

De la acción a la pretensión procesal en la ley de enjuiciamiento civil española

Antonio María Lorca Navarrete

Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Web: <http://www.institutovascodederechoprosesal.com/>. Scientific CV: <https://orcid.org/0000-0003-3595-3007>. Catedrático de Derecho Procesal/Professor of Procedural Law. E-mail: institutovascodederechoprosesal@leyprocesal.com.

Resumo: No código de processo civil espanhol, a ação não tem mais sentido processual. Apenas constitucional. A ação deixou de existir para o Código de Processo Civil espanhol, pois foi substituída pela pretensão processual de conteúdo abstrato.

Palavras-chave: Ação, pretensão processual, processo, pretensão processual declarativa, pretensão processual declarativa de condenação, pretensão processual meramente declarativa e pretensão processual declarativa constitutiva, cautelar e executiva bem como as determinadas por lei.

Sumario: **1** La libertad de la persona para disponer ante un tribunal del ejercicio de sus derechos – **2** Las garantías procesales de la persona procesal – **3** La proyección de la acción, de la jurisdicción y de las formas del procedimiento en la libertad de la persona para disponer ante un tribunal del ejercicio de sus derechos – **4** La libertad de pretender en el proceso – **5** El referente constitucional de la pretensión procesal – **6** El carácter abstracto de la pretensión procesal – **7** La pretensión procesal cláusula general que habilita a la parte procesal

1 La libertad de la persona para disponer ante un tribunal del ejercicio de sus derechos

El proceso nos permite disponer libremente de nuestros derechos porque la norma constitucional española reconoce a la persona, su libertad, su dignidad, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad mediante el respeto a la ley y a los derechos de los demás, constituyendo, ese reconocimiento, el fundamento del orden político y de la paz social (artículo 1.1. y 10.1. de la Constitución). En definitiva, el fundamento del orden público procesal.

Ese compendio de derechos y obligaciones constitucionales de la persona, expresión de su libertad para disponer ante un tribunal del ejercicio de sus derechos, constituyen, conjuntamente con la justicia y la igualdad, “valores superiores” de nuestro ordenamiento jurídico constitucional que permite que, España, se constituya “en un Estado social y democrático de Derecho” (artículo 1.1. de la Constitución).

La libertad de la persona, conjuntamente con su anhelo de justicia y de igualdad, anidan en un nuevo diseño de la persona procesal en el que, su libertad para disponer ante un tribunal del ejercicio de sus derechos, ha de encontrar, a su paso, no solo su deseo de obtener tutela judicial efectiva como también “el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad” (apartado I de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil) como expresión de su libertad como persona procesal.

Es una libertad que continúa inspirando la vigente ley de enjuiciamiento civil no solo como regla en la que se sustenta la “iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso” como, también, la que hace posible que se asuman “cargas procesales” sin perjuicio de la “lógica diligencia” con la que puede y debe un tribunal “configurar, razonablemente, su trabajo” (apartado IV de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil).

Quedan ya muy lejanos los tiempos en los que la persona no podía disponer en libertad del ejercicio de su derecho ante un tribunal, en términos de justicia e igualdad, pues, históricamente, esa disposición era de una eficacia paupérrima debido a la coexistencia en el antiguo régimen de privilegios de jurisdicción. Según la clase social a la que pertenecía el litigante (clero, nobleza) era juzgado por diferentes jurisdicciones. Esa discriminación es la que el legislador revolucionario francés quiso abolir al disponer, en el artículo 16 del Título II de la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790, que “cualquier privilegio en asuntos de jurisdicción será abolido, y los ciudadanos, sin distinción, abogarán en la misma forma y ante los mismos jueces, en los mismos casos” (PERROT¹).

La vigente ley de enjuiciamiento civil permite que la persona pueda disponer, en libertad, del ejercicio de su derecho ante un tribunal mediante un diseño, de su poder disposición, nuevo y sin precedentes en el pretérito derecho procesal español a través de su reconocimiento como persona procesal y para el que se ha rechazado, “como método, para el cambio, la importación e implantación inconexa de piezas aisladas, que inexorablemente conducen a la ausencia de modelo o de sistema coherente, mezclando perturbadoramente modelos opuestos o contradictorios” (apartado II de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil).

En este nuevo diseño de la persona procesal, que dispone en libertad del ejercicio de su derecho ante un tribunal, se han tenido en cuenta sobresalientes

¹ *Ce principe, qui paraît naturel, se comprende mieux par la référence à la situation qui existait dans l'ancien droit. Sous l'ancien régime, il existait en effet des privilèges de juridiction: selon la classe sociale à laquelle le plaideur appartenait (clergé, noblesse), il était jugé par des juridictions différentes. C'est cette discrimination que le législateur révolutionnaire a entendu abolir en décidant, dans l'article 16 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790, que "tout privilège en matière de juridiction est aboli; tous les citoyens sans distinction plaideront en la même forme et devant les mêmes juges, dans les mêmes cas"* Perrot, R., *Institutions judiciaires*. 4^e édition. Montchrestien. Paris 1992, pág. 58.

aportaciones realizadas por la doctrina patria como es el caso, y sin ánimo de ser exhaustivo, de ALMAGRO NOSETE propugnando en 1970, como derecho de la persona, su libre acceso a la Jurisdicción,² de GUASP³ con su tratamiento de la pretensión procesal, de MORÓN PALOMINO⁴ y LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ,⁵ con sus estudios sobre la intervención de terceros en el proceso civil, o de RAMOS MÉNDEZ con su apuesta metodológica a favor de la sucesión procesal⁶ o, en fin, de PRIETO CASTRO⁷ para el que “hablar de modo anormal de terminar el proceso, cuando se dispone del objeto del proceso civil, es como si en patología dijésemos que, el modo normal de terminar la enfermedad, es la muerte y, el modo anormal, la curación del enfermo”.

Esas y otras muchas otras aportaciones, no menos sobresalientes, han permitido adentrarnos en un nuevo diseño de la persona procesal que dispone en libertad del ejercicio de su derecho ante un tribunal, “no mediante palabras y preceptos aislados, sino con regulaciones plenamente articuladas y coherentes” con las que se han introducido “las innovaciones y cambios sustanciales” (apartado II de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil) haciendo viable ese nuevo diseño.

2 Las garantías procesales de la persona procesal

En el nuevo diseño de la persona procesal destaca la sustantividad que le proporciona la norma constitucional (artículo 24 de la Constitución) que, al tiempo que permite despojarlo de una proyección meramente instrumental, le autoriza para disponer libremente de su derecho ante un tribunal con las garantías que las leyes procesales establecen siempre y cuando sean conformes con el texto constitucional.

Con el apoyo primario en la Constitución, la libertad de la persona procesal para disponer libremente de su derecho, ha de transitar ante un tribunal con “plenitud de garantías procesales” porque “Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales” (apartado I de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil); garantías procesales que no “dimanan

² Almagro Nosete, J. *El “libre acceso” como derecho a la Jurisdicción*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Vol. XIV. Madrid 1970.

³ Guasp, J. *La pretensión procesal*. Cuadernos Civitas. 1981. Esta primera edición reproduce el texto publicado originalmente en el fascículo I del tomo V del Anuario de Derecho Civil, enero-marzo de 1952 y Civitas 1985.

⁴ Morón Palomino, M., *El proceso Civil y la tutela de los terceros*, en Anales de la Facultad de Derecho, N^o 3, 1, 1965, págs. 5-30.

⁵ López Fragoso Álvarez, T. V., *La intervención de terceros a instancia de parte del proceso civil español*. Marcial Pons, 1990. *Pluralidad de partes: litisconsorcio e intervención de terceros*, en El proceso civil y su reforma. Madrid 1998. *Intervención provocada (artículo 9 del borrador de una nueva LEC)*, en Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, Vol. 10, N^o 3, 1998, págs. 521-534.

