

Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje

Dirección

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Antonio María Lorca Navarrete

Contenido / Contents

Sección doctrinal / Doctoral work on litigation

Dr. Antonio María Lorca Navarrete. *De la demanda con la que se ejerce el derecho de acción a la demanda con la que se podrá pretender tutela jurisdiccional. La justificación abstracta de la demanda* 247

Derecho de arbitraje / Arbitration law

Dr. Carlos Alberto Matheus López. *Reflexiones sobre el empleo de la inteligencia artificial en el campo del arbitraje internacional* 261

Dr. Alfonso Ortega Giménez. *El arbitraje como forma de resolución de controversias en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales en España* 269

Derecho procesal americano / American procedural law

Juan Ernesto Gutiérrez Otiniano, Luis Ángel Espinoza Pajuelo, José Mario Ochoa Pachas y Jazmín Espinoza Chu. *Justicia juvenil restaurativa para la reinserción del adolescente en conflicto con la ley penal en Lima Sur* 285

Dr. Allen Peña Rangel. *El infierno de las prisiones en Venezuela: ¿un monumento a la injusticia?* 317

Jorge Isaac Torres Manrique. *Hacia un nuevo proceso judicial orientado al justiciable* 329

3
2024



Universidad
del País Vasco Euskal Herriko
Unibertsitatea



INSTITUTO VASCO DE
DERECHO PROCESAL

TOMO XXXVI

CONTENIDO / CONTENTS

**DE LA DEMANDA CON LA QUE SE EJERCE EL DERECHO DE ACCIÓN A LA
DEMANDA CON LA QUE SE PODRÁ PRETENDER TUTELA JURISDICCIONAL.
LA JUSTIFICACIÓN ABSTRACTA DE LA DEMANDA***

*Dr. Antonio M^a. Lorca Navarrete***
San Sebastián

RESUMEN: Diversa de la demanda con la que se pretende ejercer el derecho de acción o de accionar tutela judicial efectiva o de la demanda que tiene por objeto la acción como derecho subjetivo, es la demanda con la que se podrá pretender tutela jurisdiccional abstracta.

Palabras claves: Acción, tutela jurisdiccional, juicio, proceso, tutela judicial efectiva.

Epígrafes: 1. El imperativo de orden público procesal de la demanda. 2. Con la demanda principia el juicio. 3. La demanda con la que pretender el ejercicio de la acción como derecho constitucional. 4. La demanda con la que pretender el ejercicio de la acción como derecho subjetivo. 5. La demanda con la que pretender tutela jurisdiccional abstracta. La justificación abstracta de la demanda.

* * *

1. El imperativo de orden público procesal de la demanda

Una de las claves de bóveda sobre la que se sustenta la ley de enjuiciamiento civil es la demanda al constituir el más importante contrafuerte con el que se refuerza la estabilidad del proceso.

Su importancia se justifica en que la demanda `se inspira y se dirige en su totalidad al interés de los justiciables, lo que es tanto como decir al interés de todos los sujetos jurídicos y, por consiguiente, de la sociedad entera´ porque `sin ignorar la experiencia, los puntos de vista y las propuestas de todos los profesionales protagonistas de la Justicia civil´ la ley de enjuiciamiento civil `mira, sin embargo, ante todo y sobre todo, a quienes demandan o pueden demandar tutela jurisdiccional, en verdad efectiva, para sus derechos e intereses legítimos´ (apartado I de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil).

* El trabajo ha obtenido la conformidad para su publicación del respectivo par académico. El proceso de evaluación que se ha seguido es ciego en ambos sentidos. El evaluador no conoce la identidad del autor del trabajo objeto de evaluación ni el autor del trabajo evaluado, la del evaluador.

** Antonio María Lorca Navarrete es Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Scientific CV: <https://orcid.org/0000-0003-3595-3007>. Catedrático de Derecho Procesal/Professor of Procedural of law. E mail: institutovascoderechoprocesal@leyprocesal.com.

Esa aspiración de 'quienes demandan o pueden demandar tutela jurisdiccional' constituye un imperativo de orden público procesal necesario para poder obtener una pronta tutela judicial en verdad efectiva 'sin merma de las garantías' procesales y sin prescindir 'de cuanto es razonable prever como lógica y justificada manifestación de la contienda entre las partes y para que, a la vez, el momento procesal de dictar sentencia esté debidamente preparado' (apartado II de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil).

