

## II. RETROACTIVIDAD Y DERECHO PRIVADO



# EFICACIA DE LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO: CLAVES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES

Juan Damián Moreno\*

*El pasado nunca muere; ni siquiera es pasado (William Faulkner)*

## Resumen

*La perdurabilidad del Derecho no equivale a la perdurabilidad de las leyes; las leyes cambian, incluso de un día para otro, pero el Derecho permanece. La vida de una ley está marcada por dos acontecimientos jurídicos de enorme transcendencia. Por una parte, su nacimiento y, por otra, su extinción. Las vicisitudes y las reformas que a lo largo de su trayectoria vital se van llevando a cabo para mantenerla en un estado adecuado para seguir siendo útil, tienen una incidencia esencial en la estrategia de las partes cuando los cambios se producen estando pendiente un proceso. La aplicación de las normas procesales requiere que las partes sepan a qué atenerse; de ahí que, aunque por regla general los jueces se encuentren vinculados a la norma que se halle vigente en cada momento, siempre se encontrarán con situaciones en que se vean autorizados a regirse por las normas de la legislación derogada. De esto, y de algunas otras cosas, más trata este artículo.*

## Palabras clave

*Eficacia de la norma procesal en el tiempo, principio de irretroactividad, confianza legítima y derecho a un juicio justo, Derecho transitorio.*

## Abstract

*The eternity of law is not equivalent to the eternity of the laws; laws change, even from one day to the next, but the law remains. The life of a one law is marked by two key legal events. On the one hand, its birth, and, on the other hand, its extinction. The vicissitudes and reforms that are carried out throughout its life has been adopted to keep it in an ade-*

---

\* Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Autónoma de Madrid.

*quate state to continue being useful, have an essential impact on the strategy of the parties when the changes occur while a process is pending. The application of procedural rules requires that the parties know what to expect; hence, although as a rule, judges are bound to the norm that is in force at any given time, they always can find situations in which they are authorized to apply rules of the former legislation. This and some other things are about the present paper.*

### **Keywords**

*Non retrospective effects legal doctrine, legitimate expectations and due process of law, transitional law.*

SUMARIO: I. Introducción: ilusión y realidad de las intermitencias del Derecho. ¿Leyes nuevas, más leyes o leyes mejores? El reloj del Proceso y el reloj del Derecho. II. Irretroactividad, retroactividad y certeza: ¿Cómo afectan los cambios normativos al ejercicio de los derechos? Clases o grados de retroactividad. III. Efectos de la irretroactividad de las normas procesales en la programación de la estrategia de defensa de las partes. Irretroactividad y preclusión. IV. Bibliografía.

## **I. INTRODUCCIÓN: ILUSIÓN Y REALIDAD DE LAS INTERMITENCIAS DEL DERECHO. ¿LEYES NUEVAS, MÁS LEYES O LEYES MEJORES? EL RELOJ DEL PROCESO Y EL RELOJ DEL DERECHO**

La perdurabilidad o continuidad del Derecho no equivale a la perdurabilidad o continuidad de las leyes; las leyes cambian, incluso de un día para otro, pero el Derecho permanece. La vida de una ley, como la de cualquier ser humano, está marcada por dos acontecimientos esenciales y de enorme trascendencia; por una parte, su nacimiento y, por otra, su extinción. Las leyes tienen siempre un antes y un después. Las circunstancias que originan su nacimiento constituyen uno de los elementos que más honda significación tienen para los profesionales del Derecho y, a menudo, son recordadas de manera especialmente intensa. Las vicisitudes y las reformas que, a lo largo de su trayectoria vital, se han llevado a cabo para mantenerlas en un estado adecuado para seguir siendo útil, también permiten conocer la ruta o el camino que han recorrido.

Cada uno de los hechos o hitos que se suceden a lo largo del periodo de vigencia de una ley son pues fundamentales en muchísimos aspectos, especialmente a la hora de interpretarla y aplicarla y, en consecuencia, son fragmentos de vida legal que nos descubren los grandes secretos que encierran cada una de ellas. Porque luego de indagar las circunstancias que se tuvieron en cuenta para promulgarla y averiguar las razones que motivaron su aprobación, resultan enormemente útiles

para sus eventuales destinatarios; es decir, para quien tiene que adecuar su conducta a los establecido en ellas<sup>(1)</sup>.

Pero toda esta labor requiere de un esfuerzo previo de análisis y más aún si se trata de la sustitución de una norma por otra. El cambio de una ley por otra o, simplemente, la derogación de la que estuviera vigente, al margen del trastorno que pueda generar, da lugar a un conjunto de situaciones a las que el jurista deberá necesariamente enfrentarse, y, desde luego, es todo un reto para el que tenga que adecuar su actividad o su conducta a lo que en cada momento le establezca la ley, algo que tiene una especial incidencia en el ámbito del Derecho penal<sup>(2)</sup>.

Y no solo el jurista, también el estudioso y el estudiante; quienes empezamos a estudiar la carrera al comienzo de la transición vivimos una experiencia inolvidable en todos los aspectos. Uno de ellos tenía que ver con este tema, pues todo el ordenamiento jurídico español estaba en esos años en plena transformación, de manera que, como aquel «Camaleón de Madagascar» del que habla la leyenda, nos veíamos obligados a mirar con un ojo al pasado y con el otro al futuro. Esto nos obligaba a estudiar simultáneamente los textos del derecho vigente junto con los proyectos legislativos que ya se estaban preparando, y siempre temiendo que tres palabras del legislador acabasen haciendo inservibles las horas que habíamos dedicado a preparar las distintas asignaturas, haciendo buena aquella maldición de Von Kirchmann de la que ya empezábamos a oír hablar y que tanta preocupación nos empezaba a causar.

Pero también el paso del tiempo afecta a la eficacia de las leyes y puede generar situaciones paradójicas debido a las consecuencias que el transcurso de los años provoca en ellas, especialmente en países en los que la codificación tuvo un protagonismo especial; hasta tal punto es así, que la avanzada edad de algunas de ellas constituye un factor que a veces se presenta como síntoma de su aparente decadencia, circunstancia que es aprovechada por quienes, en ocasiones, pretenden desacreditar o cuestionar la autoridad de sus disposiciones. Es más, para complicarlo aún más el legislador ni siquiera se toma la molestia de fijar el momento a partir del cual una ley deja de tener efectos o, lo que es más grave, ni se preocupa de determinar su alcance respecto de los hechos o situaciones pasadas<sup>(3)</sup>.

Sin embargo, hay leyes de una enorme longevidad y que siguen ganando prestigio con los años y han permanecido casi inmunes a cualquier cambio que implique su sustitución, tal como sucede con la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882), que aún se mantiene con buena salud y plenamente en forma. Ahora bien, aventurar que una norma está vigente porque no ha sido derogada o porque se pro-

---

(1) Un tratamiento en profundidad de la problemática que genera esta materia y las soluciones que se han dado, se encuentra en el exhaustivo trabajo de Díez-PICAZO, L. M.<sup>a</sup>: *La derogación de las leyes* (Madrid, 1990), p. 34.

(2) TAJADURA TEJADA, J.: «Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 108 (2020), p. 43.

(3) Un ejemplo cercano lo tuvimos con la supresión del recurso extraordinario por infracción procesal que llevó a cabo el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, y, sin embargo, para sorpresa de todos, los tramoyistas del legislador, no sabemos si por descuido, no derogaron aquellas disposiciones, de manera que, durante un tiempo, han permanecido como tales en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Coincidimos por ello con las consideraciones tan acertadas que, en relación con la forma en que se aprobó aquella norma, lleva a cabo MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal. Parte General* (Valencia, 2023), p. 385.

mulgó hace muchos años, no siempre es un criterio fiable. En realidad, como se refirió Gómez Orbaneja aludiendo a los muchos años transcurridos desde la aprobación de aquella emblemática ley, «no hay leyes viejas y nuevas; toda norma vigente expresa una voluntad actual y deberá ser entendida y aplicada como si el legislador acabase de dictarla»<sup>(4)</sup>.

Y aunque el poder para cambiar las leyes no está sujeto a más límites que los constitucionalmente previstos, es igualmente cierto que la incontinencia legislativa de algunos gobernantes puede llegar a ser infinita hasta el extremo de constituir una amenaza al Estado de Derecho si es el resultado del ejercicio arbitrario del poder<sup>(5)</sup>. Ejemplos se han dado en la historia donde una errática concepción del positivismo jurídico terminó por difuminar los límites entre la ley y el Derecho y haciendo creer que las leyes promulgadas durante esa etapa responden a la voluntad del legislador<sup>(6)</sup>.