⁶ Ramos Méndez, F. *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*. Barcelona 1974.

⁷ Prieto Castro, L. *Cuestiones de Derecho procesal civil*. Madrid 1947.

de la ciudadanía, sino de la personalidad y que (...) no regulan la relación entre el Estado y sus ciudadanos, sino entre el Estado y el individuo” (GOLDSCHMIDT⁸).

Será la persona procesal, y no su ciudadanía (GOLDSCHMIDT⁹), la que se hace acreedora de la “plenitud de garantías procesales” (apartado I de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil) en el contexto de un nuevo diseño en el que estarán -o, deben estar- omnipresentes sus garantías procesales.

Desde esa perspectiva de las garantías procesales, la persona procesal no se justifica en el rito o en la forma con la que ha de disponer de su derecho ante un tribunal, de inequívoca justificación acrítica y atemporal y sí en su consolidación como persona, ante ese mismo tribunal, con todas las garantías procesales justificadas en su proyección sustantiva al hallarse vinculadas y comprometidas por la realidad normativa del presente momento constitucional y con el sistema de garantías que esa realidad constitucional comporta.

La libertad de la persona procesal, conjuntamente con su anhelo de justicia y de igualdad, anidan en este nuevo diseño procesal al permitirle asumir el compromiso constitucional que no es político ya que la Constitución, como norma suprema del Estado, es apolítica y, en el que el tribunal asume, como una de sus primordiales finalidades, actuar “en garantía de cualquier derecho” (artículo 2 de la ley orgánica del Poder Judicial) mediante un modelo de proceso, de indudable proyección de garantía procesal, como el que surge del artículo 24.2. de la Constitución y con el que se garantizaría que “todos tienen derecho (...) a un proceso público (...) con todas las garantías” constitucionales y procesales entendidas, esas garantías, como las que se expresan a través de un derecho (“en garantía de cualquier derecho”: artículo 2 de la ley orgánica del Poder Judicial) susceptible de ser proyectado mediante la obtención, de parte del tribunal, de una decisión justa.

Esa libertad de la persona procesal, que anida en este nuevo diseño de garantía procesal y que ha de encontrar a su paso el tribunal que actúa “en garantía de cualquier derecho” (artículo 2 de la ley orgánica del Poder Judicial), proviene de un ámbito cultural como es el del *common law*-o, propio del derecho angloamericano- y su mandato de un *fair trial* o también del *due process of law* que ya ha tenido plena acogida en España por lo que, la categoría del proceso debido (que viene a ser la

⁸ Léase a Goldschmidt, W., *Problemas de derecho internacional procesal hispano-luso-americano*, en Revista de Derecho Procesal. Publicación Iberoamericana y Filipina, Año 1956. Segunda Época. Núm. 3, pág. 803 e igualmente a Goldschmidt, J., *Derecho, Derecho penal y proceso III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*. Traducción de Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero y León García-Comendador Alonso. Ed. Marcial Pons 2015, pág. 186.

⁹ Léase a Goldschmidt, W., *Problemas de derecho internacional procesal hispano-luso-americano*, en Revista de Derecho Procesal. Publicación Iberoamericana y Filipina, Año 1956. Segunda Época. Núm. 3, pág. 803 e igualmente a Goldschmidt, J., *Derecho, Derecho penal y proceso III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*. Traducción de Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero y León García-Comendador Alonso. Ed. Marcial Pons 2015, pág. 186.

castellanización de la consabida formula anglosajona *del due process of law*), sea “en suma, el modelo [que el] artículo 6 Convenio Europeo de los Derechos Humanos denomina proceso equitativo, o el que la jurisprudencia constitucional [la española] denomina proceso justo (v. gr. Sentencias del Tribunal Constitucional español 65/2007, de 27 de marzo, 146/2007, de 18 de junio)” (GARBERÍ LLOBREGAT¹⁰).

En definitiva, se asiste a un mestizaje en el tratamiento de la libertad de la persona procesal que desea disponer de su derecho ante un tribunal que, al tiempo que anida en un nuevo diseño, se aloja en la existencia de un debido proceso tendente a garantizar la existencia de un proceso justo y equitativo propio del *commom law* con el que marida el de efectiva tutela del artículo 24 de la Constitución española y propio del sistema jurídico del *civil law*.

3 La proyección de la acción, de la jurisdicción y de las formas del procedimiento en la libertad de la persona para disponer ante un tribunal del ejercicio de sus derechos

Al anidar la libertad de la persona procesal en un nuevo diseño procesal, los conceptos de acción, jurisdicción o de las formas del procedimiento, han de estar al servicio de ese nuevo diseño que, primordialmente, tiene su sustento en el proceso justo, equitativo y de efectiva tutela que regula el artículo 24 de la Constitución española aunque, para el Derecho procesal, los conceptos de acción, jurisdicción o de las formas del procedimiento ya no son los pilares en los que, históricamente, se ha venido sustentando.

Desde la perspectiva de la libertad de la persona procesal, la posibilidad de accionar es irrelevante desde el instante en que existe el compromiso constitucional de efectiva tutela sustantiva que ha de garantizarle el logro de un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) porque, esas garantías procesales, al tiempo que son objetivables, sustantivas y autónomas al no ser instrumentales de ningún otro ordenamiento jurídico ya lo sea civil, mercantil etc., no son reconducibles a un hipotético derecho de accionar ya sea concreto ya sea abstracto entendido como derecho constitucional a la jurisdicción y a la tutela jurisdiccional que no se puede revocar ni anular constitucionalmente (artículo 24 de la Constitución).

Esa efectiva tutela de un tribunal, sustantiva y autónoma, es garantizada a “todos” (artículo 24.1. de la Constitución), no mediante la acción sino cuando la pretenden (es la pretensión procesal: artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil) con

¹⁰ Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238.

independencia de la existencia del concepto de acción ya lo sea en su versión concreta o abstracta. Es la pretensión procesal que permite el acceso, de la persona procesal, al núcleo irreductible de garantías procesales del proceso al garantizarle, mediante su ejercicio, ese acceso a la efectiva tutela del tribunal a través del proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución). No mediante la acción.

Como ha puesto de relieve la doctrina «la “acción”, el “derecho de acción” y el “derecho a la tutela judicial efectiva” no son (...) sino manifestaciones de un mismo fenómeno, a saber: el reconocimiento de la posibilidad que asiste a los ciudadanos de instar al poder público la resolución de los conflictos en que se hallen involucrados, ante la prohibición jurídica que pesa sobre ellos de que los resuelvan por sí mismos, arbitrariamente o mediante el uso de la fuerza» (GARBERÍ LLOBREGAT¹¹) por lo que, en el nuevo diseño de la persona en el proceso, su derecho a pretender (artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil) ha desplazado al concepto de acción. La acción ha sucumbido ante la pretensión procesal. La acción ya no es uno de los pilares del Derecho procesal.

Por su parte, la jurisdicción, aun siendo consustancial con la existencia de un tribunal por su inequívoco vínculo con la potestad jurisdiccional constitucional en la que se refugia la existencia del Poder Judicial (Título VI de la Constitución), no puede competir con la función jurisdiccional con la que, en cambio, se otorga cobijo a la libertad de la persona con la que ha de transitar para acceder al proceso de efectiva tutela que diseña el artículo 24 de la Constitución. La jurisdicción no pertenece ya al ámbito de libertad de la persona procesal que ha de transitar, no a través de ella sino, mediante su proyección, esencialmente, funcional. La Jurisdicción entendida como atinente a la existencia de una Potestad Jurisdiccional constitucional es, tan solo, garantía constitucional de la existencia de un Poder Judicial por lo que no es ya uno de los pilares del Derecho procesal.

