

COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO FRENTE A LA LEGISLACIÓN PROCESAL BRASILEÑA

José Carlos Barbosa Moreira

Profesor titular de Derecho Procesal Civil Universidad del Estado de Río de Janeiro. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Secretario General), de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (integrante de la Comisión Directiva), de la Asociación Científica de Derecho Procesal Internacional, de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica y del Instituto Brasileño de Derecho Procesal.

Encantado de volver a esta ciudad tan hospitalaria, quiero ante todo expresar a la Comisión Organizadora mi gratitud por el honor de la invitación para participar de este importante Congreso. El hecho de que se hayan acordado de mí lo explicará probablemente el interés que manifesté desde el primer momento por el estudio comparativo del nuevo Código Procesal Civil peruano y del *Código de Processo Civil* que rige en mi propio país. En efecto, tan pronto la fineza de mi querido e ilustre amigo Carlos Parodi Ramón me hizo llegar a las manos un ejemplar del Código Procesal Civil, me llamó la atención la semejanza no sólo de varias disposiciones de ambas leyes, sino también, y sobre todo, de las soluciones estructurales adoptadas en ellas para algunos problemas importantes del proceso civil.

Tal similitud me pareció constituir un indicio elocuente de la influencia del Código brasileño sobre el peruano. No sería un fenómeno inédito: en no pocas leyes procesales latinoamericanas de las últimas décadas, desde el Código boliviano de 1975 hasta el costarricense de 1989, es fácil percibir que, en más de una ocasión, el legislador recurrió al modelo brasileño como fuente de inspira-



ción. Acerca del tema escribí un breve artículo que fue publicado inclusive en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal¹. He ahí seguramente la razón de mi presencia en un cóncilave destinado a celebrar el primer aniversario de vigencia del nuevo Código de Perú. Claro está que, con respecto a éste, nada tengo que enseñar a los amigos peruanos, sino solamente que aprender. Pero quizá puedan interesarles algunas observaciones sobre los puntos de contacto entre las dos leyes.

No me detendré en la enumeración de disposiciones redactadas en modo tan semejante como para excluir la hipótesis de mera coincidencia. Las encontramos por aquí y por allá, a lo largo de los textos; por ejemplo, en la consagración de los principios de la *perpetuatio iurisdictionis* (art. 8 del Código peruano, art. 87 del brasileño) y de la identidad física del juez (art. 50, *in fine*, del Código peruano, art. 132 del brasileño). Mucho más interesantes, a mi juicio, son las convergencias de estructura, que reflejan una identidad de visión en cuanto a ciertos problemas y a las respectivas soluciones.

De entre tales convergencias me permitiré destacar tres que presentan, en buena medida, una comunidad de características en lo que hace a las razones de política legislativa que determinan la opción del ordenamiento. Me refiero a la actitud del juez frente a la demanda, en su primer contacto con la postulación; a la disciplina de la rebeldía; y a las posibilidades de conclusión del proceso de conocimiento.

La primera cuestión se relaciona con el hecho de que, en el derecho latinoamericano,

prevalece la técnica del control judicial de la demanda, previo a la convocatoria del demandado para el proceso². Es una técnica que le permite al juez repeler *in limine* demandas inadmisibles y hasta, en algunos supuestos, demandas manifiestamente infundadas. El Código peruano trata de esta materia en los artículos 426 y 427, los cuales contemplan, respectivamente, las hipótesis de «inadmisibilidad de la demanda» y de «improcedencia de la demanda». Aquí cabe una advertencia de orden terminológico: en el lenguaje jurídico brasileño, la expresión «*improcedência*» designa siempre un fenómeno relativo al fondo del litigio, de modo que declarar «*improcedente*» la demanda significa, entre nosotros, decir que no es fundada la pretensión del actor; mientras el art. 427 del Código peruano toca, en general, cuestiones ajenas a la relación jurídica sustancial, si se exceptúa el inciso 3, concerniente a la caducidad del derecho. Sin embargo, el cotejo de los dos artículos con el texto correspondiente del Código brasileño (art. 295) pone de relieve la existencia de varios supuestos comunes de rechazo *in limine*: así la falta de legitimidad o de interés para obrar (respectivamente: art. 427, incisos 1 y 2, peruano; art. 295, números II y III, brasileño); la inexistencia de conexión lógica entre los hechos y el *petitum* (art. 427, inciso 7, peruano; art. 295, párrafo único, n II, brasileño); la imposibilidad jurídica del petitorio (art. 427, inciso 8, peruano; art. 295, párrafo único, n III brasileño, donde no se habla de la imposibilidad física); la incompatibilidad entre pretensiones acumuladas (art. 427, inciso 10, peruano; art. 295, párrafo único, n IV, brasileño).

