

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

EFFECTS OF THE TEMPORARY SUCCESSION OF LAWS
INITIATED THE PROCESS (NON-RETROACTIVITY AND
RETROACTIVITY)
(PART. I: PARTICULR ASPECTS)
(PART. II: SPECIAL ASPECTS)

JUAN MANUEL ALONSO FURELOS
(T. U. Derecho. Procesal)

Resumen: La sucesión temporal de normas tras el inicio del proceso plantea cuestiones complejas, muy prolijas y en ocasiones de difícil solución. A dichas cuestiones trataron de dar respuesta las disposiciones transitorias de las distintas leyes procesales hasta el presente con mejor o peor fortuna y otras se siguen silenciando. La doctrina procesal española y extranjera no es ajena a la materia de ahí la razón de ser de este trabajo.

Ello se debe a que en el proceso se aplican desde su inicio a fin las normas procesales y estas son de distinta especie pudiendo hablarse de las formales o de mero trámite y de las sustanciales. A su vez el Juez, en la sentencia, tiene que aplicar las normas materiales al caso concreto y en ocasiones dentro de éstas existen preceptos procesales que no pueden escindirse de lo material o sustancial.

Se añade que el proceso pasa por diversos periodos, fases e instancias. Existe una diversidad de procesos sean generales o especiales

según su objeto; y diversidad por el orden jurisdiccional ante el que se siguen y la jurisdicción ante la que se ventilan.

Determinar el momento decisivo a partir del cual se puede hablar de irretroactividad, retroactividad o ultractividad es complejo y de base doctrinal. Sin olvidar que la opción que dé a estos sistemas el legislador tiene hoy relevancia y proyección constitucional.

Palabras clave: Derecho transitorio. Diferencias normativas. Litispendencia.

Abstract: The temporal sequence of rules after the beginning of the process raises complex, very prolix questions and in occasions of difficult solutions. To these questions they tried to answer the transitory provisions of the various procedural laws to the present with better or worse fortune and they continue hushing up others. The procedural doctrine so much Spanish and foreign is not foreign to the matter of there the *raison* of this work.

This is because the apply from the beginning to the procedural rules and these are of different species may speak of formal or purely procedural and substantial. In turn the Judge, in the judgment, you must apply the substantive rules to the concrete case and in occasions inside these there exist procedural rules that cannot split of the material or substantial thing.

It adds that the process goes through diverse periods, phases and instances. There are a diversity of processes by general or special order according to his object; and diversity for the jurisdictional order before which they follow and the jurisdiction before which they ventilate.

To determine the decisive moment from which it is possible to speak of non-retroactivity, retroactivity or ultractivity is complex and of doctrinal base. Without forgetting that the option that the legislator gives to these systems has today relevancy and constitutional projection.

Keywords: Transitory Provisions. Substantive and Procedural Rules. Litispendency.

Recepción original: 22/04/2014

Aceptación original: 26/05/2014

Sumario: **Primera parte: Aspectos particulares.** I. Introducción. Cuestiones clave. **Segunda parte: aspectos especiales.** II. El principio general de legalidad, certeza y seguridad jurídica fundamento del principio constitucional de la irretroactividad de las normas. Admi-

sión 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 irretroactividad. Medios de prueba. Ámbito en el derecho de la contratación privada. Derecho internacional privado. Costumbre y usos jurídicos. Jurisprudencia. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

PRIMERA PARTE. ASPECTOS PARTICULARES

I. INTRODUCCIÓN. CUESTIONES CLAVE.

Este epígrafe a nuestro pesar resulta muy extenso. La razón se debe a la necesidad de ir adelantando ideas al lector sobre aspectos fundamentales de otros epígrafes, que de no hacerlo podrían suponer una dificultad añadida; asumo el riesgo de «repeticiones» que pueden parecer innecesarias y que por esta razón –entiendo– se hacen, si no necesarias, sí al menos convenientes. Como destaco –en el título– el objeto de este trabajo son los efectos jurídicos que produce en el proceso, una vez iniciado, la sucesión temporal de normas. Podría haberlo titulado efectos tras la litispendencia, pero inicio de un proceso entendido como inicio de un procedimiento y litispendencia no son términos sinónimos.

* * *

LA LITISPENDENCIA EN SENTIDO AMPLIO COMO INICIO DEL PROCEDIMIENTO Y EN SENTIDO ESTRICTO COMO DETERMINACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA. Litispendencia en sentido amplio equivale a inicio del procedimiento y determinación de las normas procesales de mero trámite que lo rigen aunque en sentido más técnico sea inicio del proceso o de la litis.

En sentido estricto equivale a la determinación de los elementos subjetivos y objetivos del proceso y los efectos que produce. Temporalmente no coinciden aunque la retroacción de los efectos de la litispendencia estricta al inicio del procedimiento en el orden civil y laboral lo suponga. En la sucesión temporal de normas, objeto de este trabajo, puede incidir más el primer aspecto que el segundo como veremos.

Los efectos procesales que la litispendencia produce, entendida en sentido estricto en el orden civil o social aunque se producen con la admisión a trámite de la demanda se retrotraen al inicio del procedimiento en que se presenta la demanda.

Podrían serlo a momentos anteriores a su inicio (pensemos que se retrotraigan, si lo permitiera el legislador lo que no prevé nuestro sistema expresamente, a la solicitud de todos o algunos de los denominados actos previos) o posteriores a ese inicio (siempre antes de la litispendencia estricta) dependiendo de los sistemas procesales vigentes en un Estado según el modelo que este adopte respecto al Derecho comparado.

Se añade que los elementos determinantes de la litispendencia en sentido estricto en el orden civil y social como son las partes y el objeto del proceso quedan delimitados con la admisión a trámite de la demanda (e incluso, después, en la contestación si el demandado se opone activamente a la pretensión del actor con excepciones materiales de fondo) por tanto con posterioridad al inicio del procedimiento (litispendencia en sentido amplio).

En el proceso penal común y militar su concreción se produce casi al final de éste –eso sí en la primera instancia– en las calificaciones provisionales y sobre todo en las definitivas.

Se puede identificar inicio del procedimiento penal o sumario (la actividad investigadora puede producirse, incluso, antes de iniciarse el sumario) con los medios por los que puede abrirse; o con el ejercicio de la acción penal por el agraviado o Ministerio Fiscal en el sumario (en el sentido de preparación de la futura pretensión acusatoria) pese a la dudosa naturaleza del sumario –según la doctrina procesal-jurisdiccional o administrativa.

O que se identifique inicio del proceso penal con el auto que acuerda la apertura del juicio oral –nadie duda del carácter jurisdiccional y procesal del juicio oral incluidos los actos que anteceden a la apertura de sus sesiones abierto éste–. Además tras las sesiones y presentadas las calificaciones definitivas o elevadas las provisionales a

definitivas se concreta la pretensión delictiva y las personas contra las que se dirige según su participación en el delito. (Delitos comunes o militares. Véase el Código de Justicia militar para el proceso penal militar).

Existen procesos en que están determinados los sujetos y el objeto del proceso, incluso, antes del inicio del procedimiento y de su litispendencia estricta. Así en los «denominados» recursos contenciosos administrativos y los recursos planteados ante el Tribunal Constitucional.

En el primer caso por el carácter revisor (de ahí el nombre de «recurso») en la jurisdicción contenciosa administrativa de la actuación previa de la Administración, cualquiera que sea ésta, en el procedimiento administrativo común o especial (incluida la militar en el ámbito contencioso administrativo del Código de Justicia Militar).

Lo mismo sucede con el «recurso» de Amparo ante el TC donde este lleva una actividad revisora de una actividad jurisdiccional previa; o en el «recurso» de inconstitucionalidad de las leyes y en el «recurso» por conflicto de competencias donde la actividad revisora o de control del TC lo es de una previa actividad legislativa o administrativa donde en todos estos supuestos –del art. 161 CE– partes y objeto del proceso están concretados antes del inicio de dicho proceso revisor o de control (de ahí el nombre de «recurso»).

Existen procesos donde primero se prepara la pretensión y luego inmediatamente después se ejercita ésta. La preparación en una «papeleta de demanda» en los procesos que la admiten a la que sigue su ejercicio en la demanda supone que la admisión de la demanda lo es con efectos retroactivos al momento de la presentación de la primera.

También desde otra perspectiva en los procesos –denominados también «recursos» por su carácter revisor– en los que la primera instancia jurisdiccional contenciosa administrativa o contenciosa constitucional es revisora y donde primero se interpone el recurso que prepara la demanda y después se presenta la demanda (aunque las partes y el objeto están determinadas con anterioridad a su inicio al serlo en la actividad precedente que como acabo de señalar, no es jurisdiccional) su admisión lo es con efectos retroactivos a la presentación del escrito de recurso.

La razón por la que no empleo en el título de este trabajo –sobre la sucesión temporal normativa– la expresión litispendencia se debe a que tiene dos acepciones: amplia como inicio del procedimiento y determinación de las normas procesales aplicables a ese procedimien-

to desde su comienzo al fin para la que es admisible. O estricta que determina el momento en que se concretan los elementos esenciales del proceso que son las partes, el objeto y sus efectos para la que no es adecuada. Sirve esta última acepción de la litispendencia estricta también para excluir (efecto negativo) un segundo proceso si concurre en él la absoluta identidad objetiva y subjetiva con el primero mediante la excepción de litispendencia o cosa juzgada; o si es prejudicial (efecto positivo) el segundo proceso del primero de no darse esa identidad absoluta pero el objeto deducido y la sentencia a dictar en este segundo es prejudicial o condicionante de la del primero.

He titulado este trabajo sucesión temporal de leyes procesales iniciado el proceso. Es obvio que toda sucesión normativa tiene carácter temporal y que el tiempo en la sucesión de las leyes procesales suele ser muy espaciado pues no suelen sucederse éstas entre sí en un corto o breve espacio de tiempo como ocurre con las normas pertenecientes a otras disciplinas jurídicas.

La razón de que emplee el término leyes procesales y no normas procesales se debe a la reserva de ley existente en nuestro sistema procesal cualquiera que sea el orden jurisdiccional implicado. Se trata de una simple concreción pues toda Ley procesal es una norma procesal.

Pero existen normas no procesales que pueden tener el carácter de Ley o ser de rango inferior –dentro de la jerarquía normativa establecida por nuestra CE– en el ámbito administrativo, fiscal, laboral, e incluso en lo civil y mercantil.... que el órgano jurisdiccional aplica en el proceso, al caso concreto, en su sentencia para otorgar congruentemente la tutela jurídica solicitada por las partes (Art. 3 y 4 CC; 24 y 117 CE). Sin perjuicio de que en dichos ordenamientos abundan en unos más las que tienen rango inferior a ley y en otros las de este rango.

* * *

CICLO VITAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS. CARÁCTER DIFERENCIADO EN LA SUCESIÓN TEMPORAL. Como los seres vivos, las personas y las normas tienen su ciclo vital. Tienen una etapa previa de «gestación» que dura hasta el nacimiento. El nacimiento de la norma jurídica supone su entrada en vigor y su eficacia y el de la persona el inicio de la personalidad.

— La etapa de gestación de las normas jurídicas –tratándose de las leyes– coincide con la iniciativa legal a través de sus Anteproyectos en la Comisión de Codificación a propuesta del Go-

bierno o elaborándolos este mismo; por las propias Cortes en cualquiera de las dos Cámaras legislativas a iniciativa propia. Y coincide también con los ulteriores Proyectos mientras se discuten éstos en éstas.

Me remito a lo dispuesto en la Constitución Española y Reglamentos de las Cámaras sobre la iniciativa legal que corresponde al Gobierno, a las Cámaras Congreso y Senado, e incluso a la propia ciudadanía; al ulterior desarrollo de Anteproyectos y Proyectos en las Cámaras donde son objeto de enmienda y discusión hasta que son definitivamente aprobadas las leyes en las Cortes con el «*quorum*» ordinario o específico exigido –en supuestos determinados–; a su ulterior sanción por el Rey (Jefe del Estado) y su «*vacatio legis*» por el tiempo establecido. En las normas inferiores a ley la iniciativa corresponde al Gobierno con la especialidad de los Decretos Leyes.