Y, por último, aludir al procedimiento respecto del que se ha de dar por definitivamente ganado que, las formas del procedimiento, han dejado de ser un fin en sí mismas para la persona procesal, por cuanto su personación en el proceso únicamente se justifica en la temporalidad crítica y sustantiva que garantiza el logro de un proceso de efectiva tutela “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución). El proceso no está al servicio de la norma del código civil, mercantil, hipotecaria, etc. Esas normas están al servicio de la persona procesal y de su libertad de disponer de cada una de ellas ante un tribunal con todas las garantías procesales ya que, si no se respetara el sistema propio, autónomo y sustantivo de

¹¹ Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238.

garantías procesales, perfectamente objetivables, que se le reconoce constitucionalmente, no sería posible que el tribunal pudiera aplicar la norma del código civil, mercantil, hipotecaria, etc.

Se accede a un modelo de proceso de proyección temporal, cambiante y sumamente crítico. Y, como no, sustantivo y autónomo. Esa dinamicidad equivale a reconocer que, frente al procedimiento, el logro de un proceso de efectiva tutela no posee una concepción abstracta o formal al hacer posible críticamente el modelo concreto de tutela que exige la persona procesal y establece la Constitución mediante su carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional (Metodología constitucional).

En cambio, el procedimiento es atemporal y acrítico a través del soporte que le brindan, sólo y exclusivamente, las formas procesales técnicas, adjetivas y mecanicistas. Por ello, el procedimiento es técnicamente una realidad formal y acrítica y “ante todo, forma” (HERRERO PEREZAGUA¹²) diversa al logro de un proceso de efectiva tutela “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) que, a diferencia del procedimiento, es una realidad autónoma y sustantiva que se constituye en la justificación del procedimiento. El procedimiento ya no es uno de los pilares del Derecho procesal.

El logro de un proceso de efectiva tutela “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) es sustantividad comprometida constitucionalmente a diferencia del procedimiento que es formalidad acrítica y mecanicista. El logro de un proceso de efectiva tutela “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución), con su sustantividad garantista, justifica y corrige las anomalías en la aplicación mecanicista, adjetiva, atemporal y acrítica del procedimiento.¹³

¹² Herrero Perezagua, J. F., *Legalidad, jurisdiccionalidad y funcionalidad de las formas*, en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*. Atelier. Barcelona 2020, pág. 17.

¹³ Como anómalo y sorprendente puede calificarse que aún se explique, la distinción entre proceso y procedimiento, acudiendo a la que fue denominada “*teoría ferroviaria del derecho procesal*” por la que “el tren, el convoy, es el proceso, y la vía, el procedimiento” que postulara FENECH (léase a Sigüenza López, J., *Sistema judicial español*. Séptima edición. Ediciones Laborum. Murcia 2019, pág. 133) y que, incomprensiblemente, es asumida cuando se indica que “así como hay vías que pueden quedar en desuso por falta de usuarios interesados en realizar un determinado trayecto y, en consecuencia, procedimientos que pueden quedar sin utilizar por la abstención de los sujetos jurídicos a quienes se concede el derecho de iniciativa procesal, puede haber trayectos que puedan realizarse por no existir vías para llevarlos a cabo” (léase a Sigüenza López, J., *Sistema judicial español*. Séptima edición. Ediciones Laborum. Murcia 2019, pág. 133). La denominada “*teoría ferroviaria del derecho procesal*” posee aún más adeptos. En concreto se ha indicado que «en su significado más genuino, el procedimiento es la medida o regla del proceso, el conjunto de normas con arreglo a las cuáles éste se desarrolla: “El procedimiento -dice FENECH- es al proceso lo que las instalaciones fijas al ferrocarril, por lo que, usando la metáfora con las debidas salvedades, podríamos decir que el tren, el convoy, es el proceso y la vía el procedimiento”. Y del mismo modo que existen vías muertas que no se usan y trenes experimentales que no pueden utilizar las existentes, “puede establecerse un procedimiento jurisdiccional en la ley que quede sin utilizar por la abstención de las personas a quienes se concede (y) puede haber concebido la ley un proceso que sea irrealizable por carencia de carencia de procedimiento jurisdiccional adecuado”» (léase a Cordón Moreno, F., *Introducción al derecho procesal*. Eunsa. Pamplona 2020. Pág. 81, 82).

Se está en presencia, en el modo expuesto, de un nuevo diseño de la persona procesal en su tránsito procedimental a través del proceso de efectiva tutela “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) que se encuentra abierto a los muy diversos modos con los que puede proceder a su integración, racionalización o especificación en ese proceso de efectiva tutela en base a la existencia de unas garantías procesales concebidas en términos dinámicos por su capacidad de adaptación al actual momento constitucional y de asumir el compromiso constitucional permitiendo que, la persona procesal, pueda obtener un proceso de efectiva tutela “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución).

El compromiso constitucional del proceso no es algo artificial sino la proyección, en ese proceso, de una realidad constitucional preexistente. Ese referente constitucional justifica el proceso a pesar de que, históricamente, un compromiso de esa naturaleza sólo surge en España en el actual momento histórico en un país, como el nuestro, secularmente deficitario en el acogimiento de garantías procesales. En consecuencia, se incurre en yerro cuando se indica que «el legislador (en materia de derecho sustantivo) sí reconoce legalmente y regula algo que nació en la realidad social y que ha venido produciéndose en ella durante un determinado tiempo; en cambio, al crear un proceso no “plasma” en la norma procesal algo que existía previamente, sino que simplemente lo crea (artificialmente)» (PARDO IRANZO¹⁴). El proceso no se crea artificialmente. Se crea dinámicamente en base al compromiso constitucional que le avala, que no es algo artificial sino la proyección, en ese proceso, de una realidad constitucional preexistente. Es el referente constitucional que lo justifica, que lo crea, lo concibe y lo legítima.

En definitiva, la actuación de la persona procesal se proyecta en el ámbito de un proceso conceptualizado como el núcleo irreductible de garantías procesales sustantivas y autónomas que le garantizan su tránsito a través del mismo y en el que la Jurisdicción, con su ubicación en la potestad jurisdiccional constitucional (artículo 117.3. de la Constitución), proporciona cobijo al Poder Judicial, no al proceso; en el que la acción, entendida como el “derecho a la tutela judicial efectiva” constitucional (GARBERÍ LLOBREGAT¹⁵), ya *no* se integra en su ámbito funcional o de ejercicio de la función jurisdiccional y en el que las formas del procedimiento acríticas y mecanicistas, se encuentran ausentes de significado y sentido si no se integran un proceso civil conceptualizado como un núcleo irreductible de garantías procesales.

La Jurisdicción, la acción y las formas del procedimiento, al tiempo que han dejado de ser elementos definitorios de la actuación de la persona procesal, no son,

¹⁴ Pardo Iranzo, V., con Sanchís Crespo, C., con Montón García, M^º. L., Zaragoza Tejada, J. I., *Derecho procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona 2021, pág. 279, 280

¹⁵ Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238.

pese al criterio de cierto parecer procesalística (SANCHÍS CRESPO, PARDO IRANZO¹⁶), los pilares del proceso por lo que es, totalmente errado, indicar que “el Derecho procesal está conformado por tres pilares: la jurisdicción, la acción y el proceso” (SANCHÍS CRESPO,¹⁷ PARDO IRANZO¹⁸).

4 La libertad de pretender en el proceso

Una de las aportaciones más sobresalientes de la regulación de la persona procesal en la vigente ley de enjuiciamiento civil española, posiblemente consista en lo que “podrá pretender” (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) cuando comienza a transitar a través del proceso civil.