1 - *A influência do Código de Processo Civil brasileiro no novo Código peruano*, in *Rev. cit.*, n° 3-4/1992, p. 337 y ss. Ahora también in *Atas de Direito Processual* (5a. Série), S. Paulo, 1994, p. 217 y ss.

2 - En los Códigos procesales más modernos, v.: Colombia, arts. 85/6; Panamá, arts. 654; Venezuela, arts. 339, 341; Uruguay, arts. 243, 117, 119; Paraguay, arts. 216, 222; Costa Rica, arts. 291, 296; y el Código modelo de Procedimiento Civil para Iberoamérica, arts. 53-1., 110, 112.

Una cuestión muy importante en la práctica es la eventualidad de demandas mal formuladas, de manera incompleta o sin la claridad y precisión indispensables. Tanto el legislador brasileño como el peruano se dieron cuenta de la conveniencia de reglar tal hipótesis. El Código de 1973 le consagra el art. 284, verbis «Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias»³; y el párrafo único añade: «Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial». El Código peruano se refiere asimismo al punto en términos expresos: de conformidad con el art. 426, inciso 4,

«el juez declarará inadmisión la demanda cuando presente defectos que impiden un pronunciamiento sobre el fondo»; en tal caso, «el juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente». Es interesante notar que, en la redacción primitiva del Código, el inciso 7 del art. 427 contemplaba

“ Una cuestión muy importante en la práctica es la eventualidad de demandas mal formuladas, de manera incompleta o sin la claridad y precisión indispensables. Tanto el legislador brasileño como el peruano se dieron cuenta de la conveniencia de reglar tal hipótesis ”.

por separado la posibilidad de un petitorio «incompleto o impreciso»; esa disposición fue suprimida por el Decreto-Ley N° 25.940, de 7.12.1992. En realidad, era razonable pensar que existía en cierta medida una superposición, ya que, si un petitorio es «incompleto o impreciso», ello sin duda constituye un defecto capaz de impedir, o por lo menos de dificultar, el pronunciamiento sobre el fondo.

Merece atención especial la disposición que impone al órgano judicial la concesión de un plazo al demandante para subsanar la omisión o aclarar la demanda. Hay aquí, en efecto, dos consideraciones de política legislativa eventualmente contrapuestas: una de ellas exige que no se tolere la subsistencia de un proceso sin perspectiva de resultado útil; la otra, en cambio, refleja la conveniencia de no someter

al demandante a una consecuencia tan grave como el rechazo *in limine* de la demanda exclusivamente en razón de la inhabilidad técnica de su apoderado judicial, sin darle la oportunidad de rectificar los errores que lo comporten. Además, el rechazo de la demanda no impide que el actor vuelva a presentarla, lo que significará la iniciación de un segundo proceso sobre el mismo litigio. Desde el punto de vista de la economía procesal, mejor será, si es posible, aprovechar el proceso ya entablado.