Dura dicha fase de gestación de las Leyes, como señalamos, hasta el momento en que se produce su entrada en vigor en la fecha en ellas prevista o en su defecto en la que determina el CC en su Art. 2 y desde ese momento puede ser aplicada y al serlo se produce su eficacia y derivan sus efectos.

- Nacimiento de una ley que coincide con su entrada en vigor; nacimiento de una ley que coincide con la muerte de la precedente o su derogación (en lo divergente, no así si se mantiene en la nueva la identidad plena de ciertos contenidos con la precedente) aunque esa muerte puede suponer –o no– la extinción de todos sus efectos anteriores o eficacia o de los futuros que surjan a su amparo. (Irretroactividad-retroactividad-ultractividad).

Queda claro, como acabamos de decir, siempre que la nueva norma deroga a la anterior total o parcialmente en lo divergente. Pues lo que se mantiene íntegro de la antigua –en la nueva– sigue vigente por amparo de esta última y no se produce derogación ni sucesión temporal alguna ni sus efectos; y tampoco en sentido propio a estos efectos (aunque es realidad más que ficción) un nacimiento y una entrada en vigor de la nueva aunque diga el legislador «a los cuatro vientos» expresamente y en una disposición general derogatoria que la nueva ley deroga a la anterior.

Como las personas las normas tienen una vida. El momento inicial de la vida biológica en las personas físicas se produce con el nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. Nacimiento físico que coincide con el nacimiento jurídico o adquisición de la personalidad (Art. 29 y 30 CC) a diferencia

con la redacción anterior a la Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil DF.3.^a que exigía otros requisitos. (Ver art. 30 CC precedente). Las personas jurídicas «nacen» o surgen al constituirse si cumplen con los requisitos legales exigidos.

Nacimiento y personalidad de las personas físicas y jurídicas que bajo esas condiciones y con ese efecto vienen a coincidir. Personalidad para el derecho civil y capacidad para ser parte en derecho procesal son términos sinónimos.

En las normas jurídicas, en especial las leyes, el nacimiento suele coincidir con su eficacia (aunque no necesariamente) y se produce desde su entrada en vigor (transcurrido el plazo previsto de «*vacatio legis*» que se inicia por lo general –salvo casos excepcionales en los que no entraré– desde su completa publicación en el BOE –en la actualidad desde que se «cuelga íntegramente» el BOE en Internet al no publicarse ahora en forma impresa como sucedía hasta hace muy poco–).

Y finaliza esa «*vacatio*» al término del plazo establecido en la norma para su entrada en vigor o en caso de silencio legal al finalizar el plazo que determina el Art. 2 CC. La entrada en vigor justifica su aplicación, es decir su eficacia. Ciertamente que la sucesión temporal si la nueva norma permite que se siga aplicando la anterior le merma eficacia.

- La muerte de las personas físicas se produce con su fallecimiento que extingue su personalidad y en las personas jurídicas con su extinción por las causas legales equivalente a la muerte de aquéllas. Extinción de su personalidad y de su capacidad para ser parte. La muerte de la norma o de la ley se produce con la derogación total o parcial; expresa o tácita por la nueva en lo que difiere, diverge o es incompatible con aquélla.

Incide la derogación y se producen los efectos de la sucesión temporal si la nueva norma deroga total o parcialmente a la anterior; es irrelevante y no produce efectos la sucesión normativa –lo señale– si la nueva mantiene de forma idéntica el contenido de aquélla (aún establecida la cláusula general derogatoria por razones de técnica jurídica) e incluya el contenido «vigente» de aquélla en su articulado para evitar lagunas.

Expresamente lo dispone el Art. 2-2 CC. «Las leyes (normas) sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre (la derogación tácita o la derogación genérica si no se determina el nuevo contenido

normativo debe ser objeto de interpretación restrictiva de su alcance en aras a mantener la plenitud e integridad del ordenamiento jurídico; el principio de legalidad y certeza jurídica y así evitar lagunas) a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley (norma) no recobran vigencia las que esta hubiera derogado».

Esta última afirmación lógica, puede verse afectada si la nueva ley vigente toma como modelo a la que la anterior derogó y se limite en una disposición «final» a otorgar vigencia a ésta o una parte de su contenido aunque parece más lógico que plasme dicho contenido en el nuevo texto vigente. Lo deseable es que la derogación sea expresa y se manifieste su alcance en las disposiciones derogatorias por razones de técnica jurídica por tanto al final del articulado aunque puede aparecer dentro de éste y que el nuevo texto cubra el derogado para evitar lagunas. La derogación tácita plantea problemas múltiples interpretativos si ambas normas no son totalmente incompatibles.

La muerte o derogación de una norma no supone siempre la pérdida de su eficacia en las situaciones de tracto sucesivo a diferencia con las de tracto único. Puede seguir desplegando efectos la norma después de derogada si la vigente lo permite respecto a efectos producidos antes de la vigencia de la nueva (si es irretroactiva) e incluso si ésta lo permite para los que se produzcan después si traen causa en la situación precedente (ultractividad futura). Lo lógico es que se regule esto en las disposiciones transitorias que fijan el tránsito de una a otra norma al quedar fuera «del alcance» de la derogación.

La derogación incide de forma refleja en el derecho transitorio y sobre los sistemas en que se funda según la nueva norma vigente establezca de forma expresa o tácita su irretroactividad (siempre se presume y respeta las situaciones y efectos... producidos antes de su vigencia); la retroactividad y sus grados máximo, medio y mínimo (que no se presume aunque puede deducirse de su contenido cuando no sea expresa la declaración de retroactividad si se trata de una ley imperativa que busca su aplicación lo antes posible, de orden público, incompatible con la anterior que busca el más rápido e inmediato cambio social y la total e inmediata uniformidad normativa para dejar sin efecto cuanto antes todos o algunos de los atisbos de la precedente...); o la ultractividad (que puede ser expresa o presunta dependiendo del contenido disponible de la norma).

Además la derogación determina el momento decisivo para su aplicación dependiendo de que se siga una doctrina privatista (derechos adquiridos, en formación o expectativas sobre la base del dere-

cho privado) o formal (automática e integradora de todo el derecho con base en la aplicación inmediata desde su vigencia o de la regla *tempus regit actum*).

— En este trabajo me referiré respecto a las normas materiales de forma indistinta –leyes o normas lo sean de esta o inferior jerarquía– salvo cuando sea precisa la distinción. (El Art. 2 CC habla de leyes y el art. 3 CC se refiere a normas y el Título Preliminar CC emplea ambos términos de forma semejante).

Sabemos que las normas con jerarquía inferior a la Ley son frecuentes y relevantes, especialmente, en el ámbito del Derecho Administrativo y Fiscal y que su aplicación puede actuarse por la propia Administración pero también puede reclamarse su cumplimiento –a través del procedimiento administrativo o contencioso administrativo– por los particulares.

En derecho procesal, como señalé, estamos ante leyes por la reserva legal. En el ámbito privado civil y mercantil suelen ser leyes cuyo objeto es disponible por los particulares que pueden actuarlas por sí o acudiendo a los tribunales –salvo excepciones en que el objeto es indisponible– pero pueden existir normas de rango inferior.

En el orden jurisdiccional penal tienen –en todo caso– carácter de Ley por la reserva legal que exige el principio de legalidad al que se encuentran sometidas; son imperativas e indisponibles a salvo de la disponibilidad que permita el proceso penal dentro del ámbito de la conformidad o el régimen de procedibilidad en los delitos privados o semipúblicos y sólo pueden ser actuadas por los órganos jurisdiccionales.

En el ámbito administrativo pueden tener carácter de Ley o ser normas inferiores y las actúa la propia Administración o en su defecto son los particulares quienes reclaman su actuación ante los Órganos administrativos o jurisdiccionales del orden contencioso administrativo.

Las normas de derecho privado civiles o mercantiles (o derecho internacional privado) al ser –por lo general– los derechos que reconocen a sus titulares disponibles e incluso permiten la exclusión voluntaria de la norma (ámbito contractual) pueden actuarse fuera del proceso por los propios particulares o por medios alternativos a éste.

La exclusión voluntaria de estas normas o las convenciones añadidas por los interesados permite que determinen libremente la «tutela concreta» que desean a los derechos disponibles reconocidos en las mismas; y sólo serán reclamados esos derechos, en el proceso, al ór-

gano competente de la jurisdicción civil –en caso de incumplimiento– por una de las partes. En tal caso la sucesión temporal de normas si son disponibles puede ser totalmente irrelevante antes del proceso o en éste.

En las normas penales materiales su actuación, como señalé, sólo es posible exclusivamente a través del proceso y por el órgano jurisdiccional competente del orden penal al ser normas de derecho público indisponibles que se refieren a la actuación de un Derecho «Público» cuyo titular sólo puede ser el Estado.

En ningún caso corresponde su titularidad a los particulares (aunque en ciertos casos, muy limitados, la iniciativa procesal para su actuación o régimen de su procedibilidad en el proceso penal puede corresponder –porque así lo permite el Estado– en exclusiva a los particulares perjudicados tratándose de delitos privados o semiprivados. Algo semejante ocurre con la conformidad dentro del ámbito en que es permitida.

La actuación al caso concreto de la norma penal material para imponer una pena al autor o participe del hecho delictivo cometido es lo que se corresponde con el «derecho material de penar» o actuar en el proceso penal, al caso concreto, el «*ius puniendi*» y corresponde exclusivamente al Estado sólo a través del órgano jurisdiccional penal.

De la misma forma en el proceso deben cumplirse las normas procesales de mero trámite y las sustanciales que son por lo general imperativas salvo excepciones y son el instrumento del proceso y procedimiento y de las garantías constitucionales del proceso para hacer efectiva la tutela judicial aplicando las normas materiales al caso concreto.

* * *

NORMAS MATERIALES Y PROCESALES. DIVERSIDAD PROCESAL. MOMENTO DECISIVO.–Es preciso distinguir desde ahora entre normas materiales y leyes procesales.

Y entre las procesales las de mero trámite, procedimiento o de derecho judicial formal (semejantes son las de procedimiento administrativo que no abordaré en este trabajo por ser ajeno a su objeto) que producen efectos directamente sobre el proceso de las que denominamos de derecho judicial material o mixtas (Goldschmidt) que producen efectos tanto sobre la situación material (se haya iniciado el proceso –o todavía no–) como en el proceso al afectar a la cuestión de fondo y se suelen referir a los presupuestos procesales, incluso –en

ocasiones– a las condiciones de procedibilidad o a ciertas presunciones legales.

El momento decisivo en éstas, para determinar su aplicación y por ello su irretroactividad (o retroactividad), es diferente a las de mero trámite. Las normas de derecho judicial material reguladoras de presupuestos procesales o condiciones de procedibilidad están insertas en normas materiales (aunque también en procesales) mientras que las de mero trámite lo suelen estar en las procesales. En derecho procesal no existe una categoría unitaria de normas como en otros ordenamientos y la doctrina procesal es consciente de esta dificultad añadida.

En las normas materiales el momento decisivo para su aplicación es el de la realización o consumación del hecho, negocio, relación o situación jurídica productora de efectos jurídicos (dígase, los derechos y obligaciones) civiles o mercantiles. El del momento de la comisión del hecho delictivo o precisando más el momento que éste produce el resultado lo sea por acción, omisión o comisión por omisión. El del hecho, acto o negocio jurídico administrativo o fiscal que origina efectos administrativos o fiscales.

La norma vigente en ese momento es la que debe aplicarse. Si se produce una ulterior sucesión de normas parece lógico que la nueva permita la aplicación de la antigua vigente en aquel momento, (en la sentencia del proceso al caso concreto), si respeta el principio de irretroactividad. En otro caso, si la nueva regula esa situación, sobre momentos en que todavía no estaba vigente sería retroactiva y en este último caso según su intensidad o graduación será la retroacción máxima, media o mínima; y según su carácter puede ser la retroacción de la norma material favorable o perjudicial según amplíe o restrinja derechos.