Con la regulación que se contiene en la ley de enjuiciamiento civil, incluida en su Título I rubricado “*De la comparecencia y actuación en juicio*” dentro de su Libro I rubricado, a su vez, “*De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles*”, se aborda un nuevo diseño de la persona procesal, como parte en el proceso, mediante una aportación normativa inédita para la pretérita legislación procesal civil consistente en que, esa misma persona, al actuar como parte, se representa a sí misma en el proceso en base a su parcialidad, entendida como la falta de neutralidad, mediante el ejercicio de lo que la ley de enjuiciamiento civil denomina pretensión procesal.

En este nuevo diseño que realiza la ley de enjuiciamiento civil de la persona procesal como parte que pretende en el proceso civil, irrumpe una nueva categoría de persona procesal, como la civil, a la que se le caracteriza por ser portadora de una pretensión procesal y por constituir, esa pretensión procesal, el primero de sus elementos normativos permitiendo acceder a un nuevo diseño de la persona procesal civil/parte que pretende en el proceso que, la propia ley de enjuiciamiento civil, patrocina y programa.

Antes de la vigente ley de enjuiciamiento civil, la pretensión procesal ni era considerada como uno de los elementos normativos que permitían acceder a un nuevo diseño de la persona procesal, ni se le consideró necesaria para que pudiera transitar a través del proceso.

La pretensión procesal de la persona procesal no existía para el proceso civil. La pretensión procesal, con la que la persona procesal civil procede, libremente, al ejercicio de sus derechos ante un tribunal, surge con el nuevo diseño que, de ella, adopta la ley de enjuiciamiento civil. La pretensión procesal surge, normativamente,

¹⁶ Pardo Iranzo, V., con Sanchís Crespo, C., con Montón García, M^a. L., Zaragoza Tejada, J. I., *Derecho procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona 2021, pág. 279, 280

¹⁷ Sanchís Crespo, C., con Pardo Iranzo, V., Montón García, M^a. L., Zaragoza Tejada, J. I., *Derecho procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona 2021, pág. 45 y ss., 88.

¹⁸ Pardo Iranzo, V., con Sanchís Crespo, C., con Montón García, M^a. L., Zaragoza Tejada, J. I., *Derecho procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona 2021, pág. 279, 280

con la vigente ley de enjuiciamiento civil. Es el fruto normativo de la ley de enjuiciamiento civil de cuyo contexto regulador germina procediendo a diseñar una persona procesal que, vinculada con el ejercicio de su pretensión procesal, sólo surge con la vigente ley de enjuiciamiento civil. En este nuevo diseño de la persona procesal civil, su derecho a pretender (artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil) ha desplazado al concepto de acción. La acción ha sucumbido ante la pretensión procesal.¹⁹

No obstante, resulta sorprendente que el legislador no haya dedicado, en la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil, ni una sola de sus indicaciones a la aportación, ciertamente sobresaliente, que, a nivel metodológico, supone vincular la libre disposición de un derecho ante un tribunal, al ejercicio de una pretensión procesal por parte de la persona procesal civil.

Al legislador sólo parece preocuparle, cuando redacta la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil, su lenguaje “y, por ello -dice-, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así, por ejemplo (...), se emplea en unos casos los vocablos “*pretensión*” o “*pretensiones*” y, en otros, el de “*acción*” o “*acciones*” como aparecían en la Ley [de enjuiciamiento civil] de 1881 y en la jurisprudencia y doctrina posteriores, durante más de un siglo, sin que ello originara problema alguno” (apartado IV de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil).

No le asiste la razón al legislador de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil por partida doble. En primer lugar, no es cierto que la *acción* y la *pretensión* sean “diversidades expresivas para las mismas realidades” (apartado IV de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil²⁰). No. En absoluto.

La pretensión procesal es de justificación abstracta al afectar al *procedendo* del proceso y a sus garantías procesales perfectamente objetivables. Su justificación constitucional se encuentra en el derecho de “todos” a “un proceso público” con “todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución). Es lo que se pretende mediante la pretensión procesal.

En cambio, la justificación constitucional de la acción hay que ir a buscarla en el “derecho a la tutela judicial efectiva” constitucional (GARBERÍ LLOBREGAT²¹). Al derecho a la jurisdicción o a la tutela jurisdiccional. No, en el derecho a pretender “un proceso público” con “todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de

¹⁹ Sorprendentemente, cierta doctrina sigue aun utilizando la *acción* como un atributo de las partes en el proceso civil ya que “las *partes procesales* son quienes ejercitan los derechos de acción” Léase a Calaza López, S., con Gimeno Sendra, V., y Díaz Martínez, M., *Derecho procesal civil. Parte general*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2021, pág. 95.

²⁰ Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

²¹ Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238.

la Constitución) y, por tanto, ajena a su integración en unas “mismas realidades” compartidas con la pretensión procesal tal y como desea apuntalar el apartado IV de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil. La acción ha dejado de ser un elemento configurador del proceso al sucumbir ante la pretensión procesal.

Pero, y lo más grave, si ello aún es posible, es que, ese mismo legislador de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil, no dedique a la pretensión procesal y a su vínculo con la persona procesal, ni una mísera frase o explicación que justifique su proyección normativa acorde con el nuevo contexto metodológico en el que la ubica.

5 El referente constitucional de la pretensión procesal

Pese al legislador de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil, la acción ha sucumbido ante la pretensión procesal. La razón para pensarlo de ese modo es, por lo pronto, de justificación constitucional.

En efecto, la Constitución permite a “todos” accionar (GARBERÍ LLOBREGAT²²) “ante los juzgados y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (artículo 24.1. de la Constitución). Es decir, la persona ostenta un derecho reconocido constitucionalmente que le permite acudir ante un juez predeterminado por la ley orgánica del Poder Judicial (artículo 24.2. de la Constitución). Pero, ese derecho constitucional de “todos” a accionar (GARBERÍ LLOBREGAT²³), no es posible confundirlo con la pretensión procesal.

Conviene tener presente, una vez más, que, lo que se pretende (pretensión procesal) ante un tribunal, no es el controvertible derecho de acción que, históricamente, nunca se ha explicado, en la historia procesal de nuestro país para su puesta en práctica, ya lo sea en su versión concreta o en su versión abstracta,²⁴ como un derecho vinculado inexorablemente con la existencia de un proceso conceptualizado como

²² Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238.

²³ Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238.

²⁴ Se ha indicado que «la teoría concreta, compartida entre nosotros por autores tan prestigiosos como Gómez Orbaneja o De la Oliva, ha sido objeto de diversas formulaciones a partir de WACH para quien la “acción” era la “pretensión de tutela del derecho material” (*Rechtsschutzanspruch*), esto es, un derecho perteneciente al ámbito de Derecho público, independiente del derecho material en litigio, pero que no se satisfacía con la sola puesta en marcha de la actividad jurisdiccional sino que exigía adicionalmente la prestación de una tutela favorable a su titular» Léase a Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238. Por su parte, «la teoría abstracta sobre la “acción”, aunque presenta distintos matices, podría resumirse afirmando que para ella la “acción” es el derecho de la actividad jurisdiccional, esto es, el derecho a acceder a la jurisdicción para obtener de la misma un pronunciamiento sobre el conflicto planteado, con independencia de su contenido o de si resulta favorable o adversa a quien lo ejercite. En España esta doctrina, hoy mayoritaria, es seguida, entre otros, por autores no menos prestigiosos, tales como Guasp, Fairén, Morón, Ramos o Gimeno» Léase a Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los*

un núcleo irreductible de garantías procesales al que, ahora, se puede pretender, que no accionar, mediante la pretensión procesal civil. Repito. En ningún momento, del devenir histórico del derecho de acción en nuestro país, se le ha explicado como un derecho a pretender un proceso conceptualizado como un núcleo irreductible de garantías procesales.

La pretensión procesal permite pretender abstractamente de un tribunal un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 5.1. y 24.2. de la ley de enjuiciamiento civil) a diferencia del derecho de acción que, como derecho constitucional a la jurisdicción y a la tutela jurisdiccional, es irrelevante desde la perspectiva funcional o de ejercicio funcional de la jurisdicción. Desde el instante en que existe el compromiso constitucional de reconocer el derecho de pretender (pretensión procesal) un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 5.1. y 24.2. de la ley de enjuiciamiento civil), esas garantías procesales, al tiempo que son objetivables, sustantivas y autónomas al no ser instrumentales de ningún otro ordenamiento jurídico ya lo sea civil, mercantil etc., no son reconducibles a un hipotético derecho de accionar ya sea concreto ya sea abstracto al sucumbir el derecho de acción ante el derecho de pretender ante un tribunal.

La justificación constitucional de la pretensión procesal se encuentra en el derecho de “todos” a pretender “un proceso público” con “todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) al afectar al *procedendo* del proceso civil y a sus garantías procesales perfectamente objetivables mediante el ejercicio de la función jurisdiccional constitucional (artículo 117.3. de la Constitución). En cambio, la justificación constitucional de la acción hay que ir a buscarla en el “derecho a la tutela judicial efectiva” constitucional que se reconoce en el artículo 24 de la Constitución o derecho constitucional a la jurisdicción y a la tutela jurisdiccional (GARBERÍ LLOBREGAT²⁵) y, por tanto, ajena a la proyección constitucional/funcional que se pretende con la pretensión procesal.

En definitiva, la justificación constitucional de la acción no es la misma que sustenta o justifica el ejercicio abstracto de la pretensión procesal.

La sustantividad de la pretensión procesal justificada, constitucional y funcionalmente, en el derecho de “todos” a “un proceso público” con “todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución), es diversa, y en ningún caso se confunde, con el derecho de acción de exclusiva justificación en el “derecho a

fundamentos constitucionales del Derecho Procesal. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238.

²⁵ Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238.

la tutela judicial efectiva” constitucional (GARBERÍ LLOBREGAT²⁶). O, derecho a la jurisdicción o tutela jurisdiccional

La sustantividad de la pretensión procesal va a significar que, su justificación constitucional/funcional, sólo se encuentra en su tránsito a través de unas garantías procesales perfectamente objetivables mediante un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. y 117.3. de la Constitución) ya que, su proyección de garantía procesal, no precisa de la instrumentalidad del derecho civil, derecho hipotecario, del derecho mercantil etc.

Esa sustantividad de la pretensión procesal le permite ser abstracta al no hallarse al servicio de la norma del código civil, mercantil, hipotecaria, etc. -o, lo que es conocido como derecho del sujeto controvertido o derecho subjetivo- y sí al servicio de “un proceso público” con “todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) ya que, esas normas del código civil, mercantil, hipotecaria, etc., están al servicio de lo que se pretende ante un tribunal pues, si no se respetara esa sustantividad abstracta de la pretensión procesal, basada en un sistema propio, autónomo y sustantivo de garantías procesales perfectamente objetivables, no sería posible aplicar la norma del código civil, mercantil, hipotecaria, etc. por la persona procesal ni tampoco se podría plantear la demanda al tribunal ante el que se pretende abstractamente “un proceso público” con “todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución).

6 El carácter abstracto de la pretensión procesal²⁷

Cuando la Constitución indica que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (artículo 24.1. de la Constitución), el reconocimiento de ese derecho a su fin, en la persona procesal, como es la tutela de sus derechos e intereses legítimos, podría haber sido mejorado, si se hubiera antepuesto, en ese precepto constitucional, el verbo “pretender” (ALMAGRO NOSETE²⁸) con el que justificar el tránsito de la persona procesal a través del proceso basado exclusivamente en la existencia de “un proceso público” con “todas las garantías” procesales perfectamente objetivables (artículo 24.2. de la Constitución). No en la obtención de “tutela

²⁶ Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238.

²⁷ En extenso, Lorca Navarrete, A. M^a., *La persona procesal civil*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2022, pág. 9 y ss. y también Lorca Navarrete, A. M^a., *Conceptos básicos del proceso civil I. La pretensión procesal. Las partes procesales La disposición del objeto del proceso y la competencia procesal*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2022, pág. 7 y ss.

²⁸ Léase a Almagro Nosete, J. *El “libre acceso” como derecho a la Jurisdicción*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Vol. XIV. Madrid 1970, pág. 95 y ss. También, Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Librería Bosch. Barcelona 1984, pág. 95, 96;

efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (artículo 24.1. de la Constitución) mediante el derecho de acción.

En definitiva, al “pretender” (ALMAGRO NOSETE²⁹) que el tránsito de la persona procesal a través del proceso se justifique en “un proceso público” con “todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución), esa pretensión procesal de la persona procesal civil, al tiempo que supondría pretender en abstracto, permitiría desubicar el verbo “pretender” (ALMAGRO NOSETE³⁰) del derecho constitucional de accionar.

En efecto, la perspectiva *constitucional*, que permitiría ubicar el verbo “pretender” (ALMAGRO NOSETE³¹) en el derecho constitucional de accionar vinculando el ejercicio del derecho de acción con el ejercicio de “derechos e intereses legítimos” (artículo 24.1. de la Constitución), se encuentra “totalmente superada” (ALMAGRO NOSETE³²) al situarnos, “históricamente, en tiempo de los romanos (definición de CELSO de la *acción*), dando a entender que, quién no esté en el ejercicio de “sus derechos e intereses legítimos” (que es lo que debe reconocer o declarar la sentencia) no tiene derecho a acudir a los tribunales” (ALMAGRO NOSETE³³) porque, en definitiva y según el artículo 24.1. de la Constitución, se reclamaría (se accionaría) en concreto al difundirse la idea -ciertamente incorrecta- consistente en que, el “derecho de acción, siempre debe ejercerse en el marco de un proceso concreto, con un determinado objeto litigioso y una causa de pedir propia” (MORENO CATENA³⁴) por lo que “la autonomía científica del Derecho Procesal no ha descartado ni soterrado su función instrumental respecto del derecho material” (MONROY GÁLVEZ³⁵)³⁶. Tales

²⁹ Léase a Almagro Nosete, J. *El “libre acceso” como derecho a la Jurisdicción*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Vol. XIV. Madrid 1970, pág. 95 y ss. También, Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Librería Bosch. Barcelona 1984, pág. 95, 96;

³⁰ Léase a Almagro Nosete, J. *El “libre acceso” como derecho a la Jurisdicción*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Vol. XIV. Madrid 1970, pág. 95 y ss. También, Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Librería Bosch. Barcelona 1984, pág. 95, 96;

³¹ Léase a Almagro Nosete, J. *El “libre acceso” como derecho a la Jurisdicción*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Vol. XIV. Madrid 1970, pág. 95 y ss. También, Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Librería Bosch. Barcelona 1984, pág. 95, 96;

³² Léase a Almagro Nosete, J. *El “libre acceso” como derecho a la Jurisdicción*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Vol. XIV. Madrid 1970, pág. 95 y ss. También, Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Librería Bosch. Barcelona 1984, pág. 95, 96;

³³ Léase a Almagro Nosete, J. *El “libre acceso” como derecho a la Jurisdicción*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Vol. XIV. Madrid 1970, pág. 95 y ss. También, Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Librería Bosch. Barcelona 1984, pág. 95, 96;

³⁴ Léase a Moreno Catena, V., con Cortés Domínguez, V., *Derecho procesal civil. Parte especial*. Tirant Lo Blanch. Manuales. Valencia 2019, pág. 81, 412. Y Moreno Catena, V., con Cortés Domínguez, V., *Derecho procesal civil. Parte especial*. Tirant Lo Blanch. Manuales. Valencia 2021, pág. 93.

