Sállica, en tanto la intimación para requerir la presencia del demandado (*placitum*), se reducía a penas pecuniarias (sanciones netamente extraprocesales), ya que era necesaria la presencia de ambas partes para la prosecución del proceso y dictado de una sentencia²⁹.

III. LA DECISIVA INFLUENCIA DEL PROCESO ROMANO-CANÓNICO

1. *Los primeros cambios.*

Es en la percepción del Derecho romano-canónico que comienza a perfilarse la noción de “orden judicial” como fuente de un deber, el de comparecer, pudiéndose obtenerse su cumplimiento incluso coercitivamente. Este deber incumbía a ambas partes del proceso³⁰. Por cierto en las glosas de Irnerio ya hay mención a la *contumacia* como un estado procesal que surge luego de tres intimaciones sucesivas o una de carácter perentorio. En primer lugar hay allí una referencia a la necesidad de que el proceso continúe, aún con ausencia de una de las partes pudiéndose incluso arribar a la solución de mérito de la controversia³¹. En segundo lugar es de admitirse la posibilidad de obtener una transferencia provisorio de la posesión antes de la conclusión del proceso, resguardo en favor del demandante que, en caso de posterior comparendo del rebelde podía revertir la situación haciendo valer una *reivindicatio*³². Estos principios como pueden verse no son nuevos, sí sorprende que todos ellos pretendan ser inferidos y fundados en el Derecho romano. Así reaparece la *eremodicium*: la *contumacia* ahora podía tener efectos internos en el mismo proceso, pudiéndose arribar a una sentencia y solución de mérito³³.

Si el que no comparecía era el demandante no pudiéndose conformar la

²⁹ SOHM, Rudolph, *Prozess der Lex Salica* (Weimar, 1867), introd.; ENGELMANN, Arthur, *Der Civilprozess-Geschichte* (Leipzig, 1895), II, 1, pp. 1-10.

³⁰ LITEWSKI, Wieslaw, *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren ordines iudicarii* (Krakau, 1999), I, p. 566; ENGELMANN, Arthur - MILLAR, Robert, *A History of Continental Civil Procedure* (Londres, 1928), pp. 463-467.

³¹ *Summa Trecensis*, III: *De iudiciis*, §10, en FITTING Hermann (editor), *Summa Codicis des Irnerius* (Berlin, 1894), p. 48.

³² “*Quia iussioni non paruit iudici*”: Bernardo de Pavia, *Breviarum*, Cap. 1-4; *Comm.* I, II, 10, citado por CORTESE, cit. (n. 9), p. 493.

³³ ELIASON, cit. (n. 32), pp. 20 s.; ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 32), p. 464. Así en 3, 1, 13, 3: “*Sin autem reus afuerit et similis eius processerit requisitio, quemadmodum pro persona actoris ediximus, etiam absente eo eremodicium contrahatur et iudex, secundum quod veteribus legibus cautum est, ex una parte cum omni subtilitate causam requirat et, si obnoxius fuerit inventus, et contra absentem promere condemnationem non cesset, quae ad effectum perducatur: et per res et facultates fugientis victori satisfiat, sive ipse iudex ex sua iurisdictione hoc facere potest, sive per relationem ad maiorem iudicem hoc referatur et ex eo legitima via contra res contumacis aperiatur: nulla licentia ei vel alii personam eius solam praetendenti concedenda contradicendi, cum in possessionem ex huiusmodi causa actor mittitur: nec si reversus fuerit et voluerit fideiussiones dare et possessionem recuperare, audiatur: in huiusmodi etenim casibus omnem ei contradictionem excludimus*”. También en 3, 1, 13, 4: “*Cum autem eremodicium ventilatur sive pro actore sive pro reo, examinatione sine ullo obstaculo celebretur. Cum enim terribiles in medio proponuntur scripturae, litigatoris absentia dei praesentia repletur, nec pertimescat iudex appellationis obstacu-*

litiscontestatio por ausencia del que había interpuesto la acción, igualmente se realizaba una audiencia en la cual se consideraban sólo las alegaciones contenidas en el escrito de demanda pero, del lado del demandado se tenían en cuenta no sólo su contestación y defensa, sino también el conjunto de pruebas que ofrecía³⁴. A menos que sea clara la procedencia del Derecho invocado por el actor, el demandado era absuelto de toda condena *ab instantia*, precluyendo para él toda posibilidad de volver a hacer valer la acción con posterioridad. Ahora bien, si en esta misma hipótesis también estaba ausente el demandado no era posible inferir alguna presunción en favor del actor rebelde, ni tener por reconocidos los hechos que hubiera alegado como fundamento de su acción. En este supuesto se debía pronunciar sentencia en contra del demandado *contumax* siempre que sea evidente que no hubiera podido ganar el proceso, aún compareciendo³⁵.

2. La nueva visión de la rebeldía.

Fue precisamente el Derecho canónico que dio a la rebeldía un carácter cuasi-penal, constituyéndolo en un supuesto para establecer penas como ser la excomunió³⁶ simultánea y acumulativamente a las consecuencias que ya aparejaba la *bannum*³⁷. Esto permite distinguir con toda claridad los dos ámbitos en los cuales se desarrolló la regulación de la rebeldía con la influencia del Derecho canónico: por un lado el aspecto punitivo con un doble rol, coercitivo y sancionatorio, va de suyo también persuasivo. Por otro lado el nuevo desarrollo de ciertos elementos racionales para la consideración de la prueba, que propugnaban sustituir las prácticas irracionales de las ordalías, permitió incorporar como consecuencia de la rebeldía conclusiones de hecho y de Derecho directamente vinculada con el mérito del proceso. Esto último con cierta reticencia a ejercer jurisdicción con ausencia de una de las partes³⁸.

Ya en el siglo XII con la incorporación de las regulaciones de los papas Alejandro III y Urbano III³⁹, se afianzó la incorporación de medidas compulsivas en determinadas acciones. Si era el demandado quien no comparecía a la *litiscontestatio* implicaba que se otorgaba la custodia del objeto del proceso al demandante con finalidades cautelares y de resguardo. Simultáneamente se lo condenaba al pago de una multa por orden del juez, a menos que otorgue garantías suficiente de que

lum, cum ei, qui contumaciter abesse noscitur, nulla est provocationis licentia, quod et in veteribus legibus esse statutum manifestissimi iuris est”.

³⁴ Véase: SOHM, Rudolf, *Die Litis Contestatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart* (München, 1914; reedición Aalen, 1970), pp. 2-24; cfr. MAZZACANE, Elio, *La litis contestatio nel processo civile canonico* (Napoli, 1954), pp. 14 ss.

³⁵ ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30), p. 464.; cfr. FRAHER, cit. (n. 4), pp. 23-88.

³⁶ CORTESE, cit. (n. 9), p. 494.

³⁷ SCHIERSE, Paul, *Legislation on Sequestration in Roman Law and in the Decretals of Gregory IX*, en *The Jurist* 23 (1963), p. 291.

³⁸ HO, H. L., *The Legitimacy of Medieval Proof*, en *Journal of Law and Religion* 19 (2003-2004) 2, pp. 259-298.

³⁹ JAFFE, Phillipe - LOEWENFELD, Samuel - WATTENBACH, Wilhelm (editores), *Regesta Pontificum Romanorum, Ab Condita Ecclesia Ad Annum [...] MCXCVIII*. (2ª edición, Lipsiae, Veit, 1885), pp. 13932 (8997), 15740 (9879).

comparecerá⁴⁰. Lo primero se decidía través de la *missio in possessionem ex primo decreto*, que tenía carácter provisorio, debiendo cesar en caso que el demandado comparezca y otorgue garantías suficiente de cooperación procesal para el futuro. El carácter coercitivo de esta disposición surge con claridad en tanto que, de no lograrse el objetivo de la comparecencia luego de transcurrido un lapso de tiempo, se pronunciaba una segunda resolución (*secundum decretum*)⁴¹ a través de la cual se transfería la propiedad al demandante⁴². Acá puede verse una clara influencia del Derecho romano⁴³ lo que permitía cierta discrecionalidad al juez para aplicar sólo esta medida sin acumularla a la multa.

Por su lado la rebeldía del demandante otorgaba al demandado el derecho a optar entre dos alternativas: una el rechazo de la demanda, otra la continuación del proceso con la posibilidad del dictado de una sentencia definitiva de mérito. En el caso de una rebeldía posterior a la *litiscontestatio* siendo que el juez no haya tenido suficientes elementos para decidir, éste podía ordenar que la custodia del objeto del proceso se transforme en posesión definitiva en forma inmediata. La discusión en torno a las consecuencias penales de la rebeldía en su caso acumuladas a la posibilidad de decidir sobre el mérito de la causa, terminaron por justificarse en tanto el monto de la multa era imputado para compensar los cotos que implicaba la falta de comparecencia de la parte⁴⁴.