Estas afirmaciones a priori de la irretroactividad o retroactividad exigen precisiones dependiendo de que se siga una concepción material y privatista (sobre la base de los derechos adquiridos, en curso o las meras expectativas jurídicas) o una concepción formal sobre la base de la aplicación inmediata de la norma ulterior desde su vigencia siguiendo el principio general «*tempus regit actum*».

En ocasiones por ello se puede confundir la retroactividad en grado mínimo –si se sigue la teoría material de los derechos adquiridos, en formación y las expectativas jurídicas– con la irretroactividad si se sigue la aplicación inmediata. De ahí la necesidad de combinar el principio de irretroactividad de las normas con el de la aplicación inmediata de las normas vigentes que postulo y propugno en este tra-

bajo y que seguiré por ello conforme al cual si la norma vigente respeta las situaciones y los efectos surgidos (se hayan cumplido o no y en ese caso susceptibles de reclamación en juicio) durante la vigencia de la anterior es irretroactiva y de igual forma lo será con la regulación de los efectos producidos desde su vigencia.

De todas formas y al margen de todo conceptualismo jurídico o doctrinal siempre hay que fijar un momento como decisivo para determinar si la norma es irretroactiva o no.

Debo adelantar que respecto a la retroactividad siempre operamos con una ficción pues el tiempo siempre se sucede hacia el futuro y nunca retorna al pasado. (A diferencia con las películas de ciencia ficción donde es posible retornar del presente a la Edad Moderna, Media, o Antigua).

Pero también se opera con una realidad, pues no se puede olvidar que es la norma nueva y vigente la que por sus efectos es irretroactiva o retroactiva. Nunca la antigua derogada. Que la antigua derogada fuera irretroactiva o retroactiva pertenece al pasado a estos efectos y esto es muy relativo y secundario y dependerá en todo caso de que las leyes que derogó se asimilen o no en su contenido a la que la deroga.

Determinar el momento decisivo siempre es una cuestión previa –nos guste o no–. Y así parece entenderlo el constituyente español en el Art.1 y 9 CE al seguir una concepción formal (y no la material sobre la base de los derechos adquiridos) de la irretroactividad.

Ello es así por ser más uniformadora con el ordenamiento jurídico en su conjunto ya sea derecho público o privado y mas coherente con el principio de legalidad de un Estado «Social y Democrático» de Derecho (valor que propugna dicho constituyente al margen de su carácter político) sobre la base de la teoría de la aplicación inmediata de la norma desde su vigencia al ser respetuoso con el principio de la irretroactividad de las normas. Teoría coherente con el derecho procesal al estar incardinado en el Derecho Público.

Ello sin perjuicio de las salvedades y matizaciones que imponga el legislador compatibles o no con la irretroactividad, muy especialmente desde el plano procesal, en las disposiciones transitorias.

Me he referido a la sucesión temporal de normas materiales aunque la cuestión –su estudio fue desarrollado al completo por civilistas y estudiosos de la teoría general del derecho– no corresponde por ello abordarla en este trabajo a un procesalista y por eso no entraré en ella salvo que razones procesales reflejas o incidentales lo exijan.

V. gr. Aplicar la norma material, tras la sucesión temporal, al caso concreto –en el proceso ya iniciado– por el órgano jurisdiccional en la sentencia; determinar el ámbito objetivo y temporal (para mí es una cuestión de ámbito más que de límites, aunque la doctrina procesal mayoritaria habla de límites) de la cosa juzgada material o su total desaparición por el cambio sobrevenido de las circunstancias tras la firmeza de la sentencia si la sucesión temporal de la norma material es posterior a dicha firmeza y es objeto de debate en un segundo proceso la actuación de la vigente Ley al caso concreto.

En las normas procesales de mero trámite debemos distinguir entre los distintos procesos al no ser el régimen idéntico. La doctrina procesal española, con carácter general y desde Gómez Orbaneja –quizá por la influencia alemana y de la doctrina italiana con base germánica desde Chiovenda– propugna como momento decisivo inicial para aplicar las leyes procesales el de la litispendencia pues determina el procedimiento aplicable a seguir. La misma propugna otro autor clásico como es Prieto Castro.

Pero no la propugnan hasta sus últimos extremos como permitían los Decretos que promulgaron las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 (aplicar la LEC desde el inicio del procedimiento o litispendencia hasta su fin, es decir hasta la producción de la cosa juzgada y la conclusión de la ejecución) si no solo a la «pendencia del proceso» en una instancia. Hasta la primera instancia; la segunda; hasta la terminación del recurso extraordinario que corresponda; o la resolución del incidente caso de conflicto o cuestión de competencia o abstención y recusación...; hasta el fin de la ejecución.

La litispendencia (o su aplicación desde el momento inicial hasta una instancia o hasta la total conclusión del proceso) es totalmente compatible con el principio de legalidad consustancial a las leyes procesales y con el de irretroactividad. Tiene ventajas e inconvenientes que dependen del tipo de proceso que se siga por el legislador es decir de los principios técnicos del proceso y los del procedimiento que informen a ambos procesos (Dígase con más propiedad que informan a la ley procesal «antigua» derogada y a la «nueva» ley procesal que la deroga).

Quizá sostener la aplicación inmediata de las normas desde su vigencia –en caso de sucesión de normas procesales en el tiempo tras la litispendencia– pueda evitar algunos problemas, siempre que se module adecuadamente (a una instancia o fase) y a esto responde la razón de ser de este trabajo.

Pero lo haremos desde una perspectiva general, de la abstracción, aplicable a todo ámbito si fuera posible, sentando bases y principios. Sin entrar en el casuismo, en el particularismo, en supuestos específicos, en la concreción de cada una de las disposiciones transitorias de las LEC desde 1855, 1881, 2000 así como de las Leyes que las modificaron; o de las LECRIM de 1872 y 1881 y las que las modificaron, o las demás leyes procesales que se actúan en otros órdenes jurisdiccionales o en jurisdicciones especiales.

Debo ahora destacar que el momento decisivo para aplicar las normas procesales no puede ser el mismo que el de las materiales. Es decir el momento de la consumación del hecho, relación, situación, negocio, delito (dígase hecho histórico calificado como delito), acto o contrato administrativo... no puede ser el decisivo para aplicar la norma procesal que estaba vigente en ese momento. Al iniciarse el proceso se aplica la norma procesal vigente en ese momento y no la vigente de cuando se produjo el hecho a cuyo amparo se solicita una tutela determinada en el proceso.

En efecto el derecho procesal es independiente y autónomo de la situación jurídica material concreta cuya actuación se puede pedir en éste. (Gómez Orbaneja, Prieto Castro y Cachón Cadenas).

Quizá por ello la doctrina civilista antigua (italiana como francesa del S. XIX y después la alemana de comienzos del XX) –al comprobar que se establecía por el legislador en la mayor parte de los casos en las disposiciones transitorias que se aplicarían las normas procesales vigentes en el momento del inicio del proceso, y no las procesales vigentes cuando se produjo la situación material que justifica su actuación en el proceso; y por negar estas doctrinas materiales la autonomía del proceso al considerarlo dependiente del derecho material y mero instrumento de éste ya que su único fin era la actuación de la norma material al caso concreto –consideraba que las normas procesales eran en todo caso retroactivas.

Cuando el derecho procesal es visto como una disciplina autónoma, independiente, desligada de aquél, inserta en el derecho público por el carácter especial de sus elementos fundamentales como son la jurisdicción, la acción y el proceso Y que la razón de ser de esa autonomía está en los profundos estudios de la dogmática procesal alemana e italiana de base germánica Esta doctrina civilista que –en la materia objeto de este trabajo– iba más avanzada que la doctrina procesal cambia los términos y señala desde ese momento que las leyes procesales son aparentemente retroactivas.

Con este cambio terminológico –para no desdecirse de su anterior afirmación– aunque realista y lógico, la doctrina civilista reconoce que las leyes procesales por lo general son irretroactivas (retroactividad aparente de una norma, que siempre es una apariencia en cuanto tal por la ficción que supone –que el tiempo inexorablemente avanza hacia el futuro y no retrocede al pasado– y lo es además en el sentido examinado en cuanto es apariencia de lo que no es; ya que lo que es, es lo general y lo general es que una norma procesal sea irretroactiva). Esto es así –y así se presupone en nuestro derecho legislado Art. 2 CC; 2 LEC; 1, 9 y 24 CE.

A salvo que expresamente se disponga lo contrario en la ley procesal si se opta por la retroactividad y además permita la legalidad vigente su retroactividad Art. 2 LEC dentro de los límites constitucionales establecidos en los Art. 9, 24 y 25 CE.

Con las excepciones tasadas, por tanto, que la proscriben constitucionalmente en los art. 9, 24 y 25 CE si se trata de normas procesales sancionadoras (más acentuadas en la vigente LEC 2000 que en la precedente); o procesales que sean restrictivas de derechos individuales como las relativas en el proceso penal a las medidas cautelares penales privativas o restrictivas de la libertad personal; e incluso las restrictivas del derecho de acción o libre acceso a la jurisdicción del art. 24 CE que supongan impedir, restringir o limitar las garantías constitucionales que consagra este precepto.

Las penales si son desfavorables al reo Art.9 y 25 CE aunque en ocasiones es la norma penal desfavorable la que constituye el presupuesto de una norma procesal para adoptar una medida cautelar penal que impide o restringe la libertad individual y debe extenderse su proscripción retroactiva en el ámbito del proceso penal. No si son favorables.

Se puede establecer expresa o tácitamente –de forma clara– la retroactividad (que no se presume, Art. 2 CC, 2 LEC, 1, 9, 24 y 25 CE) de la norma procesal dentro de ese ámbito constitucional permitido (aunque no sea frecuente establecerla es posible y a veces deseable si la retroacción es «favorable» –no al establecimiento de derechos individuales que no corresponde a la ley procesal sino a la material– para acentuar las garantías constitucionales del proceso del art 24 CE y de la jurisdicción del art 117 CE).

Se puede graduar por la intensidad la retroactividad de la ley procesal en grado mínimo, medio o máximo en igual medida que las normas materiales aunque puede ser artificiosa y obviamente hacerse desde otra perspectiva.

La irretroactividad de la ley procesal puede defenderse sobre la base de dos modelos, corrientes o teorías procesales.

— La primera la litispendencia en sentido amplio equivale a simple inicio del procedimiento –estén o no determinados los elementos esenciales que configuran el proceso que son las partes y su objeto–. Tiene muchos defensores.

Supone que el inicio del procedimiento concreto determina la aplicación de la norma procesal vigente desde ese momento a ese procedimiento que será aplicable desde su inicio hasta su finalización por sentencia firme y ejecución de ésta. Si durante su pendencia se produce la sucesión temporal debe seguir rigiéndose ese proceso por la vigente en su litispendencia hasta su fin (posición extrema) o durante esa instancia o fase (posición moderada).

Implica que, tras la sucesión en el tiempo, la nueva norma procesal vigente no se aplica a ese proceso ya iniciado al amparo de la antigua que sigue rigiéndose por esta (salvo que fuera retroactiva la norma nueva y el ámbito constitucional lo permita o no se aplica hasta un momento determinado como la nueva instancia o fase). La nueva norma vigente sólo se aplicará en su totalidad a los procesos que se inicien en el futuro, tras su vigencia; por tanto lo será para procesos todavía no iniciados desde que entra en vigor. Así se establecía expresamente en las Disposiciones transitorias de la LEC 1855 y 1881.

El hecho de que se siga aplicando en ese proceso la norma procesal derogada supone que ésta (nos guste o no) pasa de ser ley «general» a ley «especial» vigente para ese o esos procesos en curso y con base en el principio de irretroactividad que la nueva ley respeta hasta unos límites que podrían considerarse quizá excesivos al permitirle un amplio ámbito de ultractividad. Es por ello que la nueva Ley como si de una «ficción jurídica» se tratara «convierte» a la antigua ley general derogada en «ley especial de carácter temporal» única y exclusivamente para los procesos en curso.