Es menester que los jueces observen con exactitud la sistemática legal. La experiencia brasileña pone de manifiesto que, en no

3 El legislador brasileño debe haberse inspirado, a su turno, en el derecho portugués. V. el art. 477, n° 1, del Código de Processo Civil de Portugal: «quando a petição inicial (escrito de demanda) apresentar irregularidades e deficiências que sejam suscetíveis de comprometer o êxito da ação, pode ser convidado o autor a completá-la ou a corrigi-la, marcandose prazo para a apresentação de nova petição».

pocos casos, se ordena el emplazamiento del demandado sin llevar a cabo un control efectivo de la demanda. Si ella contiene algún defecto suficiente para obstar el pronunciamiento sobre el fondo, la continuación del proceso sin la debida corrección causa perjuicio a todos los interesados: al demandante, en tanto y en cuanto lo engaña con la falsa esperanza, destinada a frustrarse, de una decisión sobre el fondo; al demandado, que permanece sometido, tal vez con demora y sin utilidad, a los inconvenientes de la litispendencia; a la Justicia, por el desperdicio de tiempo y de energías que mejor se emplearían en otra actividad. Se entiende que jueces sobrecargados de trabajo no siempre pueden detenerse largamente en el examen de los escritos de demanda; ello no justifica que se convierta en rutina la práctica de dar curso automático a cualquier demanda, por más ostensiva que sea su improponibilidad.

Por otra parte, tampoco es deseable un rigor excesivo en el control *in limine*. Importa evitar exageraciones que pudieran implicar un desmedro inaceptable para el ejercicio del derecho de acción ⁴. En particular, debe el juez abstenerse escrupulosamente de repeler *in limine* la demanda, cuando sea remediable el defecto, sin proporcionar al demandante la oportunidad de subsanarlo.

El segundo tema del que voy a ocuparme es la rebeldía. Son sensibles en esta materia las afinidades entre el nuevo Código peruano y el brasileño. Conforme al art. 458 de aquél, se declara rebelde al demandado que, si bien válidamente notificado, no contesta la de-

manda en el plazo. La declaración de rebeldía engendra presunción relativa sobre la verdad de los hechos expuestos por el actor, salvo que:

- habiendo varios emplazados, alguno presente contestación;
- el litigio tenga por objeto un derecho indisponible;
- a la demanda no haya acompañado un documento legalmente necesario como prueba del fundamento de la pretensión;
- el juez declare, en resolución motivada, que los hechos alegados no le producen convicción (art. 461, números 1 a 4).

Esta última disposición no tiene equivalente en el texto de mi país, pero quizá se puedan incluir en su ámbito de incidencia algunas hipótesis que la doctrina brasileña suele mencionar para subrayar la naturaleza *relativa* (no consagrada *expressis verbis* en nuestra ley) de la presunción legal: así, por ejemplo, el carácter manifiestamente inverosímil o absurdo de la alegación contenida en la demanda, o la notoria falsedad del hecho alegado ⁵. Si se hace abstracción de tal punto, las disposiciones del Código peruano reflejan con fidelidad la conjugación de los artículos 319 y 320 del texto brasileño.

De acuerdo con el art. 460 del Código Procesal Civil, declarada la rebeldía, incumbe al órgano judicial pronunciarse sobre el saneamiento del proceso; y, si lo considera saneado, normalmente procederá a expedir sentencia, a menos que quede excluida la presunción de la veracidad, es decir, que ocurra alguno de los supuestos del art. 461. Cabe recordar que también, en este punto, se modificó por el Decreto-Ley N° 25.940 la

4 - V., en fecha reciente, la advertencia de FEYRANO, *Rechazo in limine de la demanda*, in *XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, La Plata, 1994, p. 232/3 (c.f., anteriormente, el escrito homónimo del mismo autor, in *El proceso alícuo*, Buenos Aires, 1983, p. 43).

5 - V., por ejemplo, BARBOGA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, 12a. ed., Rio de Janeiro, 1993, p. 118.

disciplina primitivamente establecida: en efecto, el art. 460, en su antigua redacción, rezaba: «La declaración de rebeldía no altera el curso del proceso y la sentencia acogerá el mérito del actuado con sujeción a lo dispuesto en el art. 461».

