

Apuntes sobre la rebeldía en el proceso civil peruano



MARIO MONROY PALACIOS

Abogado por la Universidad de Lima.
Director de la Revista Peruana de Derecho Procesal.

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Breve recorrido evolutivo.
 1. Legis Acciones.
 2. Proceso formulario.
 3. Extraordinaria cognitio.
 4. Época post-clásica del imperio romano.
 5. Proceso germánico.
 6. Derecho canónico.
- III. Teorías en torno a la naturaleza jurídica de la rebeldía.
 1. Teoría de la pena.
 2. Teoría de la renuncia.
 3. Extraordinaria cognitio.
 4. Teoría de la autodeterminación.
 5. Teoría de la carga.
- IV. Tres formas distintas de afrontar la rebeldía en los ordenamientos contemporáneos.
- V. Tratamiento de la rebeldía en sede nacional.
 1. Formas de incurrir en rebeldía.
 2. Efectos de la declaración de rebeldía.
 3. Comparecencia tardía.
 4. Temas relevantes en torno a la rebeldía.
 - 4.1. Diferencia entre inactividad y rebeldía.
 - 4.2. Notificación por edictos y rebeldía.
 - 4.3. Rebeldía y competencia territorial.
 - 4.4. Rebeldía y fijación de puntos controvertidos.
 - 4.5. Valoración de medios probatorios ofrecidos por el rebelde.
- VI. Colofón.

AUTORES NACIONALES

DERECHO PROCESAL

ADVOCATUS | 32

RESUMEN:

En el presente artículo el autor aborda las implicancias que genera la declaración de rebeldía en el marco del proceso civil. De ese modo, desarrolla las formas en las que se puede incurrir en un supuesto de rebeldía, para luego analizar sus efectos, así como otros temas relacionados al mismo como son la competencia territorial y el aspecto probatorio.

Palabras clave: Proceso civil, comparecencia, rebeldía y contestación de demanda.

ABSTRACT

In this article the author addresses the implications of being deemed in default within the framework of the civil process. In this way, he develops the ways in which a "in default" situation can occur, and then analyze its effects, as well as other related issues such as territorial jurisdiction and the evidentiary aspect.

Keywords: Civil process, appearance, in default and complaint answer.

"El silencio podría carecer de significado en muchos aspectos de la vida cotidiana, pero en el proceso civil definitivamente no".

AMILCAR MERCADER.

sobre el tratamiento de la rebeldía en el proceso civil peruano, creemos conveniente realizar un breve recorrido histórico sobre nuestro tema, con la intención de conceder al lector mayores referencias al respecto.

I. INTRODUCCIÓN

En principio, la rebeldía es el estado en que se encuentra el demandado por no haberse apersonado al proceso en tiempo y forma luego de haber sido notificado válidamente con una demanda judicial. Decimos "en principio" porque como suele comúnmente ocurrir con las instituciones jurídicas, es el legislador quien tiene la última palabra, debiendo ser el doctrinario quien termine adaptando su definición de acuerdo a lo reflejado en cada legislación, y no viceversa¹.

Sin embargo, las instituciones jurídicas no son solo el dato de derecho positivo que nos proporciona la norma, sino que tienen una profundidad mayor. En tal sentido, si bien este trabajo tiene como objetivo final dar ciertos alcances

II. BREVE RECORRIDO EVOLUTIVO

Sin ánimo de exhaustividad, puesto que el tratamiento de la rebeldía en cada una de las etapas que a continuación mencionaremos merecería un estudio individual, describiremos cómo fue evolucionando el enfrentamiento al problema de la inactividad inicial del demandado –aunque como veremos más adelante, este no es el único supuesto configurador de la rebeldía–.

Empezamos por el proceso romano antiguo, no porque creamos que allí resida la génesis del derecho, sino simplemente porque las fuentes a las que hemos recurrido para la elaboración de este artículo no van más atrás de aquella época.

No es extraño que al realizarse un análisis histórico de las características de cualquier insti-

1. Por ejemplo, en el proceso civil de Italia, Francia y Alemania se contempla la rebeldía de la parte demandante, por lo que cualquier definición de rebeldía realizada por un autor proveniente de aquellos países englobará también este supuesto, lo cual no ocurriría con uno proveniente de España, Argentina, y otros que únicamente contemplan la rebeldía del demandado, y aún dentro de esta especie, también hay diferencias, por ejemplo en España también se declara la rebeldía cuando en una sucesión procesal los sujetos llamados a suceder no pudieran ser localizados o de ser localizados no quisieran comparecer al proceso –artículo 16.3 LEC–; y en Argentina, la rebeldía se configura cuando el demandado no se apersona al proceso, con lo cual, quien se apersona y no contesta la demanda, no es rebelde, a diferencia de lo que ocurre en el Perú, donde el apersonamiento no es suficiente para evitar la declaración de rebeldía si no se contesta la demanda.

tución jurídica ocasionalmente se comprueba que los autores arriban a conclusiones discrepantes. Ello también ocurre con la rebeldía. Por ejemplo, cada etapa evolutiva del proceso romano antiguo no tuvo un inicio y un final claramente demarcado, sino que cada una de aquéllas fue alimentándose de la anterior y a su vez incorporando mecanismos que se consolidaron posteriormente. Por tanto, asumiendo que resulta inútil encajar rigurosamente ciertas características de la rebeldía en determinada etapa de forma excluyente, no existe impedimento alguno para realizar una breve reseña histórica sobre el tratamiento de nuestro tema.

1. Legis acciones.

En el sistema conocido como el de las *legis actiones*, caracterizado por ser fundamentalmente privado, solemne y formal, la presencia del demandado ante el magistrado era indispensable para que se trabase la *litis*. Por tal razón, el demandante tenía la carga de buscar al demandado. Si lograba ubicarlo, este último se comprometía a asistir a la audiencia mediante el llamado *vadimonium*, que tenía por finalidad asegurar su comparecencia. Si luego el demandado no cumplía con asistir, se daba paso al *vadimonium desertum*, que facultaba al demandante, independientemente de recurrir a la fuerza para llevarlo ante el magistrado –*ob torto collo, manus iniectione*–, a ejecutar la garantía por el monto ofrecido en el *vadimonium* y a obtener la posesión de los bienes del ausente –*missio in possessionem*–, para luego venderlos si transcurrido cierto tiempo este no comparecía².

En tal sentido, puesto que era inconcebible la continuidad del proceso con la presencia de solo una de las partes, este no podía continuar, por lo que, en rigor no existía un proceso seguido en rebeldía tal como se concibe ahora³.

Otra característica es que se diferenciaba entre el *absens* y el *indefensus*. El primer término servía para calificar a los que no comparecían, y el segundo para quienes compareciendo, nada alegaban respecto a los hechos de la demanda, vulnerando lo que en aquella época se consideraba el *deber de defenderse* y que traía como consecuencia que se le diera la razón automáticamente al demandante⁴.

Asimismo, si ambas partes se apersonaban se celebraba la fase *in iure*, que finalizaba con la *litiscontestatio*, una especie de contrato entre las partes⁵ que consistía en un intercambio de afirmaciones orales que servía para fijar los límites de la discusión quedando expedita la causa para ser resuelta en la siguiente fase, conocida como *in iudicio apudiudicem*. Cabe resaltar que con respecto a esta última fase algunos autores sostienen que si cabía la rebeldía, la cual traía como consecuencia la declaración de mérito favorable a la parte que sí se presentaba⁶.

2. Proceso formulario.

En el proceso formulario también era necesaria la presencia de las dos partes en la fase *in iure*, de lo contrario no podía entablarse la *litiscontestatio*. En la fase *in iudicio apudiudicem*,

2. V. Costa, Sergio. *Contumacia civile*, en *Nuovo digesto italiano*, 1938-XVI, IV, Turin: UTET, p. 182; La Rosa, Salvatore. *Il contumacenelgiudiziocivile*. Catania: Filippo Tropea Editore, 1887, p. 26; Aru, Luigi. *Il processo civile contumaciale*. Roma: Anonima Romana Editoriale, 1934, p. 17; y Rispoli, Arturo. *Il processo civile contumaciale*. Milán: Società Editrice Libreria, 1911, pp. 7 y 20.

3. Cfr. Bachmaier, Lorena. *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*. Madrid: Universidad Complutense, 1994, p. 152; Coniglio, Antonino. *Lezioni di diritto processuale civile. Il processo di cognizione*. Padua: CEDAM, 1939, p. 438. También Cortese, Ennio. Voz: *Contumacia -diritto romano-*. En *Enciclopedia del diritto*, X, Milán: Giuffrè, 1962, p. 447.

4. Carratta, Antonio. *Il principio della non contestazione nel processo civile*. Milán: Giuffrè, 1995, p. 21.

5. Samanés Ara, Carmen. *La tutela del rebelde en el proceso civil*. Barcelona: José María Bosch, 1993, p. 20.

6. V. Cortese, Ennio. *Op. Cit.*, p. 448. En contra, Rispoli, Arturo. *Op Cit*, p. 33.

si el demandado no se presentaba, perdía la litis. Sin embargo, no queda claro de los textos consultados qué ocurría si era el demandante quien no se presentaba en esa segunda fase. Algunos autores sostienen que el juez daba por concluida la causa automáticamente absolviendo al demandado, y otros que el juzgador podía pronunciarse respecto al mérito⁷. En todo caso, ambas posturas coinciden en que ello significaba la derrota de la parte demandante.

Asimismo, comienza a decaer el derecho del demandante a usar la propia fuerza para llevar al demandado ante el magistrado, sustituyéndose por el empleo de una serie de medios para compeler al demandado a comparecer, tales como la *traslatio possessionis* en las *actio in rem* y la *bonorum possessio* y *bonorum venditio* en las *actio in personam*⁸.

Por último, aparece la *in integrum restitutio*, mecanismo por el cual el ausente podía solicitar se rescinda la sentencia pronunciada contra él y, como consecuencia de ello, que se retrotraigan los efectos de la misma si es que ya se había ejecutado⁹.

3. Extraordinaria cognitio.

En este proceso –conocido también como *cognitio extra ordinem*–, que a diferencia de los anteriores tiene carácter público, aparece recién la posibilidad de que el proceso continúe solo

con la presencia de una de las partes –proceso *eremodiale*–. Es por ello que algunos autores sostienen que recién en esta etapa se puede hablar en estricto de proceso seguido en rebeldía, tal y como es concebido en los sistemas procesales contemporáneos¹⁰.

Asimismo, se hacía empleo del aforismo "*absens, si bona causa habuit, vincet*", por el cual así el demandado hubiese incurrido en rebeldía, el juez de todos modos debía analizar el mérito y el resultado de la actuación de pruebas antes de juzgar, pudiendo absolver al demandado si es que el demandante no cumplía con la carga de probar los hechos que daban sustento a su pretensión¹¹.

Por otro lado, al rebelde no se le permitía apelar la sentencia –*absentem condemnatum si appellet non esse audiendum*–¹². Finalmente, cabe destacar que luego de que ambas partes se apersonaban debidamente al proceso, el procedimiento no se interrumpía así una de aquéllas lo abandonara posteriormente. Ello representa una diferencia con respecto al proceso formulario, donde la ausencia *post litis contestatam* traía como consecuencia la derrota automática de la parte, haya sido esta demandante o demandada¹³.

En el derecho justiniano, cuando la rebeldía se configuraba de manera inicial –*ante litem contestatam*–, se generaban las siguientes consecuencias: en las *actio in rem*, se producía la *traslatio possessionis* de los bienes del rebelde; y en las

7. Giannozzi, Giancarlo. *La contumacia nel processo civile*. Milán: Giuffrè, 1963, p. 11.

8. Ver La Rosa, Salvatore. *Op. Cit.*, pp. 30-31; y Carratta, Antonio. *Op. Cit.* p. 33.

9. De acuerdo a Aru, esta restitución era imposible cuando como consecuencia de la *bonorum venditio*, el patrimonio ya se había dispersado. *Op. Cit.* p. 52.

10. Como señala Provera, "en la *cognitio extra ordinem*, para que el proceso pudiera desarrollarse no eran indispensables ni la defensa, ni la participación activa del demandado en el rito proceso procesal", *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*. Turín: Giappicchelli, 1970, p. 191. En ese sentido también, Bonifacio, Franco. Voz: *Contumacia -diritto romano-*, en *Novissimo digesto italiano*, Turín: UTET, 1957, p. 770; Aru, Luigi. *Op. Cit.* p. 219.

11. *Cf.* WENGER, Leopoldo. *Istituzioni di proceduracivile romana*. Milán: Giuffrè, 1938-XVI, p. 280; y Cortese, Ennio. *Op. Cit.* p. 451.

12. En ese sentido, PROVERA, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 194.

13. Nuevamente, v. PROVERA, Giuseppe. *Op. Cit.*, p. 196.

actio in personam, la *bonorum possessio*—en proporción a la cantidad de lo adeudado—¹⁴. Asimismo, la falta de pronunciamiento del demandado al contestar la demanda sobre los hechos alegados por la parte demandante, no se consideraba como una renuncia a su derecho a defenderse, ni como un reconocimiento de la pretensión¹⁵.

Si durante el proceso la parte demandante incurrió en rebeldía —por ejemplo, por no acudir a una audiencia cuya asistencia era obligatoria—, se le concedía al demandado el derecho a solicitar: a— la *absolutio ab instantia*, cuyo objetivo era que se le declare vencedor sin que exista un pronunciamiento de mérito, pudiéndose por lo tanto re-proponer la demanda sobre los mismos hechos¹⁶; ob— solicitar que se revise el mérito de la causa, en cuyo caso podían presentarse dos situaciones: si el juzgador concluía que la parte demandante tenía razón, no declaraba el derecho a favor de esta, sino que declaraba la *absolutio ab instantia*; y si constataba que la demanda no tenía fundamento, le daba razón al demandado con un pronunciamiento de mérito que imposibilitaba que la parte demandante pueda interponer una demanda similar¹⁷.

Por otro lado, se contemplaba la posibilidad de que el rebelde compareciera tardíamente en el proceso, sin que por ello quede impedido de interponer los medios de defensa a él conferidos inicialmente. De acuerdo a Provera, esa inexistencia de efectos preclusivos obedecía a que aún se tenía desconfianza en un procedimiento

unilateral el cual “todavía no se consideraba del todo idóneo para asegurar eficazmente la imparcialidad de la decisión final”¹⁸.

Por último, al igual que en las etapas anteriores, en el proceso justiniano tampoco se le daba la posibilidad al rebelde de apelar la sentencia dada en su rebeldía, por lo que esta adquiría autoridad de cosa juzgada y se convertía en título ejecutivo ante el que no cabía contradicción¹⁹. Asimismo, también se le confería a las partes el derecho a pedir la *in integrum restitutio*.

4. Época post-clásica del imperio romano.

La opinión mayoritaria es que en esta época no existió una correlación automática entre la falta de comparecencia al proceso del demandado y que este sufriese la derrota en el mismo. En tal sentido, se afirma que el juzgador debía expedir su decisión acuerdo a su propia convicción, esto es, dándole la razón a la parte demandante solo cuando el material probatorio que hubiese proporcionado le haya generado certidumbre²⁰.

5. Proceso germánico.

En el periodo en que el proceso germánico más influyó en los pueblos que algunas vez fueron colonias romanas, predominó la consideración de la rebeldía como un delito que se perseguía con multas progresivas al rebelde; condenándolo a reembolsar las costas de la rebeldía; e incluso con el *banno*, que era una especie de confiscación de sus bienes que también podía

14. ARU, Luigi. *Op. Cit.*, p. 220. En opinión del autor citado, la *bonorum possessio* constituía para el autor un derecho de prenda para su crédito. Ver también ZILETTI, Ugo. *Studisul proceso civile giustiniano*. Milán: Giuffrè, 1965, p. 73.

15. Al respecto, cfr. CARRATTA, Antonio. *Op. Cit.*, pp. 38 y ss. En el mismo sentido, Provera señala que en el derecho justiniano si bien el demandado debía comparecer en el proceso, gozaba de la más amplia libertad de defensa, comprendida en ella la libertad para elegir no defenderse en lo absoluto. *Op. Cit.*, p. 213.

16. Cfr. GIANNOZZI, Giancarlo. *Op. Cit.*, p. 21.

17. En contra, Cortese, Ennio. *Voz: Contumacia –diritto romano–*, *op. cit.*, pp. 451 y 452, quien señala que en el proceso justiniano sí se admite la hipótesis de sentencias favorables al demandante que luego incurriera en rebeldía.

18. Cfr. PROVERA, Giuseppe. *Op. Cit.*, p. 224.

19. Cfr. ARU, Luigi. *Op. Cit.*, p. 213.

20. Suscribe esta opinión PROVERA, Giuseppe. *Op. Cit.*, p. 204.

acarrear la pérdida de sus derechos personales y, en ocasiones, conllevar a su exclusión de la sociedad²¹.

El fundamento de semejante trato al rebelde radicaba en que se exigía la colaboración de las partes en el proceso civil. En tal sentido, la inactividad era tomada como una ofensa grave tanto a la contraparte, como al Estado. Es por ello que no solo existía el deber de comparecer, sino también el deber de desplegar efectivamente la defensa.

La consecuencia tanto de la falta de comparecencia como de la falta de negación de los hechos de la demanda por parte del demandado que sí se había apersonado era la misma: la admisión tácita de los hechos afirmados en la demanda y, por tanto, la respectiva condena del demandado, quien no estaba en grado de probar la infundabilidad de la pretensión adversaria –en vista de que en el proceso germánico la carga de la prueba gravaba sobre la parte demandada y no sobre quien alegaba los hechos–²².

Esta tendencia, aunque con determinados matices, fue la adoptada en el derecho franco, en el derecho de los tiempos carolingios, así como en el derecho de los otros pueblos que tuvieron influencia germánica –visigodos, ostrogodos, etc.–²³.

6. Derecho canónico.

Producto de la desconfianza que se tenía en quien recaía el deber de juzgar, este proceso fue eminentemente escrito. En materia de

rebeldía, esta era considerada como un *grave peccatum*, cuya ocurrencia era ultrajante hacia la autoridad eclesiástica y que era sancionada con la excomunión²⁴. Además, el juzgador debía resolver la controversia no *secundum praesentes*, sino *secundum meliorem causam*, esto es, no se le daba la razón de manera automática al litigante que estaba apersonado, sino que debía mediar el propio convencimiento²⁵.

La principal novedad introducida por el proceso canónico con respecto a la rebeldía es la aparición de la *accusatio contumaciae*, en virtud de la cual aquella no podía ser declarada de oficio sino que obedecía a un pedido de parte.