Es verdad que quedan lejos los tiempos en que la estabilidad legislativa proporcionaba cierta tranquilidad al estudioso y al intérprete<sup>(7)</sup>; pero forma parte de la normalidad de los ordenamientos jurídicos que existan momentos de renovación y de cambio, especialmente en periodos de grandes transformaciones sociales, sin que eso suponga necesariamente como en algunos casos sucede cuestionar la legitimidad de la normativa anterior. Tal como expuso Wach, un país que partiera de la base de desautorizar mediante su derecho nuevo a todo su derecho anterior estaría negando a su vez el derecho que tiene para poder sustituir unas leyes por otras<sup>(8)</sup>. Es más, en una democracia, es la forma habitual de desarrollar el programa político del partido que ha obtenido el respaldo mayoritario de los ciudadanos; es un síntoma de vitalidad del sistema<sup>(9)</sup>.

(4) GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I (Barcelona, 1947), p. XV.

(5) En su ya clásica obra, LÓPEZ DE OÑATE F., señaló que la diferencia entre un Estado tiránico o despótico de otro que no lo es, radica entre otras cosas en que en éstos los mandatos emanados del legislador, aunque se expresen formalmente como resultado de una ley, al ser meramente ocasionales o coyunturales, en el fondo son fruto de la exclusiva voluntad de quien las aprueba o promueve y, por lo tanto, son siempre mandatos dotados de un alto grado de arbitrariedad [LÓPEZ DE OÑATE, F.: *La certeza del Derecho* (Buenos Aires, 1953), p. 160. Para comprender en buena medida las razones por las que surgió este movimiento en favor de la certeza del Derecho en la Italia de 1942, resulta imprescindible acudir al comentario que sobre esta obra llevó a cabo CALAMANDREI y las consideraciones que en este trabajo se realizan [CALAMANDREI, P.: «La certeza del Derecho y las responsabilidades de la doctrina», en *Los estudios del Derecho procesal en Italia* (Buenos Aires, 1959), p. 117].

(6) Sobre ello véase la reflexión de algunos juristas alemanes de entonces como SCHMIDT, E.: «La ley y los jueces. Valores positivos y negativos del positivismo», en *Derecho injusto y Derecho nulo*, Edición de José María Rodríguez Paniagua (Madrid, 1971), p. 40.

(7) Según LÓPEZ DE OÑATE, los cambios continuos en las leyes, aparte de amenazar la certeza del Derecho, socavan en buena medida la confianza del ciudadano en la voluntad del órgano de las que emanan [LÓPEZ DE OÑATE, F.: *La certeza del Derecho*, cit., p. 97]. Esta problemática fue hace años objeto de atención por parte de un selecto grupo de profesionales del Derecho que consideraron que este fenómeno podría llegar a constituir una amenaza a la seguridad jurídica y un desafío para nuestro Estado de Derecho [MENÉNDEZ, A./PAU PEDRÓN, A./ATIENZA, M.: *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Madrid, 2004), p. 5].

(8) WACH, A.: *Manual de Derecho procesal civil* (Buenos Aires, 1977), I, p. 289.

(9) Sobre el trasfondo constitucional de las limitaciones jurídicas a la potestad legislativa: HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (México, 1963), p. 82 y TAJADURA TEJADA, J.: «Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley», cit., p. 61.

Pero como se ha dicho, sería igualmente ilógico negarle al legislador el legítimo derecho a cambiar las leyes, pues tan pernicioso es el exceso de legalidad y más aún el frenesí legislativo como el inmovilismo o la parálisis legislativa, algo que no le pasó desapercibido a aquel joven y perspicaz Alexis de Tocqueville cuando al llegar a los EE.UU. quedó sorprendido del enorme dinamismo y el vivo espíritu de renovación que animaba al pueblo americano en relación con los asuntos públicos algo, que a su juicio, es lo que le hacía agitar sin cesar su constante actividad legislativa; en su opinión, una de las grandes ventajas que la sociedad americana obtiene de la democracia es que «no solo obedece a la ley por ser obra suya, sino porque puede cambiarla si le perjudica; primero se somete a ella como un mal que él mismo se ha impuesto y después como un mal pasajero»<sup>(10)</sup>.

Aunque tampoco se trata de vivir en un continuo «sobresalto legislativo», que lejos de generar confianza entre los ciudadanos, provoca incredulidad y desconfianza. Por ello, no es ocioso recordar a Tucídides cuando decía que una ciudad con leyes malas pero estables es más poderosa que con buenas leyes pero sin autoridad<sup>(11)</sup>. La certeza y la seguridad jurídica constituyen un valor importante y exigiría un mayor esfuerzo del legislador que los destinatarios de las normas supieran a qué atenerse a fin de poder actuar en consecuencia, máxime en épocas como en las que vivimos, de altísima y hasta compulsiva producción normativa y en la que cada acto político acaba automáticamente transformándose en ley sin apenas intervención de las cámaras legislativas.

En este sentido, si ha habido un aspecto que ha centrado la atención de la doctrina, esa es la que se refiere a la cuestión sobre los efectos que el paso del tiempo produce en el Derecho, algo que ha merecido la reflexión de juristas de todos los países, de todas las épocas y de todas las orientaciones ideológicas y a la que se le ha querido dar respuesta de muy diversas maneras y a través de fórmulas de las más generales a las más casuísticas, más tolerantes y menos tolerantes con la legislación de quienes les precedieron en la tareas legislativas<sup>(12)</sup>. La historia está repleta de situaciones sobre las diversas tendencias y soluciones que se han dado sobre cómo el paso del tiempo incide en el ordenamiento jurídico<sup>(13)</sup>.

Nuestro país cuenta con algunas reglas claras y precisas que nos orientan y arrojan alguna luz sobre la eficacia que las decisiones legislativas producen a la hora de sustituir o derogar las normas que regulan nuestra convivencia<sup>(14)</sup>. El Código Civil, primero, y luego nuestra Constitución, rindiendo un merecido tributo a la seguridad jurídica, establecieron un principio general o una presunción clara en favor de la irretroactividad. Pero no solo eso, sino que nuestra Constitución, al contemplar junto con el de seguridad jurídica y la publicidad de las normas el principio de irretroactividad (art. 9 CE), quiso a la vez ser consecuente con la finalidad que

(10) TOCQUEVILLE, A.: *La democracia en América* (Madrid, 2002), I, p. 350.

(11) TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Edición de Luis M. Macía (1989), III § 37, p. 214.

(12) GARCÍA VALDECASAS, G.: «Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, I, p. 47.

(13) DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España. Parte general* (Valladolid, 1942), p. 554 y TAJADURA TEJADA, J.: «Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley», cit., p. 60.

(14) BATLLE VÁZQUEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Manuel Albaladejo (Madrid, 1978), p. 74.

aquéllas tienen y para la cual han sido promulgadas. Al ser reglas de carácter prospectivo ya que establecen pautas de conducta de cara al futuro, solamente pueden ser vinculantes desde que se aprueban y se informa de su contenido a los destinatarios a fin de que puedan acomodar su conducta a lo establecido en las mismas<sup>(15)</sup>. Es más, las normas tendrían que ser tan evidentes en cuanto a sus proposiciones prescriptivas que los ciudadanos deberían poder «pre-sentir» que lo que se disponen a hacer es conforme a Derecho.

Pero cuando todo esto afecta a un fenómeno tan esencialmente dinámico como es el proceso, que discurre en el tiempo, la cosa cambia. Siendo las mismas reglas, admiten matices y singularidades. A poco que examinemos la experiencia jurídica observaremos el modo tan diferente en que se aplica la norma sustantiva respecto de la norma procesal. En la relación entre la norma sustantiva y su destinatario no hay intermediarios; cada sujeto debe enfrentarse a ella como quien se enfrenta a su propia conciencia; cumplir o no cumplir depende de su exclusiva responsabilidad, depende de su voluntad pues como expresó acertadamente López de Oñate, «la ley hace saber a cada cual lo que puede querer»<sup>(16)</sup>.

Sin embargo, cuando de lo que se trata es de saber cuál es la concreta voluntad de la ley y llega el momento de declararla en el caso controvertido, hay que recurrir al proceso y desde luego, el reloj del proceso no mide el tiempo de la misma manera que el reloj que mide el derecho sustantivo. Más aun, cuando alguien, a través de un proceso, pide la actuación de la ley a su favor, el fenómeno se complica; el resultado ya no depende de la voluntad del destinatario. Antes del proceso, el derecho subjetivo cuya actuación se pretende no es más que una mera «expectativa»<sup>(17)</sup>. Es más, como sostuvo Larenz, el mayor dilema que tiene los jueces, y que no lo tienen quienes desde otra perspectiva se enfrentan a un problema jurídico, es que están sometidos a una obligación que les impide retrasar su decisión hasta que lo hayan resuelto de una manera definitiva o estén convencidos de que han encontrado la solución correcta; es decir, al final no tienen más remedio que «arriesgar» una decisión y fundamentarla con los elementos que disponga; otros podrán esperar a encontrar la solución que más les convenza, incluso no darla; pero los jueces, no<sup>(18)</sup>.

Por eso, asociar la idea de riesgo a la incertidumbre que sufren las partes sobre el resultado del proceso, lo cual llevó a la doctrina a equipararlo nada más y nada menos que a un juego, obviamente sin ese componente lúdico de los juegos tienen, sino como metáfora de lucha o contienda<sup>(19)</sup>. A eso trataremos de dedicar nuestras próximas reflexiones puesto que la realidad procesal ofrece a nuestro juicio algunas particularidades porque existen factores que influyen en la decisión; uno de ellos tiene que ver con la resistencia que eventualmente oponga el demandado y, consecuentemente, respetando las mismas reglas de juego que en cada momento regulen una determinada actuación procesal y función de la estrategia que adopten

(15) GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución* (Madrid, 1980), p. 112.

(16) LÓPEZ DE OÑATE, F.: *La certeza del Derecho*, cit., p. 76.

(17) CHIOVENDA, G.: *Instituciones de Derecho procesal civil* (Madrid, 1948), I, p. 2.

(18) LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho* (Barcelona, 2010), p. 226.

(19) CALAMANDREI, P.: «El proceso como juego», en *Estudios sobre el proceso civil* (Buenos Aires, 1962), III, p. 259 y CARNELUTTI, F.: «Juego y proceso», en *Cuestiones sobre el proceso penal* (Buenos Aires, 1994), p. 103.

las partes a partir de ese momento. Hay que tener en cuenta que cada procedimiento está configurado como un todo y de acuerdo a un hilo conductor que da coherencia interna y sentido a cada acto procesal que lo integra.

De ahí que las reformas legales que afectan al proceso tengan una incidencia esencial en la estrategia de las partes, especialmente cuando los cambios se producen estando pendiente un proceso y en donde el pasado se entremezcla con el presente y con el futuro<sup>(20)</sup>. Y si, utilizando la expresiva descripción de DÍEZ-PICAZO, la aprobación de una ley nueva no produce nunca un «corte limpio» respecto de la regulación anterior<sup>(21)</sup>, menos aún debería suceder cuando se trata de una norma procesal. Cualquier litigante instruido y previsor sabe que las normas procesales no forman parte de una naturaleza muerta, sino que se mueven en un espacio dinámico de modo que su aplicación está sujeta a enormes condicionantes pues requiere, entre otras cosas, que las partes sepan a qué atenerse; de ahí que, aunque por regla general los jueces se encuentren vinculados a la norma que se halle vigente en cada momento, siempre se encontrarán con situaciones en que se vean, como el *Camaleón de Madagascar* al que nos hemos referido, autorizados a regirse por las normas de la legislación derogada y aplicar retrospectivamente normas que formalmente han dejado de existir pero manteniendo intactos sus efectos<sup>(22)</sup>.

## II. RETROACTIVIDAD, IRRETROACTIVIDAD Y CERTEZA: ¿CÓMO AFECTAN LOS CAMBIOS NORMATIVOS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS? CLASES O GRADOS DE RETROACTIVIDAD

La cuestión acerca de la retroactividad o no de las leyes, fue uno de los temas que se introdujeron en la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974, cuyos preceptos exceden del rango normativo del lugar en que están ubicados, por lo que no sería exagerado afirmar que dicha normativa comenzó a ser vista como un anticipo del proceso de modernización legislativa que vendría después<sup>(23)</sup>. Algunos justificaron la razón del principio de irretroactividad en la idea, no sabemos si fundada o infundada, de que las leyes posteriores eran siempre mejores que las anteriores, y que los cambios que introduce el legislador vienen motivados por la intención de mejorar, rectificar o corregir los efectos de una ley anterior, de manera que, siendo verdad que la decisión sobre los efectos retroactivos de la ley puede

---

(20) Son ya clásicas las digresiones de SAN AGUSTÍN sobre la noción del tiempo; si nada pasara no habría pasado ni tampoco futuro, pero solo hay un presente, dividido en tres tiempos: el presente de las cosas pasadas, encarnadas en la memoria, el presente de las cosas presentes, manifestadas en las sensaciones extraídas de las percepciones sensoriales y el presente de las cosas futuras, en las que anida la esperanza [*Confesiones*, Libro XI, 20].

(21) DÍEZ-PICAZO, L. M.ª: *La derogación de las leyes*, cit., p. 187.

(22) La distinción entre eficacia y vigencia ha sido puesta de relieve por DÍEZ-PICAZO: la derogación no supone por sí misma la *muerte de la ley*; es el ordenamiento el que por medio de las normas transitorias regula cómo se produce la sucesión de una ley por otra por otra [DÍEZ-PICAZO, L. M.ª: *La derogación de las leyes*, cit., p. 170].

(23) HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.: «Aspectos constitucionales del nuevo Título preliminar del Código Civil», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198, 1974, p. 89. Véase también el trabajo de PABLO CONTRERAS, P.: «La función normativa del Título preliminar del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1996, 49 (2), p. 534.

resultar un instrumento muy útil en manos de quienes ostentan el poder político, inadecuadamente utilizado, puede conducir a la negación del Derecho y a conducir al reino de la arbitrariedad.

No en vano, una retroactividad así, sin condiciones o, como se verá seguidamente, de «grado máximo», podía llegar a ser «peligrosa» si no se la concilia con otros intereses igualmente dignos de protección<sup>(24)</sup>. Así sucedería cuando todos los efectos de la nueva norma resultaran más beneficiosos, en cuyo caso la ley, a través de las normas de Derecho transitorio, podría excepcionalmente invertir los términos de la retroactividad para extender la aplicación de una norma a situaciones anteriores a la fecha de su aprobación. Nuestra Constitución es tajante en relación con este aspecto (art. 25 CE)<sup>(25)</sup>. Por eso, de acuerdo con una larga tradición, se admite excepcionalmente en el orden penal, que no solo impide aplicar normas penales de manera retroactiva, sino que, a la vez obliga a revisar las consecuencias penales perjudiciales o adversas previstas y producidas conforme a la ley anterior (art. 2 CP)<sup>(26)</sup>.

Pero también es posible en el ámbito civil cuanto se trata de normas más favorables. Un caso muy paradigmático es el de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, o el de la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En todo caso, es evidente que la presunción en favor de la irretroactividad puede romperse, pero siempre mediante una norma expresa que la contemple. En resumen; la retroactividad no se presume.

Aun así, la Constitución elude elevar a rango constitucional el principio de irretroactividad, suponemos que para evitar tener que contemplar todas las hipótesis posibles en que puede no serlo; por eso, dentro de las opciones posibles, y quizás con la vista puesta en experiencias vividas con anterioridad, mostró un especial interés en limitarse a proclamar el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y restrictivas de derechos individuales, de manera que, constitucionalmente hablando, sería perfectamente admisible retrotraer los efectos de una ley cuando sea más beneficiosa o no cause perjuicios a sus destinatarios<sup>(27)</sup>.

En definitiva, nadie puede asegurar que las leyes nuevas sean mejores que las antiguas, ni que las antiguas sean más justas que aquellas a las que sustituyen, pero

(24) GARCÍA VALDECASAS, G.: «Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes», cit., p. 48. Algunos autores llegaron a decir que esto podría llevar a la muerte de la seguridad jurídica [CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral* (Madrid, 1975), I, p. 591].

(25) Es más, el tema de la aplicación retroactiva a delitos que no estaban expresamente previstos en la legislación internacional constituyó al finalizar la II Guerra Mundial uno de los temas al que los aliados tuvieron que abordar para determinar la normativa en función de la cual deberían ser juzgados los crímenes cometidos por los dirigentes alemanes, lo que dio lugar a la elaboración de los Principios de Nuremberg que, como sabemos, constituyó el germen de una verdadera justicia penal internacional [MACDONOGH, G.: *Después del Reich* (Barcelona, 2010), p. 645]. Para los aficionados al cine, un interesante análisis sobre estos juicios puede encontrarse en MUÑOZ CONDE, F.: *¿Vencedores o vencidos?* (Valencia, 2003), p. 11.

(26) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: *Sobre la retroactividad penal favorable* (Madrid, 2000), p. 57.

(27) Sobre el alcance que la jurisprudencia ha dado al concepto al que se refiere y las dificultades interpretativas que resultan de él: RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *Sistema de fuentes del Derecho administrativo. La dirección de la Administración a través del Derecho* (Madrid, 2021), p. 45.

sí hay un elemento que indiscutiblemente define la esencia del Derecho: la certeza o su determinación, condición inherente a su existencia para servir al fin para el que está establecido, pues, como ha subrayado con acierto Laporta, «la indeterminación del Derecho genera incertidumbre»<sup>(28)</sup>. Y esto no lo decimos porque consideremos que cualquier tiempo pasado fue mejor, ni porque creamos que las mejores leyes haya que conservarlas en un relicario, sino porque no siempre las leyes recién promulgadas representan un avance ni mucho menos vienen a remediar injusticia alguna. Por eso, no creemos que pueda decirse que todas las nuevas leyes son bienvenidas: al contrario de lo que sucede con otras cosas, el legislador no siempre mejora con los años.

Pero, es que, además, una aplicación estricta del principio de irretroactividad, hasta el punto de que sin tan siquiera haya tiempo a que se solucionen los problemas que la ley nueva trata de remediar, dejando en la retaguardia situaciones aún pendientes de resolver y que pueden afectar a bienes jurídicos igualmente dignos de protección, puede tener un efecto enormemente contraproducente. Por eso un sector de la doctrina considera que la retroactividad en muchas ocasiones es «indispensable»<sup>(29)</sup>. Como algunos autores han señalado incluso que el progreso social y jurídico no sería posible sin la retroactividad: «la retroactividad hace posible el progreso»<sup>(30)</sup>. Y eso es así fundamentalmente porque constituye el elemento de unión entre el pasado y el futuro; no es simplemente el precio que hay que pagar por salvaguardar derechos adquiridos o por consolidar situaciones nacidas al amparo de una ley anterior.

En todo caso, si bien la seguridad jurídica no puede erigirse por sí sola en el único argumento para defender la constitucionalidad del principio de irretroactividad<sup>(31)</sup>, lo decisivo de este principio y la función que desempeña en el mundo del Derecho, no puede desvincularse del valor que la predecibilidad aporta en el ámbito de las relaciones jurídicas y, por lo tanto, también y esencialmente con la seguridad jurídica, lo cual, como se verá más adelante, tiene, también en el ámbito procesal, una enorme trascendencia, pues la estrategia procesal que adopten las partes normalmente está en función de las reglas de juego que se apliquen en cada momento y, en definitiva, de ese principio de confianza que, en relación con la actuación de la ley, debe presidir el comportamiento de los ciudadanos.

El que la previsibilidad sea un valor asociado al principio de confianza y que el ordenamiento jurídico debe proteger, ya fue puesto de relieve precisamente en relación con el mantenimiento de situaciones anteriores a un cambio normativo, evitando que el factor sorpresa llegase a lesionar las expectativas que los ciudadanos hubieran puesto a la hora de tener que tomar una decisión<sup>(32)</sup>. Por ello, hablar de los efectos retroactivos de una norma, si bien ayuda a saber lo que es la retroactividad,

(28) LAPORTA SAN MIGUEL, F.: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas* (con Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla), Fundación Coloquio Jurídico Europeo (Madrid, 2009), p. 55; más ampliamente en *El imperio de la ley: una visión actual* (Madrid, 2007).

(29) BATLLE VÁZQUEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., p. 75.

(30) TAJADURA TEJADA, J.: «Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley», cit., p. 47.

(31) DE OTTO Y PARDO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona, 2001), p. 96.

(32) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho Administrativo* (con Tomás-Ramón Fernández), I (Madrid, 2002), p. 94.

no proporciona un elemento definitivo para aclarar su concepto. Lo que sí sabemos es que, si alguien actúa conforme a la conducta que en cada momento es debida, lo hace siendo consciente de que está comportándose de forma correcta y, por lo tanto, jurídicamente irreprochable (al menos en un Estado de Derecho y, por supuesto, libre de toda coacción arbitraria).

Pero dado que no siempre lo mejor está por venir y que, como hemos indicado, la retroactividad no es sólo un peaje que se paga por renovar el ordenamiento jurídico, la doctrina civilista de la época, tratando de huir del riesgo de elaborar reglas generales que sirvieran para todos los supuestos, y porque no decirlo, sin querer perder de vista tampoco la siempre influyente teoría de los derechos adquiridos, comenzó a distinguir entre una retroactividad de «grado máximo», otra de «grado medio» y otra de «grado mínimo»<sup>(33)</sup>. Consecuentemente, en el supuesto de que el Código Civil estuviese estableciendo realmente una «presunción de irretroactividad», a la retroactividad de grado máximo, se le asignaría la condición de «invenible» o difícilmente vencible, pues sería capaz de arrollar con todo lo que encontrara a su paso. Por eso, como hemos dicho, la retroactividad no se presume y para que pueda ser tomada en cuenta, el legislador debe hacer expresa indicación de esta circunstancia.

La segunda, la de grado medio, que es la que permitiría retrotraer ciertos efectos de la nueva ley a los actos no nacidos al amparo de la ley derogada, pero sí a los aún pendientes de desarrollarse conforme a la ley nueva que la sustituyera, se le asigna la condición de «fuerte». Y por, último, habría una retroactividad de grado mínimo o «atenuada» y, por lo tanto, se trataría de una irretroactividad «fácilmente vencible» (derrotable, según la moderna terminología), y que es la que se produciría cuando la nueva ley se aplica a los efectos de una relación jurídica regulada bajo la ley derogada, pero que solo afectaría a los efectos que se originasen después de estar vigente la nueva ley. En cambio, otros autores consideraron que, en el fondo, solo puede hablarse de una única y verdadera retroactividad, que se explicaría, como en otras tantas soluciones jurídicas, a través de una «ficción», de manera que en sentido estricto se entendería como retroactividad aquella situación en que la norma vigente vendría a actuar en el ámbito de las relaciones jurídicas anteriores a su entrada en vigor «como si» la norma recién aprobada hubiera estado entonces vigente para distinguirla de otra, más «débil,» pero con forma y maneras de retroactividad<sup>(34)</sup>.

Hoy, siguiendo la doctrina alemana, es frecuente referirse a ella bajo el nombre de «retroactividad impropia» que, como veremos, ha logrado hacerse un hueco en la doctrina española y ya forma parte del acervo cultural de nuestra jurisprudencia constitucional<sup>(35)</sup>. La diferencia estriba en que este tipo de retroactividad no se fundamenta en ficción alguna; no es más que un simple efecto de la extensión de los efectos de la ley nueva a las situaciones o relaciones posteriores al momento de

(33) DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, cit., p. 558.

(34) GARCÍA VALDECASAS, G.: «Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes», cit., p. 47.

(35) LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 422 y Díez-PICAZO, L. M.<sup>º</sup>: *La derogación de las leyes*, cit., p. 210. Sobre la incidencia de esta distinción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, véase LÓPEZ MENUDO, F.: «El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves», *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, 2002, p. 85 y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.<sup>º</sup>: *Sistema de fuentes del Derecho administrativo*, cit., p. 40.

su entrada en vigor, pero respetando los efectos creados al calor de la ley derogada<sup>(36)</sup>. De ahí que en función de los criterios que se encuentre en juego, pueda ser calificada también como vencible o «derrotable»<sup>(37)</sup>.

En definitiva, dejar que continúen y, por lo tanto, permitir que terminen o concluyan los efectos de los actos ya comenzados conforme a la ley anterior, puede que no sea retroactividad en el sentido propio de la palabra por mucho hierro que se le quiera quitar calificándola de otra forma. E, igualmente, como analizaremos más adelante, cuando este criterio se refiere al proceso, lo que sucede no es que estos criterios se apliquen de manera diferente, sino que no se aplican a un acto aislado y dotado de plena sustantividad en el ámbito de una relación jurídica material, sino a un conjunto homogéneo de actos encadenados y dependientes entre sí unos de otros, lo que permite que puedan seguir realizándose unos hasta que termine el periodo, etapa o instancia en que se encuentren, y otros conforme a otra, lo cual tampoco sería un efecto propio de la retroactividad<sup>(38)</sup>.

Nadie mejor que Ihering ha sabido poner de relieve la importancia del procedimiento y la trascendencia que históricamente ha tenido en el mundo del Derecho, algo que, a pesar de sus inconvenientes, tiene enormes ventajas; en su opinión, bastaría para ello imaginarse lo que sucedería si no existieran unas reglas ciertas y estables a las que las partes y el juez tuvieran que ajustarse y atenerse. El hecho de que tanto unos como otros se vean obligados a someterse a un procedimiento es una necesidad; preconizar lo contrario, señala con acierto el maestro alemán, es querer introducir la oscuridad y la confusión en el proceso<sup>(39)</sup>; de ahí que todo proceso precise para su desarrollo de normas que ordenen el régimen de sus actos y que las normas que lo regulen, lejos de convertirse un obstáculo para el ejercicio procesal de los derechos, esté sometida a formalidades ciertas y predecibles y en las que el litigante tenga la posibilidad de optar ante una situación procesal dada<sup>(40)</sup>.

Ya hemos insistido en que el ejercicio de la potestad jurisdiccional no se lleva a cabo instantáneamente ni se resuelve en un solo acto jurídico; de la petición de justicia no resulta automáticamente una decisión judicial. Requiere la realización de una serie de actos ordenados para pueda que desarrollarse con normalidad; juzgar sin proceso es relativamente sencillo; juzgar a través de un proceso, no tanto<sup>(41)</sup>. Exige someterse a unas reglas y respetar las garantías de ambas partes. El proceso aporta la garantía necesaria para que esta importante función se lleve a cabo adecuadamente; no es sólo aquello a lo que se tienen que enfrentar los abogados el día que tienen que presentar una demanda. Pero las normas procesales responden a un diseño programado de actuación, pero sobre una programación «pro-puesta», no

(36) Según GARCÍA VALDECASAS, confundir esta eficacia de la ley que pueda tener la ley con su retroactividad es un error y prueba el gran confusionismo que existe en esta materia [GARCÍA VALDECASAS, G.: «Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes», cit., p. 49].

(37) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *Sistema de fuentes del Derecho administrativo*, cit., p. 45.

(38) DÍEZ-PICAZO, L. M.: *La derogación de las leyes*, cit., p. 211.

(39) IHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano* (Granada, 2011), p. 638.

(40) CHIOVENDA, G.: «Le forma nella difesa giudiziale del diritto», en *Saggi di Diritto processuale civile* (Roma, 1930), I, p. 353.

(41) Esto, que parece un juego de palabras o más bien una tautología, con serlo, es, como señaló SATTÀ, «una sublime tautología», porque demuestra que el proceso, no puede definirse más que para sí mismo y para sí mismo solo puede definirse la norma que lo regula [SATTÀ, S.: *Diritto processuale civile* (Padua, 1948), p. 148].

«im-puesta» y, por lo tanto, como veremos seguidamente, sostenida a base de la noción de carga procesal<sup>(42)</sup>.

La previsibilidad de la que nos hemos hecho eco, y que tanta importancia le concedemos al analizar el tema de la retroactividad o no de las normas, tiene una incidencia capital para el ejercicio de los derechos y la asunción de los deberes que resultan de aquellas y, en consecuencia, este mismo planteamiento debe aplicarse igualmente a quienes en el ámbito del proceso se relacionan con los tribunales. Fue a raíz de la obra de Bülow cuando se vio que mientras las relaciones jurídicas que constituyen el objeto del proceso se presentan totalmente concluidas, la relación jurídico-procesal, esto es, el *iudicium* o *processus iudicii*, se encuentra siempre en constante movimiento y transformación, avanzando gradualmente y desarrollándose paso a paso mediante actos separados, independientes y sometidos a reglas diferentes a las que regulan la relación material discutida. A partir de ese momento, todo el mundo empezó a entender que, en realidad, el proceso se halla sometido a reglas propias y diferentes de las que regulan la relación discutida<sup>(43)</sup>. La importancia de este gran descubrimiento ha sido esencial, y no sólo porque para muchos constituyera el punto de partida de la autonomía científica del Derecho procesal, sino porque constató que, aunque interdependientes una de otra, la órbita del mundo del proceso no gira bajo la misma ley y ni al mismo tiempo que la del mundo del Derecho cuya infracción o vulneración se hace valer.

### III. EFECTOS DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES EN LA PROGRAMACIÓN DE LA ESTRATEGIA DE DEFENSA DE LAS PARTES. IRRETROACTIVIDAD Y PRECLUSIÓN

El ejercicio de un derecho produce unos efectos que recaen en el mismo derecho y en principio la regulación de tales efectos pertenece a la norma material que lo regula<sup>(44)</sup>. Pero una vez que el ejercicio del derecho traspasa el umbral de lo jurisdiccional, entre otras cosas, por efecto del principio de *dialleticità* del que hablaba Calamandrei, las reglas son otras y, por lo tanto, luego de cruzar esa frontera, la existencia del derecho controvertido ya no dependerá de las condiciones materiales en que se haya desenvuelto hasta ese momento, sino en la estrategia que siga la parte contraria en el proceso y, en último extremo, de la decisión que finalmente adopte el juez. Para ganar un asunto ante los tribunales, no basta con tener razón. La *dialecticidad*, tal como la configuró el maestro florentino, sería algo así como el resultado de aplicar al proceso las reglas del *ping-pong* o de un deporte similar, en el que la alternancia inherente a los actos de cada uno de los litigantes está en función del movimiento que lleve a cabo el litigante contrario y que condi-

(42) GELSI BIDART, A.: *El tiempo y el proceso* (Santa Fe, 1969), p. 483.

(43) BÜLOW, O.: *Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (Buenos Aires, 1964), p. 313.

(44) GÓMEZ ORBANEJA, E.: *El ejercicio de los derechos* (Madrid, 1975), p. 15.

ciona a su vez al que le sigue, abriéndole así la posibilidad de realizar otro movimiento dirigido a contrarrestar los efectos del que le precede<sup>(45)</sup>.

Y en esto, aunque parezca sorprendente, reside también el «misterio del proceso»<sup>(46)</sup>. Sin embargo, este misterio no lo sería tanto si no fuera porque existe un elemento que dota a la experiencia procesal de un acentuado dinamismo y que es el que supo ver Goldschmidt al observar que un buen número de actos que se desarrollan en el proceso no obedecen precisamente al ejercicio de un derecho o al cumplimiento de un deber, sino fruto de una decisión voluntaria que cada una de ellas adopta en función de su propio interés. Por eso, llegó a la conclusión de que el tablero donde se juega la partida del proceso está fundamentalmente integrado por un conjunto de «expectativas», de «posibilidades» y, sobre todo, de «cargas», de modo que, para obtener una sentencia favorable, cada parte ha de ser capaz de aprovechar las posibilidades que el proceso le ofrece, cumplir las cargas que le incumben y realizar las expectativas que van unidas a todo acto procesal<sup>(47)</sup>.

Por eso, el maestro alemán gráficamente vino a decir que el proceso está básicamente compuesto por «promesas» y «amenazas». La ley procesal concedería al litigante la posibilidad de una sentencia favorable si actúa conforme a lo que las normas procesales le establecen y le amenaza con un perjuicio o resultado desfavorable si deja de cumplir con las cargas que ésta le impone, siendo así que para actuar con conocimiento de causa ha de conocerlas previamente y, en función de ello, actuar como considere oportuno. De ahí que, entre todas estas nociones que integran el proceso, la que más particularidades ofrece y la que desde el punto de vista de la estrategia de las partes tiene más incidencia en el resultado de un proceso, es la noción de «carga procesal». La noción de carga procesal es la única capaz de colocar a cada una de las partes ante la tesitura de llevar a cabo o no una determinada actuación procesal con la que intentar obtener un beneficio para sí o un perjuicio para el adversario<sup>(48)</sup>. Y desde luego, sin ningún género de dudas, la mayor amenaza que se cierne sobre el litigante poco avisado, negligente u olvidadizo, al menos en los procesos de naturaleza dispositiva, es la «preclusión», un elemento que va asociado a la noción de carga por los devastadores efectos que produce según qué tipo de procedimiento. La preclusión inequívocamente responde a la idea de «pérdida», en este caso a la pérdida de una oportunidad procesal y que se mide objetivamente por el transcurso del tiempo concedido por la ley para llevarla a cabo y que, como ya tuvo ocasión de observar Chiovenda, se establece realmente con la finalidad de hacer más «cierto, ordenado y preciso el camino del proceso»<sup>(49)</sup>.

(45) CALAMANDREI, P.: «El proceso como juego», en *Estudios sobre el proceso civil*, III, cit., p. 261-264.

(46) SATTA, S.: *Il mistero del processo* (Milán, 1994), p. 24.

(47) GOLDSCHMIDT, J.: *Teoría general del proceso* (Barcelona, 1936), p. 43.

(48) Los deberes y las obligaciones solo están referidas al juzgador. Sobre el juez no pesan cargas sino deberes, facultades y potestades: SENTÍS MELENDO, S.: «Desarrollo del proceso. Deberes del juez y cargas de las partes», *Revista de Derecho Procesal*, 1968, IV, p. 10. A mi modo de ver, si sobre las partes solo hubiera deberes, los litigantes no tendrían más opción que hacer lo que ley les indica, con lo cual el derecho de defensa de los que participan en él se resentiría gravemente.

(49) La noción de «preclusión», uno de los conceptos más fecundos del Derecho procesal, se debe a CHIOVENDA y sigue teniendo una gran repercusión como elemento estructural del proceso [CHIOVENDA, G.: *Cosa juzgada y preclusión*, en «Ensayos de Derecho procesal» (Buenos Aires, 1949), III,

¿Y qué tiene que ver la preclusión con la irretroactividad o retroactividad de las normas procesales? Ni más ni menos que la pérdida de oportunidades procesales que, si es responsabilidad de la parte, quizás sea admisible, pero no cuando viene propiciada por un cambio legal. Ya sabemos que un importante sector de la doctrina manifestó su preferencia porque los actos procesales fueran regulados con carácter general por la ley actual, es decir, sin tener en cuenta el tiempo que produjeron los hechos objeto de la relación material controvertida (*tempus regit actum*)<sup>(50)</sup>. Pero esta tesis, rígidamente aplicada, puede generar una gran inseguridad jurídica si no se toma en cuenta las facultades procesales que una nueva ley pueda hacer perder a los litigantes. Hay que tener en cuenta que, en función de ese principio de confianza que inspira al que hemos aludido, una eventual irretroactividad de las normas procesales puede hacer que la previsibilidad de los actos que se suceden a lo largo de cada procedimiento sea un elemento de enorme trascendencia.

No se olvide que los litigantes suelen anticipar su estrategia en función de la programación que cada uno de ellos hace al inicio de proceso, por lo que cualquier cambio que se produzca por obra del legislador puede afectar a su derecho de defensa, lo cual es tanto como decir al derecho a la tutela judicial efectiva. Resultaría inadmisibles que la ley nueva privase de manera sorpresiva a un litigante de las oportunidades procesales que la ley anterior le otorgaba. Y eso es algo que el Derecho transitorio debe solucionar ya que desde una perspectiva procesal es dudoso poder hablar de derechos adquiridos. La vigente de Ley de Enjuiciamiento Civil, que es además supletoria de las demás leyes procesales, dispone en su artículo segundo que «salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas». El hecho de que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil atribuya a las normas de Derecho transitorio la consideración de excepción es la prueba más evidente de que la regla general presupone la irretroactividad, o por decirlo en palabras de Prieto-Castro, «el principio de irretroactividad se hace efectivo mediante las normas de Derecho transitorio»<sup>(51)</sup>.

La jurisprudencia constitucional siempre ha partido de la base de que las normas del procesales tienen un efecto inmediato (STC 63/1982), una afirmación demasiado simple y que en parte ya fue impugnada por Chiovenda que la consideró equívoca ya que en el fondo no añade nada a lo que constituye el efecto característico y propio de cualquier ley y es que se aplica a relaciones futuras y, por lo tanto, sean procesal o no, no cabe presumir su retroactividad; en el fondo la inmediata aplicabilidad de la norma procesal deriva del fenómeno tan particular sobre el que recae y es que los tribunales solo pueden aplicar la ley procesal vigente en el momento que se sustancia el proceso<sup>(52)</sup>.

p. 163]. Sobre la incidencia que tienen las cargas en relación con la preclusión: VALLINES GARCÍA, E.: *La preclusión en el proceso civil* (Madrid, 2004), p. 95.

(50) CHIOVENDA, G.: «La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo», en *Saggi di diritto processuale civile*, I, cit., p. 243.

(51) PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho procesal civil*, I (Pamplona, 1985), p. 153.

(52) CHIOVENDA, G.: *Instituciones de Derecho procesal civil* (Madrid, 1948), p. 97.

Por eso, si bien puede ser importante a estos efectos el momento en que se haya iniciado el proceso, quizás lo verdaderamente relevante para el juez sea cuál es el Derecho procesal vigente. Resuelto esto, lo único que habría que saber es cuál es el alcance de los efectos que un acto procesal pendiente tiene sobre el que le sucede en el tiempo, algo que normalmente es resuelto por el legislador a través de las normas de Derecho transitorio pues es evidente que sostener que ante un cambio de ley los procesos deben terminar con la misma ley con la que comenzaron, no parece lo más adecuado ya que los actos posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley no deben entenderse como una mera consecuencia del proceso ya iniciado conforme a la anterior<sup>(53)</sup>.

Existen varias soluciones para hacer frente a este tipo de situaciones. En primer lugar, la que se ha denominado más «conservadora», y que supondría aplicar a los procesos pendientes la ley derogada hasta su finalización<sup>(54)</sup>, lo que llevaría tener que aplicar al proceso un principio de ultraactividad<sup>(55)</sup>. El problema que enseguida admitió la doctrina es que no siempre es fácil determinar el momento en que un proceso se puede dar por terminado<sup>(56)</sup>. Por eso, se opta por lo general por la solución intermedia, de una «ultraactividad» que llamaríamos «de grado medio», consistente en que, dado que el proceso es un conjunto de actos concatenados, dependientes unos de otros, la solución más pragmática ha sido la de recurrir a una técnica ya muy consolidada consistente en dividir al proceso en etapas o fases, homogéneas e independientes, que permitan una transición ordenada de una ley a otra, algo que para algunos autores sería la mejor manera de «suavizar» los efectos de una aplicación rigurosa del principio de irretroactividad a los actos procesales aún pendientes<sup>(57)</sup>.

En realidad, no se trata tanto de suavizar nada, sino más bien de aplicar una regla lógica consistente en asumir que cada etapa concluida representa una suma de efectos jurídicos acabados y, por lo tanto, aunque no hablemos de derechos sino tan solo de expectativas, los efectos de los actos ya realizados en cada una de ellas no son retornables ni reversibles<sup>(58)</sup>. Este criterio tiene además la ventaja de que evita que el proceso se convierta en una suerte de juego de azar donde cada litigante tenga que preguntarse hasta qué momento retrotraer los actos a los que pueda llegar a afectar la legislación derogada.

Se trataría, en suma, de aprovechar la estructura del proceso, por lo general dividida en instancias y grados, como si fueran unidades autónomas que permitan la sustitución de una ley procesal por otra. A esta técnica responden la mayoría de

---

(53) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, 1985), p. 993 y en *Introducción al Derecho Procesal*, con Víctor Moreno Catena (Valencia, 2023), p. 24.

(54) DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, 2001), p. 72.

(55) La noción de «ultraactividad» o de supervivencia de la ley antigua ha sido especialmente destacada por DÍEZ-PICAZO. La teoría de la ultraactividad se contraponen a la teoría del efecto inmediato que se fundamenta en el hecho de que, a menos que la ley disponga otra cosa, «el legislador solo se ocupa del futuro». El problema, según apunta, es que ni la teoría del efecto inmediato ni la de la ultraactividad tienen un fundamento jurídico claro en nuestro Derecho y, por lo tanto, habría que atender a las características de cada caso concreto [DÍEZ-PICAZO, L. M.ª: *La derogación de las leyes*, cit., p. 206-209].

(56) WACH, A.: *Manual de Derecho procesal civil*, cit., p. 298.

(57) GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, 1948), I p. 65.

(58) WACH, A.: *Manual de Derecho procesal civil*, cit., p. 300.

las reformas procesales que se han planteado ya que es la mejor manera de dar continuidad a la sucesión de actos que conforman el proceso sin que las transformaciones o mutaciones de una nueva ley lleguen a quebrar el derecho de defensa al que nos hemos referido y, en consecuencia, a la protección de las legítimas expectativas que tienen las partes a obtener una sentencia favorable; una vez que se ha cerrado el ciclo para el que se ha dispuesto cada fase procesal se pasa a la siguiente conforme a la nueva ley<sup>(59)</sup>.

Otro criterio con el que asegurar un elemental principio de confianza, complementario y no incompatible con el anterior, es distinguir entre los actos consumados o terminados, de los pendientes y de los futuros. En este aspecto, lo lógico es que los actos realizados bajo el imperio de la ley derogada conserven los efectos que ya se habían producido conforme a la vieja ley. En cambio, si estos efectos no se han producido aun, pero estaban pendientes de producirse, las normas transitorias deberían contemplar la posibilidad de que dichos efectos se regulasen de acuerdo con la ley anterior<sup>(60)</sup>. Como los fotogramas de una película que discurre «a cámara lenta», esta puede ser la mejor manera de tender un puente entre el pasado y el futuro sin causar estrépito ni perjudicar las legítimas expectativas de los litigantes.

Ambos criterios encajarían sin dificultad dentro de los supuestos que hemos visto de «retroactividad impropia», que es la que permitiría aplicar normas que tengan condiciones más beneficiosas a hechos o situaciones ya concluidas con el fin de no menoscabar el adecuado nivel de protección del principio de confianza en el ejercicio de sus derechos por parte de sus destinatarios, sin bien en estos casos habría que ponderar y tener en cuenta otro tipo de perjuicios que esta situación pudiera causar; es decir, no sería una regla definitiva<sup>(61)</sup>.

De esta manera, una vez que una fase o instancia haya finalizado conforme a la legislación derogada, comenzaría la siguiente de acuerdo con la nueva, siendo firmes e intangibles las decisiones adoptadas en cada una de ellas<sup>(62)</sup>. Sería ilógico, y desde luego, contrario a cualquier principio, que una ley nueva tuviese efectos retroactivos hasta el punto de obligar a revisar sentencias o decisiones firmes o a repetir actos esencialmente irrepitibles, salvo que, excepcionalmente, se aprecia-

---

(59) Para algunos autores esto no es más que fruto del principio de causalidad que informa el devenir de los actos jurídicos. La raíz de este principio de causalidad, dice CARNELUTTI, está en la continuidad, cuyo símbolo es la cadena donde cada una de las situaciones tiene algo en común y algo diverso con las que le preceden [CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho*, cit., p. 246].

(60) SATTA, S.: *Diritto processuale civile*, cit., p. 150.

(61) LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 423. Según LARENZ, la llamada «retroactividad propia», que es la que más problemas plantea desde el punto de vista de su constitucionalidad, no está asociada funcionalmente a garantizar seguridad jurídica de los posibles destinatarios que han actuado conforme a la ley derogada o modificada, de manera que solo excepcionalmente se podría recurrir a ella a fin de preservar valores muy cualificados de interés general, como puede ser la conveniencia de hacer frente a situaciones claramente injustas o en función del bien común o razones de orden público. En relación con la aplicación que ha llevado a cabo en nuestro país, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO sostiene que el Tribunal Constitucional ha preferido recurrir a otros principios más concretos, como es la seguridad jurídica, que aplicar conceptos como el interés común, entendemos que para no abrir en exceso la puerta a interpretaciones demasiado arriesgadas [RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.<sup>a</sup>: *Sistema de fuentes del Derecho administrativo*, cit., p. 48].

(62) PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho procesal civil*, cit., p.153.

ran motivos muy justificados de mirar atrás con el fin de restablecer una injusticia grave o bien para otorgar un mayor grado de protección.

Sin embargo, no lo consideró así el Tribunal Constitucional cuando al examinar la actuaciones resultantes de la Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se volvía a reformar el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo que refiere a la fijación de plazos máximos de instrucción penal, negó que el juzgado hubiera efectuado una aplicación retroactiva de una norma desfavorable al no considerar lesiva la «expectativa» del imputado a que la instrucción incoada en su contra finalizase de conformidad con los plazos establecidos en la normativa entonces vigente (STC 83/2022). El Tribunal Constitucional, al hilo de ello, mientras aprovechaba la ocasión para volver a recordar su doctrina sobre la irretroactividad de las normas procesales, reconoció que, si bien podría «entenderse que el demandante de amparo ostentaba una legítima expectativa a que la fase de instrucción culminara en una determinada fecha», sin embargo, negó que las expectativas fueran derechos y, en consecuencia, entendió, erróneamente a nuestro juicio, que no se había producido «afectación alguna a la esfera de derechos e intereses del interesado porque no existía una situación jurídicamente consolidada ni un derecho adquirido». A nuestro modo de ver, es verdad que el legislador no anduvo muy fino a la hora de redactar la disposición transitoria de aquella ley, pero el Tribunal Constitucional tampoco debió defender la constitucionalidad de una norma que en realidad no lo merecía<sup>(63)</sup>.

Como ya Goldschmidt tuvo la ocasión de recordar en este sentido, la única expectativa cierta que una parte tiene antes del proceso es que con la presentación de la demanda el tribunal se comporte y la tramite con arreglo a la ley procesal<sup>(64)</sup>. Es pues evidente que con carácter general los órganos jurisdiccionales tienen el deber de regirse por la ley procesal vigente sin que puedan aplicar la normativa derogada salvo que, con carácter transitorio, venga autorizado por el propio legislador, por lo tanto, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los juzgados y tribunales están vinculados por las normas de competencia y de procedimiento que leyes establezcan (art. 117 CE).

Gráficamente se ha señalado, la «hora del proceso», que es obviamente la que cuenta para la aplicación de la ley procesal, es diferente a la hora que regula relación jurídica deducida<sup>(65)</sup>. Y puede darse la circunstancia de que en un mismo proceso el juez esté aplicando leyes de tiempos y lugares diferentes<sup>(66)</sup>. De ahí la importancia de resolver con carácter previo la cuestión de si la norma que corresponde aplicar y cuya retroactividad se pretenda hacer valer tiene una naturaleza u otra, pues sabemos que el legislador no suele plantearse este tipo de problemas

---

(63) Teniendo en cuenta la trascendental separación del proceso penal en dos fases tan claramente tan diferenciadas, como es la instrucción y el juicio oral, no es de recibo haber despachado el problema transitorio aludiendo de forma tan genérica «a los procesos en tramitación»; hubiera sido deseable un mayor rigor a la hora de contemplar estos supuestos.

(64) GOLDSCHMIDT, J.: *Teoría general del proceso*, cit., p. 189.

(65) DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho procesal civil* (Madrid, 1990), I, p. 232.

(66) CHIOVENDA, G.: *Instituciones de Derecho procesal civil*, cit., p. 96. En relación con los criterios utilizados en la doctrina para abordar la tradicional contraposición entre unas y otras: PRIETO-CASTRO, L.: «Normas procesales y normas sustantivas», en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, I (Madrid, 1950), p. 9 y FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina general del Derecho procesal* (Barcelona, 1990), p. 61.

cuando tiene que abordar la elaboración de una ley, de manera que en un mismo texto podemos encontramos normas cuya naturaleza no corresponda a la ley en que está ubicada. No es algo que sea exigible, aunque sí tiene trascendencia en muchos aspectos. Lo tiene, por ejemplo, y mucho, para el recurso de casación, donde la atribución del carácter de una norma es decisiva a los efectos de que pueda admitirse cuando hay que determinar la naturaleza sustantiva o procesal de la norma que se presume infringida (art. 477 LEC), y lo tiene igualmente en un campo tan sensible como son las normas sobre la prueba o las que regulan las condiciones materiales o sustantivas para que una determinada pretensión pueda prosperar o afecten al nacimiento, modificación o extinción de un derecho o una determinada situación jurídica<sup>(67)</sup>.

En suma, no es algo que sea indiferente, y menos aun cuando afecta al tema que estamos tratando. Puede suceder que una ley nueva afecte, no al procedimiento, sino a los presupuestos materiales de una acción. En este caso, es evidente que esto puede tener un impacto en las expectativas de quien se presenta como titular, pero en modo alguno rigen para este supuesto las reglas procesales, si bien es forzoso reconocer que no siempre resulta sencillo distinguir la norma que se relaciona con el fondo del asunto o a la forma propiamente dicha pues muchas veces van indisolublemente unidas hasta el punto de que, siendo retroactiva la primera, pueda afectar al éxito de la segunda<sup>(68)</sup>.

El nacimiento de un derecho, tal cual viene configurado por el legislador, no suele coincidir con el momento en que jurisdiccionalmente se ejercita su tutela. El derecho material preexiste al acto por el que se solicita su tutela y no se extingue ni muda por un cambio en la normativa procesal; si así fuera, volveríamos al sistema romano de las acciones en donde uno no tenía el derecho si no tenía la acción. El Derecho, aunque tuvo un origen netamente procesal, ya que nació de la acción, no era más que una prolongación del derecho sustantivo. Hoy no es así debido a la gran revolución que supuso pasar del «ordenamiento de las acciones», propio del Derecho romano y donde el terreno estaba marcado por la *litiscontestatio*, al «ordenamiento de los derechos», momento en el que derecho a la tutela judicial se independizó de su origen, constituyendo un derecho autónomo y, por lo tanto, desvinculado del derecho material que se pretende hacer valer<sup>(69)</sup>.

Pero es evidente que una alteración sobrevenida en las condiciones procesales para su ejercicio puede afectar a las posibilidades de que pueda ser declarado jurisdiccionalmente. En nuestra opinión, aunque las expectativas de una sentencia favorable tienen su origen en el derecho sustantivo y no son equiparables a las que tie-

---

(67) Hoy se acepta prácticamente sin discusión la idea de que las normas sobre la prueba son procesales ya que regulan la admisibilidad, práctica y eficacia de las pruebas, si bien la doctrina no deja de contemplar supuestos concretos en que la ley contenga previsiones particulares respecto de un determinado medio de prueba y cuyo objeto sea regular un derecho o una situación jurídica, en cuyo caso se entiende que tendrían naturaleza sustantiva [CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «Concepto y objeto de la prueba», en *La prueba* (Dir.: Isabel González Cano), I (Valencia, 2017), p. 24] y SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., Tomo XVI, Vol. 2 (Madrid, 1991), p. 3]. Un estudio general de la cuestión: CAPPELLETTI, M.: «La naturaleza de las normas sobre las pruebas», en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972, p. 167

(68) FIORE, P.: «De la retroactividad e irretroactividad de las leyes de procedimiento en los juicios civiles», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 78 (Madrid, 1891), p. 441.

(69) WINDSCHEID, B.: «La *actio* del Derecho civil romano desde el punto de vista del Derecho actual», en *Polémica sobre la «actio»* (Buenos Aires, 1974), p. 8.

nen origen en el proceso, están tan vinculadas al derecho a la tutela judicial efectiva y, por lo tanto, cualquier norma de Derecho transitorio no debería afectarlas negativamente. Siguiendo el razonamiento de Ihering, de la misma manera que los derechos adquiridos que, aun siendo adquiridos, no son eternos, lo mismo podría decirse de las expectativas que las partes han puesto en las normas de procedimiento y que cualquier cambio obligaría a respetar, aun no siendo tampoco son eternas<sup>(70)</sup>. Pero desde este punto de vista, puede haber razones muy fundadas que permitan sacrificar el principio de irretroactividad porque muchas veces donde los civilistas, mercantilistas o administrativistas, por poner un ejemplo, ven derechos adquiridos, los procesalistas vemos garantías y, por lo tanto, conquistas.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- BATLLE VÁZQUEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Manuel Albaladejo (Madrid, 1978).
- BÜLOW, O.: *Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (Buenos Aires, 1964).
- CALAMANDREI, P.: «El proceso como juego», en *Estudios sobre el proceso civil*, III (Buenos Aires, 1962).
- «La certeza del Derecho y las responsabilidades de la doctrina», en *Los estudios del Derecho procesal en Italia* (Buenos Aires, 1959), p. 117.
- CAPPELLETTI, M.: «La naturaleza de las normas sobre las pruebas», en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972, p. 167.
- CARNELUTTI, F.: «Juego y proceso», en *Cuestiones sobre el proceso penal* (Buenos Aires, 1994), p. 103.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral* (Madrid, 1975), I, p. 591.
- CHIOVENDA, G.: «Le forma nella difesa giudiziale del diritto», en *Saggi di Diritto processuale civile* (Roma, 1930).
- «La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo», en *Saggi di diritto processuale civile* (Roma, 1930).
- «Cosa juzgada y preclusión», en *Ensayos de Derecho procesal* (Buenos Aires, 1949), III, p. 163].
- *Instituciones de Derecho procesal civil* (Madrid, 1948).
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «Concepto y objeto de la prueba», en Isabel González Cano: *La prueba* (Valencia, 2017).
- *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, 1985), p. 993.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España. Parte general* (Valladolid, 1942).
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, 2001).
- *Derecho procesal civil*, Vol. I (Madrid, 1990).
- DE OTTO Y PARDO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona, 2001), p. 96.
- DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, L. M.ª: *La derogación de las leyes* (Madrid, 1990).
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Doctrina general del Derecho procesal* (Barcelona, 1990).

---

(70) IHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano*, cit., 273.

- FIGUEROA, P.: «De la retroactividad e irretroactividad de las leyes de procedimiento en los juicios civiles», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 78 (Madrid, 1891).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho Administrativo* (con Tomás-Ramón Fernández), I (Madrid, 2002).
- GARCÍA VALDECASAS, G.: «Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes», *Anuario de Derecho Civil* (1966).
- GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución* (Madrid, 1980).
- GELSI BIDART, A.: *El tiempo y el proceso* (Santa Fe, 1969).
- GOLDSCHMIDT, J.: *Teoría general del proceso* (Barcelona, 1936).
- GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I (Barcelona, 1947).
- *El ejercicio de los derechos* (Madrid, 1975).
- GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, 1948).
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (México, 1963), p. 82
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.: «Aspectos constitucionales del nuevo Título preliminar del Código Civil», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 198, 1974.
- JHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano* (Granada, 2011).
- LAPORTA SAN MIGUEL, F.: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas* (con Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla), Fundación Coloquio Jurídico Europeo (Madrid, 2009).
- LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho* (Barcelona, 2010).
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: *Sobre la retroactividad penal favorable* (Madrid, 2000).
- LÓPEZ DE OÑATE, F.: *La certeza del Derecho* (Buenos Aires, 1953).
- MACDONOGH, G.: *Después del Reich* (Barcelona, 2010).
- MENÉNDEZ, A./PAU PEDRÓN, A./ATIENZA, M.: *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Madrid, 2004).
- MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal. Parte General* (Valencia, 2023).
- MUÑOZ CONDE, F.: *¿Vencedores o vencidos?* (Valencia, 2003).
- PABLO CONTRERAS, P.: «La función normativa del Título preliminar del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil* (1996), 49 (2).
- PRIETO-CASTRO, L.: «Normas procesales y normas sustantivas», en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, I (Madrid, 1950).
- *Tratado de Derecho procesal civil*, I (Pamplona, 1985).
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *Sistema de fuentes del Derecho administrativo. La dirección de la Administración a través del Derecho* (Madrid, 2021).
- SATTA, S.: *Diritto processuale civile* (Padua, 1948).
- *Il mistero del processo* (Milán, 1994).
- SCHMIDT, E.: «La ley y los jueces. Valores positivos y negativos del positivismo», en *Derecho injusto y Derecho nulo*, Edición de José María Rodríguez Paniagua (Madrid, 1971).
- SENTÍS MELENDO, S.: «Desarrollo del proceso. Deberes del juez y cargas de las partes», *Revista de Derecho Procesal*, IV, 1968.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., Tomo XVI, Vol. 2 (Madrid, 1991).
- TAJADURA TEJADA, J.: «Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 108 (2020).
- TOCQUEVILLE, A.: *La democracia en América* (Madrid, 2002).

- TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Edición de Luis M. Macía (1989).
- VALLINES GARCÍA, E.: *La preclusión en el proceso civil* (Madrid, 2004).
- WACH, A.: *Manual de Derecho procesal civil*, Tomo I (Buenos Aires, 1977).
- WINDSCHEID, B.: «La actio del Derecho civil romano desde el punto de vista del Derecho actual», en *Polémica sobre la «actio»* (Buenos Aires, 1974).