³⁵ Monroy Gálvez, J., *Teoría general del proceso*. Tercera edición. Communitas. Lima 2009, pág. 137.

³⁶ Como ha puesto la mejor procesalística, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha asumido que, «el artículo 24.1. de la Constitución, no sanciona la “acción en sentido concreto”; esto es, no proclama el derecho de quienes acuden a los tribunales a obtener de estos un pronunciamiento favorable a sus pretensiones» Léase a Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cuadernos Cívitas. Thomson Reuters. Pamplona 2009, pág. 116, 120, 121, 129, 237, 238.

afirmaciones son erróneas. La acción, en sentido o versión concreta, ha sucumbido ante la pretensión procesal de caracterización, por el contrario, abstracta.

Es la pretensión procesal conceptuada abstractamente que le permite, a la persona procesal civil, pretender ante un tribunal la aplicación del núcleo irreductible de garantías procesales del proceso al garantizarle, mediante su ejercicio, un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución).

El carácter abstracto de la pretensión procesal supone su desvinculación del derecho constitucional de accionar, ya se proyecte en su versión concreta como en la abstracta, basado en el reconocimiento de un derecho constitucional a la jurisdicción y a la tutela jurisdiccional (artículo 24 de la Constitución). El carácter abstracto de la pretensión procesal, no se residencia en el derecho de accionar la jurisdicción o tutela jurisdiccional sino en pretender de un tribunal un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) mediante el ejercicio de la función jurisdiccional constitucional (artículo 117.3. de la Constitución). No, mediante la acción. En definitiva, la justificación constitucional de la acción no es la misma que sustenta o justifica el ejercicio abstracto de la pretensión procesal.

El derecho de acción o la acción al estar integrado en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva tanto en su versión concreta como abstracta, es irrevocable. No se puede anular ni revocar constitucionalmente. En cambio, la pretensión procesal es entendida por la Constitución como revocable pues, constitucionalmente, es posible revocarla o anularla cuando no se proceda a “pretender de los tribunales” (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) a diferencia del derecho de acción que no se puede revocar o anular constitucionalmente.

La pretensión procesal, puede ser, constitucionalmente, revocada o anulada. El artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil dice que se “podrá pretender de los tribunales” un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) por lo que constitucionalmente y, a diferencia del derecho de acción, la pretensión procesal se puede revocar y, por tanto, privarle de efectos jurídico/procesales porque no se desea “pretender de los tribunales” un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 5.1. y 24.2. de la Constitución).

Pero de otro lado, el carácter abstracto de la pretensión procesal no depende del *ius perseguendi iudicio quod sibi debeatur*. Esto es, ¿el *factum* que se perseguía en el *iudicio* romano era el mismo que servía de sustento al derecho del sujeto -derecho subjetivo- que se ejercitaba con la denominada *actio* romana? O, en cambio ¿era otro distinto? En el derecho romano, a cada derecho subjetivo controvertido le correspondía una *actio* ya que, el derecho subjetivo y la facultad de poder obtener la protección de un juez, no eran nociones distintas. Se era titular de un derecho en la

media en que ese derecho se beneficiaba de una *actio* ante el tribunal. De ahí que los juristas romanos eran, ante todo, hombres prácticos (HABSCHEID³⁷).

El carácter abstracto de la pretensión procesal va a depender, sólo y exclusivamente, de poder “pretender de los tribunales” (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil³⁸) un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) por lo que, lo que se pretende, es de exclusiva proyección procesal y funcional y, por tanto abstracta en la medida en que no precisa de un derecho subjetivo individualizado (HABSCHEID³⁹) pues “el nexo de unión, que falta entre proceso y su objeto, no estriba en que se haga al Derecho procesal dependiente del derecho material, sino en que, resultante de la autonomía del proceso, se avance en la enunciación de su peculiar relación con el Derecho material” (GOLDSCHMIDT⁴⁰) lo que explica que “la pretensión no es un concepto de derecho privado material” (ASENCIO MELLADO⁴¹).

Ese carácter abstracto de la pretensión procesal ha supuesto que la persona procesal pueda transitar en el proceso contrariamente a como lo hizo “el legislador histórico que entendió, como objeto del litigio la pretensión de derecho material deducida por el demandante en el sentido de la definición del §194 pár. 1 del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*⁴²). Esta deseada equiparación del legislador histórico de la ZPO (*Zivilprozessordnung*⁴³) de la pretensión jurídico-material con el objeto litigioso sin embargo no es realizable” (LEIBLE⁴⁴).

El carácter abstracto de la pretensión procesal es el que no precisa, para su justificación, el sustento del derecho del sujeto -o, derecho subjetivo- porque, exista o no ese derecho subjetivo, con el ejercicio abstracto de la pretensión procesal se permite que ese derecho del sujeto -o, derecho subjetivo- se adentre en el abstracto

³⁷ *le droit romain avait une conception procédurale du droit: le droit subjectif et la faculté de pouvoir obtenir la protection du juge n'étaient pas deux notions bien distinctes. Etait titulaire d'un droit seulement celui au profit duquel existait une actio et réciproquement: l'accent était surtout mis cependant sur l'aspect judiciaire et contentieux, les jurists romains étant avant tout des hommes de la pratique. la notion de droit subjectif, telle qu'elle est comme aujourd'hui, ne fut jamais découverte à Rome* Léase a Habscheid, W. J., *Droit judiciaire privé suisse*. Genève 1975, pág. 216. Y Habscheid, W. J., *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1980, (II Serie), pág. 454 y ss.

³⁸ Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

³⁹ “*lo scopo della domanda non dipende di un diritto soggettivo individuato da una qualificazione della legge sostanziale*” (HABSCHEID).

⁴⁰ Léase a Goldschmidt, W., *Problemas de derecho internacional procesal hispano-luso-americano*, en *Revista de Derecho Procesal*. Publicación Iberoamericana y Filipina, Año 1956. Segunda Época. Núm. 3, pág. 803 e igualmente a Goldschmidt, J., *Derecho, Derecho penal y proceso III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*. Traducción de Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero y León García-Comendador Alonso. Ed. Marcial Pons 2015, pág. 186.

⁴¹ Asencio Mellado, J. M^a., con Calaza López, S., Cuadrado Salinas, M., Doig Díaz, Y., C., Fernández López, M., Fuentes Soriano, O., López Yagües, V., Ochoa Monzó, V., Rizo Gómez, B., y Ruiz de la Cuesta Fernández, S., *Derecho procesal civil. Parte general*. Tirant Lo Blanch. Manuales. Valencia 2019, pág. 112.

⁴² Código civil alemán.

⁴³ Código procesal civil alemán.

⁴⁴ Leible, S., *Proceso civil alemán*, Konrad Adenauer Stiftung y Biblioteca Jurídica Diké. 1999, pág. 90, 93, 173, 178.

derecho constitucional/funcional a un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. y 117.3. de la Constitución) con independencia de que sea o no titular de ese derecho subjetivo

En definitiva, la pretensión procesal ni se identifica con el derecho constitucional de accionar o acción ya lo sea en su versión concreta o en su versión abstracta (artículo 24.1. de la Constitución) que a diferencia de este último es revocable o se puede disponer de su ejercicio. Pero tampoco se identifica con el derecho de sujeto o derecho subjetivo cuyo reconocimiento sólo tendrá lugar en su caso en la sentencia que ponga término al proceso pero que precisará del ejercicio de la correspondiente pretensión procesal abstracta que regula el artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil con la que “pretender de los tribunales” (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) y adentrarse en un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución).