Por otro lado, al igual que en etapas anteriores, continuaron regulándose tanto el impedimento del rebelde de apelar la sentencia dictada en su rebeldía, como el derecho a pedir la *restitutio in integrum* de los plazos si demostraba que durante todo el proceso tuvo un legítimo impedimento que imposibilitó su apersonamiento al mismo. Una vez interpuesto dicho pedido, quedaba suspendida la ejecución de la sentencia²⁶.

Si bien hay otras etapas que se sucedieron, haremos un corte aquí, pues con este breve recorrido nos interesaba demostrar que muchas de las normas que se consideran básicas en la regulación de la rebeldía en el proceso en los distintos ordenamientos contemporáneos, ya habían aparecido por ese entonces –por ej., la posibilidad de que el proceso continúe con solo una parte; el derecho del rebelde a comparecer tardíamente; la preclusión que juega en contra del rebelde que ha comparecido tardíamente; la

21. V. COSTA, Sergio. *Voz: Contumacia –Diritto intermedio–*, en *Novissimo digesto italiano*, Turin: UTET, 1957, p. 771; RISPOLI, Arturo. *Op. Cit.*, pp. 83-84; BACHMAIER, Lorena. *Op. Cit.*, p. 154.

22. Al respecto, v. CARRATTA, Antonio. *Op. Cit.*, pp. 42 y ss. También CONIGLIO, Antonino. *Op. Cit.*, p. 440.

23. RISPOLI, Arturo. *Op. Cit.*, p. 82 y ss.

24. Sobre el tema, cfr. Samanés, Carmen. *La tutela del rebelde en el proceso civil*, Barcelona: José María Bosch, 1993, p. 21; GIANNOZZI, Giancarlo. *Op. Cit.*, p. 37; COSTA, Sergio. *Op. Cit.*, p. 771; CORTESE, Ennio. *Voz: Contumacia –diritto romano–*.

25. Cfr. CARRATTA, Antonio. *Op. Cit.*, p. 53.

26. Cfr. GIANNOZZI, Giancarlo. *Op. Cit.*, p. 47.

posibilidad de que el rebelde resulte vencedor del proceso; el derecho de pedir la *restitutio in integrum* de los plazos expirados, etc.–. Ello sin negar, por supuesto, los aportes que posteriormente se fueron incorporando, como la posibilidad de que el rebelde pueda apelar la sentencia –regulada en la Ordenanza de 1667 expedida por Luis XIV–, la desaparición de la *accusatio contumaciae*²⁷, entre otros.

III. TEORÍAS EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REBELDÍA

Si bien la primera parte de este trabajo ha sido dominada por la narrativa histórica, la segunda será íntegramente exegética. Sin embargo, de manera previa analizaremos brevemente las teorías que han intentado dar fundamento a la rebeldía como institución jurídica de derecho procesal.

1. Teoría de la pena.²⁸

En distintas etapas de su evolución histórica la rebeldía ha encontrado justificación en la sanción que correspondía aplicar al sujeto que incurría en ella.

Sin embargo, en la actualidad la rebeldía no se considera ni un delito ni un hecho ilícito que como tal debe ser castigado. Es más, en

la inmensa mayoría de los ordenamientos procesales contemporáneos –de hecho, en la totalidad de los consultados para este trabajo– no se contempla que de manera previa a la declaración de rebeldía el juez deba examinar si existió dolo o culpa, sino que aquél se limita simplemente a constatar el hecho objetivo de la rebeldía y en virtud de tal constatación se declara la misma. En otras palabras, la rebeldía se determina objetivamente²⁹.

Tal como enseñaba Chiovenda, cada sistema procesal aplica consecuencias más o menos gravosas a la rebeldía, y ello no obedece a una política de sancionar o penar al rebelde, sino simplemente de acelerar el trámite de los procesos en los que no hay un contradictorio real entre las partes³⁰.

2. Teoría de la renuncia.

Para Costa, esta teoría “surgió históricamente como contraposición a la teoría de la pena, puesto que se abandonaba el concepto del *deber* de comparecer y de defenderse y se comenzó a reconocer el derecho de la parte de disponer libremente de los derechos y medios de defensa”³¹.

Al respecto, cabe hacer la salvedad que en la mayoría de sistemas procesales contemporá-

27. La *accusatio contumaciae* tiene reminiscencias en el derecho contemporáneo, por ejemplo, en Argentina el artículo 59 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación señala que la rebeldía se declara a pedido de la otra parte. Esta postura ha sido justificada por Alsina quien señalaba que al ser la rebeldía una herramienta para evitar que el procedimiento sea suspendido por la inactividad de una parte, lo lógico es que tal situación sea denunciada por la parte que se vería afectada por la paralización, por lo que, si ello no ocurriera, debe considerarse que no tiene intención de darle impulso al proceso, no siendo labor del juez sustituirse en lo que desean las partes –citado por González, Atilio Carlos. Silencio y rebeldía en el proceso civil. Buenos Aires: Astrea, 1995, pp. 118 y ss–. Dicho ello, consideramos que la *accusatio contumaciae* no tiene aplicación en el Perú pues al tener la contestación de la demanda un plazo perentorio para ser realizada, la inobservancia del mismo causa la inmediata preclusión de dicha actividad, la cual puede y debe ser constatada de oficio por el juez, del mismo modo en que tampoco es necesario que se pida que se declare consentida una sentencia cuyo plazo para impugnarse ya expiró.

28. Sobre el tema v. RISPOLI, Arturo. *Op. Cit.*, p. 77; Costa, Sergio. *Contumacia –Diritto Processuale Civile–*, en *Novissimo digesto italiano*, Turin: UTET, 1957, p. 773, quien la denomina “Teoría de la contumacia –rebeldía– como rebelión al poder del juez”; y Brandi, Pietro. *Contumacia –diritto processuale civile–*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milán: Giuffrè, 1962, p. 458, quien la denomina “Teoría de la violación de los deberes de ley”.

29. RISPOLI, Arturo. *Op. Cit.*, p. 233

30. CARRATTA, Antonio. *Op. Cit.*, p. 136.

31. COSTA, Sergio. *Op. Cit.*, p. 774.

neos –salvo en aquellos donde se aplica la *ficta recognitio*³²– la rebeldía no se entiende como una renuncia, puesto que luego de ser declarada sigue existiendo la carga de la parte demandante de probar los hechos que dan sustento la pretensión. En otras palabras, no hay una correlación automática entre la rebeldía y que se le dé la razón a la parte demandante, ni siquiera en los ordenamientos que colocan como consecuencia de la rebeldía a la *ficta confessio*, ya que en estos de todos modos tiene que haber una constatación por parte del juzgador acerca de si los hechos invocados tienen relación con el petitorio.

Otro argumento desarrollado en contra de esta postura es que el estatus de rebelde no es definitivo, puesto que este puede en cualquier momento apersonarse al proceso –lo que es conocido como comparecencia tardía o purga de la rebeldía–. Estando a ello, la colisión entre rebeldía y renuncia es clara, porque la renuncia es por definición una manifestación de voluntad irrevocable, mientras que la rebeldía no tiene dicha característica³³.

3. Teoría de la autodeterminación.

Fue principalmente postulada por Rispoli, quien señalaba que la rebeldía es el no ejercicio de la facultad de actuar, por lo que, si un sujeto considera que permanecer como rebelde obedece a sus intereses, podrá hacerlo, puesto que cada quien es libre de auto determinar su conducta procesal. En otras palabras, así como existe el

derecho –y no el deber– de cooperar en el proceso, también existe la facultad de abstenerse³⁴.

En tal sentido, estando a que la inactividad es un acto voluntario de una parte, la consecuencia de que las actuaciones procesales no se desplieguen en tiempo y forma será la aplicación al rebelde del principio de autodeterminación, por el cual, si ingresa al proceso de forma posterior, deberá asumir que sobre aquellas actuaciones habrán recaído los efectos preclusorios y, por tanto, no podrán retrotraerse³⁵.

La crítica que se le hace a esta teoría es que no aborda los supuestos en que la rebeldía no es voluntaria, siendo injusto que en estos casos se le prive al rebelde de los mecanismos necesarios para retrotraer las actuaciones a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa plenamente³⁶.

4. Teoría de la inactividad.

Esta teoría fue postulada por Chiovenda, quien excluyó del concepto de rebeldía todo elemento de subjetividad, dándole importancia únicamente al siguiente dato objetivo: la verificación de la no comparecencia en tiempo y forma. Por tal razón, para este autor es errado señalar que la declaración de rebeldía es una sanción, o una remisión del rebelde al sentimiento de justicia del juez, o una tácita confesión, o la expresión de la voluntad de no comparecer. Simplemente se trata de una consecuencia del hecho objetivo de la inactividad inicial³⁷.

32. Sobre la *ficta recognitio* ver punto IV de este trabajo.

33. Sobre el tema, v. RISPOLI, Arturo. *Op. Cit.* p. 242 y nuevamente en pp. 251 y ss.; también COSTA, Sergio. *Op. Cit.*, p.185; y BRANDI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 461.

34. Cfr. RISPOLI, Arturo. *Op. Cit.*, p. 247. Se aprecia una explicación de esta teoría también en SAMANÉS, Carmen. *Op. Cit.*, p. 25.

35. BRANDI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 460.

36. En ese sentido, SAMANÉS, Carmen. *Op. Cit.*, p. 25; también COSTA, Sergio. *Op. Cit.*, 774.

37. Cfr. BRANDI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 460, quien señala que Chiovenda con esta teoría pretendía que se prescindiera de cualquier consideración sobre el animus del rebelde. También v. SAMANÉS, Carmen. *Op. Cit.*, 26; así como COSTA, Sergio. *Op. Cit.*, 186 y, posteriormente, en *Contumacia –Diritto Processuale Civile–*, p. 772. Expresamente, Chiovenda sostenía que “la ley no considera en absoluto en la rebeldía el elemento subjetivo de la voluntariedad, sino solo el elemento objetivo de la no comparecencia” –*Principi di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1965, p. 754–.

Al respecto, es preciso señalar que esta es la postura que más nos persuade. Las críticas basadas en que al prescindir este postulado de todo análisis subjetivo, no se podría explicar qué debe suceder cuando el demandado incurra en rebeldía por un hecho ajeno a su esfera de dominio, son a nuestro parecer infundadas. Chiovenda únicamente hizo referencia a la objetividad para declarar la rebeldía, sin descartar que un análisis subjetivo de las razones por las que se incurrió en ella corresponde a un momento posterior y solo cuando el rebelde lo plantee al comparecer tardíamente.

En ese escenario, solo cuando el sujeto alegue haber incurrido en rebeldía por cuestiones no imputables a él, y solicite se le restituyan los plazos para que pueda ejercer plenamente su derecho de defensa –lo que en el ordenamiento italiano se obtendría a través de la *rimessione in termini*–, se deberá realizar un análisis de la conducta del rebelde. Cualquier otro supuesto de incorporación tardía al proceso del rebelde que no contenga un pedido similar, será porque este ya asumió que lo afrontará en el estado en que se encuentra.

Por último, en la actualidad muchas legislaciones han ampliado los supuestos en los que se puede incurrir en rebeldía, por lo que la *inactividad inicial* ha dejado de ser el único supuesto para que esta se declare –véase por ejemplo el artículo 79 del CPC–. Sin embargo, a nuestro criterio la teoría de la inactividad sigue siendo útil. En tal sentido, si nos centramos en que la ocurrencia del supuesto de hecho que potencialmente pueda configurar la rebeldía es lo único relevante para su declaración, resulta inútil para tal cometido el análisis de los motivos que conllevaron a tal ocurrencia, los cuales podrán ser examinados posteriormente si lo pide el sujeto declarado rebelde.

Por tanto, sea que estemos ante el supuesto de la inactividad inicial –con el que clásicamente se declara la rebeldía–, o ante cualquier otro

supuesto que haya agregado el legislador de nuestros tiempos, lo relevante, a efectos de declarar la rebeldía, es constatar el hecho objetivo de su ocurrencia.

5. Teoría de la carga.

En esta teoría se parte de la premisa que el demandado no tiene ningún deber de defenderse, pues para ello tendría que existir correlativamente el derecho de la contraparte, o del Estado, de exigir que se defienda.

Por tanto, al no cumplir con la mencionada *carga*, la consecuencia principal para el rebelde será colocarse en una situación de desventaja, puesto que no defenderse significa no dar a conocer al juzgador sus razones, debiendo resolver la causa solo en base a lo afirmado por la parte demandante y al material probatorio que esta ha ofrecido.

Otra consecuencia será que si el rebelde se apersona tardíamente deberá asumir el proceso en el estado en que se encuentre. No pudiendo, por la mera circunstancia de apersonarse, retrotraer las actuaciones que hasta ese momento hayan sido desplegadas³⁸.

La crítica que se le hace a esta teoría es que no aborda lo que ocurrirá en los supuestos en que la *carga* se incumple por un hecho no imputable a la parte declarada rebelde.

V. TRES FORMAS DISTINTAS DE AFRONTAR LA REBELDÍA EN LOS ORDENAMIENTOS CONTEMPORÁNEOS

En cuanto al modo en que se afronta el tratamiento de la rebeldía en la legislación comparada, la profesora Samanés ha identificado tres sistemas: el sistema latino, en virtud del cual la declaración de rebeldía no genera beneficio alguno a la parte demandante –*facta litiscontestatio*–, continuando esta con la carga de convencer al juez del asidero de los fundamentos

38. SAMANÉS, Carmen. *Op. Cit.*, p. 26.

de la demanda; el sistema alemán, que asume la rebeldía como una carencia de fundamentos del rebelde que conduce a una *ficta confessio*, que exime a la parte presente de probar los hechos que sustentan su pretensión –en estricto, más que *ficta confessio*, estamos ante una *relevatio ab onere probandi*–, y que deja al juez en libertad de formarse su propio convencimiento; y el sistema anglosajón, que aplica la *ficta recognitio*, esto es, una especie de allanamiento que da por reconocida la pretensión de la parte demandante, liberándose el juez de cualquier valoración jurídica, debiendo, por tanto, declarar el derecho a favor de la parte presente³⁹.

V. TRATAMIENTO DE LA REBELDÍA EN SEDE NACIONAL

1. Formas de incurrir en rebeldía.

De acuerdo al artículo 458⁴⁰ del CPC incurrirá en rebeldía: a–el demandado que no conteste la demanda dentro del plazo establecido por ley luego de haber sido notificado válidamente –primer párrafo del mencionado artículo–; y b–quien luego de la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado no comparezca dentro del plazo de 5 días –segundo párrafo–.

- a) Con respecto al primer supuesto, debe destacarse la importancia de una notificación *válida* a la parte demandada. Ello desde nuestro punto de vista implica además el deber de constatación por parte del Juez de que en el emplazamiento se hayan observado las formalidades de las notificaciones, puesto que si bien la declaración de rebeldía en estricto no deja al rebelde en inde-

fensión, si lo dejaría el hecho de no haberlo notificado correctamente, privándolo del conocimiento de la existencia del proceso. Por ende, cuando el enunciado normativo hace mención a que el demandado debe ser notificado válidamente, lo que se busca es asegurar que a este se le haya puesto en la posibilidad de contradecir, siendo ello suficiente para declarar la rebeldía.

Por otro lado, se aprecia que no se contempla la posibilidad de que el juzgador verifique si el demandado incurrió en rebeldía por una causa voluntaria o involuntaria, siendo suficiente la constatación del hecho objetivo de la “no contestación de la demanda” en la oportunidad debida para que declare la rebeldía. *Contrario sensu*, para el demandado no es suficiente el apersonamiento en tiempo y forma al proceso para librarse de ser declarado rebelde⁴¹.

Asimismo, cabe contemplar que en supuestos excepcionales sucede que el demandado que ha sido notificado válidamente, se encuentre en la posibilidad de demostrar que no contestó la demanda –incurriendo, por tanto, en rebeldía– por una causa ajena a su voluntad. Para supuestos como este, existe en nuestra legislación un vacío legal con respecto a un mecanismo que permita al rebelde pedir se retrotraigan las actuaciones a fin de poder ejercer su derecho de defensa –algo así como la *rimessione in termini* italiana–. Sin embargo, pese a la laguna, creemos que en aras de salvaguardar el mencionado derecho de defensa del hasta entonces rebelde, nada impide

39. SAMANÉS, Carmen. *Op. Cit.*, pp. 88 y ss.

40. “Presupuesto para la declaración de rebeldía.”

Artículo 458.- Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente esta no lo hace, se le declarará rebelde.

También será declarado rebelde el litigante que notificado con la conclusión del patrocinio de su Abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el Artículo 79.”

41. Sobre tal posibilidad, autorizada doctrina sostenía como contrario a la lógica que una parte se considere correctamente apersonada, y a la vez rebelde, debido a no haber contestado la demanda, ya sea por negligencia o por haberlo considerado superfluo, Rispoli, Arturo. *Op. Cit.*, p. 248.

a este que en la primera oportunidad que tenga solicite que se le reabra el plazo para contestar la demanda. Este pedido debería resolverse previo contradictorio.

Siguiendo con el supuesto planteado en el párrafo anterior, otra alternativa de solución podría ser permitirle al sujeto declarado rebelde interponer medios probatorios en segundo grado en caso de ser derrotado. Sin embargo, esta solución no nos es satisfactoria pues no soluciona el tema de la imposibilidad de interponer defensas procesales, y porque el juez de primer grado no habría tenido la posibilidad de resolver con aquellos medios probatorios.

Ahora bien, en aquellos supuestos en que el demandado haya sido declarado rebelde por causa imputable a la parte demandante por una inexactitud al consignar el domicilio—por dar un ejemplo—, la solución será más sencilla. Creemos que ante tal circunstancia el hasta entonces rebelde podrá pedir la nulidad de todo lo actuado en la primera oportunidad que tenga⁴².

En caso el error no fuera de la parte demandante sino de la autoridad judicial o del encargado de realizar la notificación, se debe optar por la misma solución, puesto que aunque pueda parecer injusto que la parte demandante sufra el retraso de las actuaciones por una circunstancia que no ha provocado, la celeridad procesal no debe primar sobre el derecho de defensa⁴³.

Más problemáticos serán los supuestos en que el demandado se encuentre en condiciones de demostrar que no pudo

tomar conocimiento de la existencia de un proceso en el que, a diferencia del supuesto planteado anteriormente, se haya declarado por sentencia firme fundada la demanda; o en aquellos supuestos en que habiendo tomado conocimiento del proceso, una circunstancia de fuerza mayor le haya impedido al demandado apersonarse durante todo el proceso en el que también ha adquirido firmeza la sentencia que declara fundada la demanda.

Los supuestos descritos en el párrafo anterior tienen como principal particularidad que las sentencias no contienen, en rigor, vicio alguno que acarree su nulidad, pero han sido expedidas en un proceso donde el demandado no pudo ejercer su derecho de defensa. Estos supuestos no se encuentran regulados en el CPC, el cual en materia de rescisión de sentencias firmes solo contempla el supuesto del fraude procesal—artículo 178 del CPC—. Por tanto, la única vía que tendría disponible el rebelde es el amparo.

Sobre el tema, otras legislaciones procesales como la española ofrecen al rebelde la llamada “rescisión de sentencia firme a instancias del rebelde”, regulada en los artículos 501 y siguientes, de la LEC.

Por último, de la opción tomada por el legislador nacional, debe extraerse que si la parte demandada deduce excepciones pero no contesta la demanda también será declarada rebelde.

- b) En el segundo supuesto de hecho para incurrir en rebeldía, regulado a su vez en el segundo párrafo del artículo 458 CPC, se le impone al sujeto la carga de comparecer nuevamente—apersonarse— ante el cese de

42. De modo similar, el segundo párrafo del artículo 165 CPC dispone que, en la notificación por edictos, el Juez podrá anular todo lo actuado si se demuestra que la afirmación del demandante de ignorar el domicilio del demandado fue falsa, así como también será causal de nulidad que el domicilio del demandado haya sido de posible conocimiento del demandante si hubiera empleado la diligencia normal.

43. En ese sentido, BACHMAIER, Lorena. *Op. Cit.*, p. 238.

la representación, o del patrocinio de su abogado. Se trata de un supuesto conocido en doctrina como rebeldía 'sobrevenida'⁴⁴.

La opción asumida por el legislador nacional es discutible. Si una parte ha cumplido con la carga de contestar la demanda válidamente, acto procesal que como es evidente solo podrá realizar si está debidamente apersonada, no veo por qué imponerle de nuevo dicha carga. A no ser que se crea que tanto la conclusión del patrocinio del abogado, como la renuncia de su apoderado tengan efectos sobre el apersonamiento 'inicial' en el proceso, lo cual sería errado.

En esa línea, si lo que pretendía con esta norma era que la parte designase rápidamente a su nuevo abogado o apoderado sin mayor dilación a efectos de que esta circunstancia no entorpezca el curso del proceso, hubiese resultado suficiente establecer una regla que señale a las partes que el proceso continuará con el cumplimiento o no del mandato –de nombrar nuevo representante, o abogado, de acuerdo al caso– luego de expirado el plazo, debiendo asumir la parte los efectos preclusivos de cualquier actividad que no hubiese podido desplegar mientras estuvo sin representante o abogado, pero no incorporarlo como un supuesto de rebeldía.

A lo dicho se debe agregar que si el legislador optó por la falta de contestación de la demanda como supuesto de hecho principal para la declaración de rebeldía, antes que por la falta de comparecencia inicial al proceso en tiempo y forma, resulta

incoherente que luego el tema de la comparecencia⁴⁵ se coloque como supuesto de rebeldía –textualmente el segundo párrafo del artículo 459 CPC hace referencia al litigante que “no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79”–.

Por otro lado, no se aprecia motivo alguno para no imponerle esta regla a la parte demandante, en vista de que durante los años que dura un proceso civil es perfectamente posible que incurra en supuestos de cese de representación o de patrocinio de su abogado. De modo que, si este supuesto solo se aplicase con respecto a la parte demandada se le estaría brindando a esta un injustificado trato desigual.

Por último, cabe preguntarse qué efectos devendrán de la declaración de rebeldía en este supuesto. Al respecto, pensamos que los únicos efectos que se producirán son: a– que las notificaciones al rebelde de determinadas resoluciones se entenderán realizadas el mismo día en que se efectúen a la contraparte –segundo párrafo del artículo 459 CPC–, y b– el efecto preclusivo de la declaración de rebeldía –artículo 462 CPC–. En tal sentido, al no tratarse de la rebeldía por no contestación de la demanda, no se producirá la consecuencia regulada en el artículo 461 del CPC referida a la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos de la demanda.

2. Efectos de la declaración de rebeldía.

- a) Declarada la rebeldía, las resoluciones se dejarán de notificar al rebelde de manera personal, salvo las reguladas en el segundo

44. La máxima *sem el praesens, sem per praesens*, –una vez en el proceso, siempre en el proceso–, es comúnmente pasada por alto en los ordenamientos procesales civiles de nuestra época, donde se suelen regular supuestos de rebeldía sobrevenida, entendida esta como aquella en la que se incurre de manera posterior al apersonamiento en tiempo y forma.

45. De por sí resulta discutible hablar de una nueva comparecencia pues, en rigor, la comparecencia entendida como acto de apersonamiento de una parte –al menos en el proceso civil peruano–, bastaría con que se realice solo una vez, aunque en la práctica forense se exige un apersonamiento en cada grado jurisdiccional, lo cual por lo demás no está regulado en el CPC.

párrafo del artículo 459⁴⁶ del CPC que son las siguientes: la que declara saneado el proceso; las que citen a audiencia; la sentencia; y la que requiera el cumplimiento de la sentencia. Las demás se tendrán por notificadas el mismo día en que se efectuó la notificación a la contraparte.

Nótese que a diferencia de otros ordenamientos procesales que recurren a ficciones que cumplen la función puramente formal de poner al rebelde en calidad de conocer el contenido de las resoluciones –por ejemplo, la notificación en los estrados; la notificación pegando la resolución en la puerta del juzgado o en otro lugar público –conocida en Italia como *affissione*–; entre otras–, el legislador nacional ha optado por prescindir totalmente de cualquier tipo de notificación al rebelde⁴⁷.

Por otro lado, desde nuestro punto de vista al listado contenido en el enunciado normativo bajo comentario no debiera conferirse carácter taxativo, sino más bien requiere que se interprete con amplitud, *privilegiándose, en cada circunstancia con-*

*creta, el derecho de defensa del rebelde*⁴⁸. Por ejemplo, también se debería notificar por cédula las resoluciones que contengan el concesorio de una medida cautelar –por su innegable afectación a la esfera jurídica de la parte demandada–.

Por último, cuando en el enunciado normativo se hace referencia a la “sentencia”, debería entenderse también cualquier otra resolución que ponga fin al proceso.

- b) Otro efecto de la declaración de rebeldía es la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda –artículo 461⁴⁹ del CPC–.

De lo normado en el citado artículo se desprende que la declaración de rebeldía no equivale a un allanamiento ni a una admisión de hechos por parte del rebelde. Es más, nos persuade afirmar que ni siquiera existe una liberación para la parte demandante de la carga de probar los hechos constitutivos de la demanda, puesto que la presunción relativa de verdad⁵⁰ se ve so-

46. “Notificación de la rebeldía.-

Artículo 459.- La declaración de rebeldía se notificará por cédula si el rebelde tiene dirección domiciliaria. En caso contrario, se hará por edictos.

De la misma manera se le notificarán las siguientes resoluciones: la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento. Las otras resoluciones se tendrán por notificadas el mismo día que lo fueron a la otra parte.”

47. Con las excepciones ya descritas en el párrafo anterior. Del mismo modo, en España, luego de declarada la rebeldía, no se notificará al rebelde ninguna otra resolución, salvo la que ponga fin al proceso –artículos 497.1 y 497.2 LEC–.

48. En tal sentido, cfr. Ciaccia Cavallari, Bona. *Voz: Contumacia*. En *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, Turin, UTET, 1998, p. 325.

49. “Efecto de la declaración de rebeldía.-

Artículo 461.- La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:

1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;

2. La pretensión se sustente en un derecho indisponible;

3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, este no fue acompañado a la demanda;

o

4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción.”

50. Técnicamente, una presunción relativa se derrota con otro medio probatorio el cual, en la hipótesis de la

liviantada cuando la misma norma señala "salvo que el juez declare en resolución motivada que no le producen convicción" –artículo 461.4 CPC–.

En vista de ello, queda claro que la declaración rebeldía no conllevará a que automáticamente se le dé la razón al demandante. A lo cual es pertinente agregar el supuesto en que aun cuando los hechos alegados hayan producido convicción en el Juez, exista una divergencia entre aquellos y el derecho que se pretende hacer valer, en cuyo caso la demanda será improcedente.

Además de la falta de convicción del juzgador, el artículo 461 CPC contiene tres excepciones más a la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos de la demanda que son las siguientes: 1– Cuando haya varios emplazados y uno de aquellos conteste la demanda; 2– Cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible⁵¹; y 3– Cuando la ley requiera que la pretensión se pruebe con documento y este no sea acompañado a la demanda.

Sin embargo, aún con las recién enunciadas excepciones del artículo 461, la opción tomada por el legislador nacional puede parecer una solución demasiado gravosa

para el rebelde, pues al fin y al cabo soportar una presunción relativa de verdad sobre los hechos de la demanda no es baladí. No obstante ello, es pertinente resaltar que inclusive doctrina autodenominada garantista contemporiza con este trato al rebelde al establecer de manera acritica que en uniforme jurisprudencia –española– se ha establecido que si bien la rebeldía no exime al actor de la carga de probar, tampoco cabe exigirle un rigor excesivo en sus probanzas, debido a dos razones: (i) a que el demandante no podrá usar a su favor la absolución de posiciones del demandado y; (ii) a que carece de sentido que la rebeldía sea una postura de privilegio para el demandado⁵².

Asimismo, volviendo a nuestra regulación, no se puede dejar de reconocer que la opción del legislador termina siendo sumamente coherente, sobre todo si se toma en consideración que entre los deberes del demandado al contestar la demanda –regulados en el inciso 2 del artículo 442⁵³CPC– se señala aquél de pronunciarse sobre cada uno de los hechos constitutivos de la demanda, añadiéndose que el silencio, la respuesta evasiva, o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados.

declaración de rebeldía, es improbable que se ofrezca, por la simple razón que una de las consecuencias de la misma es la imposibilidad del rebelde de ofrecer medios probatorios. Sin embargo, el legislador peruano ha optado por una presunción relativa cuyas excepciones se encuentran específicamente reguladas en el artículo 461 –de las cuatro, las tres primeras obedecen a criterios objetivos, y la última puede ser apreciada libremente por el juez–.

51. En tal sentido, afirmar que "no existe rebeldía en los procesos que versan sobre derechos indisponibles" es errado en vista de que la rebeldía se declara ante el hecho objetivo de no haberse contestado la demanda. Por tanto, si existe rebeldía en estos procesos, lo que no habrá es presunción de veracidad de los hechos de la demanda.
52. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Los recursos en el proceso civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 782.
53. "Requisitos y contenido de la contestación a la demanda.-
Artículo 442.-
Al contestar el demandado debe:
(...)
2. Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados."

En tal sentido, creemos que al haberse impuesto tal nivel de exigencia al demandado que sí contesta la demanda, sería incoherente que el tratamiento de quien incurre en rebeldía sea más permisivo, pues se llegaría al absurdo escenario en el que para un litigante que sabe que no tiene razón resulte más conveniente no contestar y que se le declare rebelde, antes que contestar la demanda sin la exhaustividad requerida por el artículo 442.2.

Aunque sorprenda, ello ocurre en España donde el artículo 405.2 de la LEC, con el mismo espíritu que el 442.2 del CPC, establece que el silencio o las respuestas evasivas sobre los hechos aducidos por el actor se podrán considerar como admisión tácita de los mismos. A su vez, en dicho ordenamiento la declaración de rebeldía no genera una consecuencia gravosa para el demandante como la presunción relativa de verdad de los hechos de la demanda –salvo, claro está, los efectos preclusivos–, con lo cual el trato a quien no se apersona e incurre en rebeldía termina siendo más beneficioso que a aquél que sí lo hace pero no se pronuncia sobre los hechos de la demanda⁵⁴.

De modo similar, en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil italiano vigente, que regula el contenido del escrito de contestación de la demanda, se le impone al demandado el deber de tomar posición sobre todos los hechos que han sido invocados por el demandante como fundamento de su demanda. Sin embargo, en aquel ordenamiento, al igual que en el español, la declaración de rebeldía del demandado no genera a este ninguna desventaja, por lo que se termina siendo más exigente con quien comparece al proceso y no contesta, que con quien no se apersona en absoluto.

En vista de lo descrito, regresando al ordenamiento peruano, se puede estar o no de

acuerdo con la inclusión en el CPC de la presunción relativa de los hechos afirmados en la demanda ante la declaración de rebeldía, pero indudablemente se debe reconocer que la postura asumida por el legislador nacional ha sido mucho más coherente que aquéllas adoptadas por los legisladores español e italiano, pertenecientes a dos de los ordenamientos procesales más influyentes en nuestro país.

Por otro lado, cabe precisar que el incumplimiento por parte del demandado de lo regulado en el artículo 442 inciso 2 del CPC no produce automáticamente la exclusión de los hechos de la demanda, de los llamados hechos controvertidos, sino que la norma confiere al juez el poder de “apreciar” tal circunstancia a efectos de considerarlos como reconocidos. En esa línea, así como el silencio y la respuesta genérica o evasiva no convierten necesariamente a los hechos afirmados en la demanda en no controvertidos –en cuyo caso serían excluidos del *tema probandum*–, la falta de contestación de la demanda –que genera la declaración de rebeldía–, tampoco genera una consecuencia de ese tipo. En otras palabras, en ninguno de ambos supuestos se elimina la valoración discrecional del juez.

Asimismo, es preciso señalar que al conferirse al juez el poder de declarar que pese a la presunción relativa de verdad que recae sobre los hechos de la demanda –como producto de la declaración de rebeldía–, estos no le producen convicción –artículo 461 inciso 4–, es plausible extraer que no fue voluntad del legislador que los hechos de la demanda se excluyan del *tema probandum* como producto de la declaración de rebeldía, por lo que sería un exceso afirmar que en el Perú esta conlleva a una especie *deficta confessio*.

En tal sentido, siguiendo a Carratta, se debe tener clara la diferencia entre estas dos

54. Crítica esta posibilidad BACHMAIER, Lorena. *Op. Cit.*, p. 285.

situaciones: (i) que los hechos no contestados no tendrán necesidad de ser probados por quien los afirmó –*relevatio ab onereprobandi*– liberación de la carga de probar–; y (ii) que el juez esté obligado a considerar como ciertos los hechos no contestados –*facta confessio*–. El citado autor enseña que en el primer supuesto, aun cuando la parte se encuentra liberada de probar lo afirmado, el juez sigue teniendo el poder de servirse de los hechos notorios o de ocurrencias extraídas de otros hechos, contrariamente a lo que ocurre en el segundo supuesto donde sí se encuentra vinculado⁵⁵.

Si lo citado en el párrafo anterior se contrasta con el poder que tiene el juez de declarar que los hechos afirmados en una demanda no contestada no le producen convicción –artículo 461 inciso 4 del CPC–, queda claro que en el Perú la rebeldía no produce la *facta confessio* ya que esto implicaría que el juez se encuentre obligado a considerar a aquellos como ciertos.

- c) Otro efecto de la declaración de rebeldía es que se pueden conceder medidas cautelares contra el rebelde, o contra el demandante que incurra en rebeldía en caso de reconvencción –artículo 463⁵⁶ del CPC–.

Esta norma se podría concebir como una reminiscencia de aquellas épocas en que a través de medidas de coerción se buscaba que el demandado se apersona al proceso. Aunque bien mirado, el legislador ha sido consecuente con la presunción relativa de verdad que se le da a los hechos expuestos en la demanda como producto de la declaración de rebeldía.

En tal sentido, dado que la declaración de rebeldía brinda la ya citada presunción relativa de verdad a los hechos de la demanda, resulta razonable que a su vez esta presunción sirva para conferir la posibilidad de que se conceda una medida cautelar al demandante, siempre y cuando se haya constatado, por lo menos, que estos hechos tienen alguna correlación lógica con lo pretendido, además del peligro en la demora y la adecuación.

Una norma similar se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina –en adelante, CPCCN–, específicamente en el artículo 63, que señala: “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”. Sobre el tema, doctrina de aquél país ha señalado que estas medidas cautelares serán admitidas “siempre y cuando reúnan los otros requisitos de concesión y ejecución”⁵⁷.

A propósito de lo regulado en el ordenamiento procesal argentino, cabe mencionar también la regla contenida en el artículo 65 del CPCCN, la cual establece que aún en caso que el demandado comparezca al proceso de manera tardía y cese la rebeldía, las medidas cautelares dictadas en ocasión de la declaración de la misma continuarán surtiendo efectos.

En nuestro ordenamiento no tenemos una norma similar a la descrita en el párrafo an-

55. CARRATTA, Antonio. *Il principio della non contestazione nel processo civile*. Milán: Giuffrè, 1995, p. 282. En consecuencia, para Carratta en el caso de la *relevatio ab onereprobandi* incluso ante un supuesto concreto de no contestación, si el juez estuviese convencido de la no veracidad de los hechos no contestados, podría tranquilamente desatenderlos.

56. “Rebeldía y medidas cautelares.-

Artículo 463.- Declarada la rebeldía, pueden concederse medidas cautelares contra el emplazado para asegurar el resultado del proceso, o contra el demandante en caso de reconvencción.”

57. GONZÁLEZ ATILIO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 131.

terior, sin embargo, pensamos que en caso se dicte una medida cautelar de acuerdo al artículo 463 del CPC y el demandado comparezca tardíamente, tal situación no debe conllevar a que la medida deje de surtir efectos, por la sencilla razón que al no poderse contestar la demanda, no decaerá la presunción relativa de verdad sobre los hechos de la demanda⁵⁸.

- d) Otro efecto de la declaración de rebeldía es que el sujeto que haya incurrido en la misma asumirá las costas y costos causados por su rebeldía –artículo 464⁵⁹ del CPC–. Al respecto, debe destacarse que esta norma no hace referencia a la condena en costas y costos, la cual seguirá siendo aplicada de acuerdo a los criterios establecidos en los artículos 412 y siguientes del CPC, sino exclusivamente al reembolso de los gastos ocasionados por motivo de la rebeldía.

En tal sentido, si el rebelde comparece tardíamente al proceso y obtiene un resultado favorable, el demandante será condenado en costas y costos⁶⁰. Sin embargo, ello no obsta a que el primero deberá reembolsar al demandante las costas y costos causadas por su rebeldía. Lo contrario ocurría en épocas pasadas, en donde el rebelde era condenado

en costas y costos así resultase vencedor del proceso, lo cual obedecía, sin duda, a un criterio sancionatorio que se traducía en la imposición de una pena por no haberse apersonado⁶¹. Tal circunstancia, como hemos dicho, está descartada en el proceso civil peruano, donde la imposición de la condena en costas no se rige por un criterio sancionatorio, sino por el del vencimiento.

Asumido entonces que la norma contenida en el artículo 464 no versa sobre la condena en costas y costos del proceso entendida en su globalidad, sino específicamente en lo que respecta a “las costas y costos causados por su rebeldía”, cabe señalar que discrepamos con la opción asumida por el legislador de incluir a los costos procesales. Como se sabe, estos consisten en los honorarios del abogado –artículo 411⁶² del CPC–. En tal sentido, no logramos imaginar qué tipo de costos pueden ser causados en sentido estricto como consecuencia de la declaración de rebeldía del demandado. Por el contrario, el concepto de costas procesales –artículo 410⁶³ del CPC– sí se ajusta a lo que presuntamente el legislador ha pretendido, pues bien puede haberse incurrido en un gasto judicial generado exclusivamente por la

58. En otras palabras, la comparecencia tardía hace cesar solo ciertos efectos de la declaración de rebeldía –por ejemplo, se comenzarán a notificar al rebelde todas las resoluciones–, pero no releva el estatus de rebelde del demandado, cuya declaración obedece al hecho de no haber contestado la demanda, acto procesal de parte que no podrá realizar al comparecer tardíamente.

59. “Costas y costos de la rebeldía.”

Artículo 464.- Son de cargo del rebelde las costas y costos causados por su rebeldía.”

60. En ese sentido, v. GONZÁLEZ, Atilio Carlos. *Op. Cit.*, p. 180. A nivel jurisprudencial, sin embargo, hemos apreciado que en ocasiones se confunde que corren a cargo del rebelde las costas y costos causados por la rebeldía, con la condena al rebelde de reembolsar las costas y costos de todo el proceso –Casación Nº 1614-2001 Sala Civil Transitoria–.

61. Por ejemplo, en el proceso Justiniano, de acuerdo a las Decretales de Giorgio IX, tal como señala SAMANÉS ARA, Carmen. *Op. Cit.*, p. 22.

62. “Costos.- Artículo 411.- Son costas del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.”

63. “Costas Artículo 410.- Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso.”

rebeldía, como las tasas y cédulas de las notificaciones de las resoluciones que se deban realizar al rebelde en el intento de lograr un emplazamiento válido.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que este enunciado normativo regula un supuesto de hecho muy concreto: que los gastos judiciales causados exclusivamente por la rebeldía serán asumidos por el rebelde, sin importar el resultado del proceso, el cual será útil a efectos de determinar quién deberá reembolsar las costas y costos, en virtud del principio de globalidad de la condena en costas –regulado en el segundo párrafo del artículo 412 del CPC–.

3. Comparecencia tardía.

El rebelde podrá apersonarse al proceso en cualquier momento. Ello está contemplado en el artículo 462⁶⁴ del CPC. Aunque el enunciado normativo no lo dice expresamente, ese apersonamiento tardío tendrá como efecto la normalización de las notificaciones al demandado. Muchas veces se repite equivocadamente que al comparecer al proceso tardíamente el rebelde se constituye como 'parte', cuando lo cierto es que, el concepto de parte no tiene que ver con que el demandado se apersono o no al proceso, sino con el hecho de que se ha dirigido una demanda contra él⁶⁵.

Cabe señalar además que de acuerdo al enunciado normativo precitado, el rebelde que se apersono tardíamente debe asumir el proceso en el estado en que se encuentre, siendo el efecto más importante de esta norma que la posibilidad de interponer defensas procesales, contestar la demanda y ofrecer medios probatorios habrá precluido⁶⁶.

Por otro lado, al haber optado el legislador nacional por la contestación de la demanda y no por el apersonamiento en tiempo y forma como criterio para la declaración de la rebeldía, es pertinente concluir que en el Perú no existe lo que se conoce como "purga de la rebeldía", puesto que, esta solo se configura en los supuestos en que el rebelde comparece tardíamente al proceso y deja de ser considerado como tal –sin perjuicio de que lo asume en el estado procesal en que se encuentre y no tendrá la posibilidad de retrotraer las actuaciones que ya precluyeron–.

En otras palabras, en sede nacional el estado de rebeldía no cesa así el rebelde ingrese al proceso posteriormente –artículo 462–, pues para dejar de ser tal tendría que contestar la demanda, y aquella posibilidad ya precluyó. La paradójica situación en la que una parte que se ha apersonado al proceso sea –o siga siendo– considerada rebelde se hubiera evitado si el legislador hubiese vinculado la rebeldía al apersonamiento en tiempo y forma –con lo cual el apersonamiento tardío traería como consecuencia la cesación del estado de rebeldía–, y no a la contestación de la demanda.

4. Temas relevantes en torno a la rebeldía.

Para culminar este trabajo, en el presente numeral se abordarán ciertas instituciones procesales para analizar su relación con la rebeldía.

4.1. Diferencia entre inactividad y rebeldía.

Si bien la rebeldía se declara como consecuencia de un tipo específico de inactividad –en el Perú se declara ante la falta de contestación de la demanda–, es cierto también que en el proceso civil el concepto de inactividad es mucho más amplio, pudiendo incurrir en ella cualquiera de las partes a lo largo del proceso.

64. "Ingreso del rebelde al proceso.-

Artículo 462.- El rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que este se encuentre."

65. En ese sentido, Cfr. BACHMAIER, Lorena. *Op. Cit.*, p. 185.

66. Un sector de la doctrina señala que, pese a la preclusión, el Juez puede aceptar medios probatorios siempre que estos versen sobre excepciones que pueden ser apreciadas de oficio, v. BACHMAIER, Lorena. *Op. Cit.*, p. 215.

De la diferencia explicada en el párrafo anterior se extrae que en los artículos 343⁶⁷, 363⁶⁸, y 746⁶⁹ del CPC se ha empleado erróneamente el término “rebeldía”, puesto que en puridad el supuesto regulando en estos enunciados normativos es que determinada parte procesal cumpla con una actividad específica en un plazo determinado, bajo pena de preclusión. En otras palabras, el legislador en esta ocasión ha equiparado una mera inactividad, con la rebeldía.

En ese sentido, debe quedar claro que si bien es cierto que la rebeldía implica determinada inactividad, no toda inactividad debe configurar rebeldía.

4.2. Notificación por edictos y rebeldía.

Se aprecia que en nuestro ordenamiento procesal no cabe la declaración de rebeldía del demandado que, por ignorarse su domicilio, fuera notificado por edicto. En tal sentido, en caso no cumpla con apersonarse y contestar la demanda se le nombrará un curador procesal.

Dicha regla está regulada en el artículo 435 del CPC⁷⁰. Imaginamos que el nombramiento de un curador procesal obedece a que el legislador, consciente de las limitaciones de una notificación por edictos, ha preferido salvaguardar el derecho de defensa del demandado.

Por último, cabe recordar que a pesar de tener sustento legal, la notificación por edictos tiene carácter subsidiario frente a los otros tipos de notificación. En tal sentido, el artículo 165 del CPC señala que esta se realizará “cuando se hayan agotado todas las gestiones destinadas a conocer el domicilio procesal de la persona a quien se deba notificar”.

4.3. Rebeldía y competencia territorial.

En este punto se suele discutir si junto a la declaración de rebeldía se debe considerar que el demandado –rebeldé– ha admitido la competencia territorial o si, por el contrario, es el juez quien ante la rebeldía deba analizar su propia competencia territorial.

67. “Desistimiento del proceso o del acto procesal.-

Artículo 343.-

El desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión. Cuando se formula después de notificada la demanda, requiere la conformidad del demandado expresada dentro de tercer día de notificado, o en su rebeldía. Si hubiera oposición, el desistimiento carecerá de eficacia, debiendo continuar el proceso.”

68. “Trámite de la reposición.-

Artículo 363.- *El plazo para interponerlo es de tres días, contado desde la notificación de la resolución. Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es notoriamente inadmisibles o improcedente, lo declarará así sin necesidad de trámite. De considerarlo necesario, el Juez conferirá traslado por tres días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.*

Si la resolución impugnada se expidiera en una audiencia, el recurso debe ser interpuesto verbalmente y se resuelve de inmediata, previo traslado a la parte contraria o en su rebeldía.”

69. “Liquidación.-

Artículo 746.- *Al disponer el pago al ejecutante, el Juez ordenará al Secretario de Juzgado liquidar los intereses, costas y costos del proceso, dentro del plazo que fije, bajo responsabilidad por la demora.*

La liquidación es observable dentro de tercer día, debiendo proponerse en forma detallada. Absuelto el traslado de la observación o en rebeldía, se resolverá aprobándola o modificándola y requiriendo su pago.”

70. “Emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados.-

Artículo 435.- *Cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y se hará mediante edicto, conforme a lo dispuesto en los Artículos 165, 166, 167 y 168, bajo apercibimiento de nombrarseles curador procesal.*

Cuando el demandante ignore el domicilio del demandado, el emplazamiento también se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrarsele curador procesal.”

De acuerdo a la opinión mayoritaria en doctrina, el estado de rebeldía pospone o evita el planteamiento de cualquier discusión acerca del mérito de la controversia, por lo que esta pasará a resolverse en un tiempo más corto respecto al que tomaría si hubiera un contradictorio real entre las partes. En tal sentido, se afirma que si el proceso no debe paralizarse por la inactividad de una de las partes, sino que más bien debe pasarse de manera expeditiva a su culminación, en los casos de rebeldía se debe considerar la admisión tácita por parte del demandado del juez territorialmente incompetente⁷¹.

Para Betti, en opinión a la cual nos adherimos, no estamos ni ante una admisión tácita de la competencia territorial, ni ante una renuncia tácita a interponer la respectiva excepción por parte del rebelde, puesto que esas ficciones son innecesarias ante el hecho objetivo de la preclusión y del efecto automático e inexorable de no haber actuado el rebelde dentro del término para hacerlo⁷².

A lo dicho debe agregarse que el juez nacional no tiene el poder ni el deber de deducir de oficio la falta de competencia territorial –salvo que esta sea improrrogable, según artículo 35 CPC–, por lo que en caso de rebeldía por no contestación de la demanda, no debe considerarse como realizado ningún cuestionamiento

sobre la competencia territorial por parte del demandado.

En sede jurisprudencial, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema –Casación N° 1014-2003–, ha señalado que al no alegar el demandado la incompetencia territorial, el *A-quo* no debe declararla luego de admitida la demanda pues estaría suplantando una posición de parte en agravio de la contraparte, en vista de que se ha producido una prórroga tácita de competencia, por haber dejado la demandada transcurrir el plazo sin cuestionarla –artículo 26 CPC–, concluyendo que, de lo contrario, se estaría afectando el debido proceso.

4.4. Rebeldía y fijación de puntos controvertidos.

La no contestación de la demanda implica, como resulta lógico, la falta de contradicción de los hechos en ella expuestos. Siguiendo esa línea de razonamiento, se podría incluso afirmar que, dada la ausencia de contradicción, no cabría fijar los puntos controvertidos.

Sobre el tema, precisamente en un caso donde en los primeros grados se había afirmado que al declararse la rebeldía no existirían puntos controvertidos qué precisar, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema⁷³ concluyó que cuando se declare la rebeldía el juzgador debe

71. No debe perderse de vista que la declaración de rebeldía implica que el demandado no ha interpuesto excepciones y, por consiguiente, ha omitido cuestionar la competencia territorial. Sobre el tema, v. D'Onofrio, Paolo. *Se la risposta all' interrogatorio preclusa al convenit contumacel' eccezione di incompetenza per territorio*, en *Rivista di Diritto Processuale*, Padua: CEDAM, 1938, XVI-XVII, pp. 94-97.

72. Betti, Emilio. *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria preclusa al contumacel' eccezione di incompetenza territoriale*, en *Rivista di Diritto Processuale*, Padua: CEDAM, 1927, IV, Parte II, pp. 14 y ss. En contra, Rispoli, Arturo. *Il processo civile contumaciale*, Milán, Società Editrice Libreria, 1911, pp. 361 y ss., para quien el juez debe declararse de oficio incompetente.

73. Casación N° 83-98. Esta ha venido siendo, por lo demás, la postura asumida en la mayoría de sentencias supremas analizadas. Se ha dado por entendida la normalidad –es decir, ni siquiera es materia de debate– de la fijación de puntos controvertidos en el marco de un proceso seguido en rebeldía. En contra de esta postura se ha manifestado de forma aislada la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema, que mediante Casación N° 742-2003 estableció que si la parte demandada no contestó la demanda, no es factible precisar los puntos controvertidos, en vista de que no se pueden establecer las discrepancias entre los hechos alegados. Al respecto, identificar hechos controvertidos, con la materia controvertida y, por lo tanto, sostener que en caso de rebeldía no hay puntos controvertidos, es un error. Desde nuestro punto de vista, la materia controvertida pervive, al punto que el juzgador debe verificar si los hechos tienen alguna relación con el mérito de la controversia. Por tanto, la rebeldía del demandado no debe relevar al juez de establecer los puntos controvertidos.

fijar los hechos o puntos principales afirmados en la demanda, con el objeto de que la prueba gire sobre tales extremos.

Concordamos con lo expresado por la Sala, pues para poder pronunciarse sobre el mérito, el juzgador debe como mínimo determinar el alcance de este pronunciamiento, a efectos de que luego se determine si los hechos alegados le dan sustento al derecho invocado.

Por tal razón, creemos que la norma regulada en el artículo 460 del CPC –concordada con aquella del artículo 473.2 del CPC sobre juzgamiento anticipado del proceso– que establece que luego de declarada la rebeldía y que el juez sanee el proceso este procederá a expedir sentencia, no debería aplicarse sin antes haberse establecido los límites dentro de los cuales se emitirá el pronunciamiento.

Pero no solo eso, sino que el propio artículo 460 del CPC contempla que no se procederá a emitir sentencia si se incurriese en alguna de las excepciones del artículo 461 –nótese que el artículo 473.2 del CPC dice exactamente lo mismo que el artículo 460 CPC, solo que al revés⁷⁴–. Como se sabe, una de aquellas excepciones, la regulada en el inciso 4 del artículo 461 es la que consiste en, ni más ni menos, que el juzgador declare que los hechos de la demanda, pese a la ya conocida presunción relativa de verdad que ostentan, no producen convicción.

Por tanto, si el legislador ha incluido la mencionada excepción, que sin duda salvaguarda la posición del rebelde dentro del proceso –tampoco es que la nivele, faltaba más–, lo lógico es que antes de pasarse a cualquier tipo de juz-

gamiento de mérito, por lo menos el juzgador determine lo que será materia de análisis.

4.5. Valoración de medios probatorios ofrecidos por el rebelde.

Al ser perentorio el plazo para contestar la demanda, queda claro que luego de transcurrido este sin haberse realizado esta específica actividad, precluye la posibilidad de contestar la demanda. Los efectos preclusivos recaerán también, como resulta evidente, sobre la posibilidad de ofrecer probatorios –artículo 442 inciso 5 del CPC⁷⁵–.

Ello se corrobora con lo señalado en el artículo 462 CPC, que dispone que en caso el rebelde ingrese al proceso *estará sujeto al estado en que este se encuentre*. Dicha norma establece una limitación no solo al rebelde, que al ingresar al proceso intentará ofrecer medios probatorios –a pesar de la ya mencionada preclusión–, sino principalmente al Juez, quien no deberá admitirlos –ni mucho menos valorarlos, como resulta lógico–.

Al respecto, la Sala Civil Permanente, la Sala Civil Transitoria y la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República⁷⁶ han señalado que cuando los órganos jurisdiccionales inferiores jerárquicamente valoran los medios probatorios ofrecidos por el rebelde cometen un “*error in procedendo*”, en vista de que dichos medios probatorios no han sido incorporados válidamente al proceso.

Cabe resaltar, sin embargo, que en pronunciamientos posteriores la Sala Civil Transitoria –Casación N° 318-2006 y Casación N° 3098-2010– ha

74. El artículo 473.2 del CPC señala que habrá juzgamiento anticipado cuando declarada la rebeldía se esté ante un caso en que esta produzca la presunción relativa de verdad de los hechos de la demanda.

75. “Artículo 442. - Requisitos y contenido de la contestación a la demanda

Al contestar el demandado debe:

(...)

5. Ofrecer los medios probatorios.”

76. Casación N° 1781-2002, Casación N° 3038-2002 y Casación N° 2372-2007, respectivamente.

señalado que si al sentenciar existen medios probatorios ofrecidos de forma extemporánea por el rebelde, el juez debe valorarlos al resolver, puesto que se encuentran a su disposición, señalando que de lo contrario el juzgador estaría actuando con "menosprecio a la labor jurisdiccional".

Discrepamos con esta postura pues bajo el pretexto del "menosprecio a la labor jurisdiccional" se pretende que no se observen las reglas procesales preestablecidas en cuanto a la preclusión para ofrecer medios probatorios. Y aquí el tema, es pertinente señalarlo, trasciende completamente al de la rebeldía, ya que dependiendo de la parte que los haya ofrecido extemporáneamente, se puede terminar favoreciendo tanto al demandante como al demandado, atentando en cualquier caso contra la igualdad procesal. Por tanto, si la mencionada Sala pretende dar preferencia a la verdad material para resolver el caso concreto, esperemos que por lo menos lo haga asumiendo que está procediendo

contra lo determinado por el ordenamiento procesal civil.

Por la misma razón, creemos que el juzgador tampoco debe emplear el poder conferido por el artículo 194⁷⁷ del CPC para sustituir el defecto en el ofrecimiento de medios probatorios de la parte declarada rebelde.

VI. COLOFÓN

El propósito de este trabajo no ha sido otro que crear las condiciones para que se realicen más y, con toda seguridad, mejores investigaciones sobre la rebeldía. Ese es el destino de la ciencia al fin y al cabo, responder para volver a preguntarse.

En cualquier caso, estas páginas pueden servir como una contribución, aunque modesta, a aclarar ciertos aspectos de nuestro tema y los problemas que puede suscitar su tratamiento a la luz del derecho positivo, así como su relación con el derecho procesal civil como disciplina – cuya importancia será siempre mayor–.

77. "Pruebas de oficio.-

Artículo 194.- Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial."