

Art. 12,1*: "La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española"

Sumario: I. El proceso de la calificación. 1. Introducción y definición del problema; 2. Dificultades especiales de la calificación en DIPr: norma material y norma de conflicto; 3. Distinción y relación con figuras afines: A) Calificación e interpretación; B) Calificación y delimitación. II. Interpretación del art. 12,1 C.c. 1. Interpretación de la norma de conflicto: A) Planteamiento; B) Interpretación ex lege materialis fori; C) Interpretación autónoma. 2. Calificación para la determinación de la norma de conflicto: A) De nuevo sobre la acción de calificar; B) Delimitación negativa: la calificación ex lege cause; C) Calificación ex lege fori; D) Calificación funcional. III. El objeto de la calificación. IV. Consideraciones finales.

I. El proceso de la calificación

1. Introducción y definición del problema

Determinar el verdadero alcance del art. 12,1 del C.c. es una operación que desmiente la aparente sencillez de su enunciado. Ello es así, entre otras razones, por la utilización de un concepto, el de

* Por Santiago Álvarez González.

Las siguientes obras o trabajos se citan haciendo alusión exclusiva al nombre del autor:

- S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza (Sistemas de DIPr y relaciones concernientes a la emigración española)*, León, 1989.
- B. Ancel, "L'objet de la qualification", *Journ.dr.int.*, 1980, pp. 227-268.
- B. Audit, *Droit international privé*, París, 1991.
- Ch. von Bar, *Internationales Privatrecht. Erster Band. Allgemeine Lehren*, Munich, 1987 (cit. Ch. von Bar).
- Ch. von Bar, *Internationales Privatrecht. Zweiter Band. Besonderer Teil*, Munich, 1991 (cit. Ch. von Bar, 1991).
- H. Batiffol/P. Lagarde, *Droit international privé*, 7ª ed., T. I, París, 1981.
- J. A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 3ª ed., Madrid, 1983.
- F. de Castro y Bravo, "La cuestión de las calificaciones en el Derecho internacional privado", *R.D.P.*, 1933, pp. 217-249 y 265-286.
- Cheshire/North, *Private International Law*, 11ª ed., (por P. M. North y J. J. Fawcett), Londres, 1987.
- Dicey/Morris, *The Conflict of Laws*, vol. I, 11ª ed., (por L. Collins y otros), Londres, 1987.
- J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, 1991.
- J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5ª ed., Madrid, 1993.
- S. Grundmann, *Qualifikation gegen die Sachnorm. Deutsch-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrechts*, Munich, 1986.
- D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffe de La Pradelle, *Droit international privé*, París..., 1987.
- G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, Munich, 6ª ed. 1987.
- M. Keller y K. Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, 1986.
- F. Knoepfler y Ph. Schweizer, *Précis de droit international privé suisse*, Berna, 1990.
- J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1990 (es reelaboración de P. H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tubinga, 1976).
- P. Mayer, *Droit international privé*, 4ª ed., París, 1991.
- A. Míaia de la Muela, *Derecho internacional privado. I. Introducción y parte general*, 9ª ed., Madrid, 1985.
- L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 2ª ed., Madrid, 1987.
- L. Raape/F. Sturm, *Internationales Privatrecht. B. I, Allgemeine Lehren*, Munich, 1977.
- E. Rabel, "Das Problem der Qualifikation", *RabelsZ*, 1931, pp. 241-288.
- F. Rigaux, *Droit international privé. T. I. Théorie générale*, 2ª ed., Bruselas, 1987 (eludimos con las referencias a esta obra aquéllas que pudieran realizarse a la anterior monografía del mismo autor, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruselas, 1956).
- H. J. Sonnenberger, en *Münchener Kommentar*, B. 7, 2ª ed., 1990.
- M. Soriano, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, 1989.
- H. Weber, *Die Theorie der Qualifikation. Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des Internationalen Privatrechts (1890-1945)*, Tubinga, 1986.

"calificación", cuyo contenido ha de imputarse no necesariamente al de sus homónimos del resto del ordenamiento jurídico español, sino a una construcción teórica fecunda y más que compleja. Un andamiaje doctrinal que cumple un siglo de actividad sin haber sentado definitivamente las bases de la discusión. La característica más acusada de los desarrollos dogmáticos en torno al "problema" de la calificación es, precisamente, la inexistencia de una construcción unívoca sobre el mismo; es más, los puntos de partida de cada autor son tan dispares que sus teorías ni siquiera pueden compararse entre sí¹. Tras un análisis típicamente doctrinal como el realizado por H. Weber, a cuya obra nos remitimos para quien pretenda una visión histórica de la cuestión², la conclusión frustra cualquier intento de racionalización con visos de no ser sometido a la crítica feroz: "todo es discutible -dirá... no sólo las cuestiones marginales o accesorias, sino el propio núcleo de la cuestión: objeto de la calificación, estatuto de la calificación y método para calificar... [incluso] si existe la calificación [como instituto autónomo al lado de la subsunción y la interpretación]... numerosos autores han construido sus sistemas de calificación de acuerdo con muy distintos objetos, grados, escalones, pasos u organización"³. Las referencias doctrinales que vayamos haciendo⁴ aseverarán muy a las claras esta diversidad, pero, al mismo tiempo, sirven para poner de manifiesto la relatividad de los conceptos y categorías empleados, su contingencia y su carácter meramente instrumental. Esta premisa abunda en la necesidad de apartarse, en la medida en que ello nos sea posible, de una determinada construcción dogmática concreta y tratar de incidir en el verdadero sentido y alcance del art. 12,1 del C.c., cuyo tenor, afortunadamente, delimita el objeto del comentario a un aspecto concreto de los varios englobados dentro de la *teoría de la calificación*⁵, haciendo que queden fuera aspectos que tradicionalmente han ocupado una de las partes más discutidas de la teoría de la calificación (la denominada calificación de segundo grado) en los que no nos vamos a detener. En este momento adelantamos el derrotero que guía la siguiente exposición, como antesala de diversas consideraciones que ayuden a deslindar el problema que nos ocupa de otros con el que está real o pretendidamente emparentado.

El art. 12,1 del C.c. puede hacer referencia tanto a un proceso lógico jurídico, en absoluto ajeno al procedimiento de aplicación de cualquier norma jurídica ("la calificación para determinar..."), cuanto a un aspecto concreto de dicho proceso. Además se centra en la norma involucrada en ese proceso, norma de conflicto, cuya identidad, naturaleza y función suscitan ciertas particularidades en una operación familiar al operador jurídico: determinar el Derecho aplicable en/ante/a una situación dada. Ambas posibilidades interpretativas son, como veremos, igualmente aceptables desde un punto de vista práctico.

Hablar del proceso de calificación lato sensu implica distinguir varios momentos; en primer lugar, la interpretación de la norma de conflicto (fundamentalmente, interpretación de su supuesto de hecho) en aras a averiguar y conocer fehacientemente el ámbito de aplicación de la misma; en segundo lugar, se ha de comprender, conceptualizar, clasificar (o, para utilizar el término usual, calificar) la situación de hecho, pretensión o exigencia normativa (el objeto de la calificación, sobre el que volveremos) mediante un concepto término, categoría, clasificación o descripción jurídica familiar; esta "familiaridad" determina que, de ordinario, la clasificación se haga mediante una de las categorías expresamente presentes en las normas de conflicto del foro (en nuestro caso, españolas) o, más específicamente, mediante una de las categorías que a través de la interpretación de las normas de conflicto hemos considerado como comprendidas en el ámbito de aplicación de una de ellas; no se califica en abstracto sino con una específica finalidad: determinar la norma de conflicto aplicable (lo que no excluye la existencia de calificaciones al margen de la normativa conflictual derivadas de la existencia de lagunas en el sistema de DIPr). Se trata de asignar un significante conceptual a un concreto significado o una

¹ M. Keller/K. Siehr, p. 435.

² En lengua española F. de Castro y Bravo, *passim* y A. Miaja de la Muela, pp. 353-365.

³ H. Weber, p. 215. Y no sólo todo es discutible, sino que ninguna de las construcciones y propuestas es enteramente satisfactoria (así, Dicey/Morris, p. 37)

⁴ Ante la inabarcabilidad de la literatura científica sobre el tema (vid. hasta 1985 H. Weber), nos hemos limitado a retener construcciones recientes que ponen de manifiesto distintas concepciones del problema.

⁵ Concretamente a la calificación de primer grado; para A. Miaja de la Muela (p. 575), el precepto se limita a la "precisión de los conceptos empleados por la regla de conflicto".

descripción jurídica operativa⁶. En último extremo, el proceso concluiría con la subsunción de la situación de hecho, pretensión o exigencia normativa calificada, dentro del supuesto de hecho de la norma de conflicto, de una manera mecánica (si A, entonces B; A, luego B; traducido a nuestro caso: las donaciones (A) se regirán por la ley nacional del donante (B); se trata de una donación (A), luego se rige por la ley nacional del donante (B); confróntese el art. 10,7 C.c.). Este último paso se concreta en aparejar una sinonimia. En subsumir la premisa menor en la mayor.

Por su parte, comprender la calificación a que se refiere el art. 12,1 del C.c. como un aspecto concreto de dicho proceso (calificación *stricto sensu*) es ceñirnos al segundo paso del mismo (esta realidad se trata de una donación..., lo cual no siempre es fácil diagnosticar⁷). Es conceptualizar una pretensión derivada de una situación fáctica a través de una categoría sintética que nos va a permitir identificar la norma de conflicto aplicable (por contener un supuesto de hecho formado por dicha categoría) o nos va a exigir crear una nueva.

Como puede apreciarse, nos hemos limitado a describir un proceso por el cual se identifica una norma de conflicto del foro (española) como aplicable a una situación de hecho, una pretensión, una exigencia... Este proceso ha sido definido como calificación de primer grado, por oposición a aquél otro que opera en la identificación de normas correspondientes a la legislación aplicable en virtud de la remisión efectuada por la norma de conflicto (*lex causae*, nacional o extranjera), calificación de segundo grado que presupone la anterior y a la que no se refiere el precepto comentado. Esta calificación de segundo grado puede hacer referencia, a su vez, a diversas realidades que podríamos sintetizar de la siguiente forma: a) subsunción en relación con las normas de conflicto de la *lex causae*, en orden a un eventual reenvío (vid. el comentario al art. 12,2 del C.c.); b) subsunción en el sistema conceptual de grupos de la *lex causae* (contratos, persona, derechos reales, responsabilidad no contractual...); c) subsunción dentro de la norma material individual de la *lex causae* que ha de disciplinar el problema planteado. Los criterios y los resultados a seguir y asumir en cualquiera de estos casos pueden ser distintos de los asumidos en el proceso de la calificación de primer grado. Ello en su caso, puede dar lugar al denominado por nuestra doctrina conflicto de calificaciones, realidad que, como toda la relativa a la calificación de segundo grado, escapa a los presentes desarrollos^{8 9}.

2. Dificultades especiales de la calificación en DIPr: norma material y norma de conflicto

⁶ Debemos hacer dos matizaciones al proceso descrito. De un lado, que la calificación esté presidida por los conceptos y categorías de las normas de conflicto del foro no significa que siempre puede asignarse alguno de ellos a la situación de hecho; la existencia de lagunas es plenamente aceptable. De otro, la distinción lógica entre interpretación y calificación no implica necesariamente una prelación cronológica de ambos momentos; en la práctica, dicha prelación (primero se califica la situación o se interpreta la norma) está en función de numerosos parámetros entre los que es sumamente relevante la precalificación realizada por el demandante o parte interesada (R. A. Leflar/L. L. McDougal III/R. L. Felix, *American Conflicts Law*, 4ª ed., Charlottesville, 1986, pp. 257-259); sobre esta relevancia y los problemas que puede aparejar en algunos casos F. Rigaux, p. 330: "...en un sistema judicial fundado sobre el principio dispositivo, la calificación elegida por el demandante limita el poder del juez para aparejar a la ley extranjera [a posteriori competente] un efecto jurídico que no haya sido regularmente reclamado").

⁷ Al respecto, A. Remiro Brotóns, "Comentario al art. 10,7 C.c.", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, Jaén 1978, pp. 339-342.

⁸ Sobre ella J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, pp. 475-477; expresa y claramente H. Batiffol/P. Lagarde, pp. 349-351; calificación primaria o de partida son los conceptos empleados por D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geoufre de La Pradelle, p. 215; en relación con la agrupación sistemática efectuada a las tres operaciones descritas, J. Kropholler, p. 94.