7 La pretensión procesal cláusula general que habilita a la parte procesal

La ley de enjuiciamiento civil acepta y asume el carácter abstracto de la pretensión procesal estableciendo una cláusula general de habilitación con la que, la persona procesal civil, obtiene de un tribunal la garantía de la tutela judicial efectiva con todas las garantías procesales ya que “la función jurisdiccional no puede ser más ni menos que una función de satisfacción de pretensiones” (GUASP⁴⁵). Con la pretensión procesal “se podrá pretender de los tribunales” (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

Esa cláusula general de habilitación, que es posible hallar en el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil y que hace posible que la persona procesal disponga de la pretensión procesal, se justifica en el principio de legalidad procesal (artículo 1 de la ley de enjuiciamiento civil).

Mediante la pretensión procesal, la persona procesal accede al núcleo irreductible de garantías procesales del proceso al garantizarle, mediante su ejercicio, ese acceso a la efectiva tutela del tribunal a través de un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución). La pretensión procesal le permite el acceder al tribunal abstractamente porque esa pretensión procesal le adentra en el abstracto derecho constitucional/funcional a un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) mediante el ejercicio de

⁴⁵ Guasp, J., *La pretensión procesal*. Cuadernos Civitas. 1981. Esta primera edición reproduce el texto publicado originalmente en el fascículo I del tomo V del Anuario de Derecho Civil, enero-marzo de 1952 pág. 90, 91 y Civitas 1985.

la función jurisdiccional constitucional (artículo 117.3. de la Constitución) sin tener que identificar su pretensión con el derecho constitucional de accionar ya lo sea en su versión concreta o en su versión abstracta (artículo 24.1. de la Constitución).

La pretensión procesal supone la petición abstracta de un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) que permite, a la persona procesal adentrarse funcionalmente o mediante el ejercicio de la función jurisdiccional constitucional (artículo 117.3. de la Constitución) en el proceso como parcial porque parcial es la posición que adopta en el proceso a consecuencia de la pretensión ejercitada. Una de esas personas procesales civiles/partes en el proceso civil es la que plantea la pretensión que dará origen al proceso civil denominada actor/demandante frente a la otra persona procesal civil/parte a la que irá destinada su ejercicio, denominada demandado. No en vano, el artículo 5.2. de la ley de enjuiciamiento civil indica que la pretensión se formula por el actor/demandante “frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida”.

En el ejercicio de la pretensión procesal no se discrimina a la persona procesal civil/parte como, tampoco, es discriminada por el tribunal ya que, en el acceso al núcleo irreductible de garantías procesales del proceso, ni se le discrimina ni es discriminada por el ejercicio que realice de la pretensión procesal porque la norma constitucional no puede -ni debe prever-, de modo singular, su ejercicio -*uti singuli* o, mejor aún, en versión concreta- aun cuando, ese derecho de pretender un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución), aún posee limitaciones concretas -o, en versión concreta- según sea la persona contra la que se pretende justificadas en el reconocimiento de aforamientos civiles.

Por tanto, y al tiempo que la pretensión procesal civil ha accedido al ámbito del garantismo constitucional que proclama, sin ambigüedades, que “todas las personas” tienen derecho a un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución), ha supuesto, de igual modo, la existencia de una cláusula general de habilitación de la igualdad entre las personas procesales partes en el proceso -es la garantía procesal de la igualdad de todos ante la ley procesal- desde la perspectiva de la tutela efectiva que se pretende.

Esa igualdad de todos ante la ley procesal, supone que la pretensión procesal que se ejercita, exige el igual reconocimiento de quien, como persona procesal, hace uso de ella entendida esa igualdad como un imperativo de orden público procesal que obliga a los poderes públicos a amparar a todas las personas en el ejercicio de sus derechos ante un tribunal. Pero, que posee especial significado cuando, ese ejercicio de la pretensión procesal, se atribuye, en igual medida, a las personas con algún tipo de discapacidad de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (Instrumento de Ratificación en el Boletín Oficial del Estado de

21 de abril de 2008) según el cual el Reino de España reafirma que, las personas con discapacidad, tienen derecho a ser reconocidas personas procesales civiles en igualdad de garantías procesales con todas las demás partes personadas en el proceso civil y que ha tenido pleno acogimiento normativo a través de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En definitiva, la pretensión procesal se va a justificar en la disposición que se haga de ella por quien es persona procesal civil/parte en el proceso en la medida en que “se podrá -disposición de la parte- pretender de los tribunales”, entendida esa disposición como cláusula general que le habilita para ser persona procesal civil, diversas “clases de tutela jurisdiccional” (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) que, no obstante, y todas ellas, van a encontrar el amparo constitucional de la igualdad sustentada en que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de un tribunal a través de un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución).

La ley de enjuiciamiento civil, al establecer la pretensión procesal como cláusula general que habilita a la persona procesal civil/parte en el proceso para obtener la garantía procesal de pretender un proceso “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución), establece las clases de tutela que oferta que, por ser una habilitación de carácter general, no cierra el paso a que existan otras clases de tutela no expresamente prevista por ella, pero siempre que, esa otra clase de tutela, “esté expresamente prevista por la ley” sin que el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil indique cuál pueda ser esa ley que autorice esa “otra clase de tutela”.

Según el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil, la garantía procesal de pretender un proceso civil “con todas las garantías” procesales (artículo 24.2. de la Constitución) que es posible obtener de un tribunal en un proceso civil, únicamente podría ser posible mediante el ejercicio de una pretensión procesal declarativa, ejecutiva y cautelar siendo la pretensión procesal declarativa la que se presta a ser inventariada como declarativa de condena, declarativa constitutiva y meramente declarativa desde su proyectada versión abstracta que acoge, expresamente, la ley de enjuiciamiento civil

Con la pretensión declarativa se insta al tribunal a que declare o explique, de una manera perceptible y patente, la existencia de “derechos y de situaciones jurídicas” (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil). En la ley de enjuiciamiento civil se reconocen a la parte/persona procesal civil, tres tipos de pretensiones declarativas abstractas y que no son otras que las de condena, meramente declarativa y constitutiva (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

La pretensión declarativa de condena persigue no sólo una declaración jurisdiccional de “derechos y de situaciones jurídicas” (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento

civil) sino y, además, que se condene -o, en su caso, se absuelva- por el tribunal con todas las garantías procesales, otorgando, a la sentencia de condena que se pronuncia, fuerza ejecutiva. Es la denominada “condena a una determinada prestación” a que alude el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil.

Esa pretensión declarativa de condena permite distinguir dos momentos: la declaración de condena en la sentencia y su ejecución cuando el condenado no cumple. Son pretensiones declarativas de condena las que permiten la constitución de títulos ejecutivos (ZANZUCCHI⁴⁶) y, con ellas, se accede a la fase ejecutiva de lo declarado en la sentencia (ZANZUCCHI⁴⁷) aunque, la pretensión declarativa de condena, puede contener la condena de futuro cuando, respecto del *factum*, que sirve de sustento al derecho del sujeto, no procede aún la declaración jurisdiccional del derecho.