La demanda, como imperativo de orden público procesal, se integra en el compendio de derechos y deberes constitucionales de la persona que son expresión de su libertad para disponer ante un tribunal del ejercicio de sus derechos al constituir su libertad para demandar tutela judicial en verdad efectiva, conjuntamente con la justicia y la igualdad, 'valores superiores' de nuestro ordenamiento jurídico constitucional que permiten que España se constituya 'en un Estado social y democrático de derecho' (artículo 1.1. de la Constitución) en el que se respeta la ley y los derechos de los demás permitiendo el mantenimiento del orden constitucional y de la paz social (artículos 1.1. y 10.1. de la Constitución española).

Como imperativo de orden público procesal, la demanda es consustancial con la existencia de un Estado de Derecho por constituir el inexorable inicio del proceso en los supuestos en que existe la 'contienda judicial entre partes' a que alude el artículo 248.1. de la ley de enjuiciamiento civil. Su preterición supone la contienda ilegal entre partes por no regirse por principio de legalidad alguno (argumento *ex* artículo 1 de la ley de enjuiciamiento civil) originando, al interior del proceso, un desorden público procesal y, al exterior del proceso, un desorden público constitucional.

Es, en fin, la demanda que, como imperativo de orden público procesal, es una garantía con la que se podrá obtener tutela jurisdiccional abstracta con la que 'se podrá pretender de los tribunales' (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) la declaración jurisdiccional de tutela de condena, meramente declarativa y constitutiva, ejecutiva, cautelar 'y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley' (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) aun cuando no se sea titular de derechos e intereses legítimos (argumento *ex* artículo 10 de la ley de enjuiciamiento civil) lo que explica y justifica su indudable proyección y justificación abstracta.

2. Con la demanda principia el juicio

El mantenimiento del orden público procesal y, en su caso, del constitucional surge de reconocer que cuando existe 'contienda judicial entre partes' (artículo 248.1. de la ley de enjuiciamiento civil), un Estado de Derecho responde con la existencia de un 'juicio' que 'principiará por demanda' (artículo 399.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

Sin 'juicio', con el que principiar la demanda, no es posible el orden constitucional ni la paz social. Al margen de la demanda y del 'juicio' que se inicia con la demanda, no es posible que España se constituya 'en un Estado social y democrático de derecho' (artículo 1.1. de la Constitución).

No es de extrañar, por tanto, que la ley de enjuiciamiento civil aluda expresamente al denominado 'interés de los justiciables' con el que 'demandan o pueden demandar tutela jurisdiccional, en verdad efectiva' (apartado I de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil) porque ese 'interés de los justiciables' supone demandar tutela judicial efectiva de un tribunal en evitación de la contienda ilegal entre partes por no regirse por principio de legalidad alguno (argumento *ex* artículo 1 de la ley de enjuiciamiento civil). Por tanto, para obtener tutela judicial efectiva de un tribunal en un Estado de Derecho es preciso plantear una demanda para que el tribunal la otorgue y con la que 'el juicio principiará' (artículo 399.1. de

la ley de enjuiciamiento civil) haciendo posible -y es conveniente reiterarlo- el mantenimiento del orden público procesal al interior del proceso y del orden público constitucional al exterior del proceso.

Pero, en ese empeño de encumbrar la demanda como el elemento estructural del orden público procesal, se tropieza con un legislador, como el de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil, que obstinado en hacer sinónimos los términos 'juicio' y 'proceso'¹, proyecta dudas más que justificadas acerca de sí, en efecto, 'el juicio principiará por demanda' (artículo 399.1. de la ley de enjuiciamiento civil).

Ese legislador justifica, de modo similar a cómo se legisló con la ley de enjuiciamiento civil de 1881, la sinonimia entre 'juicio' y 'proceso' por lo que, ahora también, el 'proceso' es conocido, por la jurisprudencia y la doctrina, como el 'juicio' a pesar de que cuando "se siguen utilizando los términos 'juicio' y 'proceso' como sinónimos" (apartado IV de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil), ese uso terminológico no posee justificación desde el momento en que, con la publicación de la ley de enjuiciamiento civil, el 'juicio' no es sinónimo de 'proceso' al convertirse, por el contrario el 'juicio' en una de las fases más importante y sobresalientes del que se sigue denominando, por el actual legislador, como 'juicio ordinario'.

Por tanto, y pese a lo que diga el artículo 399 de la ley de enjuiciamiento civil, el 'juicio' no 'principiará por demanda' y, en consecuencia, la nota más distintiva del nuevo diseño 'ordinario' del 'juicio' consiste en que, tal y como lo diseña la ley de enjuiciamiento civil, no es un 'juicio'.