Es decir la nueva ley procesal es «general» para los procesos no iniciados y convierte en «especial» la derogada para los procesos en curso. Con otras palabras la Ley procesal nueva permite, consiente y establece que la procesal derogada como «ley general» y que es ley «especial temporal» para ese proceso y demás procesos todavía en curso siga desplegando eficacia con una ultractividad futura –Cachón Cadenas–. Por tanto se sigue aplicando desde su derogación hasta la finalización del último proceso en curso seguido a su amparo y sigue desplegando efectos jurídicos mientras continúe la litispendencia del

procesos (hasta la cosa juzgada y su total ejecución o hasta esa instancia o fase).

Por ello en ocasiones las disposiciones transitorias limitan esa actividad de la antigua al fin de esa instancia o a una fase de ésta o a momentos determinados.

Se crean, por tanto dos regímenes procesales diferentes (el de la norma procesal derogada «vigente» para procesos en curso y el de la vigente para los nuevos procesos iniciados tras su vigencia) más o menos compatibles entre sí dependiendo de los principios del proceso o procedimiento a que respondan; pero incompatibles en buena medida con el «principio de legalidad» del derecho procesal moderno (art. 1 y 2 LEC); se distorsiona –además, aunque no se llegue a vulnerar– el principio de igualdad personal en la aplicación de las normas procesales Art. 1 y 2 LEC y 14 CE.

La justificación de esta dualidad puede ser controvertida no sólo desde el prisma del principio de igualdad (Art.14 CE) sino desde la propia finalidad de las leyes procesales que es el respeto de las garantías constitucionales del proceso encaminadas al logro de la tutela judicial efectiva (Art. 24 y 117 CE) en cuyo caso habría todavía mucho más que decir... como podrá deducirse.

El lector podrá comprobar que todas estas expresiones –se compartan o no y que por supuesto no tiene por qué compartir– son manifestaciones del mismo fenómeno.

La retroactividad propia, ultractividad hacia atrás o al pasado, a momentos anteriores a la vigencia de la norma que la establece, supone que la ley procesal vigente regula «el pasado» anterior a su vigencia –como si de una ficción se tratara en el que el presente vuelve al pasado– es decir los actos procesales o los efectos jurídicos derivados de aquellos o las situaciones procesales que se establecieron al amparo de la antigua (vigente entonces y después derogada por ésta).

Regula la nueva ley procesal los actos procesales fenecidos al amparo de aquella y sus efectos derivados y las situaciones procesales constituidas a su amparo sobre espacios temporales en que todavía no estaba vigente porque lo estaba la derogada.

— La segunda corriente procesal, también respetuosa con la irretroactividad es la aplicación inmediata. La norma procesal vigente se aplica desde su vigencia y si no fuera posible su aplicación directa «se acomoda» con la anterior si es posible cuando las dos normas procesales responden a los mismos principios técnicos o políticos del proceso o procedimiento.

Si no fuera posible esa acomodación se aplica lo antes posible la nueva ley procesal vigente dividiendo el proceso en instancias (V. gr. la nueva instancia –si la anterior fue la primera instancia– es decir la apelación se regirá por la nueva ley procesal vigente), fases dentro de la misma instancia (si la fase de alegación se rigió por la ley derogada, la de prueba se rige por la nueva vigente, de ser posible convirtiendo la actividad probatoria en una entidad autónoma e independiente).

O en periodos si fuera posible (si en esa fase fuera posible el deslinde de actuaciones por ejemplo tras la práctica de la prueba testifical realizada por la antigua norma que el reconocimiento judicial se practique por la nueva ley procesal). O que tras la fase de declaración, la de ejecución se rija por la nueva.

La aplicación inmediata puede ser defendida cuando las dos normas procesales en cuestión objeto de sucesión temporal responden a los mismos principios técnicos o políticos del proceso o del procedimiento y sea sencilla su armonización. Así si ambas leyes se rigen por el principio de escritura o de oralidad. O ambas por los principios de iniciación privada y libre disposición del objeto; o ambas regidas por el principio de iniciación oficial e indisponibilidad del objeto. Si no responden a los mismos principios su armonización en la misma instancia será muy difícil.

Obsérvese sin embargo que ambas concepciones confluyen en el punto intermedio.

* * *

Las normas procesales de MERO TRÁMITE, DE PROCEDIMIENTO, o de derecho judicial formal suponen una sucesión encadenada de actos procesales de las partes y el órgano jurisdiccional desde el inicio al fin del procedimiento que tienen como objeto la decisión jurisdiccional (art. 117 CE) en la sentencia y son el medio o instrumento para otorgar la tutela judicial efectiva Art.24. Les es de aplicación ambas teorías.

Las normas procesales que regulan las CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD sean subjetiva, objetivas, o referidas a la actividad; positivas o negativas; previas o coetáneas son aquéllas que deben concurrir para que se pueda iniciar o proseguir el procedimiento y que de no concurrir impiden su inicio o su prosecución, en cuanto óbices, paralizándolo hasta que se cumplan.

Se les puede aplicar el régimen general de las normas procesales de mero trámite, en caso de sucesión temporal, si no son en sentido estricto presupuestos procesales. Cuando digo régimen «general» me

refiero a que debe ser examinada una a una en particular con carácter previo por lo que pueden existir excepciones a que su régimen se rija por el del procedimiento aplicable y deba serlo por el de los presupuestos procesales en caso de sucesión temporal de las normas que los regulan.

Su incumplimiento origina un óbice de procedibilidad y pueden oponerse como una excepción procesal de la misma forma que los impedimentos procesales en caso de incumplirse los presupuestos procesales. Óbice a la prosecución del proceso que existe pero no puede proseguir por razones materiales y procesales (en ocasiones buscan retardar el inicio del proceso) hasta que se cumpla la condición permaneciendo paralizado. (Si se archiva, no se paraliza y debe iniciarse de nuevo el proceso).

Las normas que regulan los **PRESUPUESTOS PROCESALES** (sean subjetivos, objetivos o de la actividad; positivos o negativos; subsanables o no) tienen carácter mixto material y procesal. Es previa la norma que los determina y regula al proceso concreto y determinado en que deben cumplirse y concurrir. No cumplirlos origina un impedimento procesal que podrá ser o no subsanable según el caso.

Se rigen en muchas ocasiones por normas materiales (o procesales) que son previas al proceso aunque se exige su concurrencia y el cumplimiento de sus requisitos cuando se inicia el proceso o procedimiento. Incluso, con posterioridad a éste, el incumplimiento de estos presupuestos o requisitos puede ser subsanado si fuera posible o admisible.

Decimos carácter mixto porque el presupuesto está íntimamente unido y es inescindible de la cuestión principal o de fondo deducida en juicio. Incluso antes del juicio existen por ser previos y una norma previa los regula y se refiere a ellos. Existe en ellos una relación insoluble entre el proceso y la cuestión de fondo que condiciona el contenido o validez de la sentencia o la impide entrar en el fondo de ser innecesario.

Su control es al inicio del proceso o en momentos anteriores a la sentencia –audiencia previa o equivalente del proceso civil, contencioso o laboral; o dictado el auto de apertura del juicio oral antes de las sesiones si se proponen cuestiones previas–. Se puede declarar el incumplimiento de esos presupuestos o impedimentos en un auto que acuerde su subsanación en un plazo si fueran subsanables o el archivo de actuaciones de ser insubsanables o no subsanarse en plazo sin entrar en el fondo.

O declararse después si se desconocía su falta de concurrencia en la sentencia sin entrar en el fondo; o denunciarse más tarde en los recursos o acudiendo al incidente de nulidad de actuaciones o demás remedios procesales que prevea el ordenamiento procesal de los distintos Estados (como Soberanos que son eligen la opción de política legislativa conveniente). La sentencia que se dicte de no concurrir los presupuestos será inexistente o viciada por nulidad absoluta y por ello insubsanable salvo que se permita su convalidación. (Incluso el tiempo podría convalidarla aunque parezca una contradicción con el término presupuesto y el carácter imperativo de las normas procesales).

La sucesión temporal de las normas materiales que regulan los presupuestos plantea que se acentúan si se produce tras el inicio del proceso. Son de aplicación en algunos las normas de derecho material del momento de perfección del negocio o relación jurídica y en este sentido según la nueva norma respete o no a la antigua será irretroactiva o retroactiva pero no se olvide que siendo retroactiva puede serlo sólo para convalidar los vicios materiales. El momento del inicio del proceso solo es determinante para comprobar si se cumple o no el presupuesto y su régimen como tal.

Si se respetan al iniciarse el proceso la relación jurídica procesal compleja que supone el proceso estará bien constituida. No existirían impedimentos procesales en ese momento. Pero la norma material que los establece si después de iniciado el proceso es sustituida por otra habrá que estar a lo que ésta determine y puede convalidar impedimentos (presupuestos incumplidos que dejan de exigirse) o exigir su cumplimiento a posteriori e incluso que se cumplan o subsanen en un plazo como si se exigieran inicialmente sea –o no– por tanto la nueva norma irretroactiva. Semejante ocurre con las normas de mero trámite o condiciones de procedibilidad como vimos.

Así la personalidad es un presupuesto material y también procesal –de las personas físicas o jurídicas lo sean de derecho privado o público– y se rige por el derecho civil, mercantil o administrativo y coincide con la capacidad de las mismas para ser parte en el proceso y presupuesto de éste. También lo es la capacidad de obrar –y de faltar se exige su representación legal o necesaria– y se rige por las mismas normas materiales civiles, mercantiles o administrativas y coincide con la capacidad de actuación procesal que es otro presupuesto procesal.

Semejante acaece en la legitimación material para asumir los efectos jurídicos derivados de los derechos y obligaciones que nacen de los

hechos, contratos, negocios, relaciones o situaciones jurídicas –cualquiera que sea su especie– realizados antes del proceso.

Coincide esta legitimación material con la que debe concurrir iniciado el proceso *perpetuatio legitimationis*. Se produzcan o no cambios iniciado el proceso en esta legitimación (por la transmisión material del bien o derecho o la transmisión de la obligación o deuda intervivos o *mortis causa*) incidirán sobre los efectos jurídicos materiales derivados. Es decir forma parte esta legitimación de la cuestión de fondo que se decide en la sentencia. No es por tanto presupuesto procesal si no forma parte de la cuestión de fondo que se determina por las normas materiales que pueden ser objeto de sucesión antes o iniciado el proceso. En el proceso se adquiere esta legitimación por el mero hecho de aducir un proceso como propio y exigir su cumplimiento al demandado.

El cambio de esa legitimación material por la sucesión *mortis causa* o la transmisión intervivos del bien o la deuda iniciado el proceso produce efectos materiales al margen de éste. Pero también algunos procesales si la nueva parte desea el cambio de procurador o desea otorgarle a éste un nuevo poder o el cambio de abogado.

Como excepción puede controlarse esta legitimación material en el proceso antes de la sentencia. Así en el momento inicial del proceso exigiendo al actor determinados documentos que acompañan a la demanda (*prima facie* y como un principio de prueba) ya sea por razones materiales o procesales que tiene en cuenta el legislador. Si así lo desea se puede convertir en un presupuesto al margen de la cuestión de fondo.

Presupuesto para evitar que se dicte una sentencia sin objeto por razones de fondo (respecto a personas no legitimadas que aparecen como parte formalmente en la «*litis*» por aducir un derecho como propio o frente a las que se aduce pero que carecen de la condición de parte material en la «*litis*») o evitar la indefensión de terceros que siendo parte material no tuvieron la condición de parte formal en ese proceso. Si se permite, puede examinarse previamente en el proceso de oficio o a instancia de parte.

V. gr. Un tercero reclama la separación o el divorcio de un matrimonio sin tener la condición de cónyuge; el control por el órgano jurisdiccional de oficio de los documentos que deben aportarse necesariamente con la demanda *prima facie* como principio de prueba para justificarla; no demandar el actor a litisconsortes o intervinientes necesarios. Permitir el legislador que personas que no son parte material –al no serlo del contrato o negocio jurídico– puedan intervenir

como parte formal en el proceso para que defiendan o representen los intereses del Estado o de «Grupos» como el Ministerio Fiscal, Asociaciones de Consumidores o Usuarios o análogas si el objeto lo «socializa, politiza o se convierte en público por el legislador».

El presupuesto procesal además de controlarse de oficio por el Juez puede ser objeto de excepción procesal por el demandado; su falta puede ser subsanable o no serlo. Si se incumple el presupuesto inicial de litisconsorcio necesario porque no se demanda a todos los litisconsortes puede subsanarse después dentro de un plazo con una intervención sobrevenida litisconsorcial del que falte. Obsérvese que en estos casos la legitimación material incide tanto sobre el contenido de la sentencia como sobre su propia validez para evitar la indefensión por razones tanto procesales como materiales.

El carácter del litisconsorcio o intervención –sea o no necesario– tiene su origen y causa en la legitimación; en la relación personal de varios sujetos con la situación material derivada del derecho de la que surge el interés privado para actuarlo en el proceso.

Pero esa legitimación material privada o la relación subyacente entre los sujetos y el objeto deducido puede por su carácter pasar de tener un interés privado a tener un interés público que se proyecta sobre la relación material y que determina al legislador (control de la legitimación como presupuesto procesal de las asociaciones para la defensa de intereses colectivos o de grupo o del Ministerio fiscal) y deriva de este interés el carácter previo y el control de esta legitimación en el proceso (que no es de fondo). Trae su justificación, pues, en las normas materiales y en el interés público.

Igual ocurre con los documentos especiales que deben acompañarse a la demanda como prueba prima facie de la existencia del derecho, es decir de la concurrencia de la legitimación. Es decir de la adecuación entre la condición y el «carácter» de parte formal y material y el objeto deducido cuyos efectos jurídicos se reclaman en el proceso frente al demandado cuando el ordenamiento jurídico exige en «ese» proceso algo más que aducir un derecho como propio para adquirir esa legitimación «formal» sobre los efectos jurídicos que reclama el actor tener frente al demandado en ese proceso.

El presupuesto de la postulación mediante abogado y procurador en un concreto proceso deriva de la norma que la establece con carácter general y aunque se regula en la LEC es previa a un proceso concreto. Anterior –en cuanto a los supuestos que establece– al nacimiento del proceso concreto aunque deba cumplirse en éste por ser su

exigencia un presupuesto procesal (*perpetuatio postulationis*) aunque subsanable después si se incumple al inicio del proceso.

Obsérvese todo lo dicho para la capacidad, legitimación y postulación y sus efectos en el caso de una sucesión normativa en el tiempo –iniciado ya el proceso– si la nueva norma material modifica radicalmente lo dispuesto en la norma anterior y sus efectos.

V gr. Que se prive de personalidad a ciertos entes (incluso a las personas físicas en los regímenes autoritarios como la historia nos demuestra) o se reconozca ésta a entes que no la tenían. Se prive o se restrinja la plena capacidad a personas físicas o se otorgue ésta a las que antes no la tenían por razón de la edad. Se conceda legitimación ordinaria o extraordinaria a personas o grupos (por sustitución o intereses colectivos) que no la tenían o les sea suprimida a las que antes la tenían. Se permita la postulación –directamente– a las partes de la que antes carecían; o se les prive de ella a las que antes tenían esa facultad. Siempre que, una vez iniciado el proceso, se produzca este cambio.

La solución a estos problemas debe venir resuelto por el régimen jurídico que den las normas materiales sin que incida la existencia de un proceso en curso, salvo que se disponga en la norma material un régimen procesal especial para estas situaciones.

Lo mismo ocurre con las normas de carácter Orgánico que establecen la atribución de los asuntos a una determinada jurisdicción u orden jurisdiccional. Y dentro de ésta o éste la competencia objetiva, funcional –e incluso la territorial cuando es indisponible– del órgano jurisdiccional. El órgano tiene en abstracto la jurisdicción y competencia desde la vigencia de la norma orgánica que la establece –al margen de todo proceso– pero el inicio del proceso y su cumplimiento produce el efecto concreto de la perpetuación de su jurisdicción y competencia hasta el fin de esa instancia o hasta que la nueva norma orgánica determine lo procedente.

Normas Orgánicas que son previas al proceso y deben cumplirse al inicio del mismo (*perpetuatio jurisdictionis* efecto procesal de dicha pendencia) al ser un presupuesto de éste. Y como afecta la sucesión orgánica normativa producida en un proceso ya iniciado según se determine que siga conociendo aquél en que se perpetuó su jurisdicción y competencia o conozca el nuevo y en este caso si conoce desde el momento de la vigencia de la nueva norma o ésta exige que se repita –lo actuado por el anterior– ante él.

Si existe un proceso en curso la supresión o creación de una jurisdicción (especial); de un orden jurisdiccional en la ordinaria (crear uno mercantil, fiscal o suprimirlo); o un órgano. Exige una solución concreta que en la mayor parte de los casos será que sigan conociendo de esos procesos hasta que finalice la instancia el órgano que conocía de ellos y que los nuevos procesos o instancias se sigan ante la jurisdicción, orden u órgano establecido en la nueva norma procesal tras su vigencia.

El mismo criterio debería seguirse, salvo disposición expresa en contra, con el cambio sucesivo de la norma sobre competencia objetiva, funcional o territorial del órgano jurisdiccional (cuando esta última sea imperativa).

Incluso presupuestos procesales objetivos negativos o positivos como inexistencia de compromiso o sumisión de la cuestión a arbitraje, de laudo arbitral, inexistencia de litispendencia o de cosa juzgada, cumplimiento de plazos establecidos para el ejercicio de los derechos en el proceso son anteriores y previos al proceso en que se deduce su pretensión. (Su falta impide que el objeto deducido o que se pretende deducir en el proceso se convierta en litigioso en éste por efecto de la litispendencia). La litispendencia y la cosa juzgada se originan en el primer proceso pero su denuncia como excepción se hace en el segundo o ulteriores procesos como es obvio para evitarlos.

Carácter previo tiene la norma procesal que determina el ámbito permitido del cambio en el objeto del proceso tras la litispendencia si la pretensión es de mera declaración o de condena o el del goteo de pretensiones en las constitutivas según domine la teoría de sustanciación sobre la base del hecho histórico en el primer caso o la individualización sobre la base de la calificación jurídica del hecho en el segundo; o el ámbito de la litispendencia o cosa juzgada.

La permisión o la prohibición total del goteo de pretensiones en las constitutivas es determinante –si los motivos de nulidad son conocidos al inicio del primer proceso– posteriormente la viabilidad de la excepción de litispendencia o de cosa juzgada es determinante para impedir o permitir el triunfo de la excepción.

V. gr. Un contrato puede ser nulo por varias causas. Si se permite el goteo se puede iniciar un proceso para aducir una causa y si no prospera después otro por otra diferente y así sucesivamente no pudiendo oponerse las excepciones de litispendencia o cosa juzgada en el segundo o sucesivos procesos si esas causas se conocen al inicio del primer proceso. Si se prohíbe el goteo tienen que acumularse todos los motivos de nulidad conocidos en un único proceso y no es admi-

sible un segundo o sucesivos procesos y triunfarían estas excepciones. La causa será diferente con base en diferentes hechos o en un mismo hecho que sea objeto de calificación jurídica diferente pues es el legislador quien determina la causa. El goteo no afecta a las causas o motivos de nulidad desconocidas al inicio del primer proceso o que sean posteriores a éste funcionando en ambos casos como un hecho nuevo o «*nova reperta*».

Pero será en el proceso concreto afectado donde se podrá deducir el cambio o mutación del objeto de la pretensión o de la resistencia activa (hechos impeditivos, extintivos o excluyentes) o la excepción de litispendencia o cosa juzgada. De producirse una sucesión normativa procesal, tras el inicio del proceso, que afecte a los presupuestos del objeto del proceso las soluciones exigen respeto absoluto al art. 24 CE para evitar la indefensión o que se permita la subsanación posterior del objeto deducido.

Los presupuestos de la acumulación de objetos tienen el mismo carácter procesal y son previos al inicio del proceso. Los de la acumulación de autos, sin embargo, se deben asimilar a la exigencia del procedimiento adecuado y seguir el régimen de las normas procesales de mero trámite y en caso de sucesión temporal de normas los nuevos procesos iniciados tras la vigencia de la nueva norma procesal no podrán acumularse al proceso inicial si la tramitación es diferente (Cachón Cadenas), salvo que expresamente la nueva norma lo permitiera lo que parecería incomprensible al exigirse una acomodación si no imposible sí al menos muy difícil.

Las EXCEPCIONES MATERIALES que alega el demandado frente a la pretensión del actor o defensas de fondo forman parte de la norma material y se rigen por ésta (hechos impeditivos, extintivos y excluyentes) y la sucesión temporal de la norma material antes de iniciado el proceso o tras su inicio se regirá por la ley material que las establece.

* * *

DIVERSIDAD DE PROCESOS. CIVIL. La litispendencia en los procesos civiles exige que los presupuestos procesales concurren en el momento de presentarse el primer escrito aunque después se produzca esa sucesión temporal. Si es rechazada a trámite la demanda por el órgano jurisdiccional lo es porque –así se fundamentará por auto– no se cumplieron los requisitos exigidos legalmente en el momento de su presentación. No podrán ser otros que los exigidos en el momento de su presentación y no los exigidos en un momento posterior a éste por la nueva norma –siempre que ésta sea irretroactiva–.

Si la norma posterior, en caso de sucesión temporal, tras la presentación de la demanda establece nuevos requisitos añadidos para su admisión y exige su aplicación retroactiva deberá otorgarse a la parte actora (e incluso pasiva si se refieren a ella y la sucesión temporal es posterior a la contestación) un nuevo plazo para cumplirlos o subsanar los exigidos de otra manera por la nueva norma. La inadmisión de la demanda sin concesión de ese plazo, para cumplir o subsanar los nuevos requisitos o presupuestos, supone una limitación o restricción del derecho de acción en cuanto libre acceso a la jurisdicción del art. 24 CE que perjudica al actor al retardar dicho derecho de acceso.

En el proceso ADMINISTRATIVO la litispendencia en sentido estricto se produce con la admisión a trámite de la demanda aunque con efectos retroactivos –si es admitida– al momento de la presentación o interposición del recurso contencioso administrativo salvo que se establezca expresamente que sea con la presentación de la demanda.

Remito a lo dicho en el proceso civil para los presupuestos procesales administrativos que son semejantes en caso de sucesión temporal. Con la especialidad de que los efectos materiales de la litispendencia se retrotraerán al inicio del procedimiento administrativo por el carácter revisor del proceso o recurso en la primera instancia jurisdiccional. Litispendencia en sentido amplio e inicio del procedimiento se produce con la presentación del escrito de interposición.

En el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo como en la sucesiva demanda el ámbito para modificar, transformar o cambiar el objeto deducido y antes reclamado en vía administrativa es mucho más reducido que en el proceso civil por el carácter revisor de esta jurisdicción contenciosa que exige que el «objeto» y los sujetos del procedimiento administrativo coincidan con el «objeto litigioso» y las partes.

Con lo que la posible transformación subjetiva u objetiva en la demanda o tras ella o el cambio de sujetos y objeto litigioso (litispendencia estricta), es en el orden contencioso por su carácter revisor mucho más restrictivo.

En el proceso LABORAL los efectos de la litispendencia –una vez deducido el objeto del proceso en su plenitud en la demanda y admitida a trámite ésta– se retrotraen al momento de presentación de la «papeleta» de demanda o escrito preparador de la demanda. Hay un periodo intermedio entre el escrito iniciador del proceso denominado «papeleta» (en que se prepara la pretensión y la demanda) y la desti-

nada a determinar concretamente y en forma definitiva el objeto del proceso en la demanda. Reproducimos lo dicho para el proceso civil en caso de sucesión temporal de ley procesal laboral.

En los procesos CONSTITUCIONALES la litispendencia se produce desde la admisión a trámite del escrito en que se ejercita la pretensión aunque con efectos retroactivos al momento de la presentación del recurso de amparo, inconstitucionalidad o conflicto de competencias entre el Estado y la CCAA. Su presentación es el momento decisivo si con posterioridad se produjera dicha sucesión normativa. Los efectos materiales de la litispendencia por su carácter revisor se retrotraen a momentos anteriores de este proceso de la misma forma que señalamos para el proceso contencioso administrativo y varían según se trate de amparo, inconstitucionalidad o conflictos competenciales.

La litispendencia en sentido amplio determina el procedimiento aplicable y concreta si la nueva norma procesal vigente tras el inicio de ese proceso que sucede en el tiempo a la anterior es o no retroactiva según respete –o no– las normas vigentes al inicio del procedimiento. Si la nueva norma respeta a la anterior –irretroactividad– pero no permite que se siga aplicando la antigua durante el resto o parte del procedimiento y exige su aplicación inmediata es también irretroactiva.

* * *

En el proceso PENAL (y militar penal) la determinación de la litispendencia es mucho más compleja que en los otros órdenes jurisdiccionales. En sentido amplio inicio del proceso penal equivale a inicio de sumario tras el auto de apertura por los motivos que justifican su apertura.

La naturaleza y finalidad investigadora del sumario preparadora y aseguradora del juicio oral –para algunos por esto se considera más administrativa que jurisdiccional– justifica que tras su apertura en caso de sucesión de las normas que lo regulan se pueda aplicar la nueva de forma inmediata desde su vigencia; e incluso que actuaciones sumariales practicadas al amparo de la antigua se puedan repetir según la vigente si respetan debidamente las garantías procesales. Además la especialidad de cada actuación sumarial puede justificar su autonomía e independencia frente a las demás. V. gr. La intervención de la correspondencia postal, de la telefónica y de Internet.

No se olvide además que la LECRIM vigente permite para el proceso penal ordinario el retorno de las actuaciones que estando ya en fase intermedia vuelvan al sumario (llamado también sumario de re-

torno) para realizar las que falten o se repitan o completen de otra forma si es impugnado y revocado el auto de procesamiento.

En el sumario no se determina de forma definitiva ni la participación de los sujetos pasivos ni el objeto del proceso penal por lo que no se produce la litispendencia en sentido estricto sino sólo en sentido amplio, entendida, como inicio del proceso penal o del sumario. Ciertamente que, excepcionalmente, puede existir alguna manifestación en sentido negativo estricto de tal litispendencia como es el auto de sobreseimiento libre cuya resolución afecta al fondo del asunto al equivaler a una sentencia absolutoria de fondo y que tiene por esto el alcance de la cosa juzgada material.

En caso de sucesión temporal de las normas reguladoras del sobreseimiento el momento de vigencia de la nueva norma determina su aplicación futura. Si al amparo de la antigua se acordó un auto de sobreseimiento libre que la nueva impide y es firme la nueva no podrá revisar esa situación. Si está pendiente de recurso en la actualidad dado su carácter restringido no se plantean problemas. Obsérvese que esta problemática no se produce en el sobreseimiento provisional al poderse reabrir ese sumario y proceso de conformidad con la normativa procesal vigente del momento en que se reabre.

El auto que acuerda la apertura del juicio oral no determina la litispendencia en sentido estricto y por ello no regula el momento en que puede denunciarse la excepción de litispendencia. Sólo determina el procedimiento a seguir en el juicio oral respecto a los hechos objeto de investigación sumarial.

Por la importancia de la cuestión entiendo que caso de sucesión de normas tras el auto de apertura del juicio oral puede dividirse esta fase como hace la ley en dos periodos: uno escrito hasta las sesiones y otro oral tras fijarse el inicio de las sesiones y ello no supondría óbice alguno en la aplicación inmediata de la nueva norma al siguiente periodo tras su vigencia. V. gr. A las sesiones.

El periodo previo a las sesiones del juicio bajo el principio de escritura en que se comunica el auto de apertura del juicio oral a las partes acusadoras y acusadas para que sucesivamente planteen en el plazo previsto cuestiones previas Art. 666 o en su defecto presenten por escrito las calificaciones provisionales 650. Este auto se comunica a las partes y en él se determinan las normas aplicables a las actuaciones y en caso de ulterior sucesión normativa la nueva norma debería respetarlo hasta el inicio de las sesiones.

Abiertas las sesiones 680 y dada la finalidad del juicio oral que es absolver al inocente y condenar al culpable según el resultado de las pruebas practicadas y por la flexibilidad y rapidez que conlleva el principio de oralidad y publicidad de las actuaciones en las sesiones la aplicación inmediata de la nueva norma tras su vigencia no debe plantear dificultades. Incluso, se pueden acordar en las sesiones pruebas de oficio distintas a las propuestas en los escritos de calificación provisional o repetir las realizadas si es posible según la nueva si se respeta debidamente el derecho de defensa que se supone acentuará la nueva ley que debe respetar las garantías constitucionales del proceso penal.

De todas formas será una resolución judicial posterior (la que fija el inicio de las sesiones 659 o ulterior) la que concrete, si se produjo una sucesión temporal, el régimen a seguir según las disposiciones transitorias de la nueva ya vigente.

Como señalé el proceso penal la denuncia de la litispendencia en sentido estricto como excepción no se prevé en las cuestiones previas (que si lo permiten para la cosa juzgada). Sólo podrá alegarse por ello –su existencia– en las sesiones del juicio oral del segundo proceso penal y no opera como excepción por falta de trámite procesal pero podrá alegarse y probarse su existencia –en las sesiones tras la presentación de las calificaciones definitivas o si se alzan a definitivas las provisionales– para determinar el contenido de la sentencia penal de primera instancia.

No se olvide que la existencia de la litispendencia condiciona el contenido de la sentencia penal del segundo proceso para excluirla en caso de total y absoluta identidad subjetiva y objetiva por el efecto negativo que supone la litispendencia o condicionarla si la identidad no es absoluta sino prejudicial o positiva (pensemos que en el sumario, no se hubieran respetado las normas imperativas de la competencia por conexión).

Esto es lógico porque la responsabilidad de los sujetos pasivos y el objeto del proceso penal se determina al final de la primera instancia del proceso penal en el escrito de calificaciones definitivas (o cuando se elevan las provisionales a definitivas). Pero la litispendencia estricta no se prevé como excepción a diferencia de la cosa juzgada penal Art. 666-2 LECRIM por faltar la firmeza de la sentencia penal del primer proceso.

El objeto del proceso penal es una entidad compleja ya que no se refiere a un simple hecho histórico que produce un resultado al que corresponde una consecuencia jurídica penal (pena) para quienes lo

cometen o intervienen en él... todo ello calificado jurídicamente por la norma penal donde entran en juego elementos normativos, volitivos, subjetivos del injusto

Si ese es el objeto del derecho penal que forma parte también del proceso penal para el caso concreto debe añadirse además como objeto propio y específico del proceso penal la configuración que las calificaciones jurídicas provisionales determinan respecto al derecho de defensa de las partes acusadoras y acusadas y su derecho a la prueba.

Y en especial para su determinación –la concreción subjetiva de la participación del acusado y objeto del proceso penal– las calificaciones definitivas Art.732 tras la prueba que formulan o mantienen acusación y defensa. La limitación del ámbito y contenido de la tesis Art. 733 para el órgano penal que decide la primera instancia del proceso penal cuyo planteamiento se convierte en la actualidad en algo residual e inoperante –y más si se pone en relación con el Estado de Derecho y en especial con el derecho de defensa y con las garantías constitucionales del proceso penal del art. 24 CE– y muy especial con la jurisprudencia de lo más restrictiva del TC y TS sobre la admisibilidad de la tesis.

Sin olvidar respecto al objeto procesal penal el ámbito de la congruencia de la sentencia penal (o correlación que debe existir entre las calificaciones definitivas de la acusación y defensa en el plano subjetivo y objetivo con el contenido de la sentencia del Juez para evitar cualquier indefensión posible, en especial, al acusado). Art. 788-3, 4, 5 y 789-3.

Se determina por tanto su objeto al final del juicio oral, es decir, al final de la primera instancia del proceso penal. Pero obsérvese que objeto del proceso penal y objeto de la excepción de cosa juzgada y por tanto de la litispendencia (sea excepción o mera alegación que no excluye el juicio o excepción impropia según los sistemas de derecho comparado) no operan como una misma entidad al tener diferente objeto y carácter.

En efecto la determinación de la existencia o inexistencia de la cosa juzgada y la litispendencia estricta sólo es posible a través del hecho histórico o acción que produce un resultado cometido por una o más personas o partícipes (hecho histórico y partes pasivas materiales acusadas –quedando fuera las partes en sentido formal actoras o acusadoras–) como lo entendía la dogmática alemana e italiana del proceso penal, es decir acción penal que produce un resultado sin más y sus autores o partícipes.

Si no fuera así y se configurara como el objeto de todo proceso penal en el sentido señalado en los párrafos anteriores bastaría con cambiar la calificación del hecho histórico y de sus autores y partícipes para neutralizar la cosa juzgada como excepción o al menos sus efectos de igual forma que la litispendencia de un segundo proceso penal.

El momento de producción de la litispendencia en sentido estricto en el proceso penal añade una dificultad que es consustancial a la determinación de su irretroactividad o retroactividad en caso de sucesión temporal de normas procesales penales por eso entiendo que debe entenderse siempre la litispendencia en sentido formal como inicio del procedimiento en el juicio oral desde el auto que acuerda su apertura, distinguiendo las actuaciones escritas previas a las sesiones y las actuaciones practicadas en éstas. Sin olvidar la laguna existente sobre el momento en que se pueda denunciar la «excepción de litispendencia» que en la futura reforma de la LECRIM debe solventarse.

La litispendencia en sentido estricto se origina en el juicio oral y su determinación sólo es posible en el segundo proceso y al final del juicio oral de éste.

La presentación de la querrela o el escrito del Ministerio Fiscal ejerciendo la acción penal que equivale a ésta y que inician el sumario aunque suponga el ejercicio de la acción penal solo puede entenderse como inicio del procedimiento penal y simple preparación, aunque muy anticipada, de la ulterior pretensión penal. No determina ni configura por sí los elementos esenciales de la litispendencia penal.

Esto supone que si en un mismo juzgado de instrucción o en otro diferente, en fase de sumario, se diera el supuesto de que se hubieran iniciado varios sumarios por un mismo hecho, por hechos diferentes que configuran una única entidad delictiva (delito habitual, masa...) o por hechos conexos se podrían reunir en un único sumario a través de las normas de la competencia por conexión y existiera identidad fáctico-jurídica o conexión pero no a través de la litispendencia o su «excepción» en el sumario.

Si un proceso penal por hecho idéntico estuviera en fase de sumario y otro en fase de juicio oral solo cabe sobreseer el que está en sumario y remitir las actuaciones al órgano que conoce del juicio oral del «primer» proceso o dejar proseguir el sumario y denunciar la litispendencia en el segundo proceso que va más atrasado al final del juicio oral.

Todo dependerá si ambos sumarios se siguieron ante el mismo instructor y tiene suficiente conocimiento de los hechos o ante uno diferente. También denunciar el incumplimiento de las normas imperativas que fijan la competencia por conexión de delitos y solicitar la nulidad de actuaciones en el juicio oral o poner en conocimiento del órgano que conoce del juicio oral las actuaciones sumariales practicadas.

Debe señalarse que en el proceso penal la litispendencia prejudicial con efecto positivo o condicionante fuera de la conexión es muy discutible que exista (a salvo de supuestos de conexión) y no puede tener el ámbito que en el orden civil, contencioso y laboral.

Los efectos materiales de la litispendencia de la pretensión penal y la civil si se acumula (o se ejercita después) se retrotraen a momentos anteriores al inicio del proceso penal y al no ser procesales no los abordaremos. Forman parte del estudio del derecho penal o del derecho civil en el caso de la responsabilidad penal o civil «*ex delicto*».

Repetir un proceso penal en caso de identidad subjetiva y objetiva de nuevo cuando otro ya fue decidido por sentencia firme o por auto también firme que equivalga a sentencia –como el que resuelve el sobreseimiento libre o las cuestiones previas art. 666 y ss LECRIM de igual carácter– con el efecto de cosa juzgada material carece de sentido.

Lo mismo debe predicarse cuando existe una sentencia dictada en un primer proceso penal todavía no firme y por ello sin efecto de cosa juzgada y este pendiente un segundo proceso con igual identidad subjetiva y objetiva al carecer de sentido, ser contrario a la economía procesal y se corre el riesgo que si se dicta sentencia en el segundo proceso no siendo firme la del primero (queda fuera del supuesto del Art. 666-2) se produzcan divergencias y contradicciones entre ambos fallos siendo el hecho histórico y los acusados los mismos (identidad subjetiva y objetiva) aunque las calificaciones jurídicas de la acusación y defensa fueran diferentes en ambos procesos.

Bastaría con establecer expresamente que tras las calificaciones definitivas o elevadas las provisionales a definitivas del segundo proceso penal –deducido ya definitivamente el objeto del proceso penal en éste– se pueda aducir o alegar la litispendencia en el segundo proceso y presentar la sentencia del primer proceso con el fallo no firme todavía para probar su existencia (si fue objeto de recurso o no transcurrió el plazo para el mismo). Esto es posible aunque estamos ante una laguna legal.

O si todavía no se dictó esa sentencia (solución extrema) que se alegue lo oportuno y se suspenda o paralice 746-6 el juicio oral del segundo proceso penal tras la prueba y presentación de las calificaciones definitivas en espera de ella. Reconozco que la solución a la litispendencia si no existe todavía una sentencia y los procesos en fase de juicio oral se siguen ante diferentes órganos es muy compleja y la futura reforma LECRIM deberá abordarlo. Una laguna como la del párrafo anterior y puede alegarse.

Pensamos que estos problemas derivados de la litispendencia –caso de una hipotética aunque todavía inexistente sucesión temporal normativa (la LECRIM es de 1882)– se habrían resuelto cubriendo estas lagunas legales si la ulterior norma hubiera optado por la aplicación inmediata (más efectiva de solucionarlas) abiertas las sesiones.

* * *

En el proceso penal igual que en los otros órdenes jurisdiccionales no se aplican las normas procesales penales vigentes que lo estaban en el momento de la comisión del hecho delictivo si no las procesales vigentes cuando se decreta la apertura del sumario (incluida la fase intermedia), se acuerda la apertura del juicio oral, o se interpone el recurso que corresponda.

La aplicación de las normas procesales de mero trámite como las que se refieren a las condiciones de procedibilidad en los diversos órdenes jurisdiccionales y en especial en el proceso penal no supone que estas otorguen derechos materiales a los justiciables si no sólo las garantías constitucionales del proceso para una decisión justa sobre el fondo por lo tanto hablar de una norma que es favorable o perjudicial a las partes suele ser más bien una falacia. Salvo en las medidas cautelares personales restrictivas de la libertad personal. Cosa diferente es el contenido de la sentencia resultado de aplicar las normas materiales penales al fondo del asunto.

Se puede hablar de una sucesión temporal de normas procesales que pueden ser más o menos acordes con las garantías constitucionales del proceso y debe aplicarse siempre la más garantista con el art. 24 CE. (Se supone será la ulterior). Y sí ello es así se justificaría que esta última pueda ser incluso retroactiva si exigiera repetir actuaciones procesales que se hicieron sin esas garantías para una efectiva tutela judicial Art. 24 CE.

En el proceso penal para aplicar la norma material al caso concreto en la sentencia se aplican las normas de derecho penal vigentes en el momento de la comisión del delito, como no podía ser de otra for-

ma, al amparo del principio de legalidad e irretroactividad de las normas penales sobre el delito y la pena. Salvo que la nueva norma penal vigente permitiera su aplicación retroactiva por ser más favorable al reo al determinar la pena.

Son por tanto las normas materiales no las procesales las que conceden derechos u obligaciones materiales y desde esa perspectiva puede hablarse de normas más favorables o perjudiciales. Igual acontece para el derecho privado respecto a los derechos adquiridos. En el proceso civil existen otras categorías diferentes como las expectativas y cargas procesales, liberación de cargas procesales de las que surgen posibilidades que según su resultado son positivas o negativas, garantías procesales. (Goldschmidt). Es difícil trasladar a estas figuras la determinación de lo favorable o perjudicial.

Las MEDIDAS CAUTELARES restrictivas de la libertad personal en el proceso penal vienen determinadas por sus presupuestos materiales. Estos presupuestos pueden estar vinculados al hecho delictivo material que las justifica lo cual puede suponer que sólo respecto a él se tenga que partir de la norma material vigente en el momento de la comisión del hecho. El proceso penal quedaría vinculado para esos presupuestos materiales al principio de legalidad penal e irretroactividad de sus leyes salvo que la retroactividad fuera más favorable. En ellas es posible hablar de favorable o perjudicial.

Se propugna por ello que los presupuestos para la adopción de la medida cautelar penal restrictiva de la libertad no se vinculen a una norma material que siempre traslada en el proceso penal su aplicación al momento de comisión del delito. De esta forma serían aplicables los presupuestos exigidos en el momento de su adopción y dada la rapidez con que se adoptan las medidas cautelares no se suelen plantear problemas de sucesión temporal normativa aunque no se puede olvidar que los cambios producidos en un breve lapso temporal –hace algunos años– de los art. 503 y 504 LECRIM produjeron consecuencias no deseadas y preocupación social.

Por otro lado el carácter asegurador y no definitivo de las medidas cautelares en el orden penal y otros órdenes jurisdiccionales; y que participen sus normas reguladoras del carácter del derecho judicial material hace que su contenido se adecue al principio de proporcionalidad y que el fin asegurador de una hipotética sentencia penal de condena facilite su modificación en el caso de que varíen sus presupuestos y requisitos.

Esto último debe tenerse en cuenta en caso de sucesión temporal normativa no sólo para las medidas cautelares penales restrictivas de

la libertad personal si no las de otro tipo sean penales o no, por tanto aplicación inmediata de la nueva norma tras su vigencia fuera material o procesal en lo que afecte a la medida cautelar si no es restrictiva.

La sucesión de normas procesales tras la adopción de la medida cautelar determinarán la irretroactividad cuando la nueva norma respete los requisitos y presupuestos de la anterior o la retroactividad en otro caso que deberá ser limitada al máximo extremo si es en perjuicio de las garantías procesales del inculpado o de su presunción de inocencia a salvo que la nueva norma procesal (e incluso material) reguladora de esos presupuestos sea más favorable a éste y en este caso pueda servir para que se alcen las medidas cautelares adoptadas bajo el amparo de la anterior.

En las medidas cautelares al margen de las garantías constitucionales del proceso puede hablarse por lo dicho de normas favorables o desfavorables al referirse a la nueva situación jurídica material que establecen.

En los otros procesos y órdenes jurisdiccionales entiendo que las medidas cautelares se acordarán y adoptarán de conformidad con sus presupuestos y requisitos (en el proceso cautelar) bajo la ley procesal vigente en el momento de su adopción, con independencia de que se produjera o –todavía no– la litispendencia del proceso principal a cuyo servicio o dependencia están por tanto sean coetáneas o sean previas a éste. Pero como restrictivas que son de derechos personales o patrimoniales la sucesión de normas en el tiempo que establezcan unos requisitos más exigentes para su adopción puede justificar, igualmente, que se alcen las adoptadas bajo la anterior si los de la nueva son menos restrictivos de derechos. (Retroactividad más favorable).

Pero la tramitación del procedimiento cautelar desde su inicio se hará conforme a las normas de mero trámite que lo regulan.

Esto es de aplicación por su semejanza a las normas reguladoras de la ejecución de las sentencias cualquiera que sea con la especialidad que la ejecución penal de las sentencias de condena a penas privativas de libertad en establecimientos penitenciarios o equivalentes forma parte del derecho penitenciario y no del derecho procesal penal.

El fin de la litispendencia en el proceso penal y en otros procesos coincide con la cosa juzgada y con ejecución de las condenas patri-

moniales de carácter penal cualesquiera que sean o derivadas de la acumulación de la acción civil resarcitoria a la penal.

Por lo dicho defender –con todos los problemas que se producen en el proceso penal– que la sucesión de normas procesales penales venga determinada por el momento de la litispendencia y que ésta se retrotraiga al momento del inicio del sumario no me parece la solución más lógica. Establecer que un proceso penal deba seguir tramitándose por la norma vigente al inicio del sumario hasta que se produce la cosa juzgada so pretexto de que el momento decisivo es su litispendencia en sentido amplio parece anacrónico.

Pensemos que la sucesión temporal se produce a los pocos días de dictarse el auto de incoación del sumario y que por ello no pudiera aplicarse la nueva norma procesal vigente a este caso ... si el sumario se prolonga en exceso so pretexto de la infinidad de actuaciones a practicar..., se plantean cuestiones e incidentes de todo tipo en el juicio oral.... se sucede el recurso contra la sentencia que si es de casación dura todavía más... todo regido por una ley antigua ya derogada que sigue desplegando una ultractividad hacia el futuro durante muchos años

Esta duplicidad procesal puede ser muy desigual con el régimen jurídico de los procesos iniciados días después de la vigencia de la nueva norma que debería ser más garantista que la anterior por lo que respecta a las garantías constitucionales del proceso penal...

* * *

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. Remito a lo dicho en las medidas cautelares para la sucesión de normas procesales y materiales. La casuística es grande e incide que se apliquen normas de mero trámite o no y el orden jurisdiccional o jurisdicción implicada.

* * *

EXCLUSIÓN VOLUNTARIA DE LA LEY MATERIAL. CLAÚSULAS DEL CONTRATO Y SUCESIÓN TEMPORAL La sucesión temporal de normas materiales de derecho privado civiles, mercantiles y de carácter disponible puede ser irrelevante, en especial, en materia contractual. El art. 6-1 CC lo permite claramente dentro de unos límites al disponer que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y ... sólo será válida cuando no contraríe el interés o el orden público y no perjudique a terceros.

Por tanto si la primera norma es totalmente disponible y permite esta exclusión y lo mismo ocurre con la nueva (no así, caso contrario,

si la nueva fuera imperativa sea o no retroactiva) el régimen jurídico aplicable seguirá siendo el pactado por las partes al margen de toda Ley vigente (si se respetan dichos límites del art. 6 CC) y de toda su sucesión temporal y vincula al Juez al aplicar el régimen pactado al caso concreto.

De forma semejante se dispone en el art. 1089 CC que «las obligaciones (que pueden reclamarse en juicio y a las que el Juez debe aplicar la «Ley» que le vincula al caso concreto en la sentencia) nacen de ... los contratos»... y 1091 CC «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley (la «L» mayúscula es nuestra) entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».

El paso del tiempo, en este caso, sería irrelevante V. gr. Los censos constituidos en la Edad Media sobre el casco antiguo de Barcelona en terreno feudal o eclesiástico se seguirían rigiendo por el contrato que los constituyó y en su defecto por las normas entonces vigentes. Lo mismo debe decirse del régimen estatutario cuando sea totalmente disponible de las asociaciones, órdenes religiosas, sociedades.

De la misma forma si en el contrato o bajo dicho régimen estatutario se establece de forma expresa o tácita que el régimen jurídico se constituye al amparo de la ley vigente en ese momento pero que es deseo de los contratantes o de los miembros de la asociación o sociedad seguirse rigiendo por él en el futuro aunque cambie esa norma (si se produjera una ulterior sucesión normativa) y dicho régimen sigue siendo disponible al amparo de la nueva norma, esa ultractividad hacia el futuro con base contractual de la antigua seguirá vigente y vincula al Juez al aplicarla al caso concreto, en la sentencia.

* * *

CARÁCTER DE LAS NORMAS DE PRUEBA E INCIDENCIA EN LA SUCESIÓN TEMPORAL.