⁹ Algún autor, como F. Rigaux, circunscribe la problemática más intensa de la doctrina de la calificación en esta segunda fase, realizando una depuración de las doctrinas tradicionales y centrándose en el problema de la delimitación (y, en su caso, adaptación) del ámbito de aplicación respectivo de las normativas ya declaradas aplicables (cf., pp. 227-234, para el problema aquí tratado, y pp. 313-332, para la que llama teoría de la calificación). En la doctrina británica, la propia distinción entre calificación de primer grado y calificación de segundo grado ha sido considerada como una vía de solución del problema de la calificación, hoy tildada de irreal, artificial y arbitraria (Dicey/Morris, p. 41; vid. no obstante la estructura de la exposición del problema que realizan Cheshire/North, pp. 43-52).

La calificación de una conducta para atribuirle una consecuencia jurídica determinada en Derecho penal ("Quien matare a otro...") es una operación que subsume una situación de hecho (la acción de matar) en un supuesto de hecho (el de la norma del art. 407 C. penal). Realizada la subsunción la consecuencia jurídica de la norma es directamente imputada a la situación de hecho. Si no se ha matado a otro, el art. 407 no puede ser aplicable; es más, si no existe ningún supuesto de hecho en el que pueda subsumirse la situación de hecho, podemos considerar ésta como jurídicamente inocua o irrelevante para el Derecho penal. Cuando el C.c. determina que "Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte" (art. 657), basta comprobar la existencia de la muerte física del causante para atestiguar que han nacido determinados derechos o expectativas, según los casos, a su sucesión. Si la persona no ha fallecido, sus derechos no se han transmitido *mortis causa*. En ambos casos, la constatación de un hecho físico nos determina una consecuencia jurídica (o ninguna) en función de su fácil subsunción en una norma. Acercándonos más a la peculiaridad de una norma como la norma de conflicto (de remisión), podemos acudir al art. 1886 C.c., a cuyo tenor, "Son aplicables a este contrato /anticresis/ el último párrafo del art. 1857, el párrafo segundo del art. 1886 y los artículos 1860 y 1861"¹⁰. En este supuesto la existencia de un contrato de anticresis, tipo contractual que podemos perfectamente definir a partir de la descripción que el C.c. nos hace del derecho real a que se contrae (art. 1881) lleva aparejada un determinado régimen jurídico. Si el contrato no es de anticresis, algo de podemos saber fehacientemente, dichos preceptos no le serán de aplicación en virtud del art. 1886 C.c., puesto que el supuesto de hecho de éste no se da y, por ello, no es aplicable.

Esta sencillez aplicativa de cualquier norma material del ordenamiento español se basa en un concepto de sistema sustentado en una premisa de plenitud (lo no contemplado es irrelevante y si se considera relevante el propio sistema posee sus mecanismos de autointegración) y en un marco conceptual o lenguaje jurídico común y previsible; dicho en otros términos, "...la estructura lingüística y conceptual del orden jurídico estatal ofrece un cuadro de referencia estable y que puede suponerse lógicamente cerrado"¹¹. Ello no descarta que puedan aparecer problemas de interpretación de una norma (ad ex. ¿qué debe entenderse por constante posesión de estado en el art. 131 C.c.¹²) e, incluso, problemas de calificación de una pretensión jurídica (como, por ejemplo, la que surge de algunos casos de ruptura injustificada de negociaciones generadores de responsabilidad precontractual: ¿responsabilidad derivada de una obligación contractual o no contractual?¹³); pero en cualquier caso se trata de ajustar elementos del sistema en su marco más adecuado. La cuestión se complica cuando las normas utilizan en su supuesto de hecho conceptos jurídicos generales que se dirigen a comprender potencialmente elementos ajenos al sistema. Tal es el caso de las normas de conflicto. Mientras que una norma material presenta un silogismo del tipo si A, entonces B, con un supuesto de hecho compuesto por hechos o por categorías perfectamente delimitadas y previsibles (intrasistemáticas) con una premisa menor A, luego B, donde A es, asimismo previsible o identificable, una norma de conflicto presenta un supuesto de hecho A, que si quiere realmente servir a la finalidad de su propia existencia (reglamentar el tráfico externo en general) comprende situaciones de hecho, pretensiones, exigencias normativas que pueden ser desconocidas por el propio sistema¹⁴. En tal caso, la premisa menor es más difícil de perfilar (saber si realmente nos encontramos ante A). A este problema estructural¹⁵, típico de una norma que perteneciendo al sistema se

¹⁰ Nos encontraríamos ante lo que G. Kegel, pp. 18-32, denomina *Sachliches Kollisionsrecht*.

¹¹ F. Rigaux, p. 229.

¹² Al respecto, M. Peña Bernaldo de Quirós, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol .I, Madrid, 1984, pp. 971-972.

¹³ Vid. S. Álvarez González, "La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en DIPr español", R.E.D.I., 1990-1, pp. 125-152; otro tanto puede decirse de la responsabilidad postcontractual (culpa post pactum perfectum o culpa post factum finitum, nacida de la vulneración por las partes contractuales de deberes de cuidado, incluso cuando el contrato ha sido ejecutado (la doctrina alemana habla de *nachvertragliche Sorgfaltspflichten*: W. Fickentscher, *Schuldrecht*, 8ª ed., Berlín, 1991, p. 72) o, sin más, de la derivada por daño sufrido con ocasión de ejecución de un contrato (B. Audit, p. 166).

¹⁴ Es el "postulado del Derecho internacional privado", en palabras de F. Rigaux, pp. 230-232.

¹⁵ M. Keller/K. Siehr, p. 437. Señalan D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geoufre de La Pradelle, p. 213, que la especificidad del problema calificadorio en DIPr no viene dado por la existencia de respuestas diferentes en los distintos ordenamientos estatales, sino por la existencia de cuestiones susceptibles de presentarse de forma distinta.

dirige a la satisfacción de pretensiones que pueden ser ajenas al mismo, se une otro de la misma naturaleza relativo al tenor de los conceptos y categorías utilizados en el supuesto de hecho de la norma (a él dedicaremos el apartado relativo a delimitación y calificación) y un problema o desviación funcional que impide al Juez enfrentado a una situación privada internacional abstenerse (la prohibición de non liquet ampara también los supuestos heterogéneos) o rechazar la demanda antes de calificar y determinar el Derecho material aplicable¹⁶; tan solo si la pretensión es ab initio manifiestamente contraria al orden público del foro puede rechazarla de plano (por ejemplo, el Juez español ante la solicitud de que la esposa, por el hecho de serlo, lleve contra su voluntad los apellidos del marido, no exigiría una calificación de la pretensión, puesto que podría denegarse de manera inmediata)¹⁷.

3. Distinción y relación con figuras afines

A) Calificación e interpretación.

Interpretar no es calificar. Esta afirmación es puesta de manifiesto de forma expresa desde diferentes puntos de vista. "Calificación e interpretación no son sinónimos, sino conceptos correlativos como subsunción e interpretación. Por ello es incorrecto hablar de calificación de una norma de conflicto... sino de su interpretación"¹⁸; una norma se interpreta, no se califica (matizaremos este aserto). "La interpretación -se ha dicho- se desenvuelve exclusivamente en el campo de las normas o de los preceptos subordinados a ellas... desde un punto de vista estricto, puede denominarse interpretación a la tarea que, una vez fijados los hechos y seleccionadas y fijadas las normas aplicables al caso"¹⁹, se acomete para establecer el sentido y la significación que dichas normas poseen"²⁰. Y, sin embargo, en el proceso calificador (calificación como proceso y no como una parte o estadio del mismo)²¹, la interpretación desempeña un papel tan importante que oscurece o puede oscurecer al de la calificación stricto sensu, hasta el punto de que en la propia descripción de dicho proceso se ha llegado a sustituir recientemente las tradicionales vías de calificación (*lege fori*, *lege causae*, y autónoma²²) por diversas vías de interpretación²³. Esta aparente confusión terminológica creemos que sólo trata de poner el acento en el hecho de que carece de sentido ante un caso verdaderamente problemático hablar exclusivamente de calificación sin interpretación y que cuanto más depurada, más específica, sea una de las dos variables menor dificultad planteará la otra. Que ambas aparecen con frecuencia indisolublemente unidas en la práctica, aun siendo lógicamente separables. En otras palabras, que una interpretación rudimentaria exige una calificación costosa (recordemos que la conceptualización que supone la operación calificadoria utiliza una de las categorías que a través de la interpretación de las normas de conflicto hemos considerado como comprendidas en el ámbito de aplicación de una de ellas, o una descripción de un fenómeno jurídico no categorizado que hayamos considerado incluido dentro de dicho ámbito de aplicación, o ninguna de ambas realidades si consideramos la existencia de una laguna).

La extrema interrelación de ambos aspectos que nosotros hemos separado lógicamente (y que también en la práctica aparecen en ocasiones separados) se aprecia en definiciones como "el problema planteado

¹⁶ M. Keller/K. Siehr, pp.438-439.

¹⁷ Idea ya presente en F. de Castro y Bravo, p. 229; hoy, M. Keller/K. Siehr, p. 439.

¹⁸ J. Kropholler, p. 94; H. S. Sonnenberger, 146, entre otras; expresamente criticando la confusión a veces manifiesta M. Virgós Soriano, p. 12.

¹⁹ Vid., supra nota 6, sobre la cuestión cronológica.

²⁰ Cf. L. Díez Picazo, pp. 227 y 229.

²¹ Es la "operación jurídica básica" en lo que se ha dado en llamar aplicación del derecho (L. Díez Picazo, p. 225).

²² Vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, pp. 444-450.

²³ Expresamente H. J. Sonnenberger, pp. 148-151. La mezcla no es nueva; se aprecia ya en numerosos momentos del desarrollo efectuado por F. de Castro y Bravo, pp. 219, 242-243, 245...; en otros casos, parece que debemos hablar propiamente de interpretación, aun cuando la tradición emplee el término calificación (por ejemplo en relación con la llamada calificación comparada, sobre la que volveremos), mientras que también existen teorías en las que la ambivalencia terminológica rechina (no creemos que pueda hablarse sin muchas matizaciones de interpretación *ex lege causae*). Una de las variantes de la denominada calificación funcional, a la que nos referiremos, también pone el acento en la interpretación: G. Kegel, pp. 210.

consiste en interpretar una norma de conflicto de leyes²⁴; "la calificación es un problema especial de la subsunción, acoplado a las cuestiones de interpretación"²⁵; "Calificar (caracterizar, clasificar) significa interpretar el concepto sistemático de una norma de conflicto alemana y determinar su alcance"²⁶; o en opiniones como la que sostiene que "aunque ha de quedar claro que la interpretación de la norma de conflicto es un acto independiente y previo a la subsunción, la práctica, sin embargo, unifica ambos actos... en última instancia no es más que una cuestión de gusto el incluir la interpretación... como una parte del proceso de calificación"²⁷. Lo cierto es que una calificación compleja aparea siempre una interpretación compleja y que, como hemos señalado, al ser la calificación que estudiamos un acto para la identificación de una norma de conflicto, tenemos que, por una parte, la interpretación de ésta es derrotero de aquella y, por otra, la calificación efectuada contribuye a enriquecer la depuración del ámbito de aplicación de dicha norma. Lo cierto es también, que calificaciones no problemáticas (el hijo del difunto reclama en concepto de tal y a resultas de la muerte de su padre ciertos derechos sobre el patrimonio de éste; se impugna un acto de aceptación de herencia a beneficio de inventario; se impugna la validez de una disposición testamentaria nombrando heredero universal a determinada persona) se aparejan a una mínima necesidad interpretativa (todos las situaciones o pretensiones descritas caen bajo el ámbito de aplicación del art. 9,8 C.c., y pueden calificarse de cuestiones sucesorias); y calificar una cuestión problemática en uno u otro sentido (los derechos que reclama la madre soltera contra el padre de su hijo por los gastos de embarazo y parto: ¿cuestión alimenticia, cuestión relativa a los derechos y deberes de familia o responsabilidad nacida de una obligación no contractual de distinta naturaleza?²⁸) implica (es la otra cara de la moneda) perfilar para el futuro el ámbito de aplicación de la norma de conflicto cuyo supuesto de hecho contenga la categoría retenida (por ejemplo, las normas del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 1973). Otro ejemplo sumamente gráfico que pone de manifiesto la, en ocasiones, confluencia funcional de interpretación y calificación es el que puede extraerse de la pretensión similar a la amparada por el art. 342 del Code civil francés: se trata de un tipo de acción pecuniaria contra la persona que tuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. Una labor interpretativa depurada de las normas de conflicto españolas potencialmente aptas para regular esta pretensión, elude o facilita enormemente la resolución de un problema de calificación (para determinar la norma de conflicto aplicable). Si previamente a la aparición de tal pretensión ya hemos determinado que el art. 9,4 del C.c. regula "exclusivamente los supuestos de tráfico externo relativos a la 'filiación'; por lo que deben excluirse aquellas instituciones de otros sistemas jurídicos que, aun tomando en consideración el hecho de la procreación, no configuran un vínculo de filiación ni atribuyen al hijo el status filii respecto a su progenitor"²⁹, una comprobación de si lo que se pide implica la configuración de tal vínculo es suficiente para concluir que la pretensión amparada en el precepto galo no entra dentro del ámbito de aplicación del art. 9,4 del C.c. y sí en el de la norma relativa a alimentos (citado Convenio de La Haya)³⁰. Con ello se estaría, si no resolviendo, sí disminuyendo (¿a través de la interpretación?) los problemas de identificación de la norma aplicable que pudieran plantearse en la práctica, no sólo en relación con la acción basada en el citado precepto (puede pensarse que, en realidad, lo que se ha hecho es calificar tal pretensión como alimentaria) sino en relación con todas aquellas que posean una naturaleza, función o descripción similar. De este modo, una previa y especializada interpretación facilita considerablemente la tarea de calificar, no en abstracto, sino para la aplicación de una norma de conflicto. La interpretación nos ha identificado el aspecto más relevante, definidor, del supuesto de hecho de la norma de entre todos aquellos que pueden concurrir en la misma (en el ejemplo referido al art. 9,4 C.c., establecimiento, existencia, impugnación, del vínculo de filiación natural como estado civil); ante la situación de hecho, la concurrencia (o no) de tal aspecto relevante nos exime de una labor de análisis de otros irrelevantes (para la identificación de la norma de

²⁴ H. Batiffol/P. Lagarde, p. 341.