A su vez, la pretensión declarativa de condena se distingue de la pretensión meramente declarativa en que, la primera, una vez producida la declaración jurisdiccional, origina su ejecución jurisdiccional sin necesidad de una nueva declaración del tribunal a diferencia de la segunda que nunca puede, por sí sola, justificar la ejecución procesal al justificarse en la necesidad de que, la declaración jurisdiccional, origine una situación de certeza ante una posición jurídica controvertida quedando satisfecho el *factum*, que sirve de sustento al derecho del sujeto -derecho subjetivo-, con esa declaración. La pretensión meramente declarativa tiende a crear certeza (ZANZUCCHI⁴⁸) por lo que “se limita a la constatación de una situación jurídica preexistente dotándola de firmeza jurídica” (CINTO LAPUENTE⁴⁹).

La pretensión meramente declarativa se construyó, en un primer momento por el Tribunal Supremo mediante la llamada acción de jactancia, para terminar por admitirla en sentencias de 25 de junio de 1943⁵⁰ y de 22 de septiembre de 1944,⁵¹ entre otras. En concreto, la sentencia de 22 de septiembre de 1944 señalaba que «la acción “puramente” declarativa fue vislumbrada, con independencia del principio de provocación -jactancia-, por los juristas patrios del siglo XVI, terminando por

⁴⁶ *quelle, che, previo accertamento dell'esistenza di un diritto ad una prestazione (dare, fare, non fare, ecc.), tendono ad ottenere dal giudice l'emanazione di un comando rivolto alla parte soccombente di eseguire codesta prestazione dovuta all'attore.* Léase a Zanzucchi, M. T., *Diritto processuale civile I. Introduzione e parte generale.* Milano Dott. Giuffrè Editore 1964, pág. 76, 77, 134, 139, 140, 145, 321, 322.

⁴⁷ *aprono adito allo stadio di esecuzione forzata; cosichè la sentenza di condanna è titolo esecutivo.* Léase a Zanzucchi, M. T., *Diritto processuale civile I. Introduzione e parte generale.* Milano Dott. Giuffrè Editore 1964, pág. 76, 77, 134, 139, 140, 145, 321, 322.

⁴⁸ *tendono ad ottenere l'accertamento dell'esistenza (...) o inesistenza (...) di un rapporto giuridico incerto e controverso, o, in caso di espresca norma di legge, di un fatto giuridicamente rilevante.* Léase a Zanzucchi, M. T., *Diritto processuale civile I. Introduzione e parte generale.* Milano Dott. Giuffrè Editore 1964, pág. 76, 77, 134, 139, 140, 145, 321, 322.

⁴⁹ Cinto Lapuente, M^a. V., en Lorca Navarrete, A. M^a., *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000.* Año 2004. Volumen IV. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2014, pág. 162.

⁵⁰ Repertorio de Aranzadi 839.

⁵¹ Repertorio de Aranzadi 1004.

reconocerla el Tribunal Supremo y aun cuando en la actualidad no se ha llegado a una adecuada construcción sistemática, tiene interesantes aplicaciones y un amplio apoyo doctrinal, siempre que, en los particulares casos, esté su utilización justificada por una necesidad de protección jurídica».

En consecuencia, el Tribunal Supremo comenzó, en la década de los cuarenta del siglo XX, a perfilar la figura de la pretensión meramente declarativa, desechando la forma arcaica e innecesaria de la provocación, que tenía lugar mediante el ejercicio de la llamada acción de jactancia. Jurídicamente la jactancia consistía en el alabarse una persona de tener un derecho contra otro, en cuyo caso el perjudicado por la jactancia podía obligar al jactancioso a que presentase demanda de su pretendido derecho, obligando al tribunal a su declaración -mera declaración-. Era el perjudicado el que tenía a su favor la denominada acción de la jactancia, en virtud de la cual el tribunal ordenaba, al que se jactó, a que interpusiera una demanda y así poder llevar a cabo la declaración de la pertenencia del derecho. La llamada acción de jactancia tiene su precedente en el Derecho romano, e inspirada en él, fue recogida en nuestro Derecho por la Partida 3ª Tít. II Ley 46. Por tanto, la provocación mediante la acción de jactancia se hace coincidir con la pretensión meramente declarativa. No obstante, resulta muy discutible admitir que, con el ejercicio de este tipo de pretensiones meramente declarativas, se pueda obligar al condenado por ellas a demandar.

Y, por lo que se refiere a la pretensión constitutiva puede existir como prejudicial a la condena o estar dirigida a una nueva constitución jurídica, a diferencia de las pretensiones meramente declarativas que persiguen la certidumbre jurídica del derecho controvertido (ZANZUCCHI⁵²). Esa nueva constitución jurídica se encuentra alojada en la ley de enjuiciamiento civil cuando alude a la “declaración de la existencia de derecho y de situaciones jurídicas” (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) permitiendo la declaración jurisdiccional al cambio jurídico que comprende la creación, modificación o extinción de una relación jurídica. Es, por tanto, la denominada “constitución, modificación o extinción” a que alude el artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil (ZANZUCCHI)⁵³ por lo que, “las demandas constitutivas (*Gestaltungsklagen*), se diferencian de las demandas de condena y declarativas porque están dirigidas a la inmediata creación de una modificación jurídica” (LEIBLE⁵⁴).

⁵² *l' accertamento esiste come pregiudiziale alla condanna e alla modificazione giuridica. Nelle (...) di mero accertamento, però, l' accertamento, anziché avere un valore pregiudiziale, esaurisce lo scopo (...) del processo, ed ha questa sola funzione: quella di far certo il diritto.* Léase a Zanzucchi, M. T., *Diritto processuale civile I. Introduzione e parte generale.* Milano Dott. Giuffrè Editore 1964, pág. 76, 77, 134, 139, 140, 145, 321, 322.

⁵³ *tendono a porre in essere sentenze, aventi per effetto di "costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici (con effetto fra le parti, i loro eredi o aventi causa)".* Léase a Zanzucchi, M. T., *Diritto processuale civile I. Introduzione e parte generale.* Milano Dott. Giuffrè Editore 1964, pág. 76, 77, 134, 139, 140, 145, 321, 322.

⁵⁴ Leible, S., *Proceso civil alemán*, Konrad Adenauer Stiftung y Biblioteca Jurídica Diké. 1999, pág. 90, 93, 173, 178.

La finalidad de la pretensión declarativa constitutiva consiste en que, la declaración jurisdiccional, produzca una realidad constitutiva que antes no existía por lo que, los efectos del cambio jurídico, comienzan en el momento en que la sentencia es cosa juzgada (CHIOVENDA⁵⁵) por lo que, por propia naturaleza, se origina *ex nunc* (CHIOVENDA⁵⁶).

From the action to the procedural claim in the Spanish Civil Procedural Code

Abstract: In the Spanish civil procedure code, the action no longer has a procedural meaning. Just constitutional. The action no longer exists for the Spanish civil procedure code as it has been replaced by the procedural claim of abstract content.

Keywords: Action, procedural claim, process, declarative procedural claim, declarative procedural claim of conviction, merely declarative procedural claim and constitutive, precautionary and executive declarative procedural claim as well as those determined by law.

Recebido em: 19.07.2023

Aprovado em: 05.08.2023

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LORCA NAVARRETE, Antonio María. De la acción a la pretensión procesal en la ley de enjuiciamiento civil española. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 31, n. 122, p. 35-56, abr./jun. 2023. DOI: 10.52028/RBDPRO.V31i122.230701ESP.

⁵⁵ *passa in giudicato*. Léase a CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processuale Civile*. Jovene Editore. 1965. Reproducción inalterada con prefacio del Prof. Virgilio Andrioli, pág. 185; 186, 579.

⁵⁶ *Normalmente agisce ex nunc*. Léase a CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processuale Civile*. Jovene Editore. 1965. Reproducción inalterada con prefacio del Prof. Virgilio Andrioli, pág. 185; 186, 579.