Las normas que se refieren a la prueba por lo general y en cuanto destinadas a lograr la convicción judicial tienen carácter procesal por ello se aplican las vigentes del procedimiento probatorio. La sucesión temporal, tras la litispendencia, justifica la aplicación inmediata de la nueva tras su vigencia salvo que las disposiciones transitorias establezcan que en esa instancia se sigan aplicando las que estaban vigentes cuando se inició el procedimiento.

Por tanto las normas que rigen la prueba, en general, tienen carácter procesal. Así las referidas a la carga de la prueba y sujetos que deben asumirla; al objeto de la prueba o de dicha carga si son hechos o el derecho (más que carga la prueba del derecho, pese a este nom-

bre, cuando se exige es una facultad para la parte que desea beneficiarse de ella y en el juez una manifestación de la potestad jurisdiccional de juzgar); los distintos medios de prueba admitidos para ello; el momento de su práctica antes o después del inicio del proceso; el procedimiento probatorio en la primera instancia (e incluso en la segunda cuando se permita).

También son procesales las que determinan con carácter general o especial los efectos del resultado probatorio obtenido (posibilidad, probabilidad acentuada o verosimilitud, certeza) en la convicción judicial; o las que se refieren a la valoración y apreciación de la prueba sea libre por el Juez (al ser él el destinatario de esas normas) para lograr la convicción o estemos ante la valoración y apreciación legal o tasada si es el legislador, como depositario de la voluntad popular, quien se la determina o fija al Juez.

Carácter procesal tiene la presunción judicial o prueba indiciaria. Consiste en que la prueba del hecho base sirve para tener por acaecido el presumido dentro de un orden lógico. Al ser el Juez su principal destinatario apreciará el resultado de la prueba y obtendrá su convicción conforme al Art. 386 LEC. Las presunciones judiciales en el proceso penal deben ser compatibles con la presunción de inocencia pues de no ser así serían inconstitucionales de llevar a un resultado contrario a la misma Art. 24 CE.

De todas formas, obsérvese, siempre el presupuesto fáctico de la norma material objeto de prueba puede cambiarse por otro en caso de sucesión temporal. Y éste, nos guste o no, es el que debe ser probado según los hechos sucedidos en la realidad. Obsérvese como incide el derecho material en el proceso y sobre la realidad fáctica objeto de prueba en caso de sucesión ulterior de la norma material.

El cambio de una norma material por otra puede modificar el presupuesto fáctico de la misma y de esta manera el objeto de la prueba. Una norma material idéntica a otra anterior en sus efectos pero que modifique sólo la carga o el objeto de la prueba de forma directa o indirecta –con una presunción legal *iuris et de iure* o *iuris tantum*, o con una judicial– cambia totalmente las cosas y puede producir idénticas consecuencias que si la norma material nueva establece directamente la retroactividad en grado medio o máximo con lo que el ataque al principio de legalidad sería semejante y debería aplicarse el mismo régimen que a la retroactividad aunque opere tácitamente.

Una presunción incorporada a la nueva norma que presuma el hecho constitutivo *iuris et de iure* supone que el actor no tendrá que probar su existencia ni el demandado podrá probar su inexistencia. Si

la presunción es *iuris tantum* que se traslada la carga de la prueba de un hecho negativo –la inexistencia del hecho presunto– de muy difícil prueba al demandado.

O en sentido inverso si desaparece en la nueva norma la presunción del hecho constitutivo que establecía la anterior lo fuera *iuris et de iure* o *iuris tantum* el actor desde su vigencia viene obligado a probar el hecho constitutivo de su pretensión por exigirlo así el presupuesto fáctico de la nueva norma material; y ello incide en la carga y el objeto de la prueba del demandado pues no se le impedirá probar su inexistencia, ni tiene que probar su inexistencia aunque puede y sólo deberá probar las excepciones materiales que recaen sobre el hecho constitutivo de la pretensión del actor es decir sólo tendría que probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, de la pretensión del actor con lo que será más sencilla la prueba al demandado por la nueva distribución.

En el primer, caso presunción legal, la aplicación de la nueva norma material que la establece –al caso concreto– en la sentencia del proceso aun sin ser directamente retroactiva puede tener consecuencias análogas hasta el punto de dejar sin efecto los derechos reconocidos en la propia norma aunque en apariencia los mantenga idénticos. (No entraré si es un caso de retroactividad expresa o tácita en grado máximo o medio o es de irretroactividad con base en la aplicación inmediata de la norma tras la vigencia).

Igual sucede si se modifican las reglas de distribución en la carga probatoria (aunque ello no suponga su exoneración o inversión como en la presunción) con base en la facilidad o dificultad probatoria del presupuesto fáctico de la norma jurídica material.

La presunción legal puede tener un doble carácter. La presunción legal establecida con carácter general y desligada de toda norma material en sí misma considerada entiendo –aunque pueda ser muy discutible– que debe tener el mismo carácter procesal y régimen jurídico que la judicial.

No debería plantear incompatibilidad alguna el resultado buscado por el legislador con el resultado probatorio alcanzado en la convicción del Juez si el legislador, al establecer la prueba legal, se ajusta a las máximas de la experiencia, de la lógica común u ordinaria, de la sana crítica, del criterio racional o humano (Expresiones que se refieren a la misma cuestión). En el proceso penal toda presunción legal que se establezca incompatible con la presunción de inocencia es inconstitucional. Art. 24. Ciertamente que en materia de secuestro y detención ilegal es nutrida la Jurisprudencia del TS y TC.

La presunción legal especial en el orden civil si está inexorable e íntimamente unida a la norma material tiene carácter mixto material y procesal. En este caso en lo que se refiere a la carga, objeto y valoración sienta reglas especiales y por ello es una excepción a la regla general que el proceso sienta sobre esta cuestión para casos generales.

Hasta el punto que desligar una presunción legal especial –establecida en la norma material– de la propia norma para dar otro sentido a la presunción es vaciar de contenido a la norma material y a la presunción material establecida es decir desvirtuar su sentido.

Por tanto se aplicará la presunción legal especial contenida en la norma material que está vigente en el momento en que se consuma la relación, situación, negocio, contrato si se refiere al nacimiento de éstos.... por el Juez en el proceso al dictar la sentencia al caso concreto. A salvo de norma material ulterior imperativa que sea retroactiva.

Los demás aspectos probatorios de la presunción legal si es *iuris tantum* como el momento de la prueba por el demandado, los medios existentes para probar la inexistencia del hecho que se presume, o el procedimiento probatorio se rigen por las normas procesales comunes de la LEC. Si es *iuris et de iure* sobra toda cuestión de este aspecto al ser innecesaria la prueba y su actividad

Entiendo que el designio del legislador (depositario de la voluntad popular en una sociedad democrática) debe ser respetado por el Juez (éste no puede convertirse en «legislador» –pues no lo es–). Debe respetar el Juez, al caso concreto, la norma material que consagra la prueba tasada fijada en la presunción legal especial sea *iuris et de iure* o *iuris tantum* y valorarla en la sentencia en los términos fijados por el legislador.

Y no es admisible que el Juez deje sin efecto el contenido de esa norma material acudiendo a la «doctrina» de la apreciación conjunta de todos los medios de prueba practicados en ese proceso para vaciar el alcance y contenido de la prueba sujeta a la valoración legal y tasada y convertirla en una prueba de libre apreciación. Este «remedio es artificioso y un simple eufemismo».

Cierto que si así lo hiciera el control de esa valoración en apelación puede que fructifique –o no– y es cierto que no puede controlarse esa valoración –o desvirtuarse esa valoración– en casación según Jurisprudencia reiterada del TS. Pero entiendo que sí se podría acudir al recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

No se olvide que –en cierta medida– esta situación fue el origen del recurso de casación por infracción de ley en Francia cuando tras la Revolución Francesa los Jueces designados por la Monarquía «Absolutista» se negaron a aplicar las Leyes dictadas por la Asamblea Popular Francesa o Parlamento «Revolucionario» y era la única forma de la Corte de Casación a través de este recurso de «casar» es decir de dejar sin efecto «por razones jurídicas materiales y políticas» las sentencias de los Jueces por dicha causa. (Ampliamente Calamandrei P. La casación civil).

El juez aplica la Ley al caso concreto dependiendo de que sea irroactiva o no; pero no legisla. No puede inaplicar la norma material establecida por el Parlamento que fija esa presunción legal especial *iuris et de iure* o *iuris tantum* so pretexto de que el régimen procesal general es la libre valoración de la prueba ni apreciarla conjuntamente con las demás sujetas a esta valoración para convertir la prueba legal en libre.

Si lo hiciera se estaría convirtiendo el Juez en legislador– por vía indirecta al dejar de aplicar la norma material que establece la presunción legal –cualquiera que sea– ya que está inexorable e inescindiblemente unida a ella y es prueba tasada y establecería la valoración libre bajo el remedio artificioso o «eufemístico» de la apreciación conjunta de las pruebas –sin especificar el valor que concede a cada una de las pruebas practicadas– en especial el de la tasada.

La presunción legal especial *iuris et de iure* o *iuris tantum* fijada por el legislador debe ajustarse a las máximas de la experiencia, del criterio racional o humano, de la lógica, de la sana crítica. Si no fuera así, entiendo que, el Juez podría apartarse de la propia valoración legal que fijó el legislador (en una sociedad democrática) en lo que no se ajuste a esas máximas pues sería la propia norma material la que se aleja del fin perseguido por el art. 24 CE.

* * *

El DERECHO TRANSITORIO. En otro epígrafe abordare el derecho transitorio para referirme a los sistemas seguidos en derecho procesal.

Se puede definir como el conjunto de normas que determinan el tránsito (sucesión, cambio, paso) de las situaciones, relaciones, negocios jurídicos, contratos, derechos y obligaciones, efectos.... de la antigua norma, a la nueva norma vigente.

Responden a varias cuestiones. ¿A qué situaciones y efectos se seguirá aplicando la norma anterior (derogada por la nueva vigente) y

si lo será por un espacio temporal o con carácter definitivo hasta la desaparición de esa situación que es de tracto sucesivo?. ¿A qué situaciones se aplicará la nueva de inmediato, tras su vigencia, aunque renuncie ésta a toda regulación del pasado precedente a su vigencia?

¿La nueva norma puede remover o incidir en el pasado y afectar a situaciones, relaciones, efectos, derechos u obligaciones... en que no estaba vigente como si lo hubiera estado por ser totalmente incompatibles sus principios con la precedente aunque fueron constituidas y reguladas por aquélla si así lo dispone expresamente?. ¿Con qué intensidad o hasta que graduación (máximo, medio o mínimo) se puede permitir esta retroacción y ficción jurídica?.

Estas normas suelen insertarse al final de la norma vigente, tras el articulado, en las disposiciones transitorias por razones de técnica jurídica y sistemática aunque no siempre es así si se inserta su contenido en el articulado.

Muchas veces este tránsito precisa de una regulación prolija y compleja que es muy difícil prever en su integridad y si no se hace surgen múltiples lagunas sobre este tránsito que se resolverán con una interpretación lógica sobre la base de los principios generales del derecho –que están constitucionalizados– como son la certeza, seguridad jurídica, integridad e irretroactividad del ordenamiento jurídico, la aplicación inmediata de las normas desde su vigencia cuando es posible sin menoscabo.

La interpretación, si es retroactiva la norma, debe ser restrictiva –optándose siempre por la menor intensidad de la retroacción (aunque nuestra Carta Magna la permite salvo en ciertos supuestos que examinaré en otro epígrafe)– por ser contraria a esos principios. Incluso cuando se busque con la retroactividad la aplicación de normas de orden público, imperativas, la uniformidad legislativa de forma inmediata de todo el cuerpo social (frente a todo atisbo de diversidad) para conseguir la igualdad total en la aplicación del derecho ... en suma la socialización de todo el cuerpo o tejido social.

Una ordenación del tránsito clara del legislador siempre es agradecida. Una ordenación oscura, confusa y fragmentaria precisa acudir a esos principios interpretativos.

(Continuará en el siguiente número de esta revista)

