

EFFECTOS DE LA SUCESIÓN TEMPORAL  
DE LEYES INICIADO EL PROCESO.  
(IRRETROACTIVIDAD Y RETROACTIVIDAD)  
SEGUNDA PARTE. ASPECTOS ESPECIALES

EFFECTS OF THE TEMPORARY SUCCESSION OF LAWS  
INITIATED THE PROCESS. (NON-RETROACTIVITY AND  
RETROACTIVITY).

PART. II. SPECIAL ASPECTS

JUAN MANUEL ALONSO FURELOS

(T. U. Derecho Procesal)

(Continuación del número anterior de esta revista)

**Sumario. Segunda parte. Aspectos especiales:** II. El principio general de legalidad, certeza y seguridad jurídica fundamento del principio Constitucional de la irretroactividad de las normas. Admisión Constitucional de la retroactividad y sus límites. Retroactividad de la Constitución sobre normas anteriores incompatibles con sus principios. III. El principio de la aplicación inmediata de las normas vigentes es una consecuencia del principio de irretroactividad y no supone retroactividad. IV. La retroactividad de normas materiales y procesales. Momento decisivo. Intensidad y grados: máximo, medio y mínimo. V. Ultractividad. Supuestos: al pasado o retroactividad y ultractividad de futuro. Ficción jurídica. VI. El derecho transitorio: tránsito de las relaciones jurídicas reguladas por la ley derogada a la vigente. VII. Sucesión de una norma material tras la cosa juzgada producida en el proceso al amparo de una norma derogada. Límites temporales a la cosa juzgada. VIII. La prueba del «derecho histórico» en el proceso cuando es aplicable al caso concreto una norma «derogada» productora de efectos con base en el principio de irretroactivi-

dad. Medios de prueba. Ámbito en el derecho de la contratación privada. Derecho Internacional Privado. Costumbre y usos jurídicos. Jurisprudencia. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

Recepción original: 07/07/2014

Aceptación original: 31/07/2014

## **SEGUNDA PARTE. ASPECTOS ESPECIALES.**

### **II. EL PRINCIPIO GENERAL DE LEGALIDAD, CERTEZA Y SEGURIDAD JURÍDICA FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS. ADMISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RETROACTIVIDAD Y SUS LÍMITES. RETROACTIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE NORMAS ANTERIORES INCOMPATIBLES CON SUS PRINCIPIOS.**

La Constitución española de forma expresa, por todo lo apuntado, proclama que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (manifestación política del modelo a seguir por el mismo), que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y... Art. 1-1 CE.

«Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». «La Constitución garantiza (son principios generales de nuestro ordenamiento jurídico) el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Art. 9-1 y 3 CE.

Principio de legalidad (Art. 1-1 y 9-1 y 3 CE) en su máxima dimensión lo que lleva al Constituyente Español a decantarse por el principio general de irretroactividad de las normas, que expresamente consagra. Irretroactividad como principio, que más se adecúa con el principio de certeza y seguridad jurídica (su consecuencia).

La consecuencia de esta declaración y de que prevalezca el principio de irretroactividad es importante y supone que se presume constitucionalmente la irretroactividad de las normas; este principio pasa a ser una directriz futura para el legislador y las sucesivas normas materiales o procesales que vean la luz; y que las normas en caso de silencio u oscuridad deben interpretarse conforme a este principio. (Idem. Art. 2 CC y LEC).

Pero la Constitución no prohíbe la retroactividad (salvo supuestos tasados) aunque es la excepción y no el principio. Ello conlleva consecuencias de suma importancia como son la admisión de la retroactividad con carácter general, salvo las excepciones tasadas del art. 9-3 y 25 CE. No debería presumirse al no ser un principio constitucional –en ningún caso– la retroactividad, aunque puede ser expresa e incluso tácita si se induce del texto. Tampoco es –ni puede ser– una directriz futura del Constituyente al legislador para las futuras normas; debe ser objeto de una interpretación restrictiva en su extensión en caso de silencio u oscuridad de la norma. Por tanto exclusión de la analogía retroactiva.

Finalmente la retroactividad es un límite– nos guste o no y aunque se permita– del principio de legalidad, en tanto en cuanto afecta a la certeza y seguridad jurídica. Es obvio que si la nueva norma afecta a situaciones y efectos creados y producidos mientras estaba vigente la norma antigua ya derogada, es decir a aquéllos en que la nueva norma no estaba todavía vigente ni existía expectativa alguna de que pudiera llegar a tener ese contenido la inseguridad jurídica es enorme aunque variará su intensidad según su graduación sea máxima, media o mínima.

Además se consagra como garantía constitucional la prohibición de la retroactividad en los supuestos tasados del art. 9-3 y 25 CE. Así si se trata de normas sancionadoras (cualquiera que sea su clase en especial administrativas o de derecho público, las penales aunque se refiere expresamente a éstas el Art. 25) no favorables (desfavorables). O restrictivas de derechos individuales (entiéndase de los derechos fundamentales y garantías públicas, ya que si se refiriera el Constituyente a simples derechos individuales constitucionalmente quedaría proscrita en «todo caso» la retroactividad, (pensemos en las normas fiscales o tributarias excluidas en nuestro modelo de tal prohibición a diferencia de Italia). O de normas penales desfavorables (Art. 25 CE y 1 y ss CP).

También la CE y el CP vinculan irretroactividad con el principio de legalidad penal, procesal penal y penitenciaria (no existe delito ni pena sin ley penal anterior que lo establezca; no existe delito ni pena si no es declarado previamente en la sentencia del proceso penal sometido a la garantía de reserva legal; y el cumplimiento de la pena privativa de libertad en establecimiento penitenciario está sometida al principio de legalidad) salvo si es la retroactividad más favorable al reo.

Lo que supone la permisión de la retroactividad de estas excepciones del art. 9 y 25 CE si se trata de normas de derecho público sobre todo administrativas sancionadoras más favorables o normas que restringiendo el ámbito de los derechos individuales lo amplían respecto a la precedente (dígase derechos fundamentales o garantías públicas de éstos) o normas penales más favorables al reo. Me remito en el proceso penal a lo dicho para las medidas cautelares personales restrictivas de la libertad individual y en especial si sus presupuestos van ligados al hecho delictivo.

El principio de irretroactividad de las normas supone que las nuevas normas vigentes respetan las situaciones creadas bajo el amparo de la anterior norma derogada así como los efectos producidos mientras estaba ésta vigente. El principio de irretroactividad exige la determinación de un momento decisivo a partir del cual se aplicará la nueva norma vigente y a partir del cual ésta respetará los efectos producidos mientras regía la anterior y éste debe ser el de la derogación de la antigua y el de la vigencia de la nueva que siempre están llamados a coincidir como vimos en la primera parte del trabajo.

Ese momento decisivo justifica el principio de aplicación inmediata de las normas desde su vigencia, por tanto es plenamente respetuoso con el principio de irretroactividad de las normas o leyes siempre refiriéndonos a los efectos ya producidos.

No así respecto a los efectos futuros tras su vigencia pues si no fuera así las nuevas leyes carecerían de eficacia y se impediría todo cambio social y jurídico de seguirse regulando los efectos producidos con posterioridad a su vigencia por la antigua. (La ultractividad lleva por tanto a un mayor conservadurismo legal). La aplicación inmediata se adecua más en la aplicación de las normas de derecho público cualesquiera que sean. Justifica a la doctrina que fundamenta la irretroactividad de las normas en la teoría formal sobre la base del aforismo «tempus regit actum».

Tiene su apoyo implícito en el Art. 1 y 9-2 CE y es el que más se adecua a los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, a una justicia e igualdad más real y efectiva que formal. Permite el cambio social de forma moderada y progresiva.

La CE no se decanta por un Estado Liberal de Derecho pese a que en el Art. 1 se inserta la palabra libertad, que debe entenderse como libertad pública y por ello la doctrina material *ius privatista* que justifica la irretroactividad en el derecho adquirido no es aceptada –hasta sus últimas consecuencias– por el Constituyente en ese precepto.

Esto supone que dicha doctrina en que se sustenta no ha sido el modelo elegido por el Constituyente para la defensa de los derechos privados y que la distinción entre derechos adquiridos, en formación o en curso y expectativas jurídicas no tiene una protección privilegiada constitucionalmente.

Supone además que los efectos jurídicos derivados de situaciones creadas bajo el amparo de la norma antigua ya derogada, pero surgidos tras la vigencia de la nueva se rigen por ésta y ello no supone bajo el prisma de la aplicación inmediata (sí bajo el prisma de los derechos adquiridos) que la nueva norma sea retroactiva, ni que estemos ante una retroactividad en grado mínimo (así lo entiende la teoría de los derechos adquiridos) sino que estamos ante una manifestación de la irretroactividad. Línea que además ha seguido la doctrina de nuestro TC al interpretar la CE cuando se pronunció sobre múltiples recursos de amparo a diferencia con el modelo alemán que se admite con mayor amplitud esta doctrina iusprivatista.

Entiendo que la aplicación inmediata de una norma desde su vigencia es la manifestación propia y genuina de la irretroactividad si respeta todos los efectos producidos por la ley derogada hasta el momento de su derogación, aunque modifique desde su vigencia los efectos jurídicos tal y como se regulaban por la anterior. Derogación de la antigua sería el momento final o hasta qué. Vigencia o entrada en vigor de la nueva sería el momento inicial o desde qué.

El grado «mínimo» en la retroactividad, si la norma vigente respeta todos los efectos producidos durante la antigua hasta su derogación – e incluso respeta los no reclamados durante la vigencia de aquélla que podrán reclamarse conforme a la misma, pero no los futuros es para mí una apariencia de retroactividad; una retroactividad llamada por algunos «impropia», y solo podría considerarse así «partiendo de la realidad vista desde la retrospectiva histórica del pasado» y por esto la encuadro dentro de la irretroactividad y la aplicación inmediata aunque parezca para algunos «retroactividad».

Sin embargo si la norma vigente aún respetando todos los efectos producidos por la antigua hasta su derogación, no respetara los producidos y no reclamados durante aquella vigencia, es decir exigiera para los producidos pero no reclamados durante ésta la aplicación de la nueva sería un supuesto de retroactividad en grado mínimo. Ciertamente deberá ser el interesado con su diligencia quien los reclame por una u otra norma según convenga pues no se olvide que la *vacatio legis* de la nueva le sirve para prever las consecuencias de su conducta sin merma del principio de legalidad.

Debo destacar que lo manifestado en el penúltimo párrafo no es admisible con la teoría material iusprivatista de los derechos adquiridos, en curso o formación y expectativas jurídicas al ser una manifestación de la retroactividad mínima en caso de derechos adquiridos; discutible en el supuesto de un derecho en curso o formación por lo indeterminado del concepto y sí sería admisible para las expectativas jurídicas.

Lo mismo es predicable en derecho procesal para las situaciones procesales producidas, en curso o que en breve se producirán. (Cargas procesales, liberación de cargas, expectativas favorables derivadas de liberación de cargas o expectativas desfavorables por incumplir las cargas...).

Cuando la norma vigente actual entra a regular lo que estaba vigente en la anterior ya derogada (es decir, regula momentos anteriores a su vigencia –desde el momento inicial o vigencia hasta el final o derogación de la norma anterior por la derogada–) estamos ante la retroactividad incluidos los efectos producidos durante la vigencia de aquélla que no fueron reclamados durante la misma si la nueva norma exige que se reclamen conforme a ésta. (Retroactividad mínima o retroacción de mínima intensidad). Desde este momento el principio de legalidad y sus consecuencias de certeza y seguridad jurídicas propias de un Estado de Derecho se ven afectados.

Y esto es de aplicación tanto para las normas materiales como para las procesales, sean éstas de mero trámite (derecho judicial formal) o mixtas (derecho judicial material) y según sea el momento de su incidencia en el proceso ya antes o después de la litispendencia (tras la litispendencia son de derecho judicial material con la salvedad dicha para las medidas cautelares previas acordadas antes de la litispendencia).

La Constitución Española pese a proclamar –como he señalado– el principio general de la irretroactividad de las normas y sentar como excepción la retroactividad que se permite con carácter general (salvo las tres excepciones vistas en que es prohibida y a salvo de las tres permisiones relacionadas con aquéllas si es más favorable, menos sancionadora o menos restrictiva Art. 9-3) puede tener carácter retroactivo respecto a las normas anteriores a su vigencia que sean incompatibles con sus Principios o puede ser objeto respecto a las mismas de una interpretación retroactiva.

Me refiero a la Disposición Derogatoria del párrafo tercero en relación con el art. 161-1 CE que se refiere al recurso de inconstitucionalidad. En especial a la interpretación del Tribunal Constitucional de la inconstitucionalidad sobrevenida de leyes anteriores a la vigente CE no incluidas expresamente en su Disposición Derogatoria para que se

puedan entender derogadas por incompatibilidad con ésta y que de acuerdo con una interpretación o aplicación retroactiva de la CE afectaría a efectos producidos con anterioridad a ésta, durante su vigencia. Los supuestos son varios.