El proceso civil peruano se adhiere pues, a partir de 1992, a la corriente germánica en cuanto a los efectos de la rebeldía, a semejanza de lo que hiciera el Brasil—contrariando la tradición nacional— en 1973, ocasión en que se tomó por modelo, probablemente, la legislación portuguesa⁶. Ese cambio de orientación fue severamente criticado entre nosotros por un sector de la doctrina⁷. Se afirmó que el tratamiento riguroso del rebelde sería tal vez justificado en países europeos, en los cuales la omisión de contestar traduce, por regla general, el reconocimiento, por parte del demandado, de la inexistencia de razones serias para impugnar la pretensión del actor, mientras lo sería mucho menos en sociedades poco desarrolladas, donde semejante omisión se puede explicar con mayor frecuencia por motivos completamente distintos—de orden cultural, como la deficiente comprensión de lo que ocurre, o de índole económica, como la carencia de medios, y así en adelante—. No se debería sacrificar en semejante medida el interés del demandado inculco o pobre al empeño en hacer terminar más rápidamente el pleito.

La rigidez de la sistemática legal fue notablemente atenuada en mi país por la labor

de la doctrina y de la jurisprudencia. Desde los primeros tiempos de vigencia del Código, y aún—como he dicho anteriormente— sin apoyo en la letra de la ley, ambas adoptaron, en la interpretación y aplicación del art. 319, una posición moderada que redujo el alcance de a cláusula textual («reputar-se-o verdadeiros os fatos afirmados pelo autor») al de una mera presunción *juris tantum*⁸. El legislador peruano, con mayor lucidez, ya incorporó tal noción al texto mismo del nuevo Código, con miras a evitar inútiles problemas hermenéuticos; y añadió, en el art. 461, n. 4, una disposición inexistente en la ley brasileña y capaz de cubrir eventuales hipótesis remanentes en las cuales parezca poco razonable extraer de la rebeldía la consecuencia normal, en desmedro del demandado.

El propósito de abreviar el procedimiento ordinario no se limitó, en el Código de mi país, al caso de que hasta ahora nos veníamos ocupando. Por vía de principio, el itinerario del proceso—cuya fase inicial, reservada a las postulaciones de las partes, se desarrolla por escrito— desemboca en la llamada *audiência de instrução e julgamento*, en la cual se actúan las pruebas orales, se debate la causa y, si es posible, se dicta la sentencia. Empero muchas veces esa última etapa del trámite resulta inútil o innecesaria: inútil, cuando se verifica con anterioridad que, en razón de defectos insanables o no subsanados oportunamente, jamás será posible llegar a una decisión sobre el fondo; innecesaria, cuando para pronunciar tal decisión el juez ya cuenta, independientemente con la audiencia, con todos los elementos indispensables a la formación de su convencimiento. En semejantes supuestos, pareció al legislador brasileño que hacer proseguir

6 Cf. BARBOSA MOREIRA, *A ecclia do direito alemo e a reforma do processo civil brasileiro*, in *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1974, p. 146, nota 13; *Quelques aspects de la procédure civile brésilienne et de ses rapports avec d'autres systèmes juridiques*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1962, n.º 4, p. 1.219, o *Temas de Direito Processual* (So. Sério), S. Paulo, 1984, p. 19.

7 V. principalmente CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III, 6.ª ed., Rio de Janeiro, 1989, p. 395/6.

8 Algunas citas en nuestro artículo *A influência do Código de Processo Civil brasileiro no novo Código peruano*, nota 3.

el proceso en dirección a la audiencia no significaría más que aumentar injustificadamente su duración. De ahí las disposiciones agrupadas, bajo la sumilla genérica «*Do julgamento conforme o estado do processo*», en el Capítulo V del Título VIII del Libro I (artículos 329 y siguientes): el pleito puede terminar antes de la ocasión «normal», sea sin declaración sobre el fondo, sea con tal declaración, como ocurre, por ceñirnos a lo esencial, en las hipótesis del art. 330, es decir, si la cuestión de fondo prescinde de la recepción de pruebas orales en la audiencia (inciso I), o si la rebeldía ha producido sus efectos habituales (inciso II, con salvedad de lo dispuesto en el art. 320).

A pesar de ciertas diferencias, la sistemática del nuevo Código peruano tiene más de un punto de contacto con la que acabo de describir. Trascurrido el plazo de la contestación, debe el juez averiguar si el proceso contiene defectos y, en su caso, ordenar que sean subsanados (art. 465). Si todo le parece regular, o cesadas las irregularidades, le incumbe fijar día y hora para la realización de una audiencia, que tiene por finalidad principal propiciar la conciliación entre las partes (art. 468), pero puede conducir a otro resultado -la preparación de la audiencia de pruebas- si el intento conciliatorio se frustra (art. 471). A semejanza de lo que acaece en el derecho brasileño, ese esquema comporta una modificación sustancial en ciertas hipótesis. Cuando «la cuestión debatida es sólo

de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva» (art. 473, n 1); y, asimismo, cuando «queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad» (art. 473, n 2), el juez debe comunicar a los litigantes «su

decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite» (art. 473, caput). Por otra parte, si se presenta cualquiera de los supuestos del art. 321 o del art. 322, incisos 2, 4 y 5, el órgano judicial declara concluido el proceso, sea sin declaración sobre el fondo (en los casos del art. 321), sea con tal declaración (en los casos del art. 322, incisos 2, 4 y 5). La inspi-

ración básica de semejante conjunto de disposiciones es evidentemente la misma que la lectura de los artículos 329 y 330 del Código brasileño permite descubrir: la ley quiere que la marcha del proceso hacia la audiencia prosiga solamente cuando la prosecución se muestre, en principio, útil y necesaria, en tanto y en cuanto no exista obstáculo a la apreciación del fondo del litigio, pero tampoco existan elementos suficientes para formar el convencimiento del juez.

Aquí también importa mucho que el órgano judicial se esfuerce para preservar el justo equilibrio entre dos intereses eventualmente contrapuestos. Por una parte, no cabe duda sobre la conveniencia de evitar la prolon-

“ . . . la ley quiere que la marcha del proceso hacia la audiencia prosiga solamente cuando la prosecución se muestre, en principio, útil y necesaria, en tanto y en cuanto no exista obstáculo a la apreciación del fondo del litigio, pero tampoco existan elementos suficientes para formar el convencimiento del juez ”.

gación ociosa de una actividad procesal destinada a frustrarse. Por otra parte, hay que tener en cuenta el riesgo de que una extinción apresurada del proceso implique, para el litigante, el cercenamiento de la posibilidad de producir prueba de sus alegaciones. Si el juez se precipita y falla sin asegurarse de que todo el necesario material probatorio ya se encuentra a su disposición, viola el derecho a la prueba, que constituye un aspecto fundamental del derecho de acción, para el demandante, y del derecho de defensa, para el demandado.

De la disciplina consagrada en esta materia por ambos Códigos se podría indagar si sacrifica la oralidad en medida superior a lo razonable. La respuesta naturalmente variará según la concepción que se adopte de la oralidad misma. Es posible concebir para el procedimiento una estructura a la cual sea esencial la realización de la audiencia; y el derecho comparado enseña que semejante modelo está lejos de constituir una simple abstracción teórica. Aun en el Código de mi país se encuentra un ejemplo típico de la aplicación de tal idea de la oralidad: el procedimiento denominado sumarísimo, en el cual se emplaza al demandado, desde el inicio, para comparecer a la audiencia y en ésta presentar su contestación —oralmente, si lo prefiere (art. 278)—. La experiencia brasileña, por motivos diversos, no viene correspondiendo a las esperanzas que suscitara la creación del procedimiento sumarísimo. Con ello no queda excluida, obviamente, la posibilidad de que, bajo condiciones favorables, funciones de modo muy eficaz un modelo de procedimiento sustancialmente concentrado en la audiencia: lo demuestran los resultados de la reforma procesal uruguaya de 1988⁹. Sea como fuere, no es ese el modelo adoptado en la Sección Cuarta del Libro Primero de Código

peruano, ni en la disciplina del procedimiento ordinario en mi país. De todos modos, cabe subrayar, queda pre-servada la significación nuclear de la oralidad: cuando haya necesidad de actuar medios probatorios en audiencia, el órgano judicial recibirá directamente tales pruebas, descartada por completo la posibilidad de mediación; y —salvo casos excepcionales— la sentencia no podrá ser dictada por otro juez. Tanto basta por aplacar los escrúpulos de quienes —como se lee en un libro clásico sobre la problemática de la prueba— se consideran «inmediacionistas antes o más que oralistas»¹⁰.

Las técnicas de que nos venimos ocupando intentan, no diré resolver, sino mitigar, dentro de cierto ámbito, un problema común a muchos países, y no sólo en Latinoamérica: el de la duración excesiva de los procesos. La comparación entre los dos Códigos pone de relieve que el legislador peruano, cuando quiso utilizarlas, seguramente volvió su mirada, en más de un momento, hacia el modelo brasileño. No es temerario inferir de los textos una influencia, a veces muy intensa, del Código de 1973 sobre el de 1992. De ahí el interés que puede revestir, para los juristas y sobre todo para los jueces de Perú, el testimonio de un procesalista de Brasil, que por lo demás pudo beneficiarse de una experiencia de casi catorce años de ejercicio de la judicatura. Los resultados obtenidos en mi país autorizan la convicción de que las mencionadas técnicas, aplicadas con habilidad, son útiles en medida no despreciable.

9. V. al respecto VESCOVI-RUECO, *Los primeros resultados de la reforma de la justicia en Uruguay. Un balance a los dieciocho meses de la entrada en vigencia del Código General del Proceso*, *in Rev. Urug. de Der. Proc.*, n° 1/1991, p. 27 y ss.

10. SENTIS MELENDO, *La prueba — Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1958, p. 47b.

Sin embargo, hay que abandonar aquí también la creencia ilusoria de que una reforma legislativa sea capaz de alterar substancialmente, de por sí, el paisaje de los juicios por lo que respecta a la demora de los pleitos. La disciplina legal más perfecta en teoría tendrá en la práctica una repercusión débil si faltan los presupuestos de su

“ Es razonable esperar que una buena reforma produzca buenos frutos. Lo que no será razonable es pretender que la reforma, para producirlos, logre vencer, sin la cooperación de otros factores, el soplo de vientos adversos, por más débiles que sean ”.

buen funcionamiento. Ello no quiere decir, obviamente, que sea fútil toda iniciativa de perfeccionar el ordenamiento positivo. El jurista debe resistir con tenacidad dos tentaciones simétricas e igualmente funestas: una consiste en atribuir omnipotencia a la norma, la otra en desecharla como impotente. La modificación de un texto legal puede influir, y normalmente influye, por lo menos en cierta medida, sobre la realidad de los hechos. De no ser así, nadie tendría motivo para temer o para criticar una reforma injusta o inconveniente de la ley: cualquier cambio sería siempre inocuo, y no valdría la pena preocuparnos con el asunto. Es razonable esperar que una buena reforma produzca buenos frutos. Lo que no será razonable es pretender que la reforma, para producirlos, logre vencer, sin la cooperación de otros factores, el soplo de vientos adversos, por más débiles que sean.

Es menester, con miras a evitar frustraciones, rodear la iniciativa de circunstancias favorables, que no siempre tienen relación directa con la ley procesal, sino más bien con providencias de orden administrativo, afines a la estructura y a la organización del aparato judicial. Nadie ignora cuán importante fue para el éxito de la reforma uruguaya de 1988 el hecho de que ese país pudiera contar con un cuerpo numeroso de jueces¹¹. No menos importante, por supuesto, es la calidad: mucho depende de la aptitud y de la disposición de quienes van a encargarse de hacer efectivos *in concreto* los designios in-fundidos en los textos. Ojalá consiga la Justicia peruana convertir en realidad la aspiración, que palpita en el nuevo Código, a un proceso más rápido y, en términos generales, más eficiente.

11. En 1991, proporcionalmente a la población, se colocaba el Uruguay, desde ese punto de vista, en tercer lugar en el mundo, después de Alemania y Bélgica; y los datos numéricos mencionados por VESCOVI - KLUSCO en el art. cit., p. 39, nota 11.