²⁵ M. Keller/K. Siehr, p. 435.

²⁶ Ch. von Bar, p. 499.

²⁷ H. J. Sonnenberger, pp. 146 y 148. Vid., también, S. Grundmann, pp. 4-5.

²⁸ Cf., ampliamente sobre el art. 295 del Código civil suizo que consagra un derecho tal (también nos referimos a la pretensión amparada por el art. 340,5 del Code civil francés) y sus implicaciones en relación con el problema de la calificación, S. Álvarez González, pp. 229-230.

²⁹ *Ibíd.* Matizaremos, no obstante, las palabras transcritas en relación con un ejemplo próximo de paternidad alimentaria extraído del anterior Derecho suizo.

³⁰ J. D. González Campos, *Comentario del Código civil*, p. 85.

conflicto). El problema radica en que la interpretación puede realizarse con mayor o menor minuciosidad, con mayor o menor vinculación a los conceptos y categorías jurídicas familiares, con mayor o menor utilización de la descripción jurídica (en vez de conceptualización); todo ello condiciona la existencia y la amplitud del problema de calificación considerado individualmente³¹.

B) Calificación y delimitación

Esta estrecha relación entre los momentos de interpretación del supuesto de hecho de la (las) norma de conflicto y calificación de la situación de hecho favorece una cierta identificación funcional de ambas realidades (tienden a la determinación de la norma de conflicto aplicable) que niega relevancia o, al menos, minusvalora la importancia de una manifestación típica de la interpretación con un cierto pedigree en la teoría de DIPr: la delimitación. Ésta se concibe a grandes rasgos como la operación que nos permite identificar la norma [de conflicto] aplicable, cuando más de una parece apta para que en ella se subsuma la cuestión de Derecho planteada: pensemos, por ejemplo, en una cuestión suscitada sobre el nombre de un menor (la calificación "nombre" podría ser suficiente) y en la existencia de una norma de conflicto relativa al nombre de las personas físicas o al estado civil de las personas físicas en general, junto a otra relativa a los efectos de la filiación; o, más familiar, la delimitación del ámbito de la norma sobre capacidad en general (9,1 C.c.) y la relativa a la ley aplicable a cualquier negocio (por ejemplo, 10,5 para las obligaciones contractuales) frente a un problema de capacidad negocial³². La operación, sistematizada por primera vez por L. Raape, nació con autonomía propia respecto de la calificación: "...este problema de la delimitación no tiene nada que ver con el de la calificación", diría³³. Un repaso por alguna de las últimas descripciones del proceso de calificación parece desmentir esta nítida separación.

Ch. von Bar señala como dimensión de la calificación la determinación del método para "descubrir la norma de conflicto competente para el caso y cómo la podemos delimitar de las otras normas vecinas"³⁴; "la subsunción en una proposición jurídica en los casos dudosos, implica al mismo tiempo una interpretación de la misma, especialmente, su delimitación frente a otras normas..."³⁵; B. Audit describe la "operación de calificación", haciendo alusión a que, en su forma estrecha, se presenta como la necesidad de discernir cuál de varias normas de conflicto potencialmente aplicables a la situación contemplada habrá de ser elegida³⁶.

Sin embargo, la delimitación (como operación específica de interpretación) no se vincula necesariamente a la calificación. La determinación del ámbito respectivo de dos normas de conflicto puede fundamentarse en los cánones hermenéuticos de la *lex fori* sin sacrificio alguno. Así, el principio de la prevalencia de la norma especial sobre la general es un índice que puede explicar cómo en el sistema germano, la existencia de un precepto *ad hoc* para el nombre de las personas físicas absorbe las

³¹ Por no sobrecargar el texto de manifestaciones accesorias de esta más que íntima interrelación entre calificación e interpretación traemos aquí a colación otra postura que incide en la imagen de encontrarnos ante dos caras de la misma moneda. M. Keller/K. Siehr anteponen la "comprensión" (clasificación, calificación) de la situación de hecho, a la interpretación del supuesto de hecho de la norma de conflicto como operación subsecuente y, en cierto modo, dependiente con condicionada por la primera (pp.436 y 442-444); que la calificación es una parte de la interpretación hace, para P. Mayer, que sea susceptible de ser controlada por la Cour de cassation (P. Mayer, p. 112); más gráfico, L. Díez Picazo, p. 232, habla de imposibilidad de separar lo jurídico y lo fáctico en el proceso de interpretación.

³² Sobre el tema, ampliamente, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, pp. 439-444.

³³ L. Raape, "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé", R. des C., t. 50, 1934-IV, pp. 401-544, en especial 447-485 y p. 479.

³⁴ Ch. von Bar, p. 500.

³⁵ J. Kropholler, p. 93 (el énfasis segundo es nuestro); este autor ratifica el común origen de calificación y delimitación al referirse a la postura de L. Raape/F. Sturm, 258-259 y 275-285, de diferenciarlos en función de que aparezca en primer plano la interpretación de la norma de conflicto o la subsunción.

³⁶ B. Audit, p. 164. Calificar los hechos e identificar la norma aplicable -se dirá- constituyen una misma operación (D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geoufre de La Pradelle, p. 211-212).

cuestiones relativas al nombre de la mujer casada en detrimento de otras normas de conflicto con un supuesto más general como la relativa a los efectos personales del matrimonio³⁷. En nuestro sistema, la pregunta por la norma de conflicto que determina la ley aplicable al establecimiento de la filiación natural (¿es el art. 9,1 o el 9,4, ambos del C.c.?) se resuelve a través de un proceso interpretativo donde el canon sistemático y el criterio histórico decantan la balanza hacia el art. 9,4 C.c.³⁸. Se trata de sendas delimitaciones del ámbito de aplicación de normas de conflicto que, como señalase L. Raape, nada tienen que ver con la calificación.

Agrupando este epígrafe y el anterior, podemos señalar que ni toda operación de interpretación/delimitación precisa de una calificación previa, ni ésta es suficiente en ocasiones para determinar una concreta operación delimitativa (piénsese en el ejemplo del nombre de la "mujer casada" o del "hijo"). Que, en ocasiones, la calificación especializada sí resuelve un presunto problema de delimitación: por ejemplo, la calificación "real" de un aspecto concreto del universo de un concreto negocio jurídico³⁹; y que, en ocasiones, una interpretación especializada sí resuelve un eventual problema de calificación (piénsese en la interpretación y/o interpretación/delimitación del ámbito de aplicación del art. 9,4 C.c. en relación con la normativa correspondiente a alimentos); aún en este último caso, es preciso distinguir el momento donde coloquemos el acento del proceso lógico jurídico: ex ante, nos movemos en una interpretación/delimitación; ex post (el razonamiento parte del problema), nos situamos ante una calificación que determina para el futuro la interpretación de la norma: toda calificación de una situación de hecho, pretensión, exigencia normativa..., que conlleve la identificación de una norma de conflicto del foro, conlleva como consecuencia una interpretación (indirecta) de su ámbito de aplicación, de tal forma que las calificaciones sucesivas de distintos fenómenos coadyuvan indirectamente a perfilar el ámbito de aplicación de las normas de conflicto del foro. En la práctica, hay que reconocer una difícil distinción, ya que el operador jurídico que se enfrenta al problema lo hace desde el conocimiento de las eventuales normas que lo disciplinan así como de su interpretación más común; la calificación no se realiza con entera desvinculación de este hecho, sino todo lo contrario; se trata siempre de calificar sobre la interpretación conocida y en numerosas ocasiones la mecánica de la operación de subsunción no permitirá distinguir los dos momentos lógicos.

II. Interpretación del art. 12,1 C.c.

1. Interpretación de la norma de conflicto

A) Planteamiento

El art. 12,1 C.c. nos ofrece un criterio para realizar una operación; nos señala, en definitiva cómo debemos calificar para identificar la norma de conflicto española que nos remitirá a un orden jurídico estatal, el español u otro; y nos dice que debemos calificar siempre con arreglo a la ley española. Algunos autores han visto en este proceder la consagración de una "calificación *lege fori*", describiéndola, en realidad, como una interpretación *lege fori*. Así se ha afirmado que "la interpretación de una norma de conflicto de nuestro DIPr autónomo [no convencional o institucional] es exclusivamente nuestro propio asunto, [un asunto] de nuestra *lex fori*. Cada orden jurídico determina por sí mismo cómo han de entenderse sus propias normas"⁴⁰. La misma idea se desprende de la circunscripción del precepto a "...la calificación del supuesto de hecho de la norma de conflicto, por lo que, en relación al punto de conexión, cabe la utilización de otros criterios..."⁴¹. Tal postura se justifica

³⁷ Es llamativa la utilización reiterada de este ejemplo para describir la denominada calificación autónoma: Ch. von Bar, 500, 511 y 514; o para ejemplificar una operación típica de delimitación: L. Raape/F. Sturm, 258, respecto del sistema anterior a la reforma de 1986.

³⁸ Al respecto, J. D. González Campos, pp. 499-502; id., *Comentario del Código civil*, t. I, p. 85; S. Álvarez González, pp. 160-162.

³⁹ Vid., por ejemplo, N. Bouza Vidal, *Comentario del Código civil*, p. 109.

⁴⁰ M. Keller/K. Siehr, p. 439, con expresa referencia a la consagración de tal idea en el C.c. español

⁴¹ A. Borrás Rodríguez, *Comentario del Código civil*, I, p. 139; el énfasis es nuestro. J. A. Carrillo Salcedo, p. 232, se refiere a "la calificación de los conceptos jurídicos empleados por las reglas de conflicto...", aunque a renglón

en función de la ya señalada íntima relación entre calificación e interpretación y, con independencia de su posible distinción teórica (interpretar respondería a qué significa tal concepto, calificar a ante qué significado nos encontramos frente a una situación de hecho) puede aceptarse en sus consecuencias. Que el art. 12,1 C.c. comprenda o, simplemente presuponga la operación de interpretación stricto sensu es algo sobre lo que no vamos a detenernos; lo relevante para nuestro discurso es, eso sí, determinar la peculiaridad de la interpretación del supuesto de hecho de la norma de conflicto, conforme a la única vía que creemos aceptable (la que llamamos interpretación autónoma), previa descripción de la que podría parecer más evidente.

B) Interpretación ex lege materialis fori

La correspondencia conceptual entre el sistema de DIPr y el sistema de Derecho material de un mismo orden jurídico estatal es la primera gran pregunta que puede legítimamente plantearse en relación con la calificación⁴². En la interpretación de los conceptos y categorías empleados por las normas de conflicto españolas habremos de utilizar los criterios y orientaciones de la ley española (y no los de una ley extranjera); en otras palabras, lo que ha de entenderse por relaciones "paterno-filiales" (art. 9,4 C.c.), por "sucesión por causa de muerte" (art. 9,8 C.c.) o por el "derecho a la prestación de alimentos entre parientes" (art. 9,7 C.c.)⁴³ es algo que ha de establecerse sin asumir lo que tales conceptos y categorías significan en un ordenamiento extranjero. La ley material española determina la medida de la interpretación. Éste, posiblemente, es el significado más inmediato de lo dispuesto en el art. 12,1 C.c. y, casi seguro, su pretendida función originaria, aun negada por su concreción terminológica.

Ello en sí mismo considerado no supone sino una delimitación negativa del comportamiento y una delimitación positiva parcial: no podemos interpretar el alcance o el ámbito material de aplicación de una norma de conflicto española atendiendo a la comprensión, al significado (intrasistemático) que los conceptos y categorías empleados puedan poseer en un Derecho extranjero. Lo que considere el Derecho material francés como carácter y contenido de la filiación y relaciones paternofiliales o como alimentos entre parientes (en el supuesto de que tales categorías fuesen conocidas de aquel orden jurídico) es algo que no va a determinar en modo alguno la interpretación de esas mismas categorías presentes en nuestras normas de conflicto. Dicho de otro modo, la interpretación de la norma de conflicto española no debe ser sierva de los conceptos y su significado en un lenguaje jurídico ajeno. Mas señalar lo que ha dado en llamarse estatuto de la interpretación (la ley española) no basta para orientar definitivamente la misma. ¿Significa ello que la interpretación de las categorías empleadas en el supuesto de hecho de la norma de conflicto (española) debe ser articulada conforme al preciso contenido que las mismas categorías poseen en el Derecho material interno (español)? En caso positivo, la interpretación tributaria del desarrollo jurídico interno se convertiría en una mera operación mecánica. Y aceptar este hecho supone la aceptación de inconvenientes demasiado graves para el proceso de actuación jurídica de la norma de conflicto.

seguido parece querer describir un proceso de interpretación. Ch. von Bar, p. 507-514, habla de "método heterónimo para la calificación del supuesto de hecho de la norma de conflicto". Tal aserto no puede atribuirse a una confusión terminológica asumible en nuestro idioma (supuesto de hecho puede predicarse tanto del normativo cuanto de la realidad; en alemán la distinción entre Tatbestand y Sachverhalt es absolutamente nítida), sino a una concepción que hace (implícitamente) ambivalentes las distintas teorías que analiza (para calificar y para interpretar); por otro lado, entre los posibles significados del término Qualifikation en la lengua alemana no parece encontrarse el de interpretación (Auslegung): al respecto, H. Weber, pp. 197-202. F. Knoepfler/F. Schweizer, p. 100, describen la calificación lege fori como una operación "ligada a la interpretación de una norma de conflicto del foro. Es la ley del foro la que determina el contorno y el contenido de las categorías que usa en las normas de conflicto" (esto es interpretación). No está de más señalar en este punto la casi absoluta unanimidad doctrinal que existe desde antiguo en considerar como fuera del problema de calificación la interpretación y concreción del punto de conexión de las normas de conflicto (Cf. M. Virgós Soriano, pp. 12-13; Dicey/Morris, p. 35; J. Kropholler, p. 94).

⁴² Así S. Grundmann, passim; G. Kegel, pp. 203-203.

⁴³ Recurrimos al ejemplo del art. 9,7 C.c., conscientes de su situación tras la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, con fines meramente instrumentales.

Por un lado, esta mecánica exigiría una correspondencia terminológica que, aunque normalmente concurre, no está garantizada al cien por cien (en las normas de conflicto se emplean conceptos y categorías parcialmente ajenos a los empleados por el Derecho material del foro); por otro, esta mecánica choca frontalmente con la realidad de un Estado plurilegislativo como el nuestro, donde incluso los mismos conceptos jurídicos pueden poseer distinto significado, distinto alcance o distinto contenido ya pertenezcan a la legislación estatal, ya a alguna de las legislaciones autonómicas⁴⁴; pero, además, esta mecánica contradice la finalidad innata de la norma de conflicto que, por definición, se orienta a la satisfacción de tipos de pretensiones envueltos en situaciones privadas internacionales que ponen en primer plano la existencia de otros órdenes jurídicos y la eventualidad preceptada tanto de un lenguaje jurídico distinto, cuanto de distintas realidades jurídicas a las contempladas por la ley del foro. El carácter absolutamente lacunario a que conduciría la aceptación de un paralelismo conceptual absoluto entre la normativa material y las normas de conflicto⁴⁵ inhabilita esta interpretación del art. 12,1 C.c.

C) Interpretación autónoma

Estas objeciones son imputables a toda interpretación heterónoma⁴⁶ y no significan que la sistemática del Derecho material interno no sirva para la labor interpretativa de los conceptos y categorías presentes en las normas de conflicto. Muy al contrario; no puede desconocerse que el legislador es el mismo y su lenguaje jurídico es lenguaje jurídico del propio y único ordenamiento, por lo que dicha sistemática determinaría, desde la perspectiva de una interpretación *ex lege fori*, una cierta presunción de identidad entre los conceptos utilizados en los dos ámbitos⁴⁷. Significa, eso sí, que, sin desconocer su importancia, se ha de negar su carácter determinante⁴⁸. Que el estatuto de la interpretación es la ley del foro (la española, en nuestro caso), es una conclusión que no necesitaría siquiera del art. 12,1 C.c., y que la interpretación de los conceptos no ha de importar indiscriminadamente el significado y alcance de sus homónimos en el resto de las ramas del ordenamiento jurídico es un postulado absolutamente aceptable y familiar al operador jurídico que conoce el distinto alcance de un mismo concepto ya se utilice en Derecho civil, en Derecho penal o en Derecho administrativo⁴⁹. Por ello la interpretación *ex lege fori* ha de realizarse, no de acuerdo con la normativa material sino de conformidad con la exigencias de la propia normativa de DIPr (interpretación autónoma)⁵⁰. Así, en la interpretación del citado art. 9,7 C.c. se pudo afirmar con absoluta propiedad que, a pesar de la correspondencia terminológica, y "sobre la base de 'plenitud' del sistema español de DIPr no son condicionantes las soluciones otorgadas por el Derecho material"⁵¹; "...si cada Derecho y cada materia jurídica tienen su propia lengua, con igual justificación se

⁴⁴ Es ésta una objeción contra la denominada calificación *ex lege fori* sobre la que la literatura científica no abunda. Vid., no obstante, ya con sólidos argumentos que conservan aún hoy parte de su validez F. de Castro y Bravo, p. 245-247; en la moderna doctrina recurre a la misma J. Kropholler, p. 103 (ya P. H. Neuhaus, p. 127). Para A. Miaja de la Muela, más que una objeción, es un "problema abierto" en la interpretación del art. 12,1 C.c. (p. 575).

⁴⁵ P. Mayer, p. 115.

⁴⁶ El término lo tomamos de Ch. von Bar, *passim*, que lo aparea a la calificación (habla de calificación autónoma y calificación heterónoma, reservando la primera para la calificación guiada por los criterios del DIPr del foro y la segunda la presidida tanto por la ley material del foro, cuanto por la ley material extranjera o por el DIPr extranjero).

⁴⁷ S. Grundmann, pp. 11 y ss. y 27, para la negación; de "presunción de constancia terminológica" del legislador habla M. Virgós Soriano, p. 20.

⁴⁸ Esta identidad sería "un punto de partida, no un punto de llegada" (M. Virgós Soriano, *ibíd.*); en sentido similar, B. Audit, p. 166; Ch. von Bar, p. 514.

⁴⁹ H. Batiffol/P. Lagarde, p. 346; matiza el argumento S. Grundmann, p. 21 (vid. también p. 19).

⁵⁰ Haciendo gala de la interrelación tan predicada, señala Ch. von Bar que "El sentido de la calificación autónoma de conformidad con el DIPr del foro es poder ajustar la interpretación de las normas de DIPr a los objetivos y valores de este ámbito jurídico" (los énfasis son nuestros).

⁵¹ J. C. Fernández Rozas, "Las obligaciones alimenticias en el Derecho internacional privado español", R.E.D.I., 1985-1, pp. 67-108, concretamente p. 93 y, ya antes, p. 78.

puede pensar que el Derecho internacional privado tenga una nomenclatura de sentido distinto de la utilizada por el Derecho sustantivo"⁵².

Una manifestación específica de esta interpretación autónoma (no dependiente) de las normas de conflicto es la llamada calificación comparada, defendida por Ernst Rabel, que en realidad, en lo que concierne al supuesto de hecho de la norma de conflicto, responde a la idea de una interpretación comparada. La teoría tiene como objeto de trabajo este supuesto de hecho (Tatbestand) que E. Rabel considera integrado por relaciones de la vida (no relaciones jurídicas como hasta entonces se venía arguyendo), eso sí, con un posible grado de integración jurídica muy diverso⁵³. Para él la cuestión de la calificación no era otra que determinar de conformidad con qué ley debía determinarse un concepto utilizado por una norma de conflicto, y su respuesta: "La calificación es determinada no por las normas materiales, sino las normas de conflicto"⁵⁴. Esta visión emancipadora del DIPr pone el acento en dos momentos: el de la elaboración de la norma con utilización de "conceptos propios"⁵⁵ y la interpretación (concebida como reelaboración, creación jurídica) de dichos conceptos que ha de realizarse con ayuda del Derecho comparado⁵⁶, conforme a la finalidad del DIPr y no del Derecho privado ya que el corte que separa ambos es incontestable^{57 58}.

2. Calificación para la determinación de la norma de conflicto

A) De nuevo sobre la acción de calificar

Que podamos hablar de una interpretación autónoma de los conceptos y categorías empleados en la norma de conflicto e incluso que podamos trasladar a la operación de interpretación parte de los parámetros que son utilizados para describir las llamadas calificación ex lege fori o calificación comparada no puede obviar, ni siquiera oscurecer, el hecho de que el tenor literal del art. 12,1 C.c. nos obligue a reparar en lo que ha de entenderse por calificación con arreglo a la ley española. Como hemos señalado, la calificación es una operación de comprensión, de conceptualización, de clasificación ("esto es un legado, fideicomiso, adopción, compraventa"), de atribución de una naturaleza jurídica a una realidad (contractual, no contractual), de asignación de un concepto sistemático a una exigencia normativa ("nos encontramos ante un requisito, una exigencia de fondo, forma"). Como también hemos señalado, mientras que el objeto de la calificación (lo calificado), por la propia función de la norma de conflicto, puede ser un elemento extraño al sistema del foro, el calificante ha de ser un concepto o categoría presente en las normas de conflicto o resultante de la interpretación de éste (lo menos está incluido en lo más); puede ser tanto, sucesión por causa de muerte (9,8 del C.c.), cuanto aceptación de herencia, impugnación de disposición testamentaria... (conceptos que hacen referencia a realidades que hemos considerado como comprendidas por la categoría presente en la norma de conflicto a través de la interpretación). Asimismo puede limitarse a una descripción derivada de la interpretación, como, por

⁵² F. de Castro y Bravo, p. 245. Y continúa "Los conceptos de Derecho internacional privado que determinan una situación de hecho en la norma de colisión no deben quedar dependiendo de ninguna ley material; hay que quitarles toda rigidez, darles amplitud abstracta suficiente para realizar su función" (p. 248); todos los énfasis son nuestros.

⁵³ E. Rabel, pp. 244-245.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 249.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 283.

⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 267-268, 283 y 287. Los dos momentos implican también una distinta actitud en legislador y aplicador de la norma (vid., al respecto, A. Miaja de la Muela, pp. 365-366).

⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 249, 287.

⁵⁸ Las críticas que ha sufrido esta postura, ya singulares (fundamentalmente, la vaguedad de los criterios de interpretación; ¿cuál es la finalidad de la norma de conflicto, cuál su función?: H. Weber, pp. 116-118) ya generales (la imposibilidad de llevar a cabo un proceso de creación o recreación de las normas de conflicto con valor universal, empresa "monstruosa" (por difícilísima) en palabras de F. de Castro y Bravo, 241; hoy por todos, H. J. Sonnenberger, 149) no enturbian su importante contribución a la consolidación de una interpretación autónoma de las normas de conflicto y (junto con la teoría de la calificación ex lege causae a la que nos referiremos) a la afirmación de la necesidad de tener en consideración al Derecho extranjero (así lo consideran L. Raape/F. Sturm, p. 278; la idea también cala en la doctrina inglesa, Cheshire/North, pp. 45-46).

ejemplo, en relación con el art. 9,4 C.c., supuestos que "configuran un vínculo de filiación [o] atribuyen al hijo el status filii respecto a su progenitor"⁵⁹, lo que, en realidad, es un paso que facilita la calificación como filiación.

B) Delimitación negativa: la calificación ex lege cause

Calificar conforme a la ley española significa, en primer lugar, que la medida de la asignación conceptual o descriptiva la da la propia ley española. Que los criterios para asignar una naturaleza jurídica o una categoría sistemática a una situación de hecho, pretensión, exigencia normativa..., son los mismos que se utilizan para realizar esa atribución a realidades similares o equivalentes contempladas por el Derecho español. Que para calificar una pretensión como amparada en una obligación como contractual o no contractual hemos de aceptar la calificación que nuestro Derecho ofrecería de ser homogénea la situación, de no ser una situación privada internacional. Dado que el proceso calificadorio es un proceso de asignación y aceptación de conceptos y categorías, la calificación ex lege fori tiene como más inmediata consecuencia, rechazar las calificaciones, sistematizaciones, del Derecho extranjero (la calificación ex lege causae). La consecuencia es que, por ejemplo, el resarcimiento por los daños acaecidos a un turista español al caer sobre su persona una caja de cerveza mal apilada en un supermercado alemán ha de ser calificado (suscitada la reclamación en España) como derivado de una obligación no contractual (art. 10,9 C.c.) y no como responsabilidad contractual que sería la concepción alemana.

Calificar conforme al Derecho extranjero para determinar la norma de conflicto española, (es decir, nos seguimos moviendo aún en una calificación de primer grado) posee diversos inconvenientes y prácticamente ninguna virtud. Una primera objeción vendría dada por la pregunta ¿conforme a qué Derecho extranjero? La calificación *lege causae* -se ha dicho- vendría a manipular el carácter previo de la calificación que, precisamente se configura como un paso en la búsqueda de esa *lex causae*. F. de Castro señalaba la existencia de este círculo vicioso argumentando que "la ley que se ha de aplicar -por mandato de otra- no puede señalar nunca los presupuestos de su aplicación; éstos tienen que estar determinados por la norma fundamental; la norma delegada no puede marcar por sí el ámbito de la delegación"⁶⁰. La teoría que abandona la calificación a la *lex causae*, consolidada como tal por Martin Wolff⁶¹, describe un complejo proceso de ida y vuelta sobre la base de presuntas calificaciones que pueden consolidarse o no en función de una ley extranjera. Contrariamente a la frecuente opinión que se vierte al hilo de las descripciones de esta doctrina, la calificación *ex lege cause* no está reñida en modo alguno con la lógica: no es que la calificación se rija por la *lex causae*, la cual, *stricto sensu*, está aún por determinar, sino que, por seguir un ejemplo relativo a una categoría tradicionalmente problemática, "...la cuestión de saber si una pretensión es o no cuestión de régimen económico matrimonial no se rige por la ley aplicable al régimen económico familiar, sino por la ley que le sería aplicable si estuviera establecido que se trata efectivamente de una cuestión del régimen económico matrimonial"⁶².

La objeción primera que se imputó a este modo de proceder es la posibilidad de que conduzca a un vacío normativo o a una acumulación normativa⁶³. Más que una situación de vacío o cúmulo, incluso

⁵⁹ Cf., *supra*, en el contexto de la nota 30. Aquí nos permitimos describir a contrario.

⁶⁰ F. de Castro y Bravo, p. 227. Vid., también, pp. 234-237. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, p. 444. D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geoufre de La Pradelle, p. 215, señalan gráficamente que un proceder similar sería como "poner el carro por delante de los bueyes".

⁶¹ Sucinta y claramente expuesta, H. Weber, pp. 126-131.

⁶² Cf. Ch. von Bar, p. 511.

⁶³ Ya F. de Castro y Bravo, 236; hoy, Ch. von Bar, p. 512; J. Kropholler, p. 102; F. Knoepfler/F. Schweizer, p. 101; H. J. Sonnenberger, pp. 148-149 (con independencia de la estrecha relación que hemos descrito entre interpretación y calificación, no creemos que quepa hablar con propiedad, como hace este autor, de interpretación *ex lege causae*, desde la perspectiva que en nuestro desarrollo hemos asumido. Al contrario que la interpretación *ex lege fori* y de la interpretación comparada, los principios de la calificación *lege causae* sólo son operativos in concreto, es decir, cuando nos encontramos ante una determinada situación de hecho, pretensión o exigencia, con una precisa distribución de los elementos en el espacio que nos permite identificar la (las) concreta *lex causae*

reconocida por el propio M. Wolff⁶⁴, la aplicación de los parámetros defendidos por la calificación ex lege cause a lo que puede conducir (recordemos, estamos en el primer momento de la calificación, en la calificación de primer grado y queremos saber cómo calificamos, aún no, qué ley aplicamos) es a dos calificaciones contradictorias. El ejemplo de la reclamación de indemnización por responsabilidad precontractual calificada con contractual por el estatuto contractual (*lex contractus*) y como delictual por el estatuto delictual conduce a dos calificaciones contradictorias de una misma pretensión; y lo mismo ocurre cuando la *lex contractus* califica la pretensión como no contractual y la (por ejemplo) *lex loci delicti commissi* como contractual. No es que en el primer caso los dos ordenamientos quieran o deban aplicarse, puesto que sólo han sido consultados para calificar la pretensión; y, por lo mismo, en el segundo caso no hay un vacío normativo puesto que resuelto el problema de la calificación (que ha de resolverse so pena de caer en *non liquet*, por ejemplo, estableciendo una prelación en la calificación), la aplicación de la ley reclamada, la que sea, puede plantear problemas en la que hemos llamado calificación de segundo grado, pero ellos no son los que nos ocupan en este momento.

A esta crítica general se han sumado otras; la calificación ex lege causae, aun lógicamente posible, no podría aplicarse a todos los supuestos; no sería un método universal, puesto que en ocasiones, el legislador ha tomado partido por un tipo de interpretación específica que determina la inocuidad de calificaciones que no se concilien con la misma. Por seguir con el ejemplo del nombre de las personas físicas, un preacuerdo sobre las relaciones entre una norma de conflicto específica relativa al nombre, como norma especial respecto de las normas de conflicto relativas a los efectos del matrimonio (o a los efectos de la filiación), hace inútil que las leyes implicadas coincidan en calificar las cuestiones relativas al nombre de la mujer casada como cuestión relativa a los efectos del matrimonio porque, en todo caso, tal calificación no podría admitirse. Por otro lado, el proceder propuesto por la teoría de la calificación ex lege causae desvirtúa la finalidad de las normas de conflicto que incorporan una orientación material a través de, por ejemplo, la utilización de una serie de conexiones alternativas⁶⁵. Trasládese tal mecanismo a la puesta en funcionamiento del art. 11 C.c. respecto de la forma (en relación con la norma que regule el fondo del acto de que se trate), y se podrá comprobar su inadecuación. En fin, un mero argumento práctico es la irrazonable carga que supone el mecanismo y la pérdida de la intermediación en el proceso de aplicación del Derecho que lleva aparejada.

C) Calificación ex lege fori

Descrita la calificación ex lege causae, tan sólo hemos avanzado un paso (delimitación negativa) en la interpretación del art. 12,1 C.c. Hemos adelantado también que la medida de la asignación conceptual o descriptiva en que consiste la calificación la da la propia ley española, que los criterios o parámetros de la misma, han de buscarse en nuestra propia ley. Pues bien, este proceder hace que en numerosas ocasiones, todas aquéllas en las que se sostiene la aplicabilidad de la normativa del foro (española) con independencia de que, en última instancia, sea o no aplicable, la labor de calificación sea meramente mecánica puesto que pretensión no es más que una proyección de la base jurídica perfectamente conocida, de igual lenguaje jurídico al utilizado en la norma de conflicto; bien es cierto que, en ocasiones, situaciones de hecho o pretensiones no contempladas directamente por la normativa material del foro pero habituales ante sus tribunales pueden plantear dificultades; piénsese, por ejemplo, en la problemática de las uniones de hecho o "parejas no casadas"⁶⁶. Y que, en otras, la propia dificultad sistemática de algunas situaciones de discutido encasillamiento a nivel interno se traslada a las normas de conflicto; tal sería el caso de los diversos supuestos que caen dentro de la responsabilidad precontractual⁶⁷. En todo caso, podemos prima facie calificar conforme a los parámetros del foro, sean éstos nítidos o borrosos (a reservas de lo que diremos en el epígrafe posterior).

conforme a la que efectuar la calificación. No cabría interpretación alguna de la norma al margen del (previa al) problema individualizado. Si no hay una concreta situación de hecho ¿conforme a qué *lex causae* interpretamos?.

⁶⁴ Que remite la solución del problema a la interpretación de los respectivos Derechos materiales (Cf. H. Weber, p. 129) o a su ajuste (Cf. J. A. Carrillo Salcedo, p. 274).

⁶⁵ Ch. von Bar, pp. 511-512, sobre ambas objeciones.

⁶⁶ S. Sánchez Lorenzo, "Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado", R.E.D.I., 1989, pp. 487-531.

⁶⁷ S. Álvarez González, "La ley aplicable a la responsabilidad precontractual...", loc. cit.

Cuando la pretensión se presenta al operador jurídico español amparada en un Derecho extranjero o, lo que no será frecuente, desvinculada toda cobertura legal, el comportamiento que ordena el art. 12,1 C.c. implica un mayor sacrificio si esa situación de hecho, esa pretensión, esa cuestión problemática, no guarda correspondencia con ninguna de las que la ley española considera jurídicamente relevantes (el ejemplo paradigmático sería el de los problemas relativos al trust como institución típica de algunos países anglosajones⁶⁸). Porque si se trata meramente de una diferencia de significado (de nombre) o clasificación jurídica, que encubre un significado similar (equivalente)⁶⁹, la calificación ex lege fori ignorará el nombre la clasificación o la calificación extranjera y asignará la nacional prevista para similares (equivalentes) realidades: imaginémosnos que se pide al Juez español la constitución de una tutela perpetua, conocida del ordenamiento jurídico X, sobre un menor, cuyo régimen jurídico implica el establecimiento de un vínculo similar al de la filiación entre tutelado y tutores: ruptura de lazos de filiación con la familia biológica, atribución de apellidos, nacimiento de derechos sucesorios mutuos...; el Juez español habría de calificar no como medida de protección del incapaz, sino, presumiblemente, como constitución de la adopción y acudir al régimen del art. 9,5 C.c., en vez de al del art. 9,6 C.c. o al Convenio de La Haya relativo a la competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores de 5 de octubre de 1961; en sentido inverso, podemos rescatar el ejemplo argüido por J. A. Carrillo Salcedo a propósito de una adopción (del Derecho belga), que deja intactos los vínculos de filiación entre el adoptado y su familia natural⁷⁰ y que difícilmente podría calificarse como tal a los efectos del art. 9,5 C.c.. Otro tanto cabría decir de la reclamación de un Estado extranjero sobre los bienes en España de su nacional muerto intestado y sin herederos legales: dicha pretensión ha de calificarse ex lege fori como pretensión sucesoria (Estado in heredis loco) y aplicar la ley nacional del causante (art. 9,8 C.c.) y no, eventualmente, como pretensión amparada en la teoría del domino eminente (que vería en el Estado no un heredero sino el titular de un derecho de ocupación privilegiado), lo que conduciría a la aplicación de la lex rei sitae española (art. 10,1), todo ello, con independencia de la clasificación otorgada por el orden jurídico extranjero⁷¹.

Si, por contra, la diferencia no se reduce a la conceptualización o clasificación sistemática, si nos encontramos ante una institución desconocida con mayor o menor parentesco con diversas instituciones nacionales, el mecanismo de calificación ex lege fori exige una contemplación del Derecho extranjero para tener una imagen clara y precisa de lo que hemos de calificar. Si por la propia función de la norma de conflicto hemos descartado la vinculante sujeción a las categorías extranjeras, para imponer una (nueva) calificación de acuerdo con los conceptos del foro (de las normas de conflicto del foro) necesitamos conocer el objeto, la realidad a calificar; y para ello es imperativa la contemplación del Derecho extranjero (no de la lex causae aún desconocida) que parece determinar el alcance de lo que se nos pide; determinar "con qué fundamento y en qué contexto prevé el ordenamiento extranjero tal pretensión... a través de este procedimiento no debe abandonarse la calificación al Derecho extranjero. Tomando en cuenta el Derecho extranjero como material de consulta (Anschauungsmaterial) debe darse la posibilidad de dar un segundo paso para la calificación de una institución extranjera"⁷². Este proceder

⁶⁸ Al respecto, M. A. Asín Cabrera, "La Ley aplicable al Trust en el sistema de Derecho internacional privado español", R.G.D., 1990, pp. 2089-2120, en especial, pp. 2094-2105.

⁶⁹ G. Kegel, pp. 197-202, describe estas posibilidades como dos de los tres grupos de problemas relevantes para la calificación; el tercero sería la diferencia conceptual o clasificatoria de las instituciones jurídicas (contenido jurídico de una realidad) ya nos movamos en el DIPr del foro ya en su Derecho material (pp. 202-203).

⁷⁰ J. A. Carrillo Salcedo, pp. 275-276. Aunque aquí realmente habría que acudir al mecanismo que vamos a analizar a continuación para averiguar si se trata de una institución conocida del Derecho español bajo otra denominación o realmente es una institución desconocida del mismo.

⁷¹ Vid. la clara exposición del problema que realiza A. L. Calvo Caravaca, en J. D. González Campos y otros, pp. 557-560.

⁷² El germen de este proceder lo encontramos ya en E. Rabel, pp. 260-262, entre otras. El texto transcrito es de M. Keller/K. Siehr, p. 443 (los énfasis son nuestros). Como ejemplo de este proceder señalan los autores citados el art. 3 del Decreto-ley 13/1979 de la República de Hungría sobre el DIPr, en vigor desde el 19 de julio de 1979, cuyo tenor reza así:

"Calificación jurídica.

ya fue propuesto para la interpretación del art. 12,1 C.c. por nuestra doctrina. Para J. A. Carrillo Salcedo, la operación de calificación tendría dos fases: "una de análisis y otra de decisión; en la primera lo que se nos pide es determinar en presencia de qué problema estamos, y este análisis no puede ser realizado más que en función del sistema de conceptos del Derecho extranjero; en la segunda, lo que se nos pide es encasillar en una determinada categoría jurídica el supuesto ante el que estamos, que la fase de análisis habrá contribuido a precisar, y esto sólo podrá ser realizado atendiendo al sistema de conceptos de la *lex fori*"⁷³. En palabras muy anteriores, viene a decirse que "el Estado extranjero caracteriza sus reglas, el Estado del foro las clasifica"⁷⁴.

El mecanismo, que, en nuestra opinión, en nada contradice (sino todo lo contrario) la calificación *ex lege fori*, se impone por razones prácticas. Si no se admite este proceder sólo podríamos calificar realidades absolutamente identificables con aquéllas a las que la ley del foro da relevancia jurídica. Para el resto (las que se aparten poco o mucho de éstas), habría que concluir la existencia de una laguna que debería integrarse mediante los métodos de autointegración del sistema (recuérdese la prohibición de *non liquet*), solución más compleja y costosa que ha de reservarse para los supuestos absolutamente extraños en forma, fondo, estructura y función o para aquellos que, aun no siendo ajenos al sistema, no han encontrado cumplida regulación positiva. Aunque raramente las exigencias de una realidad extranjera son tan complejas que no permitan el recurso a la analogía y exijan una construcción nueva sobre la base de principios⁷⁵, en ocasiones es imposible dar respuesta a un problema de calificación mediante la subsunción de la situación en una norma de conflicto del foro (ni siquiera con el proceso descrito), en tal caso es preciso crear una nueva norma⁷⁶.

D) Calificación funcional

Este último proceso de ida y vuelta ha sido denominado por algunos autores como calificación funcional debido a que el parámetro utilizado para decidir la correspondencia de la institución extranjera (en la terminología que hasta ahora hemos utilizado, la situación de hecho, pretensión, exigencia normativa...) con una de las inequívocamente contempladas por las normas de conflicto del foro es la equivalencia funcional, entendida como equivalencia en la función social de la institución⁷⁷. Este proceder, se mueve en los límites de una calificación autónoma, desvinculada del estrecho marco de la *lex materialis fori*, pero ajena a una orientación de conceptualización más allá de la propia realidad a calificar, es decir, sigue moviéndose en el marco del supuesto de hecho de la (las) norma de conflicto. Mas, bajo la misma rúbrica, se ha hablado de una calificación funcional haciendo alusión a otro tipo de proceder distinto⁷⁸.

3.1 Cuando con vistas a la determinación de la ley aplicable, haya diferencia sobre la calificación jurídica de los hechos o las relaciones que deberán juzgarse en el litigio, habrá de procederse conforme a las reglas de interpretación aplicables a las disposiciones y conceptos del Derecho húngaro.

3.2 Cuando el Derecho húngaro ignore una institución o la conozca bajo un nombre o contenido distinto, no pudiendo ser definida mediante la interpretación del Derecho húngaro, habrá de tenerse en cuenta (contemplarse) también el Derecho extranjero que define tal institución para su calificación jurídica"

⁷³ J. A. Carrillo Salcedo, p. 276, siguiendo a H. Batiffol (vid., igualmente H. Batiffol/P. Lagarde, p. 343); id., ya en "Comentario al art. 12 del C.c.", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 432; con posterioridad, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, pp. 445-447, con gráficos ejemplos; A. Borrás Rodríguez, *Comentario del Código civil*, p. 139. Para D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geoufre de La Pradelle, p. 216, se trata de un supuesto típico de toma en consideración del Derecho extranjero, como condición de aplicación de la norma francesa; para estos autores, la idea de toma en consideración posee un lugar y una identidad propios en la teoría general del DIPr (vid. pp. 192-195).

⁷⁴ L. Raape, "Les rapports juridiques...", loc. cit., p. 521.

⁷⁵ H. J. Sonnenberger, p. 154. Más radicales H. Batiffol/P. Lagarde, p. 349, consideran que no hay institución extranjera que pueda escapar al ámbito estirado de las categorías del foro; contra D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geoufre de La Pradelle, p. 217.

⁷⁶ P. Mayer, p. 116; M. Keller/K. Siehr, p. 436; J. Kropholler, p. 95; H. J. Sonnenberger, p. 154.

⁷⁷ Por todos, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, pp. 445-448.

⁷⁸ Para Ch. von Bar, pp. 515-518, se trata de una calificación autónoma, conforme al DIPr del foro; para G. Kegel, pp. 210-215, de una [auténtica] calificación de DIPr (si bien este autor la hace depender de su teoría sobre los intereses en DIPr, su concepción y las dos anteriores son sustancialmente similares). Es preciso poner de manifiesto, una vez más, que, paradójicamente, en un tema como el presente, tan sensible a la propiedad

Quizá la descripción de B. Audit, sea la más gráfica al respecto: "...aunque las normas de conflicto - señala el autor francés-, una vez adoptadas, se enuncian en un engranaje 'categoría-punto de conexión', a veces es preciso pronunciarse sobre la inclusión de tal cuestión en tal categoría en función del punto de conexión... en presencia de cuestiones particulares, es la profundización en el tenor de los conceptos y la finalidad de las normas la que debe llevar a la decisión sobre de qué norma de conflicto deriva [la cuestión]. El carácter funcional del método conflictual, es decir, su aptitud para designar la ley más apropiada, descansa en esta adecuación y este razonamiento"⁷⁹. Lo importante para este proceder es alejarse de la interpretación aislada de los conceptos (las posturas anteriores, todas ellas, se mueven ya en la interpretación de los conceptos que conforman el supuesto de hecho de la norma de conflicto, ya en la asignación de una etiqueta conceptual a la realidad jurídica calificada teniendo en cuenta su acomodación a aquellos conceptos); la razón es que tales conceptos se hayan ligados a los puntos de conexión y por ello "deben ser comprendidos a su amparo...el efecto conjunto de supuesto de hecho y punto de conexión posibilita una oportuna exposición conflictual llena de contenido"⁸⁰.

En otras palabras, este tipo de calificación funcional partiría de la idea de la autonomía del DIPr (algo propio a otras teorías analizadas), de la autonomía de la interpretación de los conceptos utilizados por el supuesto de hecho de la norma de conflicto respecto de las categorías de la *lex materialis fori e*, incluso, de cualquier pretendida ley extranjera (interpretación autónoma en el sentido más atrás descrito), de la calificación de la situación de hecho o cuestión jurídica también emancipada de la *lex materialis fori* o de una ley extranjera, pero (aquí estaría su singularidad) vinculada al sentido, los objetivos y valores⁸¹ de las normas de DIPr contempladas en su conjunto o a la justicia de DIPr que opta entre un conjunto de intereses de DIPr⁸². "Son las razones por las que determinado punto de conexión ha sido adoptado las que deben permitir determinar la extensión exacta de la categoría contemplada por la norma [de conflicto]"⁸³. La calificación no puede hacer abstracción de la totalidad de la (las) norma de conflicto y fundamentalmente de su punto de conexión; porque no es aleatorio el aparejar un determinado punto de conexión a un también determinado supuesto de hecho; no es casualidad que los derechos reales se hayan de regir por la *lex rei sitae* y no por la ley nacional o de la residencia habitual de su titular; o que las obligaciones derivadas de un contrato hayan de someterse a la ley elegida por las partes, en vez de a la del lugar de celebración del mismo⁸⁴; o que se trate de dotar de una cierta estabilidad a las cuestiones inherentes al denominado estado civil de las personas a través de la aplicación de su ley nacional⁸⁵. De este modo, las justificaciones de la *lex rei sitae* para regir los Derechos reales pueden no concurrir para disciplinar determinados Derechos reales mobiliarios, como el derecho real de prenda⁸⁶ o aspectos relativos a alguna de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles⁸⁷. Otro tanto puede decirse

conceptual, la utilización homogénea de las categorías dista de ser un hecho. A las diferencias que hemos señalado con anterioridad debemos añadir la derivada de la utilización del concepto calificación autónoma, que ha servido tanto para referirse a la calificación funcional en su concepción aquí retenida, como, más usual entre la doctrina española, para referirse a categorías empleadas en la norma de conflicto que están desvinculadas en cierta manera de su contenido en el Derecho material interno. Por todos, A. Borrás Rodríguez, p. 140, respecto de las categorías "tutela y demás instituciones de protección del incapaz" (art. 9,6 C.c.), "relaciones paterno-filiales" (art. 9,4 C.c.), "sucesión por causa de muerte" (art. 9,8 C.c.) entre otras; A. Miaja de la Muela, pp. 575-576, habla de calificaciones amplias. La misma utilización está presente en F. Knoepler/Ph. Schweizer, pp. 102-103.

⁷⁹ B. Audit, p. 166 (los énfasis son nuestros); más ampliamente, id., "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la 'crise' des conflits de lois)", R. des C., t. 186, 1984-III, pp. 223-397, concr. pp. 307-326 y 359-360.

⁸⁰ Ch. von Bar, p. 517.

⁸¹ *Ibid.*, p. 515.

⁸² G. Kegel, p. 210.

⁸³ P. Mayer, p. 116.

⁸⁴ El hecho de que nuestro art. 10,5 C.c. utilice como conexión de cierre el lugar de celebración nada dice en torno a su idoneidad (M. Virgós Soriano, en J. D. González Campos y otros, pp. 224 y 231).

⁸⁵ Cf. el ilustrativo ejemplo propuesto por B. Audit, pp. 166-167.

⁸⁶ Ch. von Bar, p. 517.

⁸⁷ S. Sánchez Lorenzo, refiriéndose a la cláusula de reserva de dominio, habla de una reducción funcional del ámbito de aplicación de la *lex rei sitae* a través de una "calificación en sentido amplio (delimitación)" también funcional. Cf. S. Sánchez Lorenzo, La cláusula de reserva de dominio en el Derecho internacional privado (Problemas de Derecho aplicable en el sistema español), 2 tomos, Madrid, 1988, pp. 653-662; *vid.*, asimismo N.

de determinadas obligaciones derivadas del comportamiento precontractual (y lo mismo cabe decir para el postcontractual). La calificación como obligación contractual⁸⁸ o no contractual⁸⁹ no determina per se (ya admitamos una calificación *fori* o una calificación *causae*) la imposibilidad de una calificación funcional que distinga cada supuesto y lo califique en función de los parámetros justificativos de las conexiones *lex loci actum* y autonomía de la voluntad/prestación característica; como apuntamos en otro lugar, parámetros funcionales como la accesoriadad, intereses de las partes, intereses del tráfico jurídico o mera conveniencia⁹⁰ deben estar presentes en toda labor de identificación de la norma conflictual (y, recordemos, el art. 12,1 C.c. habla de "calificación para determinar la norma de conflicto...").

Dos nuevos ejemplos pueden ayudarnos a discernir el alcance de este tipo de calificación así como su mayor o menor parentesco con las posiciones hasta ahora reflejadas. El problema anteexpuesto relativo a la pretensión de pago o, en su caso, reembolso, de gastos de embarazo y parto de la madre (en su propio nombre e interés, no como prestación debida al hijo) contra el padre de su hijo con el que no le une relación de parentesco alguno es paradigmático de que cualquier calificación que no sea la alimenticia no resulta funcional. Calificar de pretensión basada en una obligación no contractual o determinar que estamos ante un supuesto de enriquecimiento sin causa desvirtúa la funcionalidad de las conexiones retenidas por el art. 10,9, apartados 1 y 3 (lo mismo cabe decir de una calificación como obligación legal). Pero además, desvirtúa la funcionalidad de la conexión en materia de alimentos que tiende, precisamente, a garantizar la consecución de tales prestaciones, a través de la articulación de conexiones subsidiarias materialmente orientadas a la consecución de alimentos por parte del acreedor. Sin duda, existen dificultades de subsunción de una tal calificación dentro del ámbito de aplicación del citado Convenio de La Haya de 1973, tanto *ratione materiae* cuanto *ratione personae*⁹¹. Por un lado, la deficiente formulación del art. 1 del Convenio en lo que a la categoría "obligaciones alimenticias" concierne⁹², ha determinado diversas propuestas de calificación *lege fori* o *lege causae*⁹³. La calificación funcional, en este caso es aquélla "que tome en cuenta el resultado que la calificación comporte [y que busque] entre las categorías de Derecho disponibles, la que mejor responda a los intereses en causa sobre el plano del Derecho internacional privado, teniendo en cuenta las funciones esenciales de las instituciones en cuestión"⁹⁴; ésta nos permitiría calificar la pretensión como alimenticia (nótese la similitud de contenido, que no de titular, con lo dispuesto en el art. 142,3 C.c.). El límite (¿infranqueable?) de la inexistencia de parentesco entre reclamante y reclamado no es obstáculo para

Bouza Vidal, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, 1991, pp. 131-133; M. Virgós Soriano, en J. D. González Campos y otros, p. 364.

⁸⁸ Así la construcción alemana sobre la culpa in contrahendo (por todos, C. I. Asúa González, *La culpa in contrahendo* (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos), Bilbao, 1989).

⁸⁹ El estudio más riguroso desde el punto de vista de nuestro ordenamiento sustantivo es el de M. Paz García Rubio, *La responsabilidad precontractual en Derecho español*, Madrid, 1991;cf., respecto de la calificación, pp. 87-90, entre otras.

⁹⁰ S. Álvarez González, "La ley aplicable a la responsabilidad precontractual...", loc. cit., pp. 132-134; nuestro proceder en aquel momento, que en modo alguno es tributario de la concepción alemana, sino todo lo contrario, se ha visto corroborado por opiniones como la de Ch. von Bar, 1991, pp. 405-407, que distinguen la calificación sobre la base de los intereses en presencia y las circunstancias del caso (repárese en la posible incidencia en el sistema de DIPr español del análisis de este autor, realizado sobre la base de una normativa copiada del Convenio del Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y parcialmente desvinculado de la construcción germana de Derecho material).

⁹¹ Al respecto, P. Domínguez Lozano, "La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el Derecho internacional privado español", R.E.D.I., 1989, pp. 433-485, pp. 443-450.

⁹² Vid., A. E. von Overbeck, "Les nouvelles Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires", *Ann. suisse dr. int.*, 1973, pp. 135-170, p. 143.

⁹³ P. Bellet, "Les nouvelles Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires", *Journ.dr.int.*, 1974, pp. 7-31, por una parte, y C. Jaccottet, *Les obligations alimentaires envers enfants dans les Conventions de La Haye*, Berna/Frankfurt, 1982, p. 138, por otra.

⁹⁴ F. Herzfelder, *Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel. Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973*, París, 1985, p. 21.

descartar la calificación funcional que podría implicar, en el peor de los casos, la aplicación analógica de las normas de conflicto⁹⁵ correspondientes a la regulación de la deuda alimenticia.

El segundo ejemplo a que aludíamos se refiere al actual tema de las parejas no casadas en lo que se refiere al aspecto con mayor trascendencia conflictual (para algunos casi única): las pretensiones económicas tras la ruptura⁹⁶. El único acercamiento completo y riguroso realizado en España sobre el tema⁹⁷ nos pone de manifiesto que "La ausencia de analogía en el Derecho español entre unión matrimonial y de hecho impide una reglamentación general de las relaciones entre convivientes inspiradas en una calificación matrimonial y, consecuentemente, la aplicación del art. 9,3 C.c. es inviable. Los problemas habrán de resolverse a través de respuestas particulares, adaptadas a cada tipo de pretensión concreta, que pueden involucrar... las normas de DIPr contenidas en los artículos 9,8 y 10,1, 5, 6, 7 y 9 C.c."⁹⁸. Se trata de una calificación *ex lege fori* (no necesariamente *ex lege materialis fori*). No se trata de una calificación funcional en la comprensión de los autores citados. Ello se aprecia claramente en el propio razonamiento de S. Sánchez Lorenzo, no sólo por el recurso expreso a las soluciones del Derecho material⁹⁹, sino por la necesidad de matizar cada solución aislada considerada en relación con los problemas y dificultades que puede presentar la aplicación del art. 10,1 C.c. (*lex rei sitae*), sobre todo para el régimen de los bienes muebles; art. 10,9, apartado 3, relativo al enriquecimiento sin causa; el art. 10,9, apartado 1, admitiendo la calificación no contractual para la atribución de bienes entre los convivientes tras la ruptura, y las dificultades de hallar una solución satisfactoria para la responsabilidad patrimonial de los convivientes frente a terceros¹⁰⁰. En alguna de las alternativas que se ofrecen, sí se tiene en cuenta este carácter funcional de la calificación para llevar a la "aplicación de la ley de residencia común durante la convivencia, que, desde un punto de vista funcional, habría de ser la sede de la unión extramatrimonial si ésta gozase de un tratamiento como categoría autónoma. Evidentemente, dicha solución presenta el inconveniente de forzar una calificación laboral de la relación jurídica preexistente, que, como hemos visto, presenta muchas dificultades"¹⁰¹. Vemos que con independencia de cuál haya sido la calificación de las concretas situaciones y, consecuentemente la determinación de las normas de conflicto llamadas a disciplinarlas, el problema se encuentra en la adecuación o inadecuación de los criterios de conexión adoptados por tales normas de conflicto que no necesariamente nos conducen a la ley más apropiada.

En este sentido queremos llamar la atención sobre un típico razonamiento basado en una calificación funcional del problema considerado. H. J. Sonnenberger, haciéndose eco de la creciente tendencia en la doctrina alemana que reclama una consideración autónoma del fenómeno con una solución conflictual unitaria y próxima a las soluciones construidas sobre las relaciones entre los cónyuges¹⁰², descarta por

⁹⁵ Art. 83,2 Ley suiza de DIPr (1987): "En la medida en que los derechos de alimentos de la madre y el reembolso de los gastos ocasionados por el nacimiento no se regulan por dicho convenio [Convenio de La Haya de 1973], sus disposiciones se aplican por analogía" (sobre la problemática calificativa de esta materia, S. Álvarez González, pp. 230-232).

⁹⁶ D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geoufre de La Pradelle, p. 511; Ch. von Bar, 1991, p. 81. Ciertamente no es éste el único aspecto relevante. Se quiere poner el acento con esta limitación en el hecho de que otros aspectos poseen una calificación evidente y no problemática, como los de derechos sucesorios, relaciones paternofiliales, contratos en sentido estricto, u obligaciones no contractuales, también en sentido propio.

⁹⁷ S. Sánchez Lorenzo, "Las parejas no casadas...", loc. cit.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 511 y, más ampliamente, pp. 513-528.

⁹⁹ *Ibíd.*, gráficamente, p. 527.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pp. 519-523 y 526-527.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 521 (el énfasis es nuestro). Esta misma sensación de dificultad y contrariedad entre lo que se tiene y lo que se quiere, creemos apreciarla también en el trabajo (que compartiendo alguna de las soluciones anteriores no comparte su talante y su rigor) de P. Y. Gautier, "Les couples internationaux de concubins", *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1991, pp. 525-539; se quiere que en la aplicación de una calificación contractual a determinadas relaciones entre las partes "una buena localización iría a la ley nacional común" (p. 534, nota 27, el énfasis es nuestro) y se quiere que la aplicación de la *lex rei sitae* para la asignación de bienes muebles, coincida con la de la residencia habitual común (p. 535, el énfasis es nuestro).

¹⁰² K. Siehr, *Münchener Kommentar*, cit., pp. 877-878 y p. 926, proponiendo la aplicación analógica de los arts. 14 y 15 EGBGB, para las relaciones personales y para las patrimoniales (con diversas remisiones doctrinales) y dejando a salvo la existencia de soluciones especiales para supuestos especiales (del mismo modo, que quedan a

artificial la aplicación analógica de los arts. 14 y 15 EGBGB (efectos generales del matrimonio y régimen de bienes del matrimonio) mas no acude a una calificación conceptualmente admisible derivada del Derecho interno, sino que ofrece una solución general ad hoc construida sobre la base de la adecuación de determinadas conexiones: las presentes en las normas de conflicto que regulan las relaciones familiares¹⁰³: ley nacional común o ley de la residencia habitual común. El mismo proceder (razonamiento sobre la base de la adecuación de la conexión) conduce a Ch. von Bar a una calificación analógica a la que presupone la aplicación de los citados arts. 14 y 15 EGBGB¹⁰⁴: ley nacional común o ley de la residencia habitual común.

La moraleja es que la solución última está en función de una valoración donde, de nuevo, las concepciones del resto (no DIPr) del orden jurídico interno no son determinantes; sí una ponderación de las conexiones utilizadas por las normas de conflicto en aras a la consecución de sus objetivos. La calificación funcional ni siquiera necesita ser destinada a la identificación de una norma de conflicto preestablecida; puede ser, sin más, el germen de la construcción de una nueva. Eso sí, la calificación funcional no deja de ser una calificación ex lege fori, puesto que parte de los intereses y objetivos a que responden las normas de conflicto del sistema de DIPr del foro en un momento dado y con una estructura dada. Por ello, aun admitiendo, por ejemplo, la licitud del planteamiento del autor alemán que califica funcionalmente las relaciones interpartes derivadas de la unión de hecho como efectos del matrimonio, tal calificación funcional sólo encontraría (o podría encontrar) su justificación en el sistema germano. En el nuestro, es preciso repetir el razonamiento valorativo, mas no sobre la nacionalidad común o la residencia habitual común frente al resto de las posibilidades de la EGBGB, sino sobre las conexiones y soluciones de los arts. 9,2 y 9,3 C.c., frente al resto de las posibilidades del C.c.

III. El objeto de la calificación

Contemplado el proceso de calificación como el que a la vista de la aplicación de la (las) norma de conflicto del foro determina la correspondencia entre la categoría sintética del supuesto de hecho de la (las) normas y una cierta realidad, el objeto de la calificación se correspondería con tal realidad. ¿Qué es lo que contempla la categoría de la norma de conflicto?¹⁰⁵; ¿qué es lo que conceptualizamos?; ¿qué lo que clasificamos?. Ya dijimos en las primeras líneas que entre los muchos aspectos sobre los que no existe acuerdo en relación con el problema de la calificación, el del objeto es uno de ellos. Añadimos ahora, que no sólo no existe acuerdo sobre el ser, sino sobre la propia relevancia de la pregunta¹⁰⁶. A lo largo del presente comentario hemos sido deliberadamente ambiguos cuando nos hemos referido a este tema; de este modo, hemos empleado términos como situación del hecho, pretensión, exigencia normativa, e incluso hemos dicho que la norma no se califica, sino que se interpreta, anunciando que matizaríamos dicha afirmación. Lo cierto es que la matización debe extenderse a todos los conceptos utilizados con carácter meramente instrumental.

Afortunadamente, el objeto de la calificación posee una existencia palpable que determina su conceptualización. La aplicación de una norma de conflicto cualquiera sólo se suscita ante una realidad determinada; esa realidad tiende a su modificación, incluidos aspectos relativos a su extinción e incluso a su conservación (se pide un acto de conservación que antes no existía). Y son los actores de esa realidad los que nos determinan el objeto de la calificación a través de sus pretensiones basadas, en el

salvo para las relaciones entre cónyuges). M. Schwimann limita la solución analógica de dichos preceptos a los supuestos en los que la ley aplicable (de conformidad con el art. 13 EGBGB, norma de conflicto para la celebración del matrimonio -ésta sí- aplicada analógicamente) determine un cierto reconocimiento civil de la unión (Münchener Kommentar, cit., p. 789, con diversas referencias); con posterioridad, Ch. von Bar, 1991, pp. 80-82.

¹⁰³ H. J. Sonnenberger, p. 156.

¹⁰⁴ Ch. von Bar, 1991, p. 82. P. Mayer, p. 116, razonando, igualmente, sobre la idoneidad de las conexiones en materia de efectos del matrimonio, concluye su inadecuación para regular los aspectos referidos de la unión de hecho. Calificación funcional pero con resultado distinto.

¹⁰⁵ B. Ancel, p. 229.

¹⁰⁶ Ch. von Bar, p. 518; M. Keller/K. Siehr, p. 435, ven la discusión sobre el objeto como una polémica inútil; el propio B. Ancel, que le dedica un estudio completo, preanuncia su escasa relevancia práctica (pp. 230 y 231).

peor de los casos, en la realidad (situación de hecho) o contexto que ampara aquéllas: ad ex., solicitud de los daños causados por un accidente de circulación. En el mejor de los casos (también el más frecuente), se nos ofrece ya un proyecto de regulación jurídica: solicitud de reembolso de gastos de embarazo y parto amparada en un Derecho tal o cual (binomio pretensión-fundamentación)¹⁰⁷. La calificación de los hechos desprovista de un fin determinado (una pretensión) no conduce a la identificación de norma de conflicto alguna: de la calificación como matrimonio de la unión duradera y estable de hombre y mujer con determinados fines nada se desprende. Con base en estos hechos pueden solicitarse un cambio de apellidos, alimentos, la contribución a determinados gastos comunes, socorro moral mutuo o, incluso, la propia disolución de la unión. Pero de alguna de estas solicitudes (pretensiones) tampoco deriva una calificación para la determinación de una norma de conflicto: la contribución a determinados gastos comunes es una pretensión que puede amparar, por ejemplo, la existencia de una sociedad civil, una comunidad de bienes, la realización de una partición hereditaria...; los alimentos pueden pedirse con base en una relación de parentesco, en un acuerdo de voluntades (alimentos contractuales), en la voluntad manifestada de una persona que ha muerto (legado de alimentos). Alegación y pretensión y su lazo de unión o relación (jurídico) conforman un todo¹⁰⁸ que debe ser calificado conforme a los criterios anteriormente señalados. El proyecto jurídico o la cuestión jurídica serían de este modo el objeto de la calificación¹⁰⁹.

En ocasiones, sin embargo, se ha hablado de las normas materiales como objeto de la calificación: se califica una norma como procesal o sustantiva -se dirá-, como formal o sustancial¹¹⁰; y, efectivamente, esta es una operación demasiado conocida del jurista para negar su existencia. No obstante, creemos que no es relevante para la comprensión de la operación a que se refiere el art. 12,1 C.c. Podríamos liquidar la cuestión recurriendo a la evidencia que nos ha guiado en todo momento: de lo que tratamos es, precisamente de averiguar qué o cuáles normas materiales son aplicables ¿cómo vamos a calificarlas si no las hemos identificado? Por utilizar uno de los ejemplos más clásicos, no calificamos la norma que exige contraer matrimonio ante una determinada autoridad religiosa como relativa al fondo o a la forma del matrimonio. Esta norma puede llegar a ser aplicable por llamamiento de la norma de conflicto aplicable a la forma o por llamamiento de la norma de conflicto aplicable al fondo del matrimonio (dos caras de una misma moneda: validez); ambas son aplicables y de lo que se trata es de delimitar el ámbito de aplicación de cada una. Y lo mismo cabe decir en torno a la calificación como procesal o sustantiva de una exigencia normativa o efecto jurídico concretos: ad ex., la exigencia de principio de prueba del art. 127,2 C.c. como requisito de admisibilidad de la demanda en materia de acciones de la filiación puede ser calificada como una exigencia de orden procesal o como un requisito de fondo; la diferencia: en el primer caso se exige a toda demanda planteada ante tribunales españoles; en el segundo sólo a las demandas cuya ley aplicable sea la española¹¹¹. En cualquier caso, nos encontramos ante una delimitación de hasta dónde llega la ley aplicable a la determinación o establecimiento de la filiación (o, en nuestro caso al "carácter y contenido de la filiación y las relaciones paternofiliales...": art. 9,4 C.c.), ley que ya hemos determinado o identificado a través de una calificación filiatoria del problema que se nos presentó, y hasta dónde la ley española que se aplica al proceso¹¹².

¹⁰⁷ Se habla de discernir "el verdadero fundamento de la pretensión del demandante" (Cheshire/North, p. 44), o de "la situación de hecho sometida al juez, pero ya informada jurídicamente por la pretensión del demandante (H. Batiffol/P. Lagarde, p. 340).

¹⁰⁸ Sobre la importancia del contexto junto a la pretensión, B. Ancel, pp. 236-236; vid. supra en el contexto de la nota anterior.

¹⁰⁹ B. Ancel, pasimm; P. Mayer, pp. 109-118, para la segunda categoría, que parece ser la opción de la doctrina alemana (siempre que consideremos la sinonimia con Rechtsfrage); por todos H. Weber, pp. 227-231; con posterioridad, Ch. von Bar, pp. 518-519; J. Kropholler, pp. 96-100; en la doctrina inglesa para esta calificación de primer grado, se habla de la "clasificación de la causa de la acción" (Cheshire/North, pp. 44-47).

¹¹⁰ Así, por ejemplo, F. Knoepfler/F. Schweizer, p. 96, o diversos desarrollos de S. Grundmann, en numerosos pasajes de su obra.

¹¹¹ Vid. sobre el tema, J. D. González Campos, p. 506; S. Álvarez González, pp. 197-198 y 232. En general sobre los eventuales criterios de clasificación de normas como procesales o no, a efectos de DIPr, S. Grundmann, pp. 87-89 y, más ampliamente, cap. 2 de la Parte 3ª.

¹¹² Más ampliamente sobre esta postura, F. Rigaux, pp. 318-319. Y, por supuesto, la calificación de una norma del foro (o de la exigencia aparejada a una norma) como procesal o sustantiva, por utilizar una terminología conocida

La calificación de las normas es algo posible y sistemáticamente clarificador. A veces, una operación necesaria: la aplicación de un precepto como el art. 8,2 C.c. al referirse a las leyes procesales españolas lo exige¹¹³; en la materia que nos ocupa puede poseer una relevancia especial en la identificación de la concreta normativa material aplicable, cuando, como puede ser habitual, concurren las correspondientes a varios ordenamientos jurídicos. Pero éste no es el problema a que se refiere el art. 12,1 C.c., por más que sea tan interesante y, probablemente, tan complejo.

IV. Consideraciones finales

Tras los desarrollos que anteceden en modo alguno estaría justificado un epígrafe que hablase de conclusiones, postulados o manual práctico de la calificación. Ya en los primeros párrafos anunciábamos que lo único indiscutido en materia de calificación es, precisamente, que todo es discutible y que todo es discutido. Sería una osadía tratar de dar respuesta en el comentario a un singular precepto, que sólo de forma parcial se enfrenta con el problema de la calificación en DIPr, a cuantas preguntas han quedado sin ella a lo largo de cien años. No obstante, creemos en la corrección de algunas pautas de comportamiento en el proceso de calificación que, de forma simplificada, recordamos.

La primera es que calificación *stricto sensu* e interpretación de la norma de conflicto española son aspectos que en la práctica van indisolublemente unidos; que toda calificación para determinar la norma de conflicto aplicable va a verse acompañada de un momento lógico donde habrá de producirse una labor interpretativa más o menos compleja. Esta interpretación ha de realizarse desvinculada de los concretos límites que los conceptos y categorías empleados en la norma de conflicto puedan tener cuando son empleados por el resto del ordenamiento jurídico español. La interpretación de dichos conceptos ha de estar emancipada de la que reciban en un contexto hermenéutico distinto; ha de tratarse de una interpretación autónoma. El concepto puede (y debe) estirarse para acoger una interpretación distinta y de ordinario más amplia que la reconocida por el Derecho material español. Es un postulado básico de todo sistema de DIPr que se orienta, precisamente, a regular un tráfico jurídico externo donde no puede pretenderse una comunidad jurídica universal. No obstante, esta interpretación autónoma, que tiene su punto de partida en los criterios y concepciones del foro no puede llegar a deformarse: las normas de conflicto españolas no tienen por qué estar contemplando la totalidad de las posibles situaciones que puedan llamar a la puerta de nuestro sistema de DIPr. La existencia de lagunas es absolutamente admisible.

Estas lagunas pueden llegar a ser manifiestas cuando nos encontramos con instituciones absolutamente alejadas de nuestro orden jurídico; incluso cuando hemos de enfrentarnos a cuestiones jurídicas que, aun conocidas de la práctica de los operadores jurídicos españoles, no han alcanzado aún una autonomía normativa positiva (*ad ex*, supuesto de la unión de hecho). No obstante, el mero desconocimiento de la cuestión jurídica por parte de nuestro Derecho interno no ha de suponer que la calificación *ex lege fori* consagrada por el art. 12,1 C.c. haya de deparar la imposibilidad de aplicar una de las normas de conflicto españolas. Porque (y ésta sería otra de las afirmaciones lícitas) la utilización de los parámetros calificativos de la ley española en modo alguno significa la irrelevancia de la ley extranjera; esta ley, que no se corresponde necesariamente con la que habrá de disciplinar la cuestión jurídica, puede (y debe) ser tenida en cuenta para la correcta comprensión del lazo que une una situación y pretensión, a fin de calificar conforme a los criterios de la ley española y utilizando una de las categorías presentes en nuestras normas de conflicto (o ninguna de ellas, con la correlativa exigencia de integración normativa). Este proceso de ida y vuelta no contradice la calificación *ex lege fori*; es más, se trata de una de sus posibles manifestaciones y es una calificación aún presidida por el primer plano de los conceptos y categorías jurídicas y ajena a los objetivos y función de las singulares normas de conflicto potencialmente aplicables.

en DIPr, puede no ser la misma ya nos encontremos ante una situación internacional, ya ante una meramente interna (así Cheshire/North, pp. 47-48)

¹¹³ Vid., J. D. González Campos, *Comentarios del Código civil*, I, I, pp. 74-75.

La calificación funcional no tiene nada que ver con el proceder conceptual anterior¹¹⁴. En este caso, la calificación de la cuestión jurídica, del binomio pretensión-fundamentación, parte de la consideración autónoma no sólo del supuesto de hecho de la norma de conflicto, sino de la norma globalmente considerada y de las justificaciones que aparejan un determinado supuesto de hecho a una conexión también determinada. Es también una operación que puede ser considerada como calificación *ex lege fori* y creemos que no contradice el art. 12,1 C.c. y son los concretos objetivos que presiden las normas de conflicto españolas, como unión indisoluble de supuesto de hecho-punto de conexión, es decir, los criterios de justicia de las normas (de DIPr) españolas los que determinan la calificación. Un aspecto que en relación con este proceder no hemos dejado suficientemente claro es el relativo a sus límites. Límites que han sido fijados en la interdicción de manipulación de la calificación para la obtención de un resultado preordenado¹¹⁵, pero que, sin duda, se han de encontrar también en el núcleo irreductible de la operación calificativa conceptual (repetimos: las categorías jurídicas pueden ser estiradas pero no deformadas¹¹⁶). La calificación funcional es especialmente operativa allí donde la aplicación de una norma de conflicto positiva ha sido descartada mediante una calificación conceptual, mas no es una calificación libérrima.

Al margen de lo dicho, es menester reconocer (y, con ello, aliviarse), que el llamado problema de la calificación en DIPr no posee la misma relevancia práctica que la teórica que le ha sido dada por sus estudiosos. En numerosas ocasiones (en la inmensa mayoría) la calificación será una operación meramente mecánica y aproblemática¹¹⁷; una operación tan familiar al operador jurídico que ni siquiera reparará en la misma¹¹⁸. Mas cuando el problema exista, su solución no es vana. De la calificación depende en última instancia el régimen jurídico que nos dará una solución u otra; y esta solución puede ser distinta si distinta es la calificación. Asimismo, es preciso recordar que, como el art. 12,1 C.c., sólo nos hemos detenido en algunos aspectos, los más relevantes, de la denominada calificación de primer grado; la tendente a identificar la norma de conflicto. La enorme problemática que se ha generado en torno a la identificación de la concreta normativa material aplicable y, sobre todo, la delimitación entre los ámbitos de aplicación de las distintas leyes estatales en presencia, es una realidad en la que sólo hemos entrado para distinguirla de los temas tratados.

¹¹⁴ J. Kropholler, p. 105, afirma que la discusión sobre el estatuto de la calificación pierde todo su significado cuando se opta por una calificación funcional o teleológica. Quizá no debiéramos ser tan tajantes (ni siquiera en la distinción entre procederes conceptuales y funcionales) ya que en una calificación *ex lege fori* donde se evalúa la equivalencia de la institución extranjera con una del foro (inequívocamente prevista por una norma de conflicto) también se está haciendo, indirectamente una valoración funcional. El razonamiento paralelo sería similar al siguiente: "aplicamos la norma de conflicto cuyo punto de conexión ha sido considerado por el legislador como el más idóneo para regular una pretensión similar o equivalente en su función a la que hemos calificado".

¹¹⁵ Ch. von Bar, p. 518; J. Kropholler, p. 108; sobre la denominada calificación preordenada por el resultado J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, pp. 449.

¹¹⁶ A este límite se refiere A. Miaja de la Muela, p. 365.

¹¹⁷ Esta realidad es manifiesta tanto en sistemas continentales (Ch. von Bar, p. 507) cuanto en los sistemas de common law (Dicey/Morris, p. 47; Cheshire/North, p. 44).

¹¹⁸ Al tratarse de un problema esencialmente práctico, los Tribunales -se ha dicho- no distinguen a menudo entre calificación por su propio Derecho y calificación por otros sistemas relevantes (R. A. Leflar/L. L. McDougal III/R. L. Felix, p. 257).