IV. EL DESARROLLO SOBRE LA REBELDÍA EN LA FRANCIA MEDIEVAL

En Francia la dinastía monárquica de los Capetos impuso su poder para organizar el reino adecuado en un sistema feudal⁴⁵. Notoria fue la voluntad de controlar la administración de justicia por parte del monarca⁴⁶ (logrando por cierto este objetivo fragmentando las cortes en instancias y dividiéndolas en varios territorios jurisdiccionales)⁴⁷. Se estableció una corte real con un sistema de jurisdicción universal constituyéndose el parlamento parisino en la máxima instancia de apelación, lo que de alguna manera permitió introducir cierta uniformidad, al menos en materia procedimental⁴⁸.

⁴⁰ "*Quia iussioni non paruit iudicis*": Bernardo de Pavia, *Breviarum*, cap. 1-4; *Comm.* I, II, 10, citado por CORTESE, cit. (n. 9), p. 493..

⁴¹ Tanto la primera como la segunda resolución eran denominadas sentencias interlocutorias (DURANTIS, II: *De sent.*); consecuentemente eran apelables y revocables: citado y sostenido así por SALVIOLI, cit. (n. 7), p. 506; cfr. MASMEJAN, Lucien, *La protection possessoire en Droit romano-canonique médiéval (XIIIe - XVe siècles)* (Montpellier, 1990), pp. 12-23.

⁴² SALVIOLI, cit. (n. 7), p. 266.

⁴³ Cfr. SCHIERSE, cit. (n. 37), p. 291.

⁴⁴ Bassianus excluyó la posibilidad si provenía del rebelde; Placentinus era de la idea de admitir la imposición de las costas al rebelde demandado incluso victorioso por oposición al demandante en rebeldía en la bien argumentada visión de CORTESE, cit. (n. 9), pp. 493 s.

⁴⁵ ROBINSON-FERGUS-GORDON, cit. (n. 7), pp. 26-30.

⁴⁶ BONGERT, Yvonne, *Recherches sur les cours laïques du X^e au XIII^e siècles* (Paris, 1948), p. 211; ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30), pp. 660-670.

⁴⁷ CASTALDO André, *Introduction Historique au Droit* (Paris, 1999), pp. 94 ss.; ROBINSON - FERGUS - GORDON, cit. (n. 7), pp. 33, 115.

⁴⁸ ROBINSON-FERGUS-GORDON, cit. (n. 7), pp. 115-120; SHENNAN, Joseph H., *The Parlement*

El Derecho aplicable se fundaba en la costumbre local⁴⁹, lo que se encontraba ordenado y almacenado en registros y expedientes jurisdiccionales públicos y privados, como en algunas colecciones, todo ello con un tinte más o menos romanista⁵⁰. Se debe tener presente que el sistema feudal acudió a muchas fuentes que precisamente no eran de uso y costumbre en Francia, como es el caso del producto Lombardo *Libri Feudorum*, o el *Assizes of Jerusalem*⁵¹. Todos estos y las colecciones de costumbres propias del norte de Francia como lo eran las *Très ancien coutumier* o las *Grand Coutumier de Normandie* eran influencia del siglo XIII que por su parte no denotaban una notoria influencia del Derecho romano⁵². En el sur el Derecho provenzal se fundaba en la traducción de la obra de Roger la *Summa Codicis*, más conocido como *Lo Codi*, y las *Exceptiones Petri*, ambas originarias del siglo XII, cuyo fundamento inmediato era la cumbre local, siendo aplicable el Derecho romano solo subsidiariamente, por cierto no vinculante fundado en principios relacionados con la soberanía⁵³. La relación con el Derecho romano y canónico también se logró conservar a través de una pluralidad de colecciones privadas como ser el *Conseil à un ami* (año 1250), *Livre de Justice et de Plet* (el que por cierto contenía muchos textos del Digesto, año 1260), y finalmente los *Établissements de Saint Louis* (del año 1270), donde se adaptaban los principios del Derecho romano al Derecho de la cumbre preexistente de Touraine-Anjou⁵⁴.

A este conjunto de compilaciones normativas más o menos sistematizadas se le sumaba un grupo reducido de costumbres con cierta fuerza vinculante pero sin ambición y relieve académico como ser las *Coutumes de Beauvoisis* de Philippe de Beaumanoir (1283)⁵⁵, y el más importante de los denominados *Styles*, relevante por su vinculación exclusiva con el procedimientos⁵⁶, donde se refiere al *Stilus Curiae Parlamenti*, de Guillaume de Breuil (año 1330)⁵⁷. En la segunda mitad del siglo XIV la obra de Jean Boutillier *Grand Coutumier de France* (1388) fue de las más influyentes, con una frondosa colección de ordenanzas vinculadas a la jurisdicción real, a las reglas de procedimiento y a tópicos del Derecho consuetudinario pari-

of Paris (Sutton, 1998), *passim*; CASTALDO, cit. (n. 47), p. 114; GLASSON, Ernest, *Histoire du Droit et des institutions de la France* (Paris, 1887), VI, pp. 152-176, 215-238.

⁴⁹ CASTALDO, cit. (n. 47), p. 139.

⁵⁰ CASTALDO, cit. (n. 47), pp. 141-155; ROBINSON - FERGUS - GORDON, cit. (n. 7), pp. 39-40, 114-115, 201.

⁵¹ Así lo enuncian ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 32), p. 647: "it sets forth [...] purely old French law".

⁵² YVER, Jean, Le "Très Ancien Coutumier" de la Normandie, miroir de la législation ducale? en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 39 (1971), p. 333; DE GRUCHY, Laurence, *L'ancienne Coutume de Normandie* (Jersey, 1881), esp. pp. 12-35.

⁵³ ROBINSON-FERGUS-GORDON, cit. (n. 7), p. 114.

⁵⁴ BESNIER, R., *Action et jurisdiction à l'époque des coutumers normands*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 17 (1941), p. 1.

⁵⁵ BEUGNOT, August (editor), *Les Coutumes De Beauvoisis* (Paris 1842), *passim*

⁵⁶ ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30), p. 648.

⁵⁷ BREUIL, Guillaume du - AUBERT, Felix (editores), *Stilus Curie Parlamenti* (Paris, Picard, 1909). *passim*.

sino⁵⁸. La costumbre comenzó a ser compilada por la autoridad real, y con ello a perder su hasta entonces carácter privado a partir del año 1454⁵⁹.

1. *El marco procesal.*

En el Derecho procesal, pese a la pluralidad de jurisdicciones y consecuentemente de costumbres locales, la influencia del *ius commune* fue decreciendo lentamente. Glasson⁶⁰ describe al menos tres diferentes períodos en relación al procedimiento curiosamente resaltando también tres diferentes épocas relacionadas con la regulación de la rebeldía. El primer período corresponde a la época de los francos o donde el Derecho aplicable era fundamentalmente la *Lex Salica*. Es decir, repitiendo lo ya tratado, si la parte no comparecía la primera sanción era una multa seguida del embargo y eventual subasta del bien inmueble del demandado⁶¹. Un segundo período es el existente con la monarquía Carolingia, donde el embargo y la transferencia de la posesión provisoria del inmueble del rebelde se constituyó en la regla, deviniendo en definitiva si el rebelde no aparecía en un año, asumiendo el oficial subastador la sustitución del demandado para satisfacer el crédito al ejecutante acreedor. Por cierto las multas y medidas coercitivas aun podían ser requeridas. El tercer período se inicia con la abolición del duelo aplicable al juicio para ser sustituido por el nuevo proceso canónico con reducción de formalismos constituyéndose por disposición real en la regla a partir de inicios del siglo XIV juicio, quedando el viejo procedimiento como de aplicación residual⁶². Debe sí tenerse en cuenta que la transición fue bastante extendida en el tiempo debido a la autonomía legal de las regiones.

Sobre la rebeldía el *Établissements de Saint Louis*, explicaba las razones de la necesidad de practicar el embargo de los bienes del rebelde en cantidad suficiente para satisfacer al demandante⁶³. En otros casos por el contrario, la rebeldía del actor permitía al demandado obtener inmediatamente un juicio sobre el mérito.⁶⁴ En el caso de costumbres de la Normandía (*Grand Coutumier de Normandie*⁶⁵) se imponía al rebelde una multa penal, a menos que haya negado la intimación o invocado su ley contra el requirente⁶⁶. Siendo que el emplazamiento contenía una citación que asumía el carácter de orden judicial para comparecer, el demandado podía invocar ya sea la *contremans*, que consistía en una excusa justificada a los efectos de que se fije una nueva fecha a la que se comprometía a comparecer.

⁵⁸ ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30), p. 648.

⁵⁹ CASTALDO, cit. (n. 47), pp. 372-380; BESNIER, cit. (n. 54), pp. 2-10.

⁶⁰ GLASSON, cit. (n. 48), III, pp. 420-435, 452; VI, pp. 498-500.

⁶¹ GUILHIERMOZ, Paul, *Enquêtes et procès. Étude sur la procédure et le fonctionnement du Parlement au XIV^e siècle* (Paris, 1902), pp. 181-220; BOEREN, cit. (n. 25), pp. 34-38.

⁶² SCHIERSE, cit. (n. 39), pp. 292-294.

⁶³ VIOLLET Paul (editor), *Les Établissements De Saint Louis* (Paris, 1881), II, pp. 93, 103, 213, citado por GLASSON, cit. (n. 50), VI, p. 496.

⁶⁴ GLASSON, cit. (n. 48), VI, p. 496, con citas de BEAUTEMPS-BEAUPRÉ Charles-Jean (editor), *Coutumes et institutions de l'Anjou & du Maine antérieures Au XVII^e siècle* (Paris 1877) fol 91, II, 64.

⁶⁵ DE GRUCHY, W. L., cit. (n. 52), cap. 37.

⁶⁶ BESNIER, cit. (n. 54), pp. 2-5.

O, como alternativa válida, podía invocar la *essoins*, por la cual solicitaba ser intimado por tres veces, asumiendo las consecuencias de su contumacia en caso de no comparecer⁶⁷.

En el caso de la región de Beaumanoir, continuó vigente la vieja regla que exigía la presencia de todas partes a los efectos de la validez de la sentencia⁶⁸.

2. La evolución hacia los efectos intraprocesales.

Paulatinamente comienza postularse la preferencia por regular efectos vinculados a la rebeldía que digan con la decisión de mérito. Ello es, que eventualmente podía acarrear intraprocesales, ello reflejado en cierta ventaja a favor de una de las partes derivada de la rebeldía de su oponente, lo que se compensaba con la necesidad de que la aplicación de la sanción deba requerir solicitud de parte en lugar que sean decididas *ex officio*⁶⁹. Aquí en donde precisamente se nota la impropria de la influencia de proceso del *Parlement* parisino⁷⁰. Tratándose de una acción real sobre un bien inmueble, la consecuencia de las dos primeras rebeldías de carácter absoluto conllevaban el pronunciamiento de la sentencia contra el rebelde condenándolo al pago de las costas procesales que había generado, pero aun no decidiendo sobre el mérito. Ahora bien, si la rebeldía se producía por tercera vez en forma absoluta, el demandado era privado de todo tipo de defensa pudiéndose pronunciar una sentencia de mérito contra él⁷¹. Cuando la rebeldía se verificaba del lado de la parte demandante, por las primeras dos ausencias era condenado al pago de las costas "*expensis, dampnis et interesse*" y si incurría en una tercera, podía perder su acción⁷².

Diferente fue la regulación en las acciones personales, donde las sucesivas rebeldías conllevaban la pérdida progresiva en las excepciones y defensas que podía titularizar el demandado requiriéndose para ello el cumplimiento estricto de las intimaciones. Durante la prosecución del proceso se requería al demandado hacer valer sus excepciones, primero aquellas declinatorias vinculadas a la competencia y jurisdicción, en segundo término las dilatorias por algún otro defecto procesal

⁶⁷ Un estudio detallado de las alternativas del rebelde y la secuencia procesal es desarrollado por PERALBA, Sophie, *Des coutumiers aux styles. L'isolement de la matière procéduraleaux XIII^e et XIV^e siècles*, en *Cahiers de Recherches Médiévales* 7 (2000) [<http://crm.revues.org/index887.html>, Visitado el 1 de julio de 2008]. Cfr. JOHNSON, cit. (n. 3), pp. 508-512; BEUGNOT, cit. (n. 57), cap. 3, p. 63; GLASSON, cit. (n. 48), VI, 502-504; El mismo, *Histoire du Droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre comparés au Droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours* (Paris 1882), II, p. 435; el *contremans* deviene en Inglaterra en el *writ de salvando die per regem warrantum*. Ver, al respecto: HALL, George (editor), *The Treatise on the Laus and Customs of the Realm of England, Commonly Called Glanvill* (London, 1965) I, pp. 8, 6-7.

⁶⁸ PERALBA, cit. (n. 67)

⁶⁹ GLASSON, cit. (n. 48), VI, p. 498 ss.

⁷⁰ GLASSON, cit. (n. 48), cap. 7 y 8, esp. pp. 51-61.

⁷¹ BREUIL-AUBERT, cit. (n. 57), p. 52 en detalle sobre el "*auferetur reo possessio et tradetur actori*".

⁷² BREUIL-AUBERT, cit. (n. 57), pp. 52-55; debe decirse que en la *Coutume de Normandie*, la incomparecencia del demandante solo en casos excepcionales conducía a la pérdida de la acción, si perdía todo tipo de recursos.

en orden a impedir la prosecución regular del trámite, finalmente las perentorias para defenderse sobre el mérito. Las sucesivas faltas de comparecencia para cada tipo de excepciones le hacían precluir el derecho a invocarlas y finalmente llevaban a que pierda el proceso. Sí debe mencionarse que de acuerdo a la *Somme rural*, justamente no existía uniformidad en la práctica forense, así por ejemplo variaban las costumbres desde el dictado inmediato de la sentencia, hasta la apertura de una instancia probatoria en la cual el rebelde estaba impedido para alegar cualquier tipo de objeción u ofrecer y producir pruebas⁷³.

Luego de la *litiscontestatio* y durante la etapa probatoria, la rebeldía acarrea la pérdida de la posesión *seisin* (posesión), si no comparecía a una audiencia. Siendo que la ausencia se verificaba en el momento en el cual se debió tomar juramento a la parte, éste se entiende por no efectuado⁷⁴. Siendo que la rebeldía consistía en no obedecer una orden judicial o una directiva del proceso, precluía la posibilidad de realizar el acto omitido y consecuentemente fundamentar su posición⁷⁵. En todos estos casos la posibilidad de recurrir quedaba abierta a través de escritos especiales que debían presentarse ante el rey⁷⁶.

La regulación francesa de los procesos sumarios no dejaron de sancionar la rebeldía, así la sola incomparecencia por dos veces (*nouvelle dissaisine*) implicaba la pérdida del proceso⁷⁷. Por cierto la desposesión en la regulación de los *Stilus*, tenía lugar bastando solo que la rebeldía tenga lugar una vez⁷⁸.

V. LA REGULACIÓN MIXTA ESTATUTARIO ITALIANA

Las regulaciones estatutarias de las distintas comunas muestran una mayor influencia del Derecho romano, principalmente en la recepción del proceso romano-canónico pre-escolástico (*ius commune*), de allí que calificuemos este sistema como mixto. Consecuentemente algunos estatutos no contemplaban o directamente eliminaron la multa por rebeldía, como era el caso de Palermo. Otros estatutos por su lado dan especial relevancia a la *bannum*, ya para casos especiales como ser los créditos públicos o municipales, ya como la regla general en el caso de Brescia

⁷³ Sobre estas variables véase: DUCOUDRAY, Gustave, *Les origines du Parlement de Paris et la justice aux XIII^e et XIV^e siècles* (Paris, 1902), pp. 10-25. Se ratifica en la *Somme Rural* o *Le grand coutumier général de pratique civil et canon*, de Jean Bouteillier, VIIIb [disponible en <http://gallica2.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k94056d.image.f7.langES.vignettesnaviguer>, visitado el 28 de junio de 2008]. Sobre la diversidad de aplicaciones en la práctica puede igualmente consultarse ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30), p. 684.

⁷⁴ *Somme Rural* VIIIb-a). El juramento cumplía un rol probatorio y de legitimación relevante al momento de fallar tanto en el sistema de la *Coutume* como en las alternativas germanas y anglo-sajonas. Véase, al respecto: SILVING, Helen, *The Oath*, en *The Yale Law Journal* 68 (1959) 7, pp. 1329-1390.

⁷⁵ BREUIL-AUBERT, cit. (n. 57), p. 53: "*amittit pretextu ejus contumacie illum articulum super quo habebat diem solum*".

⁷⁶ En detalle: WHITE, Stephen D., "*Pactum legem vincit et amor iudicium*". *The Settlement of Disputes by Compromise in Eleventh-Century Western France*, en *The American Journal of Legal History* 22 (1978) 4, pp. 281-308; cfr. ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30), p. 685.

⁷⁷ VIOLLET, cit. (n. 63), I, p. 65.

⁷⁸ Cfr. PERALBA, cit. (n. 67); igualmente ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30), p. 696.

y Bologna en el siglo XIII. Otras variaciones se daban en relación al número de veces que era necesario efectuar la intimación o el plazo máximo para transformar la posesión provisoria en definitiva, como ser los estatutos de Venecia y Pisa en el siglo XIII y Roma en el siglo XIV. Los juristas centraban su atención en aspectos prácticos. No generó mucha controversia entre los teóricos la posibilidad de admitir la presunción de una confesión en el supuesto de rebeldía. Lo que por cierto era expresamente admitido, tal como en Roma, en algunos estatutos equiparándose la consecuencias de la incomparecencia constituyente de la *contumacia* tanto en materia civil como penal. En términos prácticos, no impedía el dictado de una sentencia⁷⁹. La regulación de la presunción de confesión existía ya sin cuestionamientos en los procedimientos especiales para la ejecución de garantías o títulos de crédito, donde la *facta confessio in iure*, desempeñaba un rol protagónico en especial en las regiones de importante actividad comercial⁸⁰.

Sí dio lugar a complejas discusiones teóricas y prácticas en torno a la posibilidad de apelar por parte del rebelde que comparece con posterioridad⁸¹. El interrogante no ofrecía una respuesta única, siendo que los glosadores encontraron distintas alternativas en el Digesto para intentar coordinar y aplicar la producción jurídica en distintos momentos del desarrollo del Derecho romano⁸². Irnerio⁸³ por ejemplo, construyó una argumentación fundada en la combinación de las siguientes variables: de acuerdo a si la rebeldía del demandado se había producido antes o después de la *litiscontestatio*, siendo que el contumaz no compareció por negligencia o necesidad⁸⁴. En el primer caso el juez podía transferir la posesión e inmediatamente pronunciar sentencia denegando el Derecho a apelar. En el segundo caso por el contrario, especialmente considerando el supuesto de ausencia por servicio al Estado, la apelación era de admitirse si había existido una representación legal

⁷⁹ CORTESE, cit. (n. 9) cita como fuente a BARTOLUS, *Comm. ad Dig.* 2,3, en nota 47; con detalle de lo que acontecía en el proceso canónico (*contumacia*) como supuesto para la excomunicación del rebelde: *Decretum* XXIV, q. 3, 21 [fuente citada por GIANNOZZI Giancarlo, *La Contumacia Nel Processo Civile* (Milano 1963), p. 39]. Para las sanciones aplicables en materia penal ver SALVIOLI, cit. (n. 7), pp. 396-404.

⁸⁰ BÜLOW, Oskar, *Das Geständnisrecht* (Leipzig-Tübingen, 1899), pp. 10-35; MILLAR, Robert Wynes, *Ficta Confessio as a Principle of Allegation in Anglo-American Civil Procedure*, en *Law Review* 23 (1928-1929), p. 215 ss; cfr. SALVIOLI, cit. (n. 7), pp. 396-404.

⁸¹ La posibilidad de apelación está íntimamente vinculada con la admisión o no dentro del sistema de una autoridad superior. Mientras el sistema romano sí reconocía autoridades superiores y con ello competentes para poder controlar lo decidido por el inferior, en el derecho germano las asambleas que cumplían el rol de tribunales colegiados no tenían autoridad superior, consecuentemente no existía instancia recursiva alguna. Esta estructura se fue modificando en la medida que el rey ganaba en autoridad y dirección, hasta llegar a poder conocer de las impugnaciones de los inferiores: LUPOL, Maurizio, *The Origins of the European Legal Order* (Cambridge, 2000), pp. 195 ss., 141.

⁸² CAENEGEM Robert Van, *Legal History: A European Perspective* (Londres, 1991), pp. 127-130.

⁸³ Glosa a CI. 7, 43,10 *Quomodo et quando iudex*, l. *Cum non*, in PESCATORE, Gustav, *Die Glossen Des Irnerius* (Frankfurt a. M., 1913, reimpres. 1968), p. 73-76.

⁸⁴ En este sentido PADOA SCHIOPPA, Antonio, *Ricerche sull'appello nel Diritto intermedio* (Milano 1970), II, pp. 136-139.

del ausente, caso contrario el proceso debía iniciarse nuevamente. Un tercer caso plantea Irnerio de la lectura de un fragmento⁸⁵. La apelación sería admisible, pero el *dies a quo* para el cómputo del plazo debiera comenzar a computarse a partir del momento en que el rebelde tiene conocimiento de la sentencia. Como puede apreciarse en estas tres hipótesis, el trasfondo es en realidad construir un sistema armónico que lograra combinar coherentemente dos medios de impugnación totalmente diferentes, pero fundados en el mismo fenómeno: una rebeldía con efectos perjudiciales que querían revertirse. Esos dos mecanismos mentados son la apelación y la *restitutio in integrum, querela nullitatis*, es decir, la anulación de todo lo obrado y la necesidad de iniciar de nuevo el proceso en primera instancia.

*Vacario se preocupa igualmente de la incomparecencia posterior a la litiscontestatio*⁸⁶: “*Post litem cont. si lata sit sententia contra absentem contumacem, nec restituatur ad appellationem nec ad heremodicium. Si contra absentem ex necessitate, refert an sit defensus an indefensus. Si sit defensus, restituatur ad appellationem, si indefensus, restitueretur ad heremodicium, quia litigare poterit heremodicio perempto, quia non ualet res iudicata, si contra absentem casu uel uoluntate, refert an sit defensus an indefensus. Si sit defensus, non restituatur ad appellationem neque ad heremodicium, sed poterit appellare infra x dies si fuit indefensus, aut fuit legitime citatus an non Si non fuit legitime citatus, non oportet eum restitui, quia poterit de nouo agere, quia res iudicata non ualet si fuit legitime citatus, infra x dies potest appellare, nec tamen restituatur ad appellationem*”.

Más allá va Placentino admitiendo en todos los casos la prueba de una justa causa que habilite la apelación⁸⁷. Pero no se agotó la lista de casos diferenciados de ausencia del demandado, cada uno con diferentes consecuencias. Así Accursio aporta nuevos supuestos de incomparecencia: i) un caso probable y que por necesidad, como ser el supuesto de guerra que habilitaba tanto la apelación como el pedido de la repetición de la primera instancia (retrogradación del proceso), en caso de no haber habido una representación legal; ii) probable también era el caso de ausencia por razones de estudios que solo permitía la apelación para el incompareciente indefenso; iii) existiendo otros supuestos que obsten absolutamente el comparendo se les aplicaban la misma regla que el caso anterior; iv) en caso de ausencia voluntaria sin *contumacia*, como en el caso de los comerciantes, no podría verificarse la restitución ya que no se admitía el dictado de una sentencia por estar el ausente probablemente fuera de la jurisdicción del tribunal no siendo útil y ejecutable el fallo; v) la última alternativa es la *contumacia strictu sensu*. Ésta puede ser *vera* o *ficta*, verificándose la primera en tanto la parte es ubicable y encontrada, solo que comparece (*inventus, non uenit*), ello por contraposición al caso de quien no había sido encontrado (*non inuenitur*)⁸⁸. Era posible y justificado denegar el derecho de apelación para el caso de *contumacia* verdadera, mientras

⁸⁵ D. 49, 4, 1, 15: cap.1, in PESCATORE, cit. (n. 83), pp. 73 ss.

⁸⁶ *Liber Pauperum* 7, 39, en DE ZULUETA, Francis (editor), *The Liber Pauperum of Vacarius* (Londres, 1927), p. 232 n.7.

⁸⁷ *Summa Cod.* 7, 43, *Nisi forte abfuisse*.

⁸⁸ Azo, *Summa Codicis* 7, 65 *Quorum appell.* n. 7, en MAITLAND Frederic William (editor), *Select Passages from the Works of Bracton and Azo* (Londres, 1895); cfr. MCILWAIN C. H., *The*

que para el otro supuesto era inferible una presunción de confesión, pero siempre y en todo caso, recién luego de la *litiscontestatio*⁸⁹.

Estas variaciones en el tratamientos de diferentes casos surgieron probablemente en tanto los glosadores buscaban ampliar la posibilidad de apelación en caso de *contumacia*, quizás como una reacción al sistema rígido y más sancionatorio de la temprana Edad Media, para poder aplicar ciertos principios de equidad tomados del Derecho romano. En efecto los canonistas flexibilizaron la posibilidad de acceso a la apelación⁹⁰, y como ya se dijo reaccionando contra la aplicación rígida de la denegación de toda posibilidad de apelar, abrogando por una mayor flexibilidad⁹¹. Nótese cómo del efecto intraprocesal fuerte (la pérdida del proceso) se construyó un contrapeso cual era la amplia posibilidad de apelar. Solo en los procedimientos extraordinarios como el sumario donde se pronunciaba una sentencia en rebeldía, no era admisible la impugnación mediante la apelación⁹².

VI. LA REGULACIÓN EN LOS ESTADOS GERMANOS

1. Primeras consideraciones.

Dentro de los estados germanos la *Lex Salica* tuvo un rol preponderante⁹³. Las reglas procedimentales consuetudinarias establecían un funcionario (*scabini*) encargado de establecer la costumbre aplicable al caso intentando encontrar y formular la decisión adecuada⁹⁴. La etapa de compilación y escrituración del Derecho consuetudinario tiene lugar en los estados germanos durante los siglos XII y XIII⁹⁵. La principal obra conteniendo en forma detallada la costumbre es el *Sachsenspiegel*⁹⁶, que por cierto tuvo una gran influencia no sólo en los países germanos, convirtiéndose en un instrumento conservador de resistencia⁹⁷ contra la recepción y penetración

Present Status of the Problem of the Bracton Text, en *Harvard Law Review* 57 (Diciembre de 1943) 2, pp. 220-240.

⁸⁹ Cfr. KIRSHNER Julius, *Clean Hands and Rough Justice: An Investigating Magistrate in Renaissance Italy* by David S. Chambers; Trevor Dean, en *Law and History Review* 17 (1999) 3, pp. 619-62; GIANNOZZI, cit. (n. 79), pp. 398-400.

⁹⁰ GIANNOZZI, cit. (n. 79), pp. 46-50.

⁹¹ SALVIOLI, cit. (n. 7), pp. 564-570.

⁹² Bartolus, l. *ante sententiam*, n. 4 *Dig. De appell. recip.*, en SALVIOLI, cit. (n. 7), p. 566.

⁹³ BEHREND, Jakob Friedrich, *Zum Process der Lex Salica* (Berlin, 1873), pp. 10-23; ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30), p. 125 ss., 160; ROBINSON-FERGUS-GORDON, cit. (n. 7), pp. 188-190.

⁹⁴ DOBOZY Maria (editora) *The Saxon Mirror: A Sachsenspiegel of the Fourteenth Century* (Philadelphia, 1999), p. 14.

⁹⁵ DOBOZY, cit. (n. 94), p. 28; ROBINSON-FERGUS-GORDON, cit. (n. 7), p. 193.

⁹⁶ ECKHARDT Karl-August (editor) *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio I*, 4 (Hannover 1962), fuente N° 8; DOBOZY, cit. (n. 94), p. 29-31, n. 131; en importancia y paralelo debe mencionarse el *Schwabenspiegel* [GROSSE Rudolf (editor), *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio* (Hannover 1964), fuente N° 5: una excelente traducción al alemán contemporáneo puede verse en la obra de DERSCHKA, Harald R., *Schwabenspiegel* (München, 2002); y finalmente el *Deutschenspiegel*, ECKHARDT, Karl-August - HÜBNER, Alfred (editores), *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio* (Hannover 1933), fuente N° 3; DU BOULAY, Francis Robin *Germany in the Later Middle Ages* (Londres, 1983), pp. 86-90.

⁹⁷ DOBOZY, cit. (n. 94), n. 131.

del Derecho culto de elaboración académica, incluso hasta finales del siglo XV⁹⁸. Resulta interesante el estudio comparativo del *Sachsenspiegel* en relación a la *Lex Salica* y las leyes sajonas del año 945, los que fueron por cierto las únicas normas (por cierto limitadas) de ascendencia romana en los estados germanos⁹⁹.

Es posible mencionar algunas características diferenciadoras en este sistema normativo integrado y variado: por un lado se establece en forma clara la territorialidad de la ley, la consagración de principios y normas inspiradas en el cristianismo, la conformación de un Derecho y sistema penal independiente y finalmente la definitiva fijación del rey como vértice superior de la organización total, incluyendo el control final y extraordinario de la función jurisdiccional¹⁰⁰. Concretamente en relación al procedimiento, se innova en las formalidades y se fomenta una nueva concepción para arribar al juicio de mérito dando un especial rol a la prueba testimonial, otrora denostada¹⁰¹. Es posible hablar de una evolución en el proceso en el *Sachsenspiegel* con especial regulación de las rebeldías. En materia penal la sanción por la incomparecencia podía conllevar la pena de muerte o mutilación de una mano¹⁰² ello fundado en la insolencia (*Hochmuth*) por no respetar a la autoridad judicial (*Reichsthofgericht*) en su intimación.

Aún con lo expreso de las sanciones dispuestas, su aplicación no fue uniformemente severa partiendo porque estaban previstas para material penal y en muchos casos se entendió no aplicable a material civil y finalmente por aplicación de criterios de equidad. Lo más relevante es que el emplazamiento, siendo considerado un acto de autoridad, su violación era calificada consecuentemente como una vulneración del deber de colaboración para con el tribunal (*Dingpflicht*), lo que justificaba la naturaleza pública de sanción. La sanción podía incluir desde la pérdida de la propiedad del demandado, la posibilidad del dictado de una sentencia provisoria contra el rebelde, hasta el dictado de una sentencia definitiva por parte del rey remitiendo el caso a los tribunales eclesiásticos para aplicar, de ser procedente, la excomunió¹⁰³. La desobediencia a la orden real habilitaba por el período de un año y un día la pérdida de todo derecho y la posibilidad del dictado de una sentencia por el tribunal¹⁰⁴. Cualquiera sea el tipo de ofensa al rey por rebeldía, ello podía revertirse con la sola comparecencia y designación de un fiador que asegure el comparendo de aquél, al menos en las tres sesiones sucesivas de la audiencia y responda contra la acción que se había hecho valer¹⁰⁵.

⁹⁸ ROBINSON - FERGUS - GORDON, cit. (n. 7), p. 190; crítico con esta tesis PENNINGTON, Kenneth, *Learned Law, Droit savant, gelehrtes Recht: the tyranny of a concept*, en *Syrac. Journal of International and Comparative Law* 20 (1994), p. 205.

⁹⁹ LEE, cit. (n. 27), p. 428; BERMAN, Harold, *The Background of the Western Legal Tradition in the Folklaw of the Peoples of Europe*, en *The University of Chicago Law Review* 45 (1978) 3, pp. 553-597.

¹⁰⁰ DOBOZY, cit. (n. 94), pp. 15-17.

¹⁰¹ DOBOZY, cit. (n. 94), p. 22.

¹⁰² DOBOZY, cit. (n. 94), p. 89.

¹⁰³ ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30), p. 182.

¹⁰⁴ DOBOZY, cit. (n. 94), p. 80.

¹⁰⁵ Cfr. WIGMORE John H., *The Pledge-Idea: A Study*, en *Comparative Harvard Law Review* 10 (Jan. 25, 1897) 6, pp. 321-350.

2. *El rol sancionatorio pecuniario de la multa y la posibilidad de pérdida del proceso (la combinación balanceada de efectos extraprocesales coercitivos con consecuencias intraprocesales).*

Es en el modelo germano donde surgen dos tipos de multas : una en beneficio de la parte y a instancias de ella contra el rebelde (*Busse*), otra proveniente del tribunal (*Wette*)¹⁰⁶. La posibilidad de invocar alguna causa al de justificación no imputable que haya forzado la falta de comparendo fue igualmente admitida¹⁰⁷. Es aquí donde se nota la influencia normanda de las *essoins*¹⁰⁸, aplicándose la sanción pecuniaria de la multa, pero simultáneamente admitiendo la posibilidad de una alternativa de justificación en favor del rebelde. El requisito de tres intimaciones-órdenes judiciales sin respuestas por parte del rebelde servía de presupuestos para diferentes consecuencias.

Así si lo demandado era el cumplimiento de una obligación, la consecuencia para el rebelde que no cumplía o no se manifestaba en relación a la deuda, era habilitar al acreedor para solicitar el secuestro de la propiedad del remiso para que sirva de garantía. Incluso era posible solicitar después luego de una infructuosa intimación el incremento o modificación de la garantía. Esto de ninguna manera impedía que el rebelde pueda comparecer con posterioridad siempre y cuando acredite alguna de las causales legales de justificación. Los bienes secuestrados eran subastados para el pago de la deuda restituyéndose al deudor el excedente. De esta forma dentro del sistema germano la rebeldía tenía como consecuencia tener por existente el crédito alegado por el demandante a lo que el rebelde se sujetaba¹⁰⁹ (*gewunnen in der schult*)¹¹⁰. El procedimiento en caso de una acción real para la tutela del derecho de propiedad traía como consecuencia para el rebelde que el demandante podía adquirir la posesión judicial, esto es, el control y señorío sobre el bien. En este caso se exigía que la demanda reúna las condiciones de ley, no siendo suficiente el juramento del actor, paralelamente se exigía al demandado que, en caso de oposición esto se debía fundar sobre el derecho de propiedad y hacerse valer inmediatamente¹¹¹. La diferencia entre el ejercicio de una acción personal y real verificándose la rebeldía se daba principalmente en relación a la posibilidad de impugnación posterior por parte del rebelde. Mientras en la primera no procedía ninguna apelación o medio de impugnación, en el caso de una acción real el demandado rebelde tenía un año y un día para solicitar se dejara sin efecto la transferencia de la posesión y poder así defender su título sobre el bien¹¹².

Dentro de los estados germanos se regula simétrica y paralelamente la rebeldía del demandante. Siendo que éste no comparezca en una acción personal luego de ser citado por tres veces, habiendo manifestado el demandado su predisposición a defenderse, la consecuencia era su absolución y liberación de la pretensión que

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ DOBOZY, cit. (n. 94), p. 84.

¹⁰⁸ Cfr. BESNIER, cit. (n. 54), pp. 2-8.

¹⁰⁹ DOBOZY, cit. (n. 94), p. 90.

¹¹⁰ DEGENKOLB, Heinrich, *Einlassungszwang und Urteilsnorm* (Leipzig, 1877), pp. 8-18.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² WIGMORE, cit. (n. 105), pp. 321-325.

contra él se había hecho valer. Cuando se trataba de una acción real el demandado podía requerir al tribunal que confirme judicialmente su título de propiedad (*Friedewirken*)¹¹³.

3. *La regulación detallada de los supuestos de rebeldía en el “Sachsenspiegel”.*

El *Sachsenspiegel* como un producto de coordinación de las costumbres locales¹¹⁴, consideró a la rebeldía en un sentido lato como cualquier omisión en la realización de un acto procesal, fundado en el poder dispositivo y libertad participativa del demandante como del demandado que en definitiva se manifestaba en la falta de contradictorio. De esta manera es posible distinguir al menos dos fases de juzgamiento dentro de la estructura procedimental germánica, por un lado el juicio de Derecho, y por otro el probatorio o de los hechos¹¹⁵. En base a esta distinción es que pueden distinguirse diferentes consecuencias frente a la rebeldía en sentido estricto, entendida como incomparecencia a la primera audiencia.

En primer lugar no era objeto de discusión y menos de prueba las conclusiones de Derecho a las que haya arribado y hecho valer el demandante o el demandado, en este último caso suponiendo siempre su comparendo. El fundamento de esta consecuencia era no sustituir los intereses que las partes hicieron valer, y coherentemente ello también era aplicable en relación al interés y a aquella parte que no comparece en una libre actitud. En términos prácticos siendo que el demandado no comparecía, ello no era considerado técnicamente como una admisión ficta de lo alegado por el demandante. La consecuencia no estaba vinculada a establecer tácitamente la veracidad de los hechos alegados por el demandante, sino más bien a establecer la conclusión de Derecho que hizo valer¹¹⁶. Un segundo aspecto a considerar dentro del sistema judicial de los estados germanos fue el alto grado de pertenencia a lo público y consecuentemente toda desobediencia o falta de cooperación para el funcionamiento de la justicia colocaba al rebelde en una posición no sólo punible por multa, sino además de ser sujeto a una sanción eclesiástica. Esta sanción era totalmente independiente del resultado final de mérito del juicio, lo que servía de incentivo persuasivo ante la sanción social que aquella situación implicaba para el rebelde¹¹⁷.

¹¹³ ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30), p. 183.

¹¹⁴ DOBOZY, cit. (n. 94), p. 34: “The *Sachsenspiegel* as a unique, discrete text does not exist [...] [It means] the several-hundred-year-old tradition of the entire species of law book realized in all its adaptive diversity”.

¹¹⁵ KISCH, Guido, *Die Talionsartige Stufe Fur Rechtsverweigerung Im Sachsenspiegel*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 16 (1939), pp. 457 ss.

¹¹⁶ DEGENKOLB, cit. (n. 110), pp. 28 ss.; ENGELMANN - MILLAR, cit. (n. 30) pp. 192-194.

¹¹⁷ Véase tratado en detalle este argumento de Azo en KNUT, Wolfgang Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum alegata non secundum conscientiam iudicat* (München, 1967), pp. 66-74.

VII. LA REGULACIÓN DE LA REBELDÍA O CONTUMACIA EN LA INGLATERRA MEDIEVAL: “DEFAULT”

1. *Primeras consideraciones (la importancia de la visión contractual del proceso).*

En el período anglo-sajón los manuscritos y colecciones remiten a una irrelevante influencia del Derecho romano preexistente, más bien son una fuente de conocimiento indirecto de la tradición jurídica germana¹¹⁸. Aun cuando contienen disposiciones relativas a la falta de comparecencia a las audiencias del juicio, no alcanzaron el nivel de sofisticación del Derecho germano continental¹¹⁹. No sin poca claridad pueden identificarse al menos dos consideraciones en torno a la consecución de la rebeldía. Por un lado un grupo de normas más antiguas que imponían al demandado rebelde el deber de ofrecer un fiador, o en su defecto se obligaba al pago de la multa que se incrementaba frente a sucesivas citaciones y rebeldías¹²⁰.

No existe certeza sobre si era posible continuar un proceso, aún tomando medidas de cooperación para efectivizar la presencia de la parte rebelde, lo cierto es que no existen disposiciones expresas que sancionen con la pérdida del proceso el supuesto de rebeldía injustificada. Frente a este grupo de normas es posible encontrar otras¹²¹ que crean mecanismos comunitarios y organizados, lo que se convierten en garantía y seguridad permanente a los efectos de representar los intereses del rebelde, ya ofreciendo garantía real o personal, ya sustituyendo procesalmente al demandado en el proceso¹²². Disposición semejante es posible encontrar en el código de Alfredo¹²³ a los efectos de evitar que se acudan a las vías de hecho contra el rebelde. En el caso de las normas de Cnut se establecen

¹¹⁸ SHERMAN, Charles P., *The Romanization of English Law*, en *The Yale Law Journal* 23 (1914) 4, pp. 318-329; RICHARDSON Henry - SAYLES George, *Law and Legislation from Aethelberht to Magna Carta* (Edimburgo, 1966) pp. 1-30. HOLDSWORTH William, *A History of English Law* (Londres 1923) vol I, II, IX; POLLOCK Frederick - MAITLAND Frederic William - MILSON Francis Charles (editores), *History of English Law before the Time of Edward I* (Cambridge, 1968), II; CAENEGEM, Robert Van, *The Birth of the English Common Law* (Cambridge, 1988); BAKER, John Hamilton, *An Introduction to English Legal History* (Londres, 2002), pp. 2-10.

¹¹⁹ WORMALD, Patrick, *The Making of English Law: King Alfred to the Twelfth Century* (Oxford, 1999), p. 164; LIEBERMANN, Felix, *Die Gesetze Der Angelsachsen* (Halle, 1898), *passim*; más reciente en compilación con traducción al inglés ROBERTSON Agnes, *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I* (Cambridge 1925, reimp. Lampeter, 2000); HUDSON, John, *L'écrit, les archives et le droit en angleterre (IXe-XIIe siècle)*, en *Revue Historique* (2006), n. 637, pp. 3-35

¹²⁰ LIEBERMANN, cit. (n. 119), I, 10; WHITELOCK Dorothy, *English Historical Documents, C. 500-1042* (Londres, 1996), p. 394: ver allí las cien ordenanzas “the Hundred Ordinance” (939-ca. 961)

¹²¹ WHITELOCK, cit. (n. 120), p. 382; LIEBERMANN, cit. (n. 119), p. 151, ROBERTSON, cit. (n. 119) pp. 129, 184, 192.

¹²² BLAIR, Peter Hunter, *Roman Britain and Early England, 55 B.C.-A.D. 871* (Edimburgo, 1963), pp. 3-26; STENTON, Frank, *Anglo-Saxon England* (Oxford, 1971), pp. 12-34.

¹²³ Para una introducción acabada a este cuerpo normativo, véase: JOLLIFFE, Edward, *Pre-Feudal England: The Jutes* (Oxford, 1933), pp. 79-80. En especial para el proceso y los imperativos de comparecencia de las partes, véanse: WHITELOCK, cit. (n. 120), p. 379; LIEBERMANN, cit. (n. 119), I, p. 75; ROBERTSON, cit. (n. 119), pp. 183-194.

requisitos sobre el número de intimaciones necesarias y previas para permitir alguna sanción contra el rebelde¹²⁴.

En determinados casos se permitirá tomar la posesión de los bienes inmuebles del rebelde para transferírseles al rey, permitiendo que sea conducido por la fuerza ante el tribunal, siempre que se tratara de reincidente y habitual incumplidor¹²⁵. No existió una modificación radical a la legislación elaborada por Guillermo I¹²⁶. Quizás la única innovación se dio a los tribunales eclesiásticos del obispado (artículo II c 8, 3-3)¹²⁷, donde se estableció la necesidad de tres intimaciones bajo apercibimiento de excomunión y multa en caso de desobediencia. El poder del obispo incluía la posibilidad de ordenar a la fuerza pública bajo el mando del *sheriff* a hacer cumplir dicha orden de comparendo. Como puede apreciarse la presencia del demandado como del demandante tenía más importancia que el resto de Europa al menos en la temprana Edad Media. Sólo un reducido número de normas se ocuparon de la falta de participación procesal y las consecuencias ligadas a ella¹²⁸.

2. Las distintas variables con las sucesivas conquistas normandas, la influencia de los francos y la consolidación de la tradición anglo-sajona.

Luego de la conquista normanda es posible encontrar una compilación poco sistemática denominadas¹²⁹ *Leges Henrici Primi*¹³⁰, que contenían la colección de leyes vigentes en Inglaterra al inicio del siglo XII. Ahora bien, tanto esta colección como el conjunto de compilaciones antes mencionadas incluso el Derecho canónico¹³¹ tuvieron aplicación tomando como fuentes la *Lex Sálica*, los capítulos

¹²⁴ LIEBERMANN, cit. (n. 119), p. 321.

¹²⁵ WHITELOCK, cit. (n. 120), p. 384. Disposición similar a la germana, según WORMALD, Patrick, *Frederic William Maitland and the Earliest English Law*, en *Law and History Review* 16, (1998), p. 1; con relación a la aplicación *a pari* de lo ordenado para las “personas sospechosas” y las normas penales, véase: WHITELOCK, cit. (n. 120), p. 397.

¹²⁶ Para las *Leis*, WILHELME WORMALD, Patrick, *The Making of English Law: King Alfred to the Twelfth Century* (Oxford, 1999), pp. 398, 407, para las *appellatus de latrocinio o roberia* (LIEBERMANN, cit. (n. 119), p. 495); para el *ut dominus in francplegios habeat suos*, LIEBERMANN, cit. (n. 119), p. 519.

¹²⁷ ROBERTSON, cit. (n. 1199), p. 235.

¹²⁸ BECKERMAN, John S., *Procedural Innovation and Institutional Change in Medieval English Manorial Courts*, en *Law and History Review* 10 (1992) 2, pp. 197-252; LEWIS William Draper, *The Anglo-Saxon Law Suit*, en *The American Law Register and Review* 42, n. 11, Vol. 33 (New Series, Vol. 1 (1894), pp. 769-777.

¹²⁹ Varían al respecto las opiniones sobre los Normandos desde HOLDSWORTH, cit. (n. 118), II, p. 107 s., a la posición de HUDSON, John, *The Formation of the English Common Law* (Londres, 1996), pp. 24-50; en la p. 50 concluye: “Anglo-Norman England combined new courts and those which had survived from Anglo-Saxon England. There must have been variation of practice between courts, particularly with regard to procedure, but there are also signs of shared procedure and of shared custom on substantive matters”; cfr. GREEN Judith, *The Government of England under Henry I* (Cambridge, 1986), cap. 3; y HAAS, Elsa de, *An Early Thirteenth-Century Register of Writs*, en *The University of Toronto Law Journal* 7 (1947) 1, pp. 196-226

¹³⁰ DOWNER, John (traductor), *Leges Henrici Primi* (Oxford, 1972), n. 119.

¹³¹ HUDSON, John, *Maitland and Anglo-Norman Law*, en J. HUDSON (editor), *The History of English Law* (Oxford, 1996) pp. 21- 45.

y disposiciones francos y muy limitadamente parte del código Teodosiano. Este complejo normativo, aunque disgregado y poco ordenado, tuvo importantes modificaciones en materia de rebeldía. De acuerdo a la jurisdicción competente la regulación de las consecuencias de la rebeldía variaba notoriamente¹³².

Así el capítulo 50¹³³ aplicable a los tribunales feudales disponía que, en caso que una persona haya sido intimada por su señor u obispo en relación a determinadas conducta a asumir (comparecer) y no la cumplía, era condenado en carácter de culpable al pago de una compensación de carácter punitivo y resarcitorio (*emendati*)¹³⁴.

He aquí los textos:

50, 1: “*Si quis a domino vel prelato suo de nominates placitis secundum legem implacitatus ad diem conditum non venerit, omnium placitorum de quibus nominatim implacitabatur incurrit emendationes nisi competens aliquid respectaverit*”.

50, 2: “*Aliud enim est si quis a domino suo sic submoneatur ut illa vel illa die sit ad eum, et placitum ei non nominetur, et aliter si ita expresse sit manitus ut ei placitum nominetur*”.

50, 3: “*Si non sunt ei nominata placita et non venerit, overseunessa iuxta loci consuetudinem sit, et alius dies ponatur ei et tunc explicitet se vel emendet, nisi competens soinus intercedat*”.

Ahora bien si la imposición de la conducta requerida no había sido lo suficientemente específica como para ser conocida, se le aplicaba solamente una multa con contenido sancionatorio-punitivo por desobediencia (*ouersenesse*) siendo nuevamente emplazado para comparecer otro día permitiéndose en su caso alegar causales de justificación. Éstas se reducían a supuestos tales como la lejanía encontrándose “más allá del mar”, estar en el extranjero prestando servicios para el rey o al señor feudal, enfermedad o catástrofes naturales¹³⁵.

El capítulo 51 contiene las disposiciones relativas a la intimación de las Cien Ordenanzas, siendo en parte una síntesis de la evolución del Derecho anglo-sajón con un extensor tratamiento de la rebeldía¹³⁶, sancionándolo con el pago de una suma en carácter de multa en la primera y segunda ocasión, salvo que invoque y acredite una causal de justificación, en caso de una tercera incomparecencia debía pagar en forma completa. No podía el rebelde disponer de su propiedad sin

¹³² BEHREND, cit. (n. 93), pp. 60-68; HUDSON, cit. (n. 5), pp. 385-390.

¹³³ DOWNER, cit. (n. 130), pp. 164- 166; WORMALD, *Frederic William*, cit. (n. 126), pp. 1-6

¹³⁴ El juicio de culpabilidad para atribuir la condena en costas con carácter compensatorio era un requisito para poder apelar. Las disposiciones sobre demandas por ante las Crown y County Court (c 52 y 53) traducen la diferencia entre las costas y la acción para exigir las como compensación cuando se verificaba la rebeldía. Véase en detalle: THORNE, Samuel E., *The Assize “Utrum” and Canon Law in England*, en *Columbia Law Review* 33 (1933) 3, pp. 428-436.

¹³⁵ CAPUA, J. V., *Feudal and Royal Justice in Thirteenth-Century England: The Forms and the Impact of Royal Review*, en *The American Journal of Legal History* 27 (1983) 1, pp. 54-84; cfr. DOWNER, cit. (n. 130), cap. 41. 2, pp. 146-150.

¹³⁶ DOWNER, cit. (n. 130), pp. 166-168.

autorización judicial¹³⁷. Esta disposición recibida de la etapa de la preconquista es mantenida dentro del esquema como lo demuestran los capítulos 50 y 52¹³⁸.

El capítulo 52¹³⁹ regula la jurisdicción y competencia real¹⁴⁰ de aplicación tanto a causas civiles como penales pudiéndose disponer el embargo de bienes hasta el dictado de la sentencia que resuelva el conflicto.

52,1: “*Si quis de proprio placito regis implacitetur a iustitia eius, cuiusque homo sit, non debet iustitia uadium recti denegare*”.

52, 1a: “*Si non fuerit ante submonitus nec ad hoc uenerit debet per iudicium recti uadium iustitiae dare et plegios etiam, si opus sit, inuenire*”.

52, 1b: “*Si fuerat inde submonitus legaliter, et dies emundationis positus vel emendationes, ipse die oportebit eum, si iustitia cogat, respondere uel perdere, si dominum suum habeat siue non habeat*”.

52, 1c: “*Si quis uadium recti iustitiae denegauerit, tertio interrogatus ouerseunesse culpa sit, et ex iudicio licet retineri eum donec plegios inueniat uel satisfaciatur, maxime si iudicatum sit de uadio, si de capitalibus agatur in eo*”.

En primer lugar existe una obligación de ofrecer una garantía que asegure la comparecencia y en caso de incumplir se dictaba una resolución aplicando una multa por desobediencia (*ouerseunesse*). En caso de una primera incomparecencia y fijación de una nueva audiencia, previo emplazamiento acorde a la ley para conocer sobre su inocencia o estableciendo una obligación de presentar determinadas pruebas, podía conllevar que sea coaccionado a comparecer, caso contrario podía perder el proceso “*if justice demands it*”¹⁴¹. La sanción por no ofrecer garantía suficiente de comparecer (c. 52, 1c) conllevaba aparentemente una multa y es presupuesto para posibilitar el arresto del rebelde. Ello evolucionó en determinados tipos de procesos en los que directamente se fijaba un día para una audiencia donde se podía discutir sobre la acción, pudiéndose dictar una sentencia definitiva en ausencia del demandado, riesgo que debía cargar éste.

Finalmente el capítulo 53¹⁴² regula la rebeldía en las cortes de conocimiento en materias especiales.

53,1: “*Qui secundum legem submonitus a iustitia regis ad comitatum uenire supersederit, ouerseunesse regis, id est xx mancarum, reus sit in Westsaxa*”.

53, 1a: “*Et si de nominatis et susceptis placitis pulsabatur, nisi competens aliquid interuenerit, reus omnium iudicetur; si secus erat, tantum xx mancas emendet et rectum faciat*”.

¹³⁷ DOWNER, cit. (n. 130), pp. 166-168, cap. 51,3.

¹³⁸ HUDSON, *The Formation*, cit. (n. 112), p. 116. Ello es incorporado al procedimiento de los anglo-sajones, por ello no se reproduce la fuente del cap. 51 por ser conceptualmente un resumen repetitivo de los capítulos 50 y especialmente 52.

¹³⁹ DOWNER, cit. (n. 130), pp. 168-169.

¹⁴⁰ CAENEGEM, *Legal History*, cit. (n. 84), pp. 13 s. describiendo a este procedimiento como un tipo de persecución penal de oficio.

¹⁴¹ DOWNER, cit. (n. 130), pp. 168-169. Según Downer, los términos “*si iustitia cogat, respondere uel perder*” deben entenderse en tanto el “judicial” o “el tribunal” si requiere la actuación de las partes implica que estas deben perder (el proceso) en caso de no acatar.

¹⁴² DOWNER, cit. (n. 130), pp. 168-171.

53, 1b: “*Quodsi ouerseunessam dare et rectum facere renueret, mittantur qui de suo capiant et eum, si opus est, per plagium ponant*”.

53, 1c: “*Si neque sic satisfecerit, totum quod habet amiserit et idem capiatur nisi plegios inueniat*”.

53, 1d: “*Si repugnet et cogatur, occidatur*”.

53, 1e: “*Si euaserit et aufugerit, pro utlaga reputetur*”.

La primera consecuencia continúa siendo la aplicación de una multa (*ouerseunesse*) a favor del rey. En segundo lugar se puede atribuir incomparecencia culposa, obligando al pago de una sanción pecuniaria, ya no con el mero carácter punitivo, sino más bien compensatorio para hacer justicia. Si el acusado omite pagar la multa *ouerseunesse*, se podían aplicar medidas para sospechosos, sanciones con connotaciones penales¹⁴³.

De esta forma en la *county court* el proceso permitía obtener un resarcimiento por la incomparecencia contra el rebelde y de esta forma una satisfacción (*reus omnium iudicetur*) de forma que intente igualmente ordenar el cumplimiento específico, caso contrario la sanción se reducía al pago de las costas siempre que el rebelde haya sido citado acorde a la ley. Ciertas disposiciones en especial la primera y tercera tienen un origen plenamente anglo-sajón, sin precedentes en épocas previas a la conquista. Son producto de una práctica consolidada en los tribunales introducidas por los normandos o quizás la casa Angevin¹⁴⁴.

Son por cierto muy variados los diferentes tipos de procedimientos expuestos en las *Leges Henrici Primi*. En todos siempre la regla de la imposición de una multa en caso de incomparecencia. A ello se le sumaba en sede feudal o eclesiástica el riesgo de tener que pagar una *emendatio* con carácter compensatorio siempre que se haya efectuado un debido emplazamiento¹⁴⁵. En el caso de las Cien Ordenanzas, era posible exigir un pago completo con carácter penal en caso de una tercera citación válida. Debe sí remarcar que no hay vinculación entre la rebeldía y el resultado del proceso en relación a la acción que se hizo valer. Similares normas se podían encontrar en las viejas costumbres normandas y posteriormente con el *Sachsenspiegel*¹⁴⁶. Sí es posible verificar la existencia de una nueva terminología en estos dos tipos nuevos de proceso en relación al deber de responder al requerimiento del demandante y la citación del juez conectado con la posibilidad del dictado de una sentencia y eventualmente incluso adversa en las *county courts* luego de efectuada la debida notificación. Innovación que no tuvo mucha aceptación o reconocimiento como surge de la existencia de una disposición general (c. 5 y 31, 7b) contra el dictado de una sentencia en rebeldía de la parte. Esta norma sin embargo, al ser derivada del Derecho canónico (como resabio de la necesidad

¹⁴³ DOWNER, cit. (n. 130), p. 360.

¹⁴⁴ DOWNER, cit. (n. 130), pp. 360-362.

¹⁴⁵ Sobre el rol de la *emendatio* en este caso véase: COHEN, Herman, *A History of the English Bar and Attornatus to 1450* (Londres, 1929), pp. 535-538; cfr. MAXEY, Edwin, *The Ecclesiastical Jurisdiction in England*, en *Michigan Law Review* 3 (1905) 5, pp. 360-364.

¹⁴⁶ DE GRUCHY, cit. (n. 52), p. 231.

de consenso (participación y presencia) como fundamento de una sentencia) no podía ser aplicada por los tribunales legos¹⁴⁷.

VIII. CONCLUSIONES

Como se pudo ver en los cuatro modelos se elaboraron mecanismos para instar o suplir la ausencia de una de las partes. En aquellos que partían del consenso y la consecuente necesidad de la presencia de ambas partes (en su génesis los modelos anglo-sajón y germano) priman las medidas coercitivas, cuando no punitivas contra el rebelde, es que se necesitaba su presencia real. El problema es que si ello no era posible el proceso solo se podía desarrollar en torno a consecuencias extraprocesales (coerción, sanción punitiva penal o civil), pero no lograban arribar a la sentencia de mérito, mientras aquellas medidas no sean fructíferas. Así se evoluciona lentamente hacia la posibilidad de fallar en ausencia de una de las partes, e incluso producir alteraciones patrimoniales especialmente en las acciones reales. Se comenzaba a trabajar con ficciones¹⁴⁸ como la confesión y el reconocimiento tácito.

Evolucionando los modelos a permitir consecuencias intraprocesales, y siendo el efecto tan contundente surgía la necesidad de discutir la posibilidad de apelar y allí también se diferenciaron. Unos con posibilidades amplias (cuando era de sencilla configuración la rebeldía), otros restringida (cuando la rebeldía para conllevar sanciones intraprocesales requería de estrictos presupuestos).

Lo cierto es que más óptimo resultó combinar tanto efectos extra como intraprocesales, ambos tenían un fuerte efecto persuasivo, y complementados evitaban la paralización innecesaria del proceso. Compensado con ello, se establecieron causales de justificación que permitían al rebelde no culpable ingresar con posterioridad en el proceso o apelar para permitir revertir una situación procesal o patrimonial desfavorable.

[Recibido el 7 y aprobado el 31 de julio de 2008].

¹⁴⁷ HOUSE, Lolabel, *The County Court in the Thirteenth Century*, en *The American Law Register* (1898-1907), Vol. 49, N.º 5, Vol. 40 New Series (1901), pp. 284-296; DOWNER, cit. (n. 130), pp. 84-86, sobre el sentido de: “*Nec in re dubia uel absente accusato dicta sit sententia*”.

¹⁴⁸ Por cierto con una reflexión similar ver BÜLOW, Oskar, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, en *Archiv für die civilistische Praxis* 62 (1879), p. 1-96.