- Con las normas expresamente derogadas por la CE no existe problema, pues desde la vigencia de la CE y según esta disposición derogatoria quedan derogadas expresamente.
- Las leyes que no fueron expresamente derogadas y sean incompatibles con ella (inconstitucionalidad sobrevenida y por ello derogación tácita por incompatibilidad con ella) podrán no ser aplicadas por el órgano jurisdiccional que aplicará la CE si es susceptible de aplicación inmediata y directa u otra ley aplicable si existiera que no la vulnere. Disposición Derogatoria párrafo tres y Art. 5-1 LOPJ.
- O podrá plantearse –si se trata de aplicar una ley anterior o posterior a la Constitución y no es posible la aplicación directa de ésta u otra ley– una cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional que conoce de ese proceso (y es el único legitimado) al TC (lo haga de oficio o a instancia de parte) debiendo suspenderse ese proceso –en el trámite anterior a la sentencia– hasta la decisión del TC que declarará inconstitucional o no ese precepto y la forma en que debe interpretarse el supuesto conforme a la Constitución. Art. 163 CE y 5-2 y 3 LOPJ.
- Si no se plantea dicha cuestión por ese órgano jurisdiccional (si considera constitucional el precepto aplicable) podrá la parte interesada que lo considere inconstitucional denunciar dicha vulneración constitucional en el recurso de apelación por infracción de la norma material aplicable al caso y tras éste denunciarlo en el recurso de casación por infracción de precepto constitucional o de la doctrina del TC establecida para su aplicación que es el supuesto y motivo en que la casación es menos restrictiva. Art. 5-4 LOPJ y 477-1 y 3 LEC.
- También se puede acudir directamente al TC –caso de leyes anteriores no derogadas expresamente o posteriores– planteando el recurso de inconstitucionalidad de esa ley por los legitimados en el art. 161-a y 162 CE.
- Si la norma aplicable material fuera de rango inferior a ley Art. 6 LOPJ se permite al órgano jurisdiccional su inaplicación pero debe fundar su decisión. Queda fuera del supuesto del art. 161-a al faltar ese rango de ley.

Retroactividad de la Constitución con efecto derogatorio por inconstitucionalidad sobrevenida que entendemos –pese a lo que se afirmó por ciertos sectores– que fue aplicada e interpretada de forma moderada por el TC, es decir, en grado mínimo o medio aunque en lo referente a las Leyes Fundamentales sobre las que se asentaba el Régimen anterior llegó en ocasiones a serlo en grado máximo. Lo expuesto es aplicable tanto a normas materiales como a normas procesales sean de derecho judicial material o de derecho judicial formal y siempre partiendo de la nutrida jurisprudencia del TC existente sobre todos estos supuestos.

Entiendo que la CE regula adecuadamente la esencia de la irretroactividad al ponerla en relación con los principios de legalidad, certeza y seguridad jurídica que reclama un Estado de Derecho (Art. 1, 9, 24 y 25) y donde la frontera entre la irretroactividad y la retroactividad debe ser la eficacia de la norma anterior hasta su derogación y la de la nueva desde su vigencia o entrada en vigor es decir el principio de aplicación inmediata de las normas vigentes mientras lo están.

La interpretación sobre si una norma debe ser irretroactiva en caso de silencio debe presumirse siempre y acomodarse a esos principios que son su consecuencia y propios de un país democrático; la interpretación del ámbito de la retroactividad (se consagre de forma expresa o tácita) debe ser siempre restrictivo por afectar a esos principios y sólo en los casos permitidos con las únicas excepciones de los supuestos de retroactividad de normas penales y penitenciarias o medidas cautelares restrictivas de la libertad personal más favorables al reo o sancionadoras favorables al administrado o que sean menos restrictivas de derechos o garantías públicas. (Art.9-3 CE).

Lo dispuesto en el Art. 2 CC «Las leyes (civiles o de otra clase o normas de rango inferior si no exigen reserva legal) no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario», en la actualidad –tras la CE de 1978– no añade nada a ésta.

Ni añade nada el Art. 2 LEC –Aplicación en el tiempo de las normas (leyes) procesales civiles– «Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de derecho transitorio (o en el texto legal) los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas». Y de aplicación subsidiaria a los procesos penales, contencioso administrativos, laborales y militares. Art. 4 LEC.

Con el inconveniente que no establece expresamente el momento decisivo a partir del cual una ley procesal es irretroactiva o retroactiva es decir la línea divisoria que marca la frontera entre irretroactivi-



dad y retroactividad y si es en caso de sucesión de normas tras la litispendencia el del inicio de ese proceso o la aplicación inmediata de la nueva tras la vigencia o un sistema intermedio. Tampoco se distingue entre normas de derecho justicial material y de derecho justicial formal en que el momento decisivo es diferente.

En la aplicación de la norma procesal de mero trámite como acabo de señalar nunca es decisivo el momento de la producción del hecho material (delito, hecho, negocio, relación jurídica, acto administrativo,...) del que derivan las consecuencias que se reclaman en juicio. Pero sí es decisivo tal momento en las materiales aunque se aplican en la sentencia del proceso al caso concreto y en muchas de derecho justicial material.

### III. EL PRINCIPIO DE LA APLICACIÓN INMEDIATA DE LAS NORMAS, DESDE SU VIGENCIA, ES UNA CONSECUENCIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD Y NO SUPONE RETROACTIVIDAD.

Si la nueva norma desde su vigencia –desde que debe aplicarse– respeta íntegramente la situación creada por la derogada mientras estaba vigente y todos sus efectos producidos (cumplidos voluntariamente o satisfechos en juicio) y además permite que los efectos producidos a su amparo que no fueron satisfechos durante ésta se puedan cumplir voluntariamente o reclamar en juicio –vigente la nueva– conforme al régimen jurídico de la norma derogada quiere decir que la nueva norma vigente es irretroactiva.

Cuando la nueva norma establece que los efectos producidos desde su vigencia que traigan causa en situaciones anteriores creadas durante la vigencia de la antigua deben regularse por la nueva, aunque se vean afectados por ésta supone que es irretroactiva también sobre la base de la teoría formal de la aplicación inmediata y que tiene pleno sustento Constitucional en el art. 1 CE.

Por el contrario si se sostiene con una base privatista y patrimonialista que deberían seguirse rigiendo por la antigua al deducirse que era esa la voluntad de los contratantes al constituir la relación jurídica y porque estamos ante derechos ya adquiridos y se sigue la teoría material estaríamos ante una aplicación inmediata de la norma que consagra la retroactividad en grado mínimo. No es sustentada por el TC por ser contraria al Estado Social y Democrático de Derecho. Tampoco la propugno en este trabajo.

Defender que esto es una retroactividad en grado mínimo en cuanto la nueva ley afecta a los efectos producidos desde su vigencia es «una ficción de una retroactividad aparente» pues lo que eran derechos regulados de una forma al amparo de una norma derogada son derechos regulados de otra forma desde la vigencia de la nueva en lo que se refiere a los efectos de esos derechos. Ello es así de seguirse esa concepción formal de la irretroactividad.

Sin embargo, cuando la nueva ley establece que los efectos jurídicos producidos por la antigua durante su vigencia, que no fueron reclamados durante la misma, si se reclaman vigente la nueva lo serán por lo establecido en ésta es una retroactividad en grado mínimo para la concepción formal. Pues se ve afectada la certeza y seguridad jurídica aunque levemente, pues son previsibles sus efectos desde la *vacatio legis* de la nueva norma hasta su vigencia (a diferencia con los otros grados de retroacción que no existe tal previsión salvo que «se adivine» y la afección al principio de legalidad es mayor). Para la teoría material de la retroactividad este caso se consideraría un grado medio.

Esto que es de aplicación para las leyes materiales no lo es para las leyes procesales. Ciertamente que en las normas de derecho judicial material, es decir, que son materiales antes de la litispendencia la respuesta debe ser semejante si la sucesión normativa es anterior a ésta. La litispendencia afectará o no al cumplimiento de esos presupuestos materiales que devienen procesales si durante la misma se produce esa sucesión normativa.

V. gr. Una ley que establezca para contratar sobre inmuebles como capacidad específica la edad de 20 años cuando antes era de 18, supone que la persona que con 18 años –antes de esa ley– contrató sobre ellos lo hizo válidamente y si después se modifica se supone que si reclamó dichos efectos en un proceso cuando todavía se exigían 18 años lo hace correctamente aunque tras la litispendencia se establezcan 20 y si es irretroactiva el presupuesto procesal se considera cumplido. No en otro caso.

Por el contrario si entre el contrato y la litispendencia cambió la norma esa persona para reclamar en juicio sobre ellos deberá integrar su capacidad como presupuesto procesal mediante la representación, asistencia o habilitación legal prevista en la norma posterior. Salvo que se establezca que las personas que contrataron válidamente con 18 podrán reclamar sus efectos en juicio con esa edad sin necesidad de asistencia alguna legal alguna pese a la norma posterior.

Si la sucesión normativa es tras la litispendencia si la nueva norma permite como válida la situación procesal constituida al inicio del

proceso conforme a la antigua es irretroactiva sólo para esa instancia o sucesivas y si exige a posteriori en las sucesivas su cumplimiento conforme a la misma dependerá de la naturaleza con que la nueva norma configura ese presupuesto material con efectos procesales.

La irretroactividad sobre la base de la teoría formal de la aplicación inmediata (o *tempus regit actum*) supone la aplicación de dos regímenes jurídicos diferenciados al amparo de dos normas diferentes uno con limitación temporal y el otro no.

En las normas de mero trámite –si tras la litispendencia hay sucesión– no cabe propugnar una solución homogénea a todo caso por los diversos procesos que existen en los distintos órdenes jurisdiccionales y jurisdicciones (ordinaria y militar) pese a lo dispuesto en los Art. 2 y 4 LEC. Quizá por ello se busque una fórmula intermedia entre el momento decisivo de la litispendencia entendida como inicio del proceso y la aplicación inmediata de la nueva norma vigente.

En ocasiones, sobre todo en el S. XIX, el legislador ha permitido que si tras la presentación de la demanda (que determina el procedimiento aplicable si después se admite ésta) se produce la sucesión normativa el proceso pueda seguirse rigiendo por la ley antigua (ahora derogada pero vigente cuando se produjo la litispendencia) aunque ello conlleve un cierto exceso de ultractividad futura. V.gr. Si se produce en la primera instancia dicha sucesión y se permite continuar el proceso por esa norma hasta su finalización (cosa juzgada formal o la ejecución de la sentencia firme si es de condena).

O por la nueva desde su vigencia si en esa instancia, (pensemos que es la primera) la acomodación de los actos realizados y los que deban realizarse es factible en el procedimiento sin merma de las garantías procesales. Así si ambos procesos se rigen por los mismos principios políticos o de procedimiento. V.gr. Instancia de parte y disponibilidad del objeto; oficialidad e indisponibilidad; principio de escritura y preclusión rígida; principio de oralidad y preclusión flexible.

De no ser posible esa acomodación o si resulta compleja y afecta a las garantías del proceso lo lógico es permitir que en esa instancia (o fase de sumario o juicio oral en el proceso penal) continúe el proceso por la norma vigente a su inicio y en la siguiente instancia por la nueva pero en este caso se debe respetar el principio *pro actione* de los recursos y permitir que la apelación se extienda a las mismas resoluciones y motivos o se permita incluso para otras resoluciones y motivos aunque varíe el procedimiento.

Lo mismo debe predicarse para el recurso de casación aunque hoy en el orden civil, contencioso administrativo y laboral se encuentra muy restringido por las resoluciones y motivos que lo admiten. Sin embargo en los procesos extraordinarios de impugnación de sentencias firmes como la revisión, audiencia al rebelde, oposición a la cosa juzgada en los países donde se admite e incluso la nulidad de actuaciones entiendo que deben cumplirse los requisitos y presupuestos del momento en que se inician estos procesos y no los exigidos cuando se inició el proceso cuya sentencia firme trata de anularse.

Por el contrario si la sucesión se produce en el proceso de ejecución el legislador tiende a la máxima eficacia de ésta exigiendo la aplicación de la nueva sin más pero si se respetan las garantías constitucionales del proceso.

Supongo que la nueva ley será más garantista del derecho de acción y defensa de las partes que la precedente (si es anterior a la CE de 1978) y se ajustará más a los principios procesales que consagra la CE en el art. 24 CE. Dichas garantías constitucionales del proceso además son normas de orden público.

No debe olvidarse tampoco que decantarse, de forma automática, por la aplicación inmediata de la nueva norma en la misma instancia puede suponer modificar o anular los efectos que produce la litispendencia. Así la perpetuación de la jurisdicción y competencia del órgano jurisdiccional al caso concreto o «perpetuatio jurisdictionis» si se exige que conozca otro órgano desde ese momento; o la perpetuación de la legitimación de las partes formales de ese proceso según se permita o no por la nueva intervenir al MF o asociaciones que representen el interés popular o público así de consumidores o... «perpetuatio legitimationis».

Puede modificar el carácter del bien de la «vida» o del objeto litigioso pretendido sobre una persona o cosa al amparo de una norma material es decir el objeto y fundamento de la pretensión o de la resistencia en sí mismo como el de la súplica (según cual sea el ámbito de la mutación o cambio del objeto y su repercusión sobre el fundamento fáctico o jurídico de la pretensión o resistencia dependiendo de que se siga la teoría de la sustanciación o individualización sobre todo la última en las pretensiones constitutivas de nulidad); la posibilidad o no de su acumulación a otros e incluso del medio de tutela jurídica empleado pensemos en el compromiso o arbitraje exista o no laudo y la transacción. Si esto afecta al proceso civil, laboral o contencioso se acentúa en el penal.

Y por supuesto modifica el procedimiento aplicable a ese proceso consecuencia de la litispendencia que se seguirá desde ese momento sea el ordinario o especial.

Si se defiende en caso de sucesión de normas la teoría de la litispendencia de forma rígida y con toda su amplitud hasta el fin del proceso, supone defender que la nueva norma vigente permite la ultractividad de la norma antigua que estaba vigente cuando se inició el proceso y que debe aplicarse hasta su fin. Es la nueva norma «excepcionalmente respetuosa» con el principio de «irretroactividad» o ultractividad futura y con la certeza y seguridad jurídica a base de renunciar a su propia eficacia en los procesos en curso. Convierte la vigente ley a la derogada en «ley especial y temporal» sólo para los procesos en curso.

Pero si la doctrina postula la litispendencia rígida como **momento decisivo** (fuera por ello de la aplicación del principio *tempus regit actum* en caso de sucesión normativa) y así fuera acogido por el legislador en las leyes procesales como principio general supondría que si una futura norma procesal vigente se apartara de este principio y exigiera su aplicación inmediata desde su vigencia estaríamos ante una manifestación de la retroactividad en grado mínimo aunque respetara todos los actos realizados al amparo de la ley derogada que estaba vigente desde que se produjo la litispendencia hasta la entrada en vigor de ésta.

El estudio de la cuestión varía según las premisas de que se parta. (Véase la doctrina material del derecho adquirido y la formal). Por ello no postulo la litispendencia rígida.

Si por el contrario la doctrina postula como regla general la litispendencia flexible combinada con el principio moderado de aplicación inmediata y así se consagra por el legislador es decir se limita la primera a una instancia o fase supone que la aplicación de la norma vigente se flexibiliza o se retrasa un poco hasta que sea acorde esa aplicación inmediata de la nueva ley pero siempre a momentos posteriores a su vigencia y sólo respecto a los procesos en curso mas no a los nuevos que se inicien conforme a ella.

Ambos sistemas respetan lo que el legislador del proceso considera irretroactividad de las leyes (pues la nueva no afecta a las situaciones procesales ya constituidas) pero para evitar las consecuencias a que conlleva la aplicación rígida de ambos, ya señaladas, se modula una vía intermedia en que prácticamente coinciden y ello entiendo que es lo que propugna el art. 2 LEC aunque no se dice expresamente. Esa vía es la división del proceso en instancias o dentro de la misma

instancia si es la primera en fases (proceso penal) o en periodos dentro de esa fase si fuera posible.

También es compatible con el art. 2 LEC permitir a las partes (entiéndase a sus letrados) que opten de mutuo acuerdo por la aplicación de una u otra norma (si eligen la nueva y está bajo *vacatio* es una forma de retroactividad mínima más que aparente y consentida; si está ya vigente y eligen la antigua es ultractividad de ésta) si así lo establece el legislador aunque sin olvidar el carácter imperativo y garantista del binomio acción defensa de las normas procesales y en defecto de acuerdo sobre esa opción que se aplique la nueva desde una instancia, fase o periodo.

En el fondo, como comprenderá el lector, estamos jugando con palabras que suponen o implican tautologías o ficciones jurídicas según se miren; estamos ante cuestiones terminológicas semejantes pero que son diferentes dependiendo del prisma con que se miren, es decir de la dialéctica con que se emplean.

La cuestión no es si la nueva norma (en la antigua es irrelevante) es irretroactiva o permite la ultractividad de la anterior que lo será dependiendo de la dialéctica o el prisma con que se mire si no si debe aplicarse desde ese momento la nueva ley vigente o debe permitir un cierto retraso de su eficacia en los procesos en curso si no se establece esa opción a las partes.

Propugno una vía intermedia entre ambas teorías, donde confluyen, como principio general en cuanto respetan la irretroactividad. Y las especialidades o matizaciones al principio o a su modulación en concreto serán objeto de disposiciones transitorias si la sucesión temporal de normas se produce tras la litispendencia.

1. Aplicación de la norma en primera instancia. Dos supuestos. Si el proceso no se inició se rige por la norma vigente. Si está en curso, igual salvo se disponga lo contrario.

Si durante la primera instancia se produce la sucesión lo adecuado es permitir que el proceso continúe rigiéndose por la ley vigente a su inicio hasta la siguiente instancia en que se aplica la nueva, si ésta lo permite. O si se puede dividir en fases o periodos respetándose las garantías constitucionales del proceso hasta la siguiente.

Sobre todo si la competencia funcional del órgano en esa instancia no es única y está dividida en dos fases o periodos diferentes por su estructura como en el proceso penal (el sumario al juez instructor y el momento decisivo de aplicación de la norma es el auto acordando su apertura pero por el fin preparatorio del sumario la nueva norma

podrá ser aplicada de inmediato si respeta las garantías procesales; y el juicio oral al Juez penal o AP siendo el momento decisivo el auto acordando la apertura del juicio oral; o incluso aunque es mucho más discutible en el proceso penal por delitos graves las actuaciones de la AP –tras el auto del instructor acordando la conclusión del sumario y la remisión de actuaciones a la AP– que se refieren a la procedencia de abrir el juicio oral, sobreseer o remitir actuaciones de nuevo al instructor en caso de sumario de retorno).

O los antiguos juicios civiles de instancia única donde la fase de alegación y prueba correspondía al Juez de Primera Instancia y después la conclusión y sentencia a la AP; o los incidentes por conflicto o cuestión de competencia y abstención y recusación en los diversos órdenes jurisdiccionales.

O siendo única la competencia funcional del órgano se puede dividir en varios periodos la primera instancia (alegación, prueba, conclusión y decisión, recursos no devolutivos, incidentes por conflicto o cuestión de jurisdicción o competencia o de abstención y recusación) y se asemejen por su estructura esos periodos a la anterior ley procesal. Por tanto incide que la competencia funcional sea única y la misma en la primera instancia o se divida en dos o más órganos diferentes es criterio decisivo.

Cierto es que la nueva ley de forma extraordinaria, como ya señalé, puede exigir imperativamente por razones de orden público procesal que desde su vigencia se aplique lo que supondrá cierta acomodación –como se pueda o sea posible– con lo realizado por la antigua... si se opta por la flexibilidad procesal. Incluso puede esta exigencia conllevar la necesidad de repetir actos realizados bajo la antigua para subsanarlos, acomodarlos, adecuarlos a la exigencia de la nueva ley o reforzar las garantías procesales de la acción y la jurisdicción sin que expresamente se consagre esto de forma expresa si es su consecuencia. Rigidez procesal.

Es discutible si la aplicación de la ley precedente o la vigente es la más adecuada en los remedios o recursos no devolutivos contra resoluciones de mero trámite dictadas en la primera instancia. Lo lógico sería que si se defiende la litispendencia flexible y que el proceso se divida en instancias esos remedios formen parte de la primera instancia al ser inescindibles de ella y que se rijan por la ley procesal que rige ésta. Salvo que se considere una cuestión de orden público la aplicación inmediata de la nueva norma aunque parece que en tal caso ese será también el régimen de la primera instancia.

Debe destacarse una especialidad con respecto a procesos todavía no iniciados en los que hay una sucesión normativa anterior muy reciente y en que la norma nueva no está todavía vigente pero se encuentra en situación de *vacatio legis*. En este caso se aplica como regla general la antigua vigente (para esa instancia y sucesivas a salvo de especialidades), es decir, la que en breve se derogará. Sin embargo se establecía que se aplicaría la nueva todavía bajo *vacatio legis* si las partes optaban por su aplicación

Como señalé esto supone que la nueva norma está consintiendo su propia retroactividad –aunque limitada en el tiempo pues tiene eficacia a momentos anteriores a su vigencia pero posteriores a su *vacatio* y no afecta a situaciones jurídico procesales previas a esa *vacatio* que no se pudieron constituir al no existir litispendencia previa– si esa opción era elegida de mutuo acuerdo las partes. Es por esto una retroactividad muy especial al no afectar a situaciones jurídicas procesales previas todavía no constituidas en que se permite la aplicación de una ley todavía no vigente (aunque sancionada, promulgada, publicada y en situación de *vacatio legis*) pero que en breve lo estará.

Fue el sistema seguido por la LEC de 1855 y 1881 pero como opción elegida por las partes de mutuo y expreso acuerdo en favor de la aplicación de la ley nueva. Existía además otra especialidad que era que entre la ley antigua a extinguir y la nueva sancionada y promulgada y bajo *vacatio legis* (por tanto todavía no vigente) existía una norma vigente intermedia que regulaba esta cuestión y además había acordado la promulgación de aquella con rango de Real Decreto.

Es discutible este sistema tan complejo. Un sector doctrinal –Gómez Orbaneja y Cachón– habla de él como opción electiva por mutuo acuerdo expreso de las partes. Es cierto que lo es pero deben destacarse además todas esas especialidades. Esa opción tras la litispendencia fuera de todas esas particularidades establecidas en 1855 y 1881 para la primera instancia (fases en el proceso civil, periodos, recursos no devolutivos, incidentes), la segunda y en recursos especiales (y recursos no devolutivos e incidentes mientras se tramitan) lleva a consecuencias muy diferentes y parece innecesaria en el proceso de ejecución.

No se olvide además el carácter imperativo y de orden público de las normas procesales y de las garantías que consagran muchas de ellas con relevancia constitucional y que la opción acentúa la dualidad de regímenes procesales para procesos en curso. Tampoco olvidar que las normas procesales no crean derechos materiales si no garantías para su defensa. Tal vez por esto la LEC 2000 no hace referencia



a este sistema sin perjuicio además de que su *vacatio* tuvo una duración muy superior a las que la precedieron.

Las disposiciones transitorias concretarán todas las particularidades y especialidades que serán muchas sobre todo si la sucesión modifica los principios políticos o técnicos del proceso o del procedimiento; en especial si la sucesión es en favor de un nuevo proceso regido por los principios de oficialidad y averiguación de la verdad real, sustancial o material en detrimento de la de la verdad formal del proceso dispositivo.

2. En las sucesivas instancias. Apelación y segunda instancia si se impugna la aplicación de una norma sustantiva o de procedimiento, infracción procesal y casación. Antes de proseguir debo matizar que me refiero a la apelación y segunda instancia de forma indistinta y en términos generales y no específicos.

Ya sé que la apelación por infracciones procesales es una impugnación o recurso de nulidad encubierto que admite todo motivo y que la sentencia que se dicta busca remediarlo y no es propiamente una segunda instancia por los efectos que produce. Sólo lo es en sentido propio por motivos materiales y de ahí la admisibilidad de la prueba en la segunda instancia. Pero esa diferencia no incide directamente en caso de sucesión de normas procesales producida antes, dentro del plazo para recurrir o mientras se tramita este recurso en las disposiciones transitorias.

Dos supuestos: sucesión temporal antes del plazo para recurrir y tras éste; y en este caso diferenciar si concurren –o no– dos órganos diferentes: uno para la preparación y otro para la interposición, la sustanciación y decisión del recurso.

Si la sucesión temporal de normas procesales se produce después de la litispendencia del proceso pero antes del momento inicial para preparar o interponer el recurso de apelación, es decir, del término inicial o momento inicial para ello definiendo se aplique la norma procesal de mero trámite vigente desde entonces.

Sin embargo sostengo que los requisitos exigidos para su interposición (resoluciones, motivos, cuantías, ...) deben regirse por el principio *pro actione* es decir por la antigua norma si es más proclive al mismo o por la nueva cuando lo sea a éste y si ambas tienen aspectos proclives y restrictivos al mismo que lo determinen los abogados de las partes. Esto debe sostenerse para el recurso por infracción procesal y casación, aunque respecto a este último por su limitado y res-

tringido ámbito actual en el orden civil, contencioso y laboral. No creo que la nueva norma lo vaya a limitar más.

Si la sucesión procesal de normas se produce entre el plazo inicial y final del recurso de apelación para prepararlo debe regir el párrafo anterior. Principio *pro actione* o libre opción a las partes. Si se produce la sucesión normativa después debe considerarse que las partes se rigen por la norma de trámite vigente establecida cuando lo interponen.

Siempre a salvo de las normas imperativas reguladoras de las garantías constitucionales del recurso que se aplicarán desde el momento de su vigencia u otras de orden público.

El hecho de que la competencia funcional aparezca dividida en dos órganos, el órgano «ad quo» ante el que se prepara el escrito de recurso (el que dictó la resolución objeto de recurso devolutivo) y el órgano «ad quem» encargado de decidirlo ante el que se interpone el escrito de recurso debidamente fundamentado, se sustancia y prueba (si procede y sólo en segunda instancia), se concluye y tras ello decide puede justificar que para las normas de mero trámite se pueda defender que la tramitación ante cualquiera de los dos órganos se siga por la anterior si la sucesión se produce tras la sentencia y antes de finalizar el plazo para prepararlo o que el trámite se siga ante el ad quem por la nueva norma vigente si lo estaba en el momento inicial del plazo para interponerlo.

De todas formas lo que defiende no tiene porque ser lo que defiende el legislador en las disposiciones transitorias, ni que la modulación del principio de litispendencia o aplicación inmediata en éstas suponga consagrar la retroactividad incluso en su menor intensidad.

Para los recursos no devolutivos o remedios contra resoluciones de mero trámite de la apelación, infracción procesal y casación es reproducible lo dicho en primera instancia. De todas formas parece lógico que se siga la norma vigente reguladora de la segunda instancia que regía cuando se preparó o interpuso.

3. Proceso de ejecución. Dos supuestos antes de su inicio o tras su inicio.

Si la sucesión temporal de normas procesales se produjo durante las anteriores instancias y antes de presentarse la demanda ejecutiva y es una ejecución normal tras la firmeza de la sentencia lo lógico es aplicar la norma procesal que esté vigente al presentarse la demanda ejecutiva. Sin embargo si se solicita durante la primera, segunda instancia o recursos de infracción procesal o casación la ejecución provisional y procede entiendo que el hecho de no haberse producido la

cosa juzgada debería restringir la aplicación de la nueva norma procesal vigente y en su caso regirse por la norma anterior y con todas las garantías procesales aunque todo dependerá del ámbito a que se refiera la ejecución.

No se olvide que la ejecución provisional de sentencias de condena no firmes dictadas en primera instancia (bajo pendencia de un recurso de apelación, infracción procesal o casación) cuando procede supone una limitación, restricción o expropiación de bienes y derechos y ello exige el máximo respeto de las garantías procesales no siendo firme la sentencia y por ello la nueva norma que regule la ejecución provisional no debería ser más restrictiva que la precedente. Los supuestos son muy diferentes al no ser igual que estemos ante una sentencia de condena o absolución (pretensión de condena estimada o no) y tampoco el momento en que se lleve a cabo –segunda o sucesivas instancias– aunque el órgano competente para la ejecución provisional es el de la primera instancia.

4. Procesos especiales de impugnación de sentencias firmes, revisión (causas exógenas), audiencia al rebelde (derecho de defensa), nulidad de actuaciones tras la sentencia firme (causas endógenas) oposición e impugnación por las partes o terceros de la cosa juzgada a causa de la aplicación de una norma material o procesal que después exige que se homologue o ratifique la sentencia dictada en su día o se declare su nulidad. Dado su carácter extraordinario entiendo que debe ser de aplicación la norma vigente desde el momento en que se presenta la demanda hasta la finalización de dicho proceso. Por tanto desde su litispendencia y sea siempre estricta aunque haya con posterioridad una sucesión procesal de normas en el tiempo. A salvo de excepciones o matizaciones que se determinen en las disposiciones transitorias de la nueva ley procesal.

#### IV. LA RETROACTIVIDAD DE NORMAS MATERIALES Y PROCESALES. MOMENTO DECISIVO. INTENSIDAD Y GRADOS: MÁXIMO, MEDIO Y MÍNIMO.

En las normas materiales, cualesquiera que sean, el momento decisivo para su determinación es la producción del hecho que origina la situación, relación, negocio, contrato, estatuto, acto administrativo, impuesto, delito... por tanto aplicable al derecho civil, mercantil, administrativo, fiscal, laboral, penal. Nuestra CE permite como excepción la retroactividad pero son escasos los supuestos que la proscriben.

En las de mero trámite, por tanto, procesales (o de procedimiento administrativo) ya nos pronunciamos sobre la cuestión y no existe un único criterio por lo que no incidiremos más. Sólo repetir que la consumación del hecho material no justifica la aplicación de la norma procesal vigente en ese momento y esta consecuencia no supone que las leyes procesales sean retroactivas o aparentemente retroactivas.

La regla general en derecho procesal es que aplique la norma procesal de mero trámite vigente desde la litispendencia es decir la norma procesal vigente en ese momento y es una manifestación del principio de irretroactividad. La excepción viene determinada por algunas normas de derecho judicial material que se refieren a presupuestos tanto materiales como procesales o a condiciones de procedibilidad de carácter material y se aplican desde que se produce el hecho material y no desde la litispendencia.

El juez en la sentencia deberá aplicar la norma material correspondiente en ese momento a las consecuencias jurídicas solicitadas por las partes para esos hechos concretos que forman el presupuesto fáctico de la norma y puede ser que sea la que estaba vigente en el momento de consumarse dicho hecho ... si no se produjo sucesión temporal de normas o si la hubo cuando la nueva o vigente lo permite porque respeta el principio de irretroactividad y permite la aplicación de la anterior. En otro caso aplicará la vigente al caso concreto aunque sea retroactiva en la medida que se disponga.

Clases. Por la intensidad o graduación de sus efectos materiales o procesales: Máxima, media o mínima. Se entiende por máxima cuando la nueva norma desconoce el hecho producido y por ello toda consecuencia jurídica derivada desde el momento de su producción. No existió nada para ella. V. gr. La esclavitud. No hubo contrato de compra venta para la nueva ley que la proscribió. No tiene que entregar el comprador el precio del esclavo ni el vendedor a éste. Las obligaciones incumplidas no pueden reclamarse y las cumplidas se tienen por inexistentes.

En lo procesal se niega el efecto de cosa juzgada a la sentencia firme obtenida en un proceso o se exige un nuevo proceso que la homologue o ratifique y de su resultado se la reconocen o niegan sus efectos ya sea por motivos endógenos al propio proceso –las garantías procesales del proceso anterior que deben revisarse– o exógenos que surgen de la norma material aplicada. V. gr. Las leyes supresoras del Divorcio aplicables a Zona Nacional de 1936 y 1939 para determinar cual de los dos matrimonios era el válido. Tal vez al amparo de la Ley de Memoria Histórica para supuestos no cubiertos en las leyes de la

Transición y Amnistía Política y sobre todo revisar procesos firmes de contenido «político» tras la caída de Dictaduras en Chile, Argentina, Uruguay, Nicaragua

Media. Se reconoce el hecho pero se niegan ciertos efectos o consecuencias jurídicas al mismo que puede exigir modificar las prestaciones consumadas. O no se permite reclamar los producidos durante la vigencia de la antigua bajo el amparo de ésta si no de la nueva. En lo procesal se niegan efectos a una instancia, si es la segunda o a los recursos especiales que tiene que reproducirse bajo la nueva o tener que reproducir ciertos actos realizados en una instancia para consolidar situaciones procesales.

Mínima. No se permite reclamar en juicio los efectos jurídicos producidos bajo la vigencia de la antigua norma (que se pudieron reclamar en juicio conforme a ésta aunque no se hizo) si no conforme a la nueva. Determinados actos procesales deben homologarse o subsanarse mínimamente al amparo de la nueva. En ocasiones la aplicación inmediata conlleva este efecto sobre los anteriores aunque no se diga.

También debe destacarse en términos procesales que no produce igual efecto la retroactividad mínima en un proceso regido por el principio de rigidez procesal (escritura y preclusión rígida sobre cada acto que dificulta la subsanación y convalidación y obliga a repetirlos de nuevo) que en uno regido por el principio de flexibilidad procesal (oralidad y preclusión flexible referida a los actos de una instancia o periodo que facilita la subsanación o convalidación parcial). Igualmente la retroacción que se fundamenta en el respeto a las garantías constitucionales del proceso en especial del derecho de acción y de defensa procesal.

No es igual esta retroactividad si se sigue la teoría de los derechos adquiridos o la de la litispendencia procesal que si se sigue la de la aplicación inmediata material o procesal sobre la base del principio *tempus regit actum* (CE) hasta el punto que lo que para una es retroactividad mínima o incluso indirecta para otra es irretroactividad (o retroactividad aparente).

Por su duración temporal: ilimitada o limitada. La retroactividad consagrada por la nueva norma vigente suele ser ilimitada en el tiempo por tanto afecta a la ley antigua que derogó, pero también a las anteriores que fueron derogadas por aquélla u otras anteriores. Siempre me refería a la relación ley nueva o antigua, vigente o derogada para facilitar la comprensión del lector si es única pero es obvio que como ficción que es la retroactividad afecta o puede afectar a toda la cadena de leyes anteriores si es múltiple. Pero en ocasiones la nueva

ley limita temporalmente el alcance de su retroactividad a un periodo muy corto de tiempo como puede ser desde el momento de su promulgación (DT LEC 1855-1881), a uno, tres años antes de su vigencia...

Por la manifestación en la norma que la establece puede ser expresa o tácita si se induce de su contenido la retroactividad. Por el alcance de su interpretación amplia, media o restrictiva defendiendo la última según nuestro modelo constitucional.

Por la norma o normas a que afecte la retroactividad: única o múltiple; me referí a ello en el párrafo penúltimo. Por su configuración doctrinal y la opción que sobre dicha base elige el legislador puede ser material (derechos adquiridos o litispendencia) o formal (*tempus regit actum*).

Políticamente la retroactividad busca toda uniformidad jurídica y a la vez destruye la certeza y seguridad jurídica al incidir sobre situaciones en que la norma retroactiva todavía no estaba vigente. Por tanto el cambio social impuesto al cuerpo social es muy brusco y se utiliza en periodos revolucionarios (Revolución Soviética, Maoísta, Vietnam, Camboya...de corte marxista leninista... Revoluciones Fascistas en Alemania, Italia, España... Dictaduras Militares Iberoamericanas...) o incluso en caso de cambios democráticos si se pasa de una opción política autoritaria a la de signo contrario.

## V. ULTRACTIVIDAD. SUPUESTOS: AL PASADO O RETROACTIVIDAD Y ULTRACTIVIDAD DE FUTURO. FICCIÓN JURÍDICA.

En el epígrafe uno adelantando ideas me referí a esta cuestión para las normas materiales y procesales. Pero la ultractividad admite dos supuestos hacia el pasado o retroactividad propia ya que la ley nueva regula y afecta a las situaciones anteriores constituidas (bajo la entonces vigente y ahora derogada norma) como si estuviera vigente en dicho momento anterior. Fue objeto de estudio en el epígrafe IV.

O hacia el futuro cuando la nueva norma vigente permite que se sigan regulando las situaciones constituidas al amparo de la anterior derogada como si estuviera vigente. La nueva norma permite dos regímenes uno para el supuesto mencionado convirtiendo a la ley derogada en ley especial y temporal para las mismas y otro para las que se constituyan con posterioridad a su vigencia que sería una ley general y sin duración temporal.

La teoría de la litispendencia se refiera a todo el proceso o a una instancia o fase o periodo de éste implica una cierta ultractividad para los actos posteriores que se realicen por la anterior ley procesal pese a estar vigente la nueva. Debe señalarse que aunque puede tener su razón de ser en un proceso de declaración en el proceso de ejecución y en las medidas cautelares tiene menor consistencia al establecer el legislador en las Disposiciones Transitorias la aplicación inmediata de la vigente. *Tempus regit actum*.

Como en la retroactividad puede hablarse también de una ficción es decir una ley en principio derogada que sin embargo se aplica especial y temporalmente a procesos en curso porque la nueva norma no desea su aplicación en éstos y sí a los nuevos procesos.

Sin embargo no son ultractividad las manifestaciones realizadas por el legislador en la vigente norma que tiendan a su perpetuación. Que es una gran ley, con una gran técnica jurídica, que la desea el cuerpo social porque fue demandada...y tendrá gran duración. O disposiciones que consagren su rigidez derogatoria o por un tiempo limiten o impidan la entrada en vigor de la ulterior. Son meros deseos de que alcance la inmortalidad, un brindis al sol, declaraciones de intenciones sin otro efecto o designio jurídico.

Detrás de la ultractividad políticamente se mueve una posición legislativa muy conservadora en el sentido que se busca el cambio social de forma muy lenta, quizá para evitar conflictos sociales derivados del mismo o cuando se trata de aplicar normas materiales enteramente disponibles o en las que prime la voluntad contractual, de asociación o estatutaria. Es muy respetuoso con la certeza y seguridad jurídica.

## VI. EL DERECHO TRANSITORIO: TRÁNSITO DE LAS RELACIONES JURÍDICAS REGULADAS POR LA LEY DEROGADA A LA VIGENTE.

La nueva norma –sucesión temporal– debe establecer en las Disposiciones Transitorias (por razones de técnica jurídica, aunque pueda hacerse en el cuerpo del articulado apartándose de ella) el régimen jurídico general o especial que aplicará desde su vigencia al tránsito de régimen de la norma derogada a la vigente. Que situaciones, relaciones o efectos se rigen por la antigua y cuales por la nueva o si todas por una u otra. El régimen jurídico general del derecho positivo transitorio se corresponde con los sistemas de derecho transitorio que

pueden ser puros o combinados y responden a una elaboración doctrinal acogida después por el legislador en la norma.

— Como sistemas tenemos la irretroactividad que en el ámbito material se funda en el derecho adquirido o en la aplicación inmediata de la norma tras su vigencia o principio *tempus regit actum*. En las normas procesales de mero trámite la litispendencia entendida de forma absoluta o rígida justifica la irretroactividad según la cual desde el inicio hasta el fin del proceso (cosa juzgada o ejecución según la pretensión sea de mera declaración, constitución o condena) se aplica la norma procesal vigente en el momento de la litispendencia; también se justifica la irretroactividad por la aplicación inmediata de la norma procesal desde su vigencia.

Entendidas ambas de modo absoluto o puro tienen ventajas e inconvenientes en el proceso. De ahí la necesidad de combinar o armonizar ambas para que todo sean ventajas. En su línea intermedia coinciden. Así si se aplica una **hasta** una instancia (litispendencia) y otra **desde** una instancia (aplicación inmediata), fase o periodo.

— La retroactividad en sus diversas modalidades no es el modelo general a seguir por el Constituyente aunque se admite de modo amplio y general, salvo esas excepciones. Debe determinar la nueva ley procesal en sus disposiciones transitorias el régimen de ratificación, homologación, repetición o subsanación de los actos procesales realizados.

— La ultractividad hacia el futuro coincide con la litispendencia estricta.

— La doctrina también establece como cuarto y último sistema la elección entre la norma nueva (desde su publicación o su vigencia) o la anterior «ya derogada o que en breve lo será» por los defensores de las partes en los procesos en curso. Hoy no parece adecuado.

A veces el legislador procesal al elegir un sistema u otro distingue la fase declarativa del proceso y sus recursos de la fase de ejecución y las medidas cautelares y aplica de forma rígida e inmediata la nueva norma a la ejecución y a esas medidas. Se observan también diferencias en el derecho transitorio procesal según que el proceso sea civil, penal, contencioso administrativo, laboral, constitucional y militar que pueden derivar de su particular litispendencia y efectos. También incide que la competencia funcional en una misma instancia o fase se atribuya a un mismo Órgano jurisdiccional o a dos.

Fuera de estos sistemas de derecho transitorio puede hablarse de un conjunto de disposiciones transitorias más o menos especiales,



que responden a razones muy diferentes de técnica jurídica o política; a razones de necesidad, conveniencia u oportunidad legislativa o política; de armonización legal; de urgencia; en ocasiones derivadas de la corta o larga duración de la *vacatio legis* de la norma que entrará en vigor; por existir una norma intermedia entre la promulgada y la vigente; a veces aparecen estas razones en la nueva norma o se deducen de ella. Basta comprobarlo examinando las disposiciones transitorias de las LEC de 1855, 1881, 2000; LECRIM de 1872, 1879 (Compilación), 1882; de la jurisdicción contenciosa administrativa...o las múltiples leyes reformadoras de aquéllas. Del índice de todas y sus disposiciones transitorias difícil será obtener aspectos nuevos fuera de los sistemas generales, tipo de proceso e instancia o fase.

#### VII. SUCESIÓN DE UNA NORMA MATERIAL TRAS LA COSA JUZGADA PRODUCIDA EN EL PROCESO AL AMPARO DE UNA NORMA DEROGADA. LÍMITES TEMPORALES A LA COSA JUZGADA.

Como sabemos una de las manifestaciones genuinas de la jurisdicción contenciosa consiste en juzgar de forma definitiva e irrevocable (cosa juzgada material) por los Jueces y Tribunales, previamente determinados por la Ley, aplicando la norma material al caso concreto en la sentencia del proceso tanto respecto a las pretensiones de mera declaración, constitutivas o de condena Art. 117-3 CE. Es también una manifestación del proceso y lo es de la acción art. 24 CE si se entiende ésta como derecho de acceso de los justiciables a dicha jurisdicción para obtener de ésta la necesaria y obligada decisión jurisdiccional irrevocable y definitiva sobre el fondo cuando procede y con las garantías que son su consecuencia. (Almagro Nosete).

Los Jueces y Tribunales aplican la norma material que corresponde al caso concreto en la sentencia del proceso. Y agotados los recursos ordinarios y extraordinarios que proceden contra la misma esta sentencia deviene firme e inimpugnable dentro de dicho proceso, es decir, se produce la cosa juzgada formal de la misma o inimpugnabilidad.

De igual forma no podrá la parte perjudicada por la sentencia firme iniciar un nuevo proceso, con igual objeto, contra la otra parte para de esta forma anular los efectos de dicha sentencia y conseguir que se dicte otra sentencia sobre ese objeto de contenido diferente. De hacerlo podrá oponerle el demandado la excepción de cosa juzgada material para que ese proceso no pueda proseguir (efecto negativo o *non bis in idem* de la excepción de cosa juzgada material) e incluso si no opusiera

esa excepción en el momento correspondiente el demandado y no tuviera conocimiento de esta situación el juez del segundo proceso la sentencia dictada por éste en el segundo proceso sería nula en todo lo que contradiga a la primera sentencia que es la válida en todo caso.

Si se inicia un nuevo proceso con objeto diferente pero prejudicial de aquél deberá el demandante hacérselo saber al juez y fundamentarlo jurídicamente en la demanda. El demandado podrá alegar al contestarla como excepción el efecto positivo o prejudicial. El juez del segundo proceso debe de respetar en su sentencia el contenido prejudicial de la primera sentencia porque le vincula y en lo que se aparte de ese vínculo sería nula.

El Juez en el proceso aplica la norma que corresponde al caso concreto. Si en ese momento debe aplicar una norma vigente (o que ya no lo está) lo hará en la sentencia de ese proceso. Si después de la firmeza de la sentencia se produce una sucesión en el tiempo de otra norma material que deba aplicarse a ese supuesto el efecto de cosa juzgada formal dentro de ese proceso se mantiene al ser inimpugnable dicha sentencia.

Pero el efecto de cosa juzgada material habrá desaparecido pues el fin de la jurisdicción (acción y proceso) es aplicar la norma material vigente al caso concreto; y esa norma derogada (ya no aplicable) aunque produjo el efecto de cosa juzgada material de la sentencia del primer proceso no puede justificar una cosa juzgada imperturbable en el tiempo hasta el infinito. En ese caso se puede iniciar un nuevo proceso para aplicar la nueva norma caso de falta de cumplimiento voluntario del obligado. Si el demandado opone en el segundo proceso la excepción de cosa juzgada material no producirá el efecto negativo para excluirlo ni el positivo para condicionarlo. Guasp habla en el supuesto de límites temporales de la cosa juzgada y otros autores de límites objetivos.

Se ha producido un cambio sobrevenido que altera las circunstancias por designio de la nueva norma material vigente aplicable al caso. De forma semejante a como ocurre en los negocios jurídicos cuando se produce un cambio sustancial sobrevenido que altera las circunstancias previstas por las partes que son la base del mismo lo que justifica su ineficacia sobrevenida Larenz K. Y esto previsto expresamente en el negocio jurídico y contrato es aplicable a relaciones o situaciones derivadas del derecho privado como del derecho público. Igual acontece si el cambio sobrevenido deriva por la sucesión temporal de la norma material. Si la norma material anterior fue la aplicada al caso concreto en la sentencia del primer proceso ésta es la que determina el alcance y contenido del efecto de la

cosa juzgada material ahora desvirtuada por la nueva norma. La cosa juzgada en estos supuestos no es ni puede ser inmutable; es y debe ser mutable.

Esto no quiere decir que la cosa juzgada deba revisarse u homologarse en otro proceso diferente al que se alcanzó. Si las partes del anterior proceso desean cumplir de forma voluntaria la norma posterior vigente no precisan acudir a proceso alguno pues la sentencia del anterior proceso deviene ineficaz «*ipso iure*» desde el momento mismo que la nueva norma tras su vigencia puede aplicarse sea irretroactiva o retroactiva.

Esta causa sobrevenida tiene como causa un hecho objetivo normativo –que era desconocido en el momento en que se dictó la primera sentencia– que es el cambio ulterior de la norma que sirvió de base a esa sentencia y su efecto de cosa juzgada material. Si la base de la cosa juzgada material en que se asienta se ha modificado, mutado, alterado, por el contenido de la nueva norma que la sucede aunque el **objeto** del proceso **sea el mismo** al tener que aplicarse la norma material vigente al caso concreto es claro que no procede la excepción de cosa juzgada material en un nuevo proceso ni puede producir ésta los efectos negativo y positivo cuando proceda aplicar la nueva norma diferente a la anterior a los mismos hechos que fundan la pretensión.

Por tanto sólo a falta de acuerdo de las partes, en caso de modificarse posteriormente por otra la norma material aplicada al caso concreto sobre la que se sustenta y fundamenta la cosa juzgada material hace que ésta desaparezca por el cambio normativo sobrevenido en las circunstancias y que la parte interesada pueda iniciar un nuevo proceso con igual objeto sabiendo a ciencia cierta que la excepción de cosa juzgada material que le proponga la contraparte y sus efectos no podrán prosperar por esta causa. (Me refiero tanto al efecto negativo o *non bis in idem* como al efecto positivo o prejudicial en lo modificado por la nueva norma). No es más que una consecuencia de que la jurisdicción es la aplicación de la **ley** material que corresponde al caso concreto.

La excepción a este epígrafe son los supuestos en que se permite a los contratantes la exclusión de la norma aplicable al caso concreto de ser el objeto disponible; o en el ámbito contractual o estatutario si establecen otro régimen distinto aplicable o si la nueva norma permite la ultractividad futura de la anterior derogada sin límite alguno.

VIII. LA PRUEBA DEL «DERECHO HISTÓRICO» EN EL PROCESO SI ES APLICABLE AL CASO CONCRETO UNA NORMA «DEROGADA» PRODUCTORA DE EFECTOS CON BASE EN EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD. MEDIOS DE PRUEBA. ÁMBITO EN EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. COSTUMBRE Y USOS JURÍDICOS. JURISPRUDENCIA.

Como señalé la sucesión de normas en el tiempo plantea problemas, en la vida real, mucho más complejos de los que parecen intuir los Art. 2 CC y 2 LEC. Surge así la cuestión de si por la sucesión de normas en el tiempo la norma «material derogada» (cuando debe ser objeto de aplicación al caso concreto en el proceso en detrimento de la «vigente» si no rige el principio de la aplicación inmediata y automática de la norma nueva vigente porque la misma permite la aplicación de la anterior o si se trata de normas totalmente disponibles) debe ser objeto de «prueba» como si de un **hecho** se tratara y si la respuesta fuera afirmativa a quien incumbe la «carga» de su prueba; o por el contrario la respuesta debe ser negativa en todo caso al estar no ante la «prueba» del hecho sino del **derecho por tanto no sujeto a «carga» alguna** aunque estemos fuera del ámbito del art. 1 CC y CE y precise su acreditación en contraposición a «prueba».

¿Es o no graduable la notoriedad del derecho histórico material derogado?. La respuesta debe ser afirmativa ya que no es lo mismo aplicar una norma derogada que lo fue hace unos días, meses, pocos años que la que lo fue hace muchos años décadas, siglos quizá.

No es igual si la norma material de derecho positivo se estableció por quien ostenta potestad para ello y se publicó según lo previsto o es consuetudinaria a efectos de su notoriedad; o si es de derecho nacional o extranjero. Puede ser notoria porque estaba vigente y era aplicada por los Jueces hasta hace poco tiempo y en ese caso perdida su vigencia no debería exigirse prueba o acreditación alguna.

En otros casos dependerá de la notoriedad que tenga el Juez –de la norma material– y del ámbito que su conocimiento privado tenga de la misma –entiéndase conocimiento adquirido por su ciencia privada y no por la aportación de la norma histórica en los autos del proceso– aunque debería permitirse en todo caso su prueba a instancia de parte que desea beneficiarse de ella y además se exija una actividad oficial al Juez para ello; y en su defecto o si no da resultado esa actividad se aplique el derecho vigente al no ser admisible el non liquet en el

derecho español so pretexto de desconocer la norma y por razones de fondo. Art. 1 CC y 11.3 LOPJ

Ya dijimos que es discutible hablar de la actividad sobredimensionada de una norma ya derogada; de su ultractividad futura tras su derogación; o mejor dicho de una norma devenida en «temporal y especial» por la «comprensión» de la nueva que puede incluso renunciar a su propia aplicación (efectos que tras su vigencia se regulan por la anterior) o estemos en el ámbito del derecho de la contratación o estatutario, con base en la autonomía de la voluntad de los contratantes del art. 1089 y 1255 CC.

Los supuestos son múltiples y permítasenos su examen.

1. Las normas procesales españolas de mero trámite y las reguladoras de los presupuestos procesales y condiciones de procedibilidad en el proceso son objeto de aplicación exclusiva en territorio nacional sin perjuicio de que exista o no un elemento de extranjería. Esto implica, repito de nuevo, que en los procesos seguidos en España sólo son de aplicación las leyes procesales españolas y las materiales que rigen los presupuestos del proceso y nunca las extranjeras. (La capacidad para comparecer en juicio de un extranjero se rige por la norma nacional –más de 18 años– que es de orden público aunque sea para aplicar una norma extranjera en cuyo ordenamiento la capacidad material sea diferente así más de 16 años).

No son objeto de prueba las normas procesales vigentes, ni tampoco las que estando derogadas estaban vigentes cuando se inició ese proceso en caso de sucesión temporal y siguen aplicándose de momento (notoriedad). Si se sigue aplicando la anterior que dejó de estar vigente se presume por su notoriedad que los Jueces y Tribunales la conocen y no se precisa por ello en ningún caso de prueba alguna.

Las normas procesales referidas a la prueba que se refieren a su mero **trámite** tienen el mismo carácter al ser procesales, por tanto son las previstas en la LEC por tanto normas nacionales y las únicas que se aplican a los procesos seguidos en España.

Las referidas a la valoración de la prueba cuando los diferentes medios de prueba a que se refieren están sometidas al principio de la libre valoración del Juez –al ser el Juez el único y último destinatario de las mismas para lograr su convicción y así plasmarla en la sentencia (se siga el principio de la apreciación individual de la prueba o de la motivación concreta en la sentencia que más se ajusta al art. 24 CE o el de la motivación conjunta de la prueba o abstracta en la senten-

cia)- tienen el mismo carácter, por tanto se aplican únicamente las nacionales si el proceso se sigue en España.

En el orden contencioso y social de la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción militar y constitucional es de aplicación lo señalado en anteriores párrafos.

2. El problema se plantea cuando estemos ante medios de prueba tasados. La declaración de parte (siendo en la actualidad muy discutible la admisibilidad y efectos de la confesión purgatoria o juramento decisorio judicial o extrajudicial) en todo caso debe estar sujeta a la norma nacional procesal exista o no un elemento de extranjería.

Lo mismo afirmamos para la presunción judicial por razones de lógica jurídica al estar íntima e indisolublemente unida a la prueba procesal realizada en un proceso y los resultados obtenidos a la convicción del Juez. Prueba del hecho base por los medios permitidos y si el resultado es favorable lleva a presumir la existencia del hecho indiciario, en la convicción judicial.

En el caso del documento sea público (muy especialmente) o privado está sujeto a la valoración o apreciación legal de la prueba. Es decir el legislador establece, determina, consagra, limita la libre apreciación del juez e impone a éste la valoración que el legislador considera procedente siempre que esa apreciación legal se ajuste a las máximas de la experiencia, del criterio humano o del criterio racional puesto en relación con el Art. 24 CE (Véase Stein en Alemania; Calamandrei P. en Italia; Gómez Orbaneja, Jiménez Conde y Cortés Domínguez en España).

Entiendo que la valoración que se establece del documento si es nacional sujeto a prueba legal se debe ajustar a la legislación procesal española al ser una norma procesal y general.

Si se trata de un documento extranjero y sujeto a prueba legal tengo mis dudas si debe aplicarse la norma material extranjera que determina su valoración o la española. Creo que debe regirse por la norma material extranjera que determina su valor pues de lo contrario bajo el «socaire» de aplicar la norma material extranjera estaríamos aplicando la norma procesal española para dejar aquélla sin contenido. Además debe estar sujeto el documento extranjero a la valoración individual de este medio legal pues la apreciación conjunta serviría para desvirtuar la prueba legal del mismo.

Lo mismo se afirma para los documentos notariales o administrativos extranjeros que además son públicos y la confesión extrajudicial

plasmada en documento notarial extranjero. Si el valor del documento está en una norma material extranjera de derecho histórico debe predicarse lo mismo.

En las presunciones legales **especiales** ya *iuris et de iure* que exoneran de toda carga de prueba al hecho constitutivo de la pretensión favorecido por la presunción (pero la contraparte puede probar los impositivos, extintivos o excluyentes) ya *iuris tantum* que trasladan la carga de la prueba –no del hecho constitutivo positivo de la pretensión– sino del hecho negativo de la misma al perjudicado por la presunción o demandado (es decir éste debe probar los hechos constitutivos negativos o los impositivos, extintivos y excluyentes de la pretensión) entiendo que es muy discutible si estamos ante una norma material o procesal.

Considero que la presunción tiene carácter probatorio y es norma material en cuanto regula y establece el régimen especial de la concreta y determinada relación, situación, negocio, contrato... y procesal a la vez y está inescindiblemente unida a aquélla y que la valoración legal especial establecida por el legislador en las presunciones legales *iuris et de iure* o *iuris tantum* (como expresión de la voluntad democrática) debe ser respetada por el Juez tanto si la norma es nacional o es extranjera; está vigente o sea ya histórica.

Tiene además su apoyo legal lo afirmado para las presunciones cuando la norma es enteramente disponible en el principio general de la libre contratación de las partes y en su libertad para determinar el valor con que quieren dar fe públicamente a sus negocios (Art. 1089 y 1255 CC) pero con los límites de estos artículos y el límite de que la valoración legal de la prueba no coloque en situación de indefensión a una parte pues vulneraría el art. 24 CE que es de orden público. En contra Montero Aroca.

En estos casos, al tratarse de una norma mixta material y procesal se encuentra sometida al régimen de las materiales y por tanto puede ser nacional o extranjera y puede estar vigente o no estarlo.

3. La sucesión de normas materiales en el tiempo españolas o extranjeras tengan rango de ley o sean inferiores a ella incluidas las costumbres y usos jurídicos asimilados a las costumbres así como la jurisprudencia existente sobre su aplicación, hace posible o necesario –según su notoriedad– que deba acreditarse su alcance y contenido si hay que aplicar la norma derogada al caso concreto, pero vigente cuando se constituyó la situación o relación jurídica.

Decimos según su notoriedad respecto a las normas nacionales históricas que han estado vigentes recientemente y por ello se conoce el alcance y contenido; o las costumbres históricas que estaban vigentes recientemente y eran notorias; así como la jurisprudencia de ambas por si no fuera necesario acreditarlas pero entonces deberá alegarse que procede aplicar la norma derogada aunque hoy, en la vigente LEC, forma parte de la propia fundamentación jurídica de la demanda o de la contestación a ella.

No es objeto de este trabajo la necesidad de acreditar el alcance y contenido de normas nacionales vigentes con rango inferior a ley que no se publican (no se cuelgan en Internet) en el BOE y que si se publican en los Boletines de CCAA no sean objeto de aplicación directa y exclusiva en la CA en que se publican al poder serlo en otra y que por ello el órgano jurisdiccional de otra CA diferente no está obligado a conocer al amparo del art. 1 CC. *Iura novit curia*.

En las normas extranjeras en todo caso debe acreditarse su alcance y contenido, estén vigentes (no es objeto de este trabajo al referirse a la sucesión y prueba de la norma derogada) o no. (Derecho histórico extranjero).

Igual régimen probatorio que para el derecho extranjero se consagra para el derecho consuetudinario y los usos jurídicos equiparados a costumbre. Por tanto la costumbre –o el uso jurídico– nacional (incide en su notoriedad) o extranjera (no se olvide que en muchos países extranjeros el elemento consuetudinario es tan importante como la norma escrita) vigente (no es objeto de este trabajo aunque deba acreditarse o no según notoriedad) como las que son históricas –recalco de nuevo nacionales o extranjeras– pero estaban vigentes cuando se constituyó la situación o relación jurídica y deban aplicarse en ese proceso.

También debe acreditarse la jurisprudencia histórica –establecida en la aplicación de las fuentes del derecho, antes señaladas. Por tanto acreditar el alcance y contenido jurisprudencial de la aplicación de la norma derogada cuando estaba vigente –aunque todo depende de su notoriedad– y muy especialmente si es doctrina del TS que la estableció cuando se pronunció –anteriormente– en los recursos de casación sobre esas normas que entonces estaban vigentes y ahora son históricas.

Aunque el párrafo anterior debe particularizarse para el derecho extranjero pues dudo o desconozco que el TS haya sentado técnicamente doctrina jurídica –que no es lo mismo que jurisprudencia, que si ha hecho el TS y los órganos jurisdiccionales inferiores– sobre la



aplicación de una norma extranjera pues excede de su cometido hacerlo sobre la aplicación del derecho extranjero.

Por tanto para acreditar jurisprudencia histórica (objeto del trabajo) me remito a los supuestos anteriores de norma nacional histórica; norma extranjera vigente o histórica; costumbre nacional o extranjera vigente o histórica; y usos jurídicos vigentes o históricos equiparables a la costumbre.

La norma material nacional aplicable al caso concreto en la sentencia, si tendrá que ser alegada y en su caso probada cuando haya sido derogada hace mucho tiempo al faltar su notoriedad. En este caso la parte o partes interesadas deberán alegarla y probarla o manifestar al Juez al menos su existencia y sus vestigios en la fundamentación de la demanda y contestación y si la desconoce el Juez colaborar con él en su acreditación o prueba.

Habrà que estar al caso concreto. Si estamos ante un negocio jurídico que se constituyó en la Edad Media al amparo de la legislación específica vigente en ese momento (un Censo sobre un terreno del territorio histórico amurallado de Barcelona y sobre una parte del cual hoy existe un local comercial en la parte que tiene mayor valor comercial el suelo...) y se denuncie la nulidad desde su constitución o por causas sobrevenidas al amparo de esa legislación medieval habrá que probar o acreditar esta legislación medieval.

Aportando los textos legales, posiblemente en latín o su traducción llevada a cabo en documentos posteriores. Proponiendo la prueba pericial de especialistas en historia del derecho catalán. O la pericial de abogados que han llevado casos semejantes y la conocen como su jurisprudencia. Y si se puede aportar o citar donde se contiene jurisprudencia reciente que se base en la histórica a casos semejantes, mejor que mejor.

Si es posterior esa legislación y se refiere a negocios constituidos al amparo de las Leyes de Recopilación 1567, o Novísima Recopilación 1805, o Código de Comercio de 1829 entiendo que basta con aportar estos textos y si es una edición oficial o fotocopias adverdadas de ellos todavía mejor; sin perjuicio en su caso de la documental de su jurisprudencia y pericial aunque el Juez puede pedir información al Ministerio de Justicia, a al Departamento de Historia del Derecho de la Universidad o complementar esa actividad por su propia iniciativa e incluso introducir su propio conocimiento privado al tratarse de normas y no de hechos si lo fundamenta jurídica y debidamente al motivar la sentencia.

Al referirnos a normas jurídicas preferimos hablar de acreditar más que de prueba expresión técnica propia para los hechos y que además son controvertidos. Los hechos deben ser controvertidos o contradichos en el proceso y por ello es una actividad de parte su prueba según las normas de la distribución de esa carga pues si dejan de ser controvertidos se tienen por admitidos o ciertos salvo excepciones; sin embargo en el proceso no cabe hablar de contradicción sobre la aplicación de las normas cualesquiera que sean; ni es actividad exclusiva de las partes si no del juez la acreditación de la norma (a diferencia de los hechos salvo excepciones); forma parte la acreditación, determinación y aplicación del derecho del deber o cometido jurisdiccional del Juez de aplicarlo al caso concreto es decir del deber de juzgar.

El concepto de «carga» de la prueba se refiere a los hechos y al resultado probatorio obtenido sobre la convicción del Juez que produce efectos directos sobre la sentencia y la cosa juzgada. La falta de prueba de los hechos constitutivos supone una sentencia desestimatoria de fondo de la pretensión del actor. La prueba de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes por el demandado aunque el actor pruebe los hechos constitutivos supone el mismo efecto; pero su falta, si el actor prueba los constitutivos, en este caso, una sentencia estimatoria de la pretensión del actor.

Esto no pasa con el derecho que debe acreditarse fuera del ámbito del principio *iura novit curia*; es decir nunca justifica la no acreditación del alcance y contenido de una norma una sentencia desestimatoria de la pretensión o resistencia. La sentencia será justa y adecuada al derecho y será la que derive de la aplicación del derecho vigente y no del histórico. Con otras palabras el Juez no puede negarse a fallar sobre el fondo so pretexto de desconocer el derecho histórico, cualquiera que sea, por no acreditarse.

Pues vulneraría el art. 1-7 CC, 24 y 117 CE y 11-3 LOPJ. Pero tampoco puede desestimar en el fondo por esta causa la pretensión del actor, sin más fundada en la inexistencia de esa norma que alega; o la resistencia activa del demandado fundada en la norma que establece las excepciones pues se llegaría al mismo resultado al vulnerarse el art. 24 y 117 CE. Repito me refiero a la prueba del derecho histórico que justifica la pretensión o resistencia y no me refiero a la prueba del hecho concreto constitutivo o impositivo, extintivo o excluyente donde el efecto es el contrario.

Por tanto no es «una carga» su acreditación o prueba en el sentido utilizado por Micheli J. A y Rossemberg L. si no de una facultad para

la parte que quiere favorecerse con su aplicación o inaplicación (la actora del presupuesto fáctico de la norma y la pasiva de las excepciones permitidas en la norma para su inaplicación) y es una manifestación de la jurisdicción la colaboración jurisdiccional del Juez en su determinación concreta.

Por esto, si de esta facultad de la parte que quiere favorecerse con la aplicación o inaplicación de la norma y de la colaboración jurisdiccional que forma parte de la potestad de juzgar no se produce el resultado acreditativo de esa norma «histórica» se aplica al caso concreto la norma vigente nacional. Este concepto de acreditación de la prueba del derecho tampoco se identifica con el concepto de carga en Goldschmidt J. ni con su pensamiento jurídico y político.

4. Si la norma material aplicable al caso concreto es extranjera. En este caso deberá ser probada art. 281 LEC en lo que se refiere a su vigencia y contenido y el Juez o Tribunal puede servirse de cuantos medios de averiguación estime convenientes para su aplicación aunque ello suponga introducir su conocimiento privado al tratarse del derecho y no de un hecho. Cuando digo que debe ser acreditado o probado me refiero con la matización tanto si existió sucesión de normas materiales en el tiempo objeto de este trabajo como si no.

El régimen debe ser el mismo. Por tanto si es histórico probar esa sucesión pues entiendo que la palabra vigencia no excluye la sucesión temporal e integra el mismo ámbito probatorio. Bastaría con que hubiera una simple matización en la nueva norma extranjera para excluir la aplicación del derecho histórico extranjero y no creo que éste sea el ideal pretendido por el profesorado de derecho internacional privado.

Aunque podría hablarse de un único supuesto, por lo dicho, entiendo que el régimen no es único si no doble aunque es discutible por la redacción. Veamos ambos supuestos.

a) No hay sucesión temporal de normas, es decir se trata de aplicar la norma vigente extranjera cuando se constituyó la relación que tiene el carácter de ley o norma de inferior jerarquía y sigue vigente. Supuesto del art. 281 LEC. Se debe «probar» o acreditar la vigencia y contenido de la norma sin más.

La actividad es doble, pues hay que acreditar el derecho extranjero. Y después los hechos en que se fundamenta es decir propia «carga» de los hechos constitutivos o impeditivos, extintivos o excluyentes que son la base de la norma. Sobre el término acreditar y su naturaleza de facultad y potestad jurisdiccional de colaboración e incluso

iniciativa oficial del órgano pudiendo introducir su conocimiento privado junto a esa facultad de acreditación me remito al derecho histórico.

La prueba de la vigencia en este supuesto no plantea problemas bastando una certificación de la embajada del país en cuestión o de su Ministerio de Justicia que establezca que la Ley... vigente cuando se constituyó esa relación sigue vigente y aportar un texto oficial de esa Ley y un dictamen pericial de traducción al idioma español y dictamen sobre su jurisprudencia en ese país y su traducción en relación a los preceptos aplicables. (En el segundo supuesto como veremos basta la manifestación que no está ya vigente al ser histórica y se debe acreditar su alcance y contenido).

Si el Juez conoce la vigencia y contenido de la norma extranjera deberá hacérselo saber a las partes y aplicar al caso concreto su conocimiento privado motivándolo adecuadamente en la sentencia; es decir, con la adecuada técnica jurídica; por tanto su conocimiento jurídico específico –previo y adquirido por su ciencia o conocimiento de forma privada– del alcance y contenido del derecho extranjero (y no por los documentos aportados a los autos o pruebas realizadas por la parte que quiera beneficiarse de él). Siempre que fundamente todo ello en la sentencia a los efectos del derecho de defensa de las partes y facilitar el posible o futuro recurso de apelación, casación y más difícilmente el de amparo aunque esta afirmación sea muy discutible y en principio «arriesgada» darla por segura.

La aplicación del derecho extranjero planteará problemas a la hora de fundar el recurso de apelación o casación, es decir facilitará o perjudicará la posición de uno de los contendientes si no se fundamenta adecuadamente la sentencia.

b) Hubo sucesión de normas en el tiempo y procede aplicar al caso concreto una norma extranjera que ya no está vigente o es costumbre extranjera o estamos ante una sucesión temporal de normas consuetudinarias extranjeras y procede aplicar una costumbre histórica no vigente. La LEC no responde a esta cuestión Art. 281, como tampoco la anterior redacción del anterior Título Preliminar del CC en que se contenía.

En este caso la norma extranjera no vigente aplicable por sucesión temporal, o la costumbre tanto vigente como no vigente aplicable es discutible si deben tener la configuración de un simple hecho con relevancia jurídica y por tanto la carga de la prueba corresponde a las partes solamente y en ningún caso al Juez o se debe seguir el mismo

criterio que para el derecho extranjero vigente. Sostengo esta última posición.

El objeto será probar la «no vigencia» de la norma extranjera y que pese a ello es necesario aplicarla al caso concreto por esa sucesión temporal normativa, así como su alcance y contenido. Tanto si se trata de una ley, una norma inferior a ésta o una costumbre.

Si se trata de una costumbre extranjera y está vigente porque no hubo sucesión normativa deberá probarse su vigencia, su existencia es decir que ese uso repetido por el cuerpo social es tenido como costumbre y su alcance o contenido –igual por tanto en cuanto al objeto de prueba– que si no está vigente.

Los medios de prueba de la norma extranjera no vigente o de la costumbre extranjera vigente o histórica serán los mencionados. De faltar la prueba en estos casos debe aplicarse subsidiariamente el derecho nacional para evitar el non liquet Art. 1-7 CC (y no vulnerar el art. 24 CE) y la desestimación de la demanda por falta de prueba de ese derecho. Es discutible si –tratándose de una costumbre extranjera vigente o histórica– se puede tener por cierto su contenido y existencia por la simple conformidad de las partes, si no afecta a derechos indisponibles, pero creo que la solución debe ser afirmativa.

5. Estemos ante la costumbre nacional. Dos supuestos según haya o no sucesión temporal de normas.

— La costumbre nacional vigente se rige por lo dispuesto en los art.1-3 CC y 281-2 LEC. Precisa probar su existencia es decir la vigencia de su uso y que el cuerpo social lo tiene como costumbre así como su alcance y contenido. En caso de conformidad de las partes, si la materia se refiere a objetos de libre disposición, no es necesaria la prueba de su existencia y contenido.

Si el Juez tiene el conocimiento (privado) de su existencia y contenido y lo adquirió por su ciencia privada es decir porque la norma consuetudinaria aplicable al caso concreto ya la aplicó en supuestos anteriores iguales o análogos, o lo hicieron otros compañeros suyos y de ellos adquirió su conocimiento por conversaciones privadas, del examen de los autos, porque estudió el derecho histórico de esa localidad o región y sus costumbres son notorias... ese conocimiento privado le permitiría aplicar ese derecho consuetudinario al caso concreto sin precisarse de medio de prueba alguno para ese fin.

O porque el uso repetido y constante de la costumbre –que se tiene por tal en ese grupo social– produce unas consecuencias jurídicas que

se tienen como tales y son notorias y aceptadas de forma general y absoluta por los habitantes de esa población o poblaciones limítrofes.

Cuando sea precisa su prueba a falta de conformidad los medios de prueba serán testigos, documentos aportando jurisprudencia, peritos si son juristas especializados u operadores jurídicos (abogados) de la localidad.

- Costumbre cuyo uso cambió o desapareció –por sucesión temporal– como tal pero que precisa ser aplicable a relaciones, situaciones, contratos constituidos a su amparo. Hay que probar que estuvo vigente como costumbre y luego cambió o desapareció, así como su alcance y contenido Art. 1.3 CC y 281 LEC. La conformidad de las partes sobre su existencia y contenido creo, aunque sea discutible, que excluye la necesidad de prueba.

Entiendo que la sucesión temporal de ese cambio de uso o su desaparición (salvo que sea muy reciente –una década–) le hará perder el carácter de notorio al hecho sobre el que se asienta el uso repetido y constante perdiendo esa notoriedad absoluta y general por lo que habrá que probarlo. En tal caso creo, aunque sea muy discutible y por razones de política procesal, que la ciencia privada del juez lugareño no debe excluir en ningún caso la actividad probatoria de las partes en dicho supuesto so pretexto de permitir que ese Juez se convierta en juez y parte. (Costumbre histórica que dejó de ser notoria).

6. Usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad. Tienen el valor de una costumbre. Art. 1.3 CC. Me remito a lo señalado en la costumbre y necesidad de probar su carácter. El cambio por su sucesión temporal hace necesario probarlos para aplicarlos al caso concreto sean los anteriores o los nuevos.

7. La jurisprudencia complementa e integra el ordenamiento jurídico –sobre todo si es la doctrina que de modo reiterado y constante establece el Tribunal Supremo al caso concreto al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho doctrina que el TS establece en el ámbito de dichas normas cuando resuelve los recursos de casación por infracción de ley. (Hoy dentro del limitado ámbito permitido para este recurso extraordinario). Art. 1.6 CC y Art. 477-LEC.

De la misma forma –que para las normas materiales nacionales o extranjeras sean ley o norma inferior, costumbre o usos jurídicos asimilados– opera la jurisprudencia aplicable al caso concreto en su función de complemento, interpretación o integración de dichas nor-

mas materiales –en especial si es doctrina del TS–. Se refiera a normas vigentes o que ya no lo están y sea la aplicable al caso concreto. Ello es así porque la sucesión temporal de las normas arrastra consigo la de la jurisprudencia que les fue o sea aplicable. Si pese a la sucesión debe aplicarse al caso concreto la ley precedente porque así lo permite la nueva vigente también será aplicable al caso la jurisprudencia referida a esa normativa precedente que ya no está vigente. Por el contrario si la sucesión temporal exige que desde su vigencia la nueva norma deba aplicarse al caso concreto será la nueva jurisprudencia que vaya surgiendo la que la complementará.

## IX. CONCLUSIONES

**PRIMERA.** La regulación de la institución en el ordenamiento jurídico español es insuficiente para abordar los múltiples problemas que conlleva la sucesión temporal de normas materiales y procesales iniciado el proceso. Es además fragmentaria y dispersa. Los Art. 2 CC y 2 LEC se limitan a proclamar la regla general de la irretroactividad de las normas y leyes salvo cuando éstas expresamente establezcan lo contrario.

El CP en los Art. 1 y ss vincula el principio de legalidad penal con el de irretroactividad y sienta este principio como general. Pero también, en sentido contrario, permite con carácter general –si así se consagra en la norma vigente– aplicar el principio de la retroactividad de la misma a momentos anteriores sólo cuando resulte más favorable al reo. Norma que puede ser de aplicación –por analogía– en el proceso penal a los requisitos y presupuestos de las medidas cautelares personales limitativas de la libertad personal cuando estos forman parte de manera inescindible de la norma penal.

La CE en sus Art. 1, 9, 24, 25, 53 arroja más luz sobre esta institución al constitucionalizar y vincular el principio de irretroactividad de las normas con los principios de legalidad, certeza y seguridad jurídica de nuestro Estado Social de Derecho –e incluso añadimos– con la tutela judicial efectiva por las garantías procesales que comporta. Establece los límites constitucionales a la retroactividad es decir los supuestos en que ésta no es admisible.

En las relaciones de tracto único los problemas de sucesión normativa suelen ser inexistentes a diferencia con las de tracto sucesivo.

Desde el punto de vista social la retroactividad plantea problemas en las relaciones de tracto sucesivo al dejar sin efecto el contrato, re-

lación o institución jurídica y los derechos y obligaciones que de ella derivan. Afecta, limita y restringe el principio de legalidad aunque no lo deje sin efecto como a sus consecuencias de certeza y seguridad jurídica– incluso en los casos en que es permitida que son los más–.

Y problemas de gran envergadura sociales y políticos. Pienso en las leyes de 1936 y 1939 de supresión del divorcio y sus efectos de validez o no del ulterior matrimonio. Se creó un nuevo proceso de homologación o revisión –por razones procesales– de la cosa juzgada material de la sentencia firme de divorcio en su día válidamente dictada sólo para el caso que después se hubiera celebrado un nuevo matrimonio y en ese proceso determinar si era válido el nuevo o el anterior a la sentencia de divorcio.

Muchas veces la retroactividad jurídica es una entelequia convertirla en realidad social, una quimera al ser imposible su eficacia o el cumplimiento de la norma y en las más de las ocasiones aunque sea posible crea alarma, tensión o conflicto social. Sólo puede justificarse la retroactividad cuando beneficia a todo el cuerpo social y en especial para pasar de un régimen autoritario a uno democrático de la forma más rápida pero no al revés –de una democracia a un régimen autoritario–.

Quizá por eso la CE en su Disposición Derogatoria establece un cierto grado de retroactividad con carácter general que fue objeto de interpretación extensiva por la Jurisprudencia del TC. Entiendo que, pese a ello, la aplicación retroactiva de la CE sobre la legislación precedente –incompatible con sus principios– fue moderada.

**SEGUNDA.** Afirmar que una norma es irretroactiva o no, en ocasiones, es aventurado. Es preciso concretar el momento **decisivo** que lo determina. Dicho momento decisivo no es el mismo para las normas **materiales** que para las normas **procedimentales** que son un género al que pertenece la especie de las procesales. Incluso entre éstas se puede hablar de distintos sistemas –que aunque en principio parecen opuestos– como el momento de producción de la **litispendencia** o el momento de la vigencia de la norma para su **aplicación inmediata** son respetuosos con el principio de legalidad e irretroactividad de las normas.

Permitir a los defensores de las partes elegir u optar entre la aplicación de la norma derogada (pero vigente en el momento de la litispendencia, otorgándola una cierta ultractividad) o la ya vigente (desde su vigencia) justifica que según el legislador ambos sistemas procesales –en caso de sucesión temporal de normas– son igual de válidos.



La excepción a estos sistemas supone hablar de retroactividad. Puede estar justificada cuando es más favorable al inculpaado en caso de medidas cautelares pero sobre todo cuando ofrece más garantías constitucionales al debido proceso pues las normas procesales más que conceder derechos materiales ofrecen garantías a los justiciables destinadas al fin supremo de la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 CE. La retroactividad debe establecerse en las disposiciones transitorias de la norma que la establece de forma clara e interpretarse de forma restrictiva.

El derecho transitorio debe concretar las reglas especiales de ese tránsito cualquiera que sea el modelo por el que se opte. Dentro de las normas procesales no se puede hablar de una única categoría normativa por sus distintos efectos. No son iguales las que regulan los presupuestos procesales y las condiciones de procedibilidad que las que regulan el procedimiento o el mero trámite del proceso.

El momento de la derogación de una norma y el respeto que merecen hasta entonces sus efectos y el momento de la vigencia de la que la sucede para su inmediata aplicación deben servir para delimitar la frontera entre la opción de la nueva norma material o procesal vigente por su aplicación irretroactiva o retroactiva.

El carácter plenamente disponible de los derechos en juego justifica la flexibilidad de la nueva norma en su inmediata aplicación hasta el punto de que debe permitir que se sigan regulando las situaciones en curso por la antigua hasta su finalización y sobre todo en el ámbito contractual que está permitida la exclusión de la norma. Por el contrario en los derechos indisponibles debe ser rígida su aplicación por tratarse de normas, de *ius cogens*, imperativas, de orden público en que la nueva norma exige su aplicación inmediata desde su vigencia e incluso en ocasiones una retroactividad media o mínima que facilite mayor rapidez en el cambio social.

**TERCERA.** Es posible graduar la retroactividad de las normas materiales por la intensidad de sus efectos en máxima, media y mínima aunque en ocasiones resulte ser artificial. La diferencia entre la retroactividad en grado mínimo y la irretroactividad puede presentar dificultades dependiendo de que el momento **decisivo** parta de una concepción material *iusprivatista* (derechos adquiridos, en formación o expectativas jurídicas) o formal en el que el momento de la derogación y vigencia de ambas normas coinciden y permite aplicar el principio *tempus regit actum*.

Se puede graduar también la intensidad de la retroacción de las normas procesales, aunque resulta todavía más artificiosa que en las

materiales y sus efectos más difuminados que en éstas, así como su línea divisoria.

Esto no impide afirmar que puede existir una retroacción procesal en grado máximo si por **razones procesales** –más que materiales– se desea anular u homologar los efectos de la santidad de la cosa juzgada –a través de un ulterior proceso–.

Frente a esta retroacción procesal **intensa** existen otras manifestaciones **moderadas** de retroacción en las que se puede exigir la subsanación, ratificación, repetición u homologación de actos ya realizados o su nueva práctica de forma diferente siempre en aras de acentuar al máximo las **garantías constitucionales** del proceso y para que se impida la posible indefensión de uno o ambos justiciables.

El criterio de **más predicamento** intermedio entre la litispendencia y la aplicación inmediata consiste en **dividir** un proceso en caso de sucesión normativa por instancias (primera instancia, segunda instancia, ulterior por infracción procesal o casación) o por fases dentro de la misma instancia (así la fase de alegación, prueba, conclusión y decisión incluido el recurso no devolutivo o remedio) si fuera posible.

O en fases (periodos) diferentes con autonomía propia –en la primera instancia– si son atribuidas a dos órganos diferentes por su distinta competencia funcional (así en el proceso penal el sumario y el juicio oral) o dividir instancia e incidentes de ésta (abstención y recusación; cuestiones de competencia) o que por la duración acen tuada en caso de crisis procesales como los supuestos especiales de suspensión y paralización del proceso justifican aplicar al finalizar la crisis la nueva ley procesal.

En los supuestos mencionados influye para pronunciarse por uno u otro criterio si la competencia corresponde al mismo órgano jurisdiccional durante todo ese periodo o corresponde a dos órganos diferentes.

**CUARTA.** La sucesión temporal de normas también produce otros efectos procesales. Si se trata de normas materiales, que fueron aplicadas en el proceso en el que se produjo la cosa juzgada material el ulterior cambio de la norma material dejará sin efecto la cosa juzgada material sin perjuicio de que esto –de por sí– no siempre haga necesario un nuevo proceso ulterior. Pero si surge contienda, al amparo de la nueva norma, en este caso la excepción de cosa juzgada material del anterior proceso no producirá efectos impeditivos en el nuevo al ser diferentes las normas materiales que deben ser aplicadas al caso concreto. **Ámbito temporal (o límites temporales) de la cosa juzgada.**

**QUINTA.** Igualmente se producen efectos sobre la **necesidad probatoria de las normas materiales históricas** aplicables al caso concreto en el proceso. Eso ocurrirá cuando tratándose de normas con rango de ley o inferior rango la sucesión temporal lleve consigo que se tenga que **aplicar** al caso concreto un **derecho derogado**, no vigente ya, por tanto que es histórico si la ley vigente respeta el principio de irretroactividad hasta sus últimas consecuencias o permite la ultractividad de la derogada «al caso concreto» hacia el futuro.

El objeto de la prueba será el contenido y alcance del derecho histórico y se configurará su prueba como una «carga» procesal «sui generis» o mejor dicho una «facultad» de las partes y una potestad del órgano jurisdiccional con los efectos procesales especiales que puedan derivar sobre la cosa juzgada en caso de la falta de resultado probatorio positivo de dicho derecho en el proceso.

Es decir no es admisible el «non liquet» pero tampoco la «desestimación» de la demanda por falta de su prueba aunque sí puede suponer en la mayor parte de los casos que no se aplique por el órgano jurisdiccional al caso concreto ese derecho histórico (incluido el derecho histórico extranjero, consuetudinario... y la jurisprudencia específica de todos éstos) sino el **derecho nacional vigente y su jurisprudencia**. El Art. 1 CC y los Art. 24 y 117 CE así lo exigen si no de forma expresa sí de forma indirecta. No se prevé expresamente el supuesto en la LEC vigente.

Semejantes problemas, cuestiones e incertidumbres del párrafo anterior se plantean respecto al objeto, contenido y alcance de la prueba del derecho y carácter de «esta carga» cuando la norma a aplicar sea una norma extranjera que devino histórica, tenga rango de ley o inferior; o cuando estamos ante una costumbre extranjera y en este caso, esté vigente o sea ya histórica. La LEC solo se refiere al derecho extranjero y costumbre vigente.

Igual acontece con la prueba de la costumbre nacional que sea histórica si no está ya vigente y deba aplicarse pese a esa sucesión normativa; o con usos jurídicos ya no vigentes equiparables a la costumbre. La LEC no se refiere a la costumbre histórica (si no a la vigente) ni a los usos jurídicos vigentes equiparables a costumbres (que sí hace el art.1 CC para los vigentes) ni a los usos históricos.

Lo afirmado –para el derecho histórico nacional o extranjero, la costumbre histórica nacional o extranjera, los usos equiparables a costumbres históricas– es de aplicación también a la jurisprudencia –histórica– de nuestros jueces y tribunales y en especial a la doctrina de nuestro TS que la estableció (al pronunciarse en recursos de casa-

ción por infracción de ley material) si la misma se refiere a derecho histórico tras la sucesión de la norma y que sin embargo deba aplicarse esa jurisprudencia histórica al caso concreto.

Obsérvese que la sucesión temporal de normas nacionales materiales iniciado el proceso puede no exigir su prueba de ser inmediata, si la conoce el Juez, pues no se exige en el vigente. Art. 1 CC. O exigirse si transcurren varios años de ella al ser derecho histórico.

Pero **la prueba** –del derecho nacional histórico, del extranjero vigente o histórico, de la costumbre nacional o extranjera y en ambos casos vigente o histórica, de los usos jurídicos equivalentes a la costumbre nacional o extranjera y estén vigentes o históricos, como la jurisprudencia nacional histórica o vigente de estos supuestos– **del derecho está sometida al mismo régimen jurídico en estos casos** al ser una facultad de las partes probarlo y una manifestación de la potestad jurisdiccional del juez cooperar en su prueba. Más que una carga de las partes es una facultad y por ello la falta de resultado probatorio positivo del derecho llevará consigo la aplicación del derecho vigente según el Art. 1 CC y no la desestimación de la demanda o de las excepciones materiales por falta de prueba.

## BIBLIOGRAFÍA.

ACEDO, J.: Retroactividad de las leyes. RCDI. 1958. Págs. 214 y ss.

ALBALADEJO, M.: Instituciones de derecho civil. Barcelona. 1960. Tomo. I.

ALMAGRO NOSETE, J.: El libre acceso como derecho a la jurisdicción. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*. Tomo XIV– N.º 37. 1970.

— Justicia Constitucional. Comentario a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid. 1980.

ALONSO CUEVILLAS SAYROL, J.: Las normas jurídicas como objeto de prueba: tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español. 2004. Valencia.

ALONSO FURELOS, J. M.: A proba do dereito. *Congreso de Derecho Procesal de Galicia: A Reforma da Xustizia Civil*. A Coruña. Noviembre. 1999. Págs. 603 y ss.

— La doctrina «Parot» de nuestro Tribunal Supremo. Retroactividad e irretroactividad de las normas y la condena al Estado Español

por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la S. 12-7-2012.  
*Revista Derecho UNED*. N.º 13. 2013.

ALONSO GARCÍA, E.: ¿Es retroactiva la Constitución.? Homenaje a J. A. García Trevijano Fos. Madrid. 1982.

ALZAGA VILLAMIL, O.: La Constitución española de 1978. Comentario sistemático. Madrid. 1978.

ARZAMENA, J.: Valor de la Jurisprudencia Constitucional en la Constitución Española y las fuentes del Derecho. *I. E. F.* Madrid. 1979. Págs. 253 y ss.

BOCANEGRA SIERRA, R.: El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional. Madrid. 1982.

BULÖW, O. Von.: La teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales. Traduce Rosas Lichtschein, M. Buenos Aires. 1964.

CACHÓN CADENAS, M.: Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000. Coordina Alonso Cuevillas Sayrol, J. Barcelona 2000. Tomo IV.

— De la antigua a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: régimen transitorio de los juicios civiles. Barcelona 2001.

CASTRO y BRAVO, F de.: Derecho Transitorio: el sistema de efecto inmediato de la Ley. *ADC*. 1961. Págs. 731 y ss.

COLINT, A. (con Capitant, H.): Cours élémentaire de Droit Civil Français. Paris 1927. Tomo. I.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: Disposiciones Transitorias. Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid. 1985.

CHIRONI, N.: Della non retroattività delle leggi in materia civile. Siena 1885.

DIEZ PICAZO, L.: Constitución y Fuentes del Derecho. La Constitución Española y las Fuentes del derecho. *I. E. F.* Madrid. 1979. T. I. Págs. 649 y ss.

DIEZ PICAZO, L. (con Gullón Ballesteros, A.): Sistema de Derecho Civil. Madrid. 1982. Tomo. I.

ELIZALDE, P.: El Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia en el Tribunal Constitucional. *I. E. F.* Madrid. 1981. Págs. 859 y ss.

FERRARA, F.: Trattato di Diritto Civile Italiano. Roma 1921. Tomo. I.

- FIORE, P.: De la irretroactividad e interpretación de las leyes: estudio crítico y de legislación comparada. Traduce Aguilera de Paz, E. Madrid. 1893.
- GABBA, C. F.: Teoria della retroattività della leggi. Torino. 1861.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid. 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (con Fernández T. R.): Curso de Derecho Administrativo. Madrid. 1982. Tomo. I.
- GARCÍA VALDECASAS, A.: Sobre el principio de no retroactividad de las leyes. *ADC*. 1966. Págs. 45 y ss.
- GARRIDO FALLA, F.: Las Fuentes del Derecho en la Constitución Española. La Constitución Española y las Fuentes del Derecho. *I. E. F.* Madrid. 1979. Tomo I. Págs. 27 y ss.
- GAYA SICILIA, R.: El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional. Madrid 1987.
- GOLDSCHMIT. J.: Principios generales del proceso. T. I. Teoría general del proceso. Buenos Aires 1961. 2.<sup>a</sup> Edic.
- Teoría general del proceso. Barcelona. 1936. (Es un resumen parcial de la obra original publicada en 1925 en Berlín con el título «El proceso como situación jurídica. Una crítica a la teoría del proceso como relación jurídica»).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: Los Principios Generales del Derecho y la Constitución. La Constitución Española y las Fuentes del Derecho. *I. E. F.* Madrid. 1979. Tomo II. Págs. 1159 y ss.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. (con Herce Quemada, V): Derecho Procesal Civil. Madrid 1976. Tomo. I.
- GUASP DELGADO, J.: Los límites temporales de la cosa juzgada. *ADC*. 1952.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, V.: Jurisprudencia Constitucional. Eficacia retroactiva de la Constitución. *ADC*. 1984. Págs. 865 y ss.
- HERRERO DE MIÑÓN, M.: En torno a la aplicación de la Constitución. La Constitución y las Fuentes del Derecho. *I. E. F.* Madrid. 1979. Tomo II. Págs. 1215 y ss.
- JEZE, G.: Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1948. T. I.

- LACRUZ BERDEJO, J. L. (con Sancho Rebullida): Elementos de Derecho Civil. Barcelona. 1992. Tomo I.
- LÓPEZ GARRIDO, D.: Un año del Tribunal Constitucional: la fijación jurisprudencial de su función y competencias. El control de la inconstitucionalidad sobrevenida. *R. D. P.* 1982. Págs. 199 y ss.
- LÓPEZ MENUDO, F.: El principio de irretroactividad de las normas jurídico administrativas. Universidad de Sevilla. Sevilla. 1982.
- LUCAS VERDÚ, P.: Título Preliminar de la Constitución Española. Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. Tomo I. Págs. 19 y ss.
- MARÍN CONESA, F.: El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo. Valencia. 1982.
- MARÍN MONROY, A.: Las Disposiciones Transitorias de la Codificación Española. *R. C. D. I.* 1941. Págs. 745 y ss y 1942 págs. 586 y ss.
- MICHELI, G. A.: La carga de la prueba. Traduce Sentís Melendo. Buenos Aires. 1961.
- MONTERO AROCA, J. (con Gómez Colomer J. L., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S.): El nuevo proceso civil (Ley 1/2000). Valencia 2000.
- MONTERO AROCA, J.: La prueba en el proceso civil. Madrid. 1996.
- MORODO, R.: Preámbulo de la Constitución. Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. Madrid. 1983. Tomo. I. Págs. 3 y ss.
- PAREJO ALFONSO, L.: La Constitución y las Leyes Preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida. *R. A. P.* 1981. Págs. 201 y ss.
- PÉREZ LUÑO, A.: Estado de Derecho y Derechos Fundamentales. Los derechos humanos. Universidad de Sevilla. Sevilla. 1979.
- PLANIOL (con Ripert.): *Traité Élémentaire de Droit Civil.* París 1911. Tomo I.
- PRIETO CASTRO FERRÁNDIZ, L.: Tratado de Derecho Procesal Civil. Pamplona 1982. T. I.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona 2000.

- ROMERO GIRÓN, V.: De la Irretroactividad de las Leyes en relación con el Código Civil. *R. G. L. J.* 1890. Págs. 425 y ss.
- ROSENBERG, L.: La carga de la prueba. Traduce Krotoschin E. Montevideo. 2002.
- Tratado de Derecho Procesal Civil. Traduce Romera Vera. 3 Tomos. Buenos Aires 1955.
- ROUBIER, P.: *Le Droit Transitoire*. París. 1961.
- RUBIO LLORENTE, F.: La Constitución como Fuente del Derecho en la Constitución Española y las Fuentes del Derecho. *I. E. P.* Madrid. 1979. Tomo I. Págs. 49 y ss.
- RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid. Tomo I.
- SAAVEDRA GALLO, P.: La duda de la inconstitucionalidad. Córdoba. 1986.
- STEIN, F.: El conocimiento privado del juez. Traduce Oliva, A. de la Pamplona. 1973.
- TUHR, A. Von.: *Derecho Civil*. 1946. Buenos Aires. Tomo I.
- VALLS GAMBOU, L.: El régimen de las normas de derecho transitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. La Ley 2000.