Además, la demanda con la que se inicia ese 'juicio' que 'principiará por demanda' (artículo 399 de la ley de enjuiciamiento civil) puede ser tanto el 'juicio ordinario' como el 'juicio verbal' aun cuando lo que se demanda como 'ordinario' en el 'juicio ordinario' no es lo que se demanda como usual o habitual. O sea, como lo 'ordinario'.

La demanda con la que 'el juicio principiará' (artículo 399 de la ley de enjuiciamiento civil) no es la que permite que principie el 'juicio ordinario' lo que ciertamente no es una novedad ya que históricamente el diseño 'ordinario' del 'juicio ordinario' ha mostrado su incapacidad para hacer desaparecer tramites procesales que no eran considerados 'ordinarios' y que respondían a una omnipresente floresta procedimental presente en la ley de enjuiciamiento civil de 1881 en la que el procedimentalismo se hacía visible como el trámite realmente 'ordinario'.

Con la vigente ley de enjuiciamiento civil, esa incapacidad de la demanda para hacer desaparecer trámites procesales que no sean los 'ordinarios', obliga a concretar y especificar su cualidad de 'ordinario' mediante un derroche de normativa procesal que, a su vez, obliga a transitar no solo a través de la 'materia o naturaleza jurídica de la pretensión' con la que se ha de tramitar ese mal llamado 'juicio' conceptuado como 'ordinario' (artículo 249 de la ley de enjuiciamiento civil) como también a concretar y especificar su cualidad de 'ordinario' mediante la fijación de 'reglas de determinación de la cuantía' con las que 'se fijará (...) el in-

¹ Dice la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil que "se elude (...) hasta la apariencia de doctrinarismo y, por ello, 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 siguen utilizando los términos 'juicio' y 'proceso' como sinónimos y (...) 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).

terés económico de la demanda' que lo inicie (artículo 251.1. de la ley de enjuiciamiento civil), exigencias ambas exentas de lógica correspondencia con la naturaleza 'ordinaria' de la que debería hacer gala el diseño 'ordinario' de la demanda con la que se inicia o principia el 'juicio ordinario'.

Ante tales antecedentes, la demanda con la que principia el 'juicio ordinario' (artículo 399 de la ley de enjuiciamiento civil) ha terminado claudicando ante la realidad de un 'juicio verbal' que sería para la vigente ley de enjuiciamiento civil el realmente prototípico ('ordinario') justificado en una técnica legislativa anclada en los esquemas del procedimentalismo que surgió de la ley de enjuiciamiento civil de 1881 en los que la foresta variopinta de los procesos 'especiales' o 'juicios verbales' no dejaba de producir continuos y nuevos retoños.

Conclusión que se reafirma con la publicación del Real Decreto-ley 6/2023² con el que consolida la claudicación histórica de la demanda del diseño 'ordinario' del 'juicio ordinario' en favor de la demanda del diseño del 'juicio verbal' al procederse a 'la ampliación de materias que con independencia de su cuantía se tramitarán por las normas del 'juicio verbal' (apartado VI del Real Decreto-ley 6/2023).

No obstante, la demanda del 'juicio ordinario' ha visto acrecentada su conceptualización 'ordinaria' aunque no su práctica procesal como 'ordinario' a raíz de la regulación que del juicio verbal se realizó por la ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la ley de enjuiciamiento civil al igualar, en cuanto a trámites procesales, 'juicio ordinario' y 'juicio verbal' por lo que sería posible -aunque no ha ocurrido así- la consolidación de una demanda mediante un único 'juicio ordinario' que como 'ordinario' lo sea tal para la resolución de todas las 'contendias judiciales' a que alude el artículo 248.1. de la ley de enjuiciamiento civil.

3. La demanda con la que pretender el ejercicio de la acción como derecho constitucional

El denominado 'interés de los justiciables' con el que 'demandan o pueden demandar tutela jurisdiccional, en verdad efectiva' (apartado I de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil) permite el ejercicio de la acción como derecho constitucional porque supone demandar tutela judicial efectiva de un tribunal en los términos con los que se expresa el artículo 24 de la Constitución garantizándose a 'todas las personas' (artículo 24 de la Constitución) 'tutela jurisdiccional, en verdad efectiva' de un Tribunal (apartado I de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil).

Pero, esa demanda que permite el ejercicio de la acción como derecho constitucional por 'todas las personas' (artículo 24 de la Constitución), ha sucumbido ante la demanda con la que 'se podrá pretender de un tribunal' (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) el ejercicio de la pretensión procesal³. Pretensión procesal que se constituye en la clave de

² Es el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia del servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

³ Recuerde que el artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil rubricado 'Clases de tutela jurisdiccional' establece:

'1. Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley.