

La función constitucional de orden público internacional: una mirada hacia Cuba*

The constitutional function of international public order: a look into Cuba

ODETTE MARTÍNEZ PÉREZ**

DIANELIS ZALDIVAR VALDES***

RESUMEN

El Derecho Internacional Privado desde un punto de vista normativo recurre, para determinar el Derecho aplicable, a la totalidad de normas que lo integran: indirectas o de conflicto; directas o materiales y las internacionalmente imperativas o de policía; para la aplicación o no del Derecho extranjero en aquellos casos que se trate de relaciones jurídicas privadas internacionales.

A partir de un estudio teórico se constató que en determinados países no está previsto el control judicial al Derecho extranjero con un enfoque de orden público internacional y se limitan solamente al control constitucional, solo se encargan de que el Derecho extranjero no contravenga los principios medulares de la sociedad presentes en la Constitución, con lo cual tiene que interpelarse un proceso diferente al que se está aplicando el derecho extranjero, de lo cual Cuba no escapa, solamente el del judicial review, que permite un efectivo control de orden público.

En este artículo nos proponemos analizar las funciones constitucionales desde una perspectiva teórica, para luego argumentar el orden público internacional como función constitucional y la necesidad de realizar este control para preservar los valores y principios más trascendentes en cada sociedad.

PALABRAS CLAVE

Orden público internacional, Cuba, Constitución, Derecho Internacional Privado, Derecho extranjero, control constitucional.

ABSTRACT

Private International Law from a normative point of view resorts, to determine the applicable law, rules that comprise the law itself: Be these indirect or conflict; direct or material and the internationally imperative or police ones; to apply or not to apply foreign law in such cases as international private legal relationships.

Based on a theoretical study, in certain countries Judicial control of foreign law is planned with an orderly approach international audience and are limited only to constitutional control, it ensures that foreign law does not contravene the core principles of the society presented in the Constitution, which has to be challenged a different process from which foreign law is being applied, Cuba it is not an exception, only the judicial review, allows effective control of public order this article analyzes the constitutional functions from a theoretical perspective, as to argue international public order as a constitutional function and the need to carry out such control in order to preserve the most transcendent values and principles in society.

KEYWORDS

International public order, Cuba, Constitution, Private International Law, Foreign law, constitutional control.

* Artículo de Reflexión. Recibido: 13 de febrero de 2017. Aceptado para su publicación: 30 de Junio 2017

** Profesora Investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, (odettem@uo.edu.cu).

*** Dianelis Zaldivar Valdes. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. (dzaldivar@uo.edu.cu)

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Las funciones constitucionales desde una perspectiva teórica: ¿la función de orden público internacional?/ 3. El orden público internacional desde la perspectiva del derecho internacional privado y como contenido de las normas constitucionales / 4. El control constitucional como piedra angular para hacer efectiva la función de orden público / 5. Orden público y constitución en Cuba / 6. Conclusiones / 7. Sugerencias legislativas / 8. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional privado, desde un punto de vista normativo, recurre, para determinar el derecho aplicable, a la totalidad de normas que lo integran: indirectas o de conflicto, directas o materiales y las internacionalmente imperativas o de policía, para la aplicación o no del derecho extranjero en aquellos casos que se trate de relaciones jurídicas privadas internacionales.

Puede ocurrir que el resultado que brinda el derecho extranjero¹ no sea compatible con los principios económicos, políticos y sociales de determinado ordenamiento jurídico, por lo que surge la interrogante de si se admite la aplicación de leyes de otros Estados cuando su contenido es incompatible con el derecho del foro; de ahí la necesidad de adaptar la solución brindada por la norma de derecho internacional privado en acoger o no el derecho extranjero para dar solución al caso en cuestión, sin que ello represente vulnerar intereses estatales.

Es el caso de la aplicación de la excepción de orden público internacional, que evita el funcionamiento de la norma indirecta porque la solución de la ley extranjera es contraria al Derecho del país que conoce del asunto, constituye una excepción que opera para proteger la organización y los valores de determinada sociedad, contenidos sólo en las normas constitucionales. A tal efecto, el orden público internacional sólo interviene en atención al caso concreto una vez que ha quedado probado el derecho extranjero y para verificar el posible efecto negativo que pudiera producir su aplicación.²

A partir de un estudio teórico, se constató que en determinados países no está previsto el control judicial al derecho extranjero con un enfoque de

¹ En este artículo, al referirnos al control de orden público internacional y control constitucional, siempre lo hacemos respecto al derecho extranjero.

² Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado*, volumen I, 2011/2012, p. 434.

orden público internacional y que se limitan solamente al control constitucional, sólo se encargan de que el derecho extranjero no contravenga los principios medulares de la sociedad presentes en la Constitución, con lo cual tiene que interpelarse un proceso diferente al que se está aplicando el derecho extranjero, de lo cual Cuba no escapa, solamente el del *judicial review*, que permite un efectivo control de orden público

Por ello, en este artículo nos proponemos analizar las funciones constitucionales desde una perspectiva teórica, para luego argumentar el orden público internacional como función constitucional y la necesidad de realizar este control para la preservar los valores y principios más trascendentes en cada sociedad.

2. LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA

La determinación de las funciones de la Constitución no es sólo un problema doctrinal, sino que afecta directamente la realización de sus postulados normativos. Si la acción social de un fenómeno está directamente condicionada por su propia esencia, el análisis de la Constitución en su integridad, en tanto fenómeno complejo o múltiple, nos lleva a admitir que, además de prescribir el deber ser jurídico-político, actúa además en lo ideológico-cultural, social y económico, lo que la hace ser peculiar respecto a las disposiciones normativas infraconstitucionales y marca además la singularidad de sus funciones respecto a los ordenamientos jurídico-políticos y a la sociedad civil en general.

La definición de sus funciones no ha de limitarse a las esferas posibles de influencia jurídica, sino respecto a las acciones sociales que puede y debe desarrollar a fin de conservar su supremacía en el ordenamiento político-jurídico de la sociedad, como norma viva, práctica y de aplicación directa.³

Ciertamente, el objetivo de los primeros textos y declaraciones fue fijar límite al ejercicio del poder.⁴ Además de organizar jurídicamente el aparato de poder y establecer sus funciones y facultades, definir el ámbito de actuación legal de los individuos en la sociedad constituye un límite formal respecto a las facultades y atribuciones que se le reconocen a las partes de la relación Estado-individuo por cuanto las define.

³ Prieto Valdés, Martha, *Funciones de la Constitución*. Disponible en: https://www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto6_301102.htm. Consultado el 15 de noviembre de 2016.

⁴ *Idem*.

Asimismo, la Constitución, por ser el documento superior y tope de la pirámide del ordenamiento jurídico, carácter que la diferencia del resto de las disposiciones existentes en una determinada sociedad, así han de ser asumidos sus contenidos normativos, principios y valores por los creadores y operadores del derecho, así como por la población en general. Esta noción de la Constitución como límite formal la reafirma en su supremacía normativa e incide directamente sobre la eficacia del ordenamiento jurídico.

De otra parte, en tanto parte especial del fenómeno jurídico, las Constituciones, a través de su preceptiva, al definir jurídicamente las relaciones, instituciones y actores que son básicos en esa sociedad, fijan mandatos de ineludible cumplimiento so pena de vulnerar el orden jurídico en general. Estimamos que más que límite material, actúa como límite a la vez que garantía formal, lo cual permite emplearla como instrumento para el control jurídico del juego de poder⁵ o respecto al cumplimiento de las facultades constitucionalmente previstas para cada uno de los órganos de poder estatal,⁶ así como también en cuanto al nivel de desarrollo de las relaciones sociales en las esferas política y económica o en el ámbito de realización de la personalidad humana.

Por ello, la consideración de la Constitución como fenómeno jurídico supraordenador, teniendo en cuenta los contenidos propiamente constitucionales, lleva a reconocerle la función de guía respecto a las demás ramas del derecho,⁷ al aportar los criterios para la creación y los hermenéuticos orientadores para la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto.

De ahí que autores como Fernández Rosas y Sixto Sánchez Lorenzo⁸ conciban las normas constitucionales como el referente para la elaboración de las normas conflictos y para la interpretación de los casos en materia de

⁵ Este carácter aparece en la doctrina anglosajona desde sus orígenes, no así en la continental europea, lo cual fija después de la segunda postguerra y se fundamenta en Hesse, quien admite este carácter para las constituciones que se quieran dotar de operatividad, y en Böckenförde, cuando afirmó que tal función se corresponde con un tipo específico de Constitución y para lo cual reclama una teoría del control constitucionalmente adecuada (Aragón, M., "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 1987, pp. 15-52). Por otra parte, Kelsen apuntó que el reclamo político-jurídico de garantía de la Constitución responde al principio de máxima juridicidad de la función estatal, lo cual debe ser asegurado mediante el control que anule los actos contrarios, debiendo crearse una institución especial de manera que dicho control no pueda ser transferido al órgano cuyos actos deben ser controlados (Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 5).

⁶ Aun cuando el reconocimiento de tal función tuvo como fundamento la división de poderes, como garantía de la libertad individual y reflejo de la existencia de una Constitución que estableciera los límites (ver DDHyC de 1789, art. 16, y Constitución USA, art. 3), nada niega que pueda ser utilizado en sistemas con diseños políticos diferentes.

⁷ Pérez Luño, *op. cit.*, p. 279.

⁸ Fernández Rosas, José Carlos; Sánchez Lorenzo, Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, 2da. edición, Madrid, Civitas, 1994, p. 24.

derecho internacional privado, como detentoras de valores, principios y normas que constituyen el orden público internacional; solamente es activado el orden público internacional al amparo de las normas constitucionales.

En ese sentido, Prieto Valdés explica su desarrollo como parámetro⁹ que determina el contenido de las leyes ordinarias y, por lo tanto, como una vía para el control del legislador y de la administración por los órganos especialmente reconocidos para ello, y por los jueces durante el proceso de aplicación de las leyes en cuanto detectan las antinomias existentes o los vacíos legales. Aquí las constituciones, en cuanto a sus valores y principios, aportan las pautas para la solución de los casos que conocen, tanto por vía de aplicación directa del texto fundamental como mediante los recursos y cuestiones de constitucionalidad. Ciertamente, no puede obviarse que ella es condicionada, pero también condiciona a través de los contenidos propiamente constitucionales un determinado orden, de ahí la importancia que tiene la forma en que esos contenidos se regulen por cuanto ello obliga a la consideración de estos factores en el momento de su interpretación por los órganos de poder en el acto de creación jurídica, como por el aparato judicial en la solución de conflictos.

Coincidiendo en ese punto iusprivatistas y constitucionalista, y visto desde esta perspectiva y al concebir las normas constitucionales como las depositarias del orden público internacional, es menester analizar si el orden público internacional pudiera concebirse como una nueva función constitucional o es absorbida por las anteriores, que muchos han definido como protectoras y jurídicas e ideológicas. Ciertamente, para el derecho internacional privado es válida la denominada función jurídica, y puede definirse a la función constitucional de orden público internacional como la norma contenedora del orden público internacional que ampara la aplicación de su excepción.

3. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMO CONTENIDO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Más allá de sistemas de reconocimiento, el derecho internacional privado hipermoderno posee como eje cardinal el principio en defensa de los derechos humanos, con sus características nuevas de abandono del principio de armonía internacional de soluciones en función de una metodología ecléctica, la

⁹ Función reconocida por Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional (selección)*, 2da edición, Madrid, cec, 1992, pp. 50-54.

relativización axiológica de las soluciones, la neutralidad, la flexibilidad, la especialización, la materialización y el mismo concebido como canal intercultural, planteándose el eclipse del principio de orden público internacional. Los ius-privatistas más destacados guardan las normas Constitucionales con el control que incide en la construcción de los ordenamientos jurídicos ius-privatistas de cada Estado, sentando criterios de interpretación y aplicación. En el derecho internacional privado la noción de orden público impide: (a) la aplicación de leyes extranjeras, (b) que se reconozcan ciertos actos celebrados en el exterior y (c) que se ejecuten sentencias dictadas en otros países.

La noción de orden público debe tener un acotado ámbito de vigencia, porque la no aceptación del derecho extranjero en un Estado involucra un reproche en dogmática jurídica y una censura a los derechos humanos de una persona, puesto que todo sujeto tiene derecho a la protección de sus derechos subjetivos, en cualquier nación donde resida, transite, consuma o comercie.

Jacob Dolinger¹⁰ señala que desde un punto de vista universal se justifica ese funcionamiento del derecho interno sobre el extranjero a efectos de garantizar determinadas reglas jurídicas; es decir, que no sean derogados principios esenciales de un ordenamiento jurídico por otro ordenamiento foráneo o por voluntad de las partes. Las materias, donde se localiza la exclusión del derecho extranjero, por vía del orden público, están referidas a la protección de menores, actos de los incapaces, aspectos de familia, de economía nacional y en general institutos civiles y comerciales que constituyen la publicización del derecho privado. En suma, hay ciertas áreas privadas en las que el Estado brinda una protección especial y no admite que se le derogue por vía de la ley extranjera o voluntad particular.

El orden público internacional tiene por función defender los valores del derecho propio contra el derecho extranjero, que en sí resulta aplicable según las normas del derecho internacional privado. Puede ser que se considere aplicable el derecho propio referente a determinados temas (aplicación apriorística) o puede ser que se examine desde el punto de vista de la compatibilidad de sus valores con el derecho propio y que rechace el primero y aplique el segundo en caso de incompatibilidad (aplicación *a posteriori*).¹¹

¹⁰ Dolinger, Jacob, *Direito internacional privado. Parte geral*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 404.

¹¹ Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho a la Tolerancia*, décima edición, Abeledo Perrot, pp. 246.

Esa tesis tiene su fuente en la escuela italiana de Pascual Mancini,¹² quien concebía la noción del orden público como una competencia propia de cada nación y que era absolutamente normal y razonable que así funcionase. Por otro lado, estaba Carlos Federico Savigny,¹³ para quien el orden público no era un elemento fundamental ni prioritario, por el contrario, lo juzgaba como un remedio excepcional que excluía el derecho extranjero a supuestos graves que conmovieran los principios del ordenamiento jurídico de un Estado.

En el derecho internacional privado actual, aunque una ley extranjera esté designada para regular una situación privada internacional, no por ello resultará competente, pues será objeto del test de coexistencia o de compatibilidad, es decir, su necesaria evaluación con respecto a principios informadores y formadores del ordenamiento jurídico nacional y de derechos fundamentales contenidos en la constitución nacional.¹⁴

Cuando la ley extranjera afecta el orden público internacional se presenta el problema de saber cuál es el derecho aplicable. Ese inconveniente debe ser analizado con mucho cuidado porque no toda incompatibilidad puede ser la causa para excluir el ordenamiento jurídico extranjero, sino que la afectación debe ser grave y en un aspecto importante. Así, se identifica como limitación a la aplicación del derecho extranjero, es decir, si una norma contradice el orden público, no puede ser aplicada y ha de buscarse una solución en pos de ello. En ese caso, puede adoptarse alguna de las siguientes medidas:

¹² Ruchelli, Humberto Fernando; Ferrer, Horacio Carlos, *El orden público. En general y en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, pp. 36/7.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Najurieta, María Susana, *Orden público internacional y fundamentales del niño*, La Ley 1997-B, 1436; Ramayo, Raúl; Perugini de Paz y Geuse, *El control de constitucionalidad y el derecho extranjero aplicable. Un enfoque normativo*, La Ley 1988-A, 968.

- (a) Buscar en el derecho extranjero otra solución que no afecte el orden público o indagar un derecho más adecuado e incluso recurrir a la costumbre o *lex mercatoria*,¹⁵ es decir, respetando la extraterritorialidad del derecho extranjero, dar una solución prescindiendo del derecho doméstico y aplicar otra regla próxima de fuente extranjera u otra con fuente en un tratado internacional que ordene la materia en cuestión, dejando como solución última acudir al derecho nacional.

En esta tendencia, destacamos la opinión de Araujo, que precisamente conecta el asunto con la constitucionalidad y explica que la noción de orden público internacional se encontraba en estado de casi extinción y que se producía por tres razones: (a) porque la globalización planetaria generaba una mayor tolerancia para aceptar soluciones jurídicas no sólo distintas a las nacionales, sino aún desconocidas; (b) esa tolerancia se traduce en admitir nuevos paradigmas culturales y jurídicos, y (c) específicamente en el mundo de los negocios los grupos empresarios imponen sus prácticas.

- (b) Un segundo criterio alude a recurrir al derecho nacional para reemplazar el derecho extranjero apartado.

En este sentido, el reconocimiento de los derechos y principios constitucionales debe ser la guía de información e interpretación de lo que será considerado como orden público, para asentar la superioridad de los derechos humanos y principios constitucionales como base teórica que desarrolle efectos horizontales en los contenidos del ordenamiento jurídico.¹⁶ La plenitud de acceso al ordenamiento jurídico debe juzgarse con criterios de actualidad y aplicando todo nuevo principio o regla jurídica que sea eficaz.

¹⁵ Entre los autores que siguen la primera tesis encontramos a Werner Goldschmidt (*Derecho internacional privado. Derecho a la tolerancia*, Abeledo Perrot, p. 246), Alfredo Mario Soto (*Temas estructurales del derecho internacional privado*, p. 116), Nadia Araujo (*Directo internacional privado. Teoría e prática brasileira*, Rio de Janeiro y San Pablo, Renovar, 2003, p. 100) y Cecilia Fresnedo de Aguirre (*Curso de derecho internacional privado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, p. 277). Con más precisión, lo que indica la profesora Araujo es que debe establecerse con racionalidad, por medio de la teoría de la argumentación y de derechos fundamentales como elementos de guía, una norma aislando la perturbación que hace al orden público. Por otra parte, la segunda es preferida por Inés Weinberg (*Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 143), Jacob Dolinger (*Direito internacional privado. Parte general*, p. 408), Diego Guzmán Latorre. Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 442), Mario Ramírez Necochea (*Derecho internacional privado*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 125), Ramón Silva Alonso (*Derecho internacional privado*, Asunción del Paraguay, Intercontinental Editora, 1989, p. 147), Carlos Espugues Mota; Iglesias Buhigues, José Luis, *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 199) y José Carlos Fernández Rozas; Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado*, p. 485).

¹⁶ Fernández Rozas, José Carlos; Sánchez Lorenzo, Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, p. 485.

El otro de los dilemas en que teoría y práctica se unen es el del momento en que actúa el orden público: *¿a priori o a posteriori?* Criterios prevalecientes en la doctrina para determinar su actuación *a posteriori* o *a priori* son los siguientes:

- ✓ Concepción territorialista del derecho (fiel reflejo de la teoría de Mancini): Otorga una preponderancia excesiva a la ley del foro de manera tal que el orden público internacional no actúa como excepción, sino como regla general. Se trata de una aplicación *a priori* a partir de disponer la aplicación de una especie de correctivo institucional (el orden público) a un catálogo de determinadas instituciones, por lo que la excepción actúa sin que sea necesario un análisis de la ley extranjera ni de sus efectos, sino que basta con que se trate de una de las instituciones “jurídicamente privilegiadas” para que sea excluida la posibilidad de la aplicación del derecho extranjero. Ésta ya ha sido abandonada por casi todos los Estados.
- ✓ Concepción universalista de Savigny: El orden público actúa *a posteriori*, o sea, luego de reconocer la indicación de la aplicabilidad de la ley extranjera y de la comparación de sus efectos eventuales con los principios fundamentales del sistema jurídico del foro. La excepción de orden público es, por tanto, una verdadera excepción y no una regla general, su actuación se determina *a posteriori* y no *a priori*. La que se sigue en la práctica en casi todo los ordenamientos y la más atinada a nuestro juicio.

En materia de derecho internacional privado el orden público internacional es la excepción, y su concepto es diametralmente opuesto al de orden público interno, que comprende todas las disposiciones coactivas que no pueden ser dejadas de lado por voluntad de las partes. No es lo mismo que una norma deba ceder ante la voluntad de las partes que ante la aplicación de un derecho extranjero. El orden público internacional es la manifestación de la voluntad del Estado cuando la ley extranjera contraría un interés superior.

De ahí que pueda considerarse al orden público como la función constitucional que permite que con la aplicación del derecho extranjero no se vulneren los principios económicos, políticos y sociales de determinado ordenamiento jurídico previstos en la Carta Magna, y a su vez es pauta interpretativa en su aplicación. Esta función es diferente a la función jurídica de

la Constitución, que consiste en concebir a la Constitución como la norma básica del ordenamiento jurídico, lo que significa que toda la estructura normativa tiene su fundamento en la Constitución. A su vez, la Constitución es el principal parámetro de validez jurídica y se vincula con la función protectora, que es la función que hace aparecer a la Constitución en los distintos campos de regulación del derecho, como un orden coherente y compacto a pesar de las contradicciones que puedan existir entre intereses contrapuestos.

Las principales líneas técnicas en su estudio vinculadas a la Constitución se relacionan con el control, y los debates se encuentran en si este control de orden público se realiza atendiendo a la Constitución del ordenamiento donde se inserta el derecho extranjero o la del ordenamiento de donde proviene éste.

4. EL CONTROL CONSTITUCIONAL COMO PIEDRA ANGULAR PARA HACER EFECTIVA LA FUNCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

Con la decisión de John Marshall se reconoció judicialmente la posibilidad que tenían los jueces de interpretar la Constitución y de rechazar la aplicación de toda ley contraria a ésta, a través del *judicial review*, génesis normativa del control difuso; tal desaplicación sólo opera en el caso concreto y no tiene efectos *erga omnes*, como normalmente sí lo tiene el control concentrado.

Por ello, decimos que es el modelo ideal para el ejercicio de la función constitucional de orden público, al someterse un caso concreto a control constitucional y desaplicar su uso en la misma, o sea, permite hacer el test de coexistencia de compatibilidad, por lo que debe el juez remitirse a la solución de aplicar una variante internacional o el derecho del foro.

Respecto al control concentrado, consiste en la posibilidad que tiene un órgano específico de velar por la integridad de la Constitución, lo cual *prima facie* lo distingue de ese control difuso. Lo que interesa entonces es la vigilancia objetiva —en el sentido constitucional— del derecho; en otras palabras, existe una velación de la integridad normativa, donde el encargado de ello es un órgano especializado, que si bien debe ser un Tribunal, Corte o Sala “constitucional”, facultado ya no para desaplicar, como es el caso del control difuso, sino para anular con efectos *erga omnes* la disposición contraria a la Constitución, nulidad ésta que comúnmente se logra con el recurso de inconstitucionalidad. Como puede observarse, es un modelo que en su mecanismo *per se* impide que en los procesos donde se aplique el derecho

extranjero se realice el control de orden público, por lo que ha de promoverse una cuestión de constitucionalidad independiente al proceso en cuestión.

Otro de los modelos es el control legislativo, que resulta cuando el órgano encargado de la elaboración de las leyes realiza al mismo tiempo, de manera preventiva, la constitucionalidad de esas leyes. Este modelo, a su vez, es el menos idóneo para el control del derecho extranjero, pues desde su concepción está restringido a la legislación interna y excepcionalmente, por oficio del Legislativo, si apareciere en sus funciones, a los tratados internacionales; es el caso de Cuba. El modelo anterior resulta totalmente ineficaz para el control de constitucionalidad de las leyes.

De ahí que la primera cuestión a resolver para el control de orden público sea deslindar el control de orden público del control de constitucionalidad en aquellos países que no posean un sistema difuso de control, crear en las leyes procesales la facultad para jueces, notarios y registradores del control de orden público internacional, para ejercer *a priori* en los procesos donde haya de aplicarse el derecho extranjero.

¿La aplicación del derecho extranjero es una cuestión objetiva o sustantiva? En nuestra opinión, mayormente sustantiva. Si bien tiene cabida en un procedimiento —cuestión *per se* adjetiva—, no es absorbida por éste, y es que puede entenderse que el acto de aplicación es procesal, en el sentido de que es un acto que tiene lugar dentro del procedimiento sin que esto signifique un carácter propiamente adjetivo; por el contrario, ella es el fondo o mérito del asunto. De forma similar, el cómo se resuelve esa controversia es también, en nuestra opinión, una cuestión de fondo o sustantiva.

Aquí surge la disyuntiva de si el control de la constitucionalidad del Derecho extranjero se realiza con base en su propia Constitución y no en la del juez que aplicará el derecho. Y es que de nuevo este control es sustantivo; la aplicación del derecho es una actividad sustantiva que se desarrolla en el procedimiento, pero no para éste, sino que, por el contrario, éste está para aquella. El control de la constitucionalidad como aspecto inherente —y si así lo permite el derecho aplicado obligatorio de la aplicación— es tan sustantivo como esta última, lo que permite que pueda controlarse la constitucionalidad de un derecho extranjero con base en su Constitución o, lo que es igual, en la Constitución de ese derecho foráneo.

El control de la constitucionalidad del Derecho extranjero se hace con base en la Constitución extranjera. Hasta ahora se ha precisado que se puede controlar la constitucionalidad del derecho extranjero y que —con igual

vehemencia— el juez extranjero puede controlar la constitucionalidad del derecho nacional; sin embargo, hay que tener en cuenta que el control se hace con base en la Constitución del derecho aplicado, no del derecho del foro. Recordemos las nuevas tendencias del DIPRI del principio *pro derecho*, lo cual quiere decir que si un juez foráneo controla la constitucionalidad del derecho patrio, debe hacerlo a tenor de la Constitución de este país.

Respecto al control de la constitucionalidad del derecho extranjero por un juez del foro, el juez podrá —si es necesario— controlar la constitucionalidad de ese derecho siempre que los principios que rijan en tal país extranjero así lo permitan y de forma que no se contraríen los objetivos de las normas de conflictos nacionales. Estos “objetivos” no se refieren a la norma conflictual concreta, sino a la teleología básica de todas ellas: la obtención de la justicia material del caso en cuestión, tomando como referente la función de control constitucional, en su matiz interpretativa, es decir, siempre ha de tenerse en cuenta que la ley aplicable contravenga los principios constitucionales del ordenamiento interno, que obligan realmente al funcionario actuante, a partir del ángulo interpretativo de la Constitución nacional, a hallar el vértice común con la Constitución foránea, porque indudablemente la decisión que se tome afectará ambos ordenamientos jurídicos; o sea, no se trata de realizar el control teniendo una sola Constitución en cuenta, sino de realizar un control constitucional que se atempere a la interculturalidad actual. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que los principios de todo país extranjero (y también el propio) están supeditados casi siempre a cuestiones culturales.

En consecuencia, si ese derecho extranjero establece la posibilidad al juez de ese país homólogo de aquel que está conociendo el caso para controlar la constitucionalidad del derecho, deberá (más que podrá) hacerlo, ya que tal control deriva del principio *iura novit curia* y, por ende, de su aplicación *ex officio*, independientemente de que las partes en conflicto así lo pidan o incluso contribuyan a ello.

Respecto al juez extranjero en aplicación del derecho del foro y la observancia con nuestra Constitución, visto que es casi imposible analizar el control de la constitucionalidad que todo juez extranjero y, por ende, todos los sistemas mundiales de derecho distintos del nuestro puedan, a nuestro juicio todo tribunal en aplicación del derecho, si observare “contraste entre la Constitución y una norma de cualquier rango que fuere, se inaplicará la norma en cuestión, en beneficio de la aplicación de la disposición constitucional.

Esta potestad de inaplicación de la norma puede ser realizada por cualquier tribunal, aun de oficio, en cualquier tipo de causas”.

5. ORDEN PÚBLICO Y CONSTITUCIÓN EN CUBA

La regulación del orden público en el Código Civil cubano de 1987 establece que: “La ley extranjera no se aplica en la medida en que sus efectos sean contrarios a los principios del régimen político, social y económico de la República de Cuba”. De la redacción del artículo se infiere que no es necesario que el derecho extranjero declarado aplicable vulnere una norma jurídica cubana, sino que basta que sus efectos sean contrarios a los principios del régimen.

Sin embargo, un análisis más exhaustivo nos conduce a concluir que los principios del régimen político, social y económico están recogidos en la Constitución y en las leyes, por lo que no se puede alegar como excepción cualquier vulneración de una disposición de carácter político, económico o social, sino que es necesario que el bien lesionado constituya “principios” del régimen; y si el principio es la base y razón de ser de una cosa, en este caso para que pueda invocarse la excepción, es necesario el “ataque” de la ley extranjera a aspectos de naturaleza tal que adquieran el carácter de principios constitucionales.

Ahora bien, para que sea válido el principio de orden público no basta que el derecho extranjero sea distinto o brinde una regulación diferente a la que le confiere a esa misma institución la ley cubana, sino que se requiere que se vulnere un principio y no una regulación cualquiera. Está claro que el derecho extranjero, para ser aplicado, no tiene que coincidir con la solución dada al punto controvertido con la ley cubana, ello haría innecesaria la invocación del derecho extranjero por las partes. Es necesario que vulnere principios, aunque estos deben estar recogidos en normas.

En este sentido, la ley cubana se acoge a las tendencias más modernas donde el orden público actúa *a posteriori*. En el caso del Código Civil cubano, no se incluyen expresamente los derechos adquiridos al amparo de la ley extranjera, o sea, se refiere sólo a ésta y no a los derechos obtenidos bajo su égida. Sin embargo, como la norma regula los efectos de la ley extranjera y es dable interpretar que los derechos adquiridos al amparo de la ley son efectos de ésta, y como los efectos de la ley extranjera no pueden ser contrarios a los principios del régimen político, económico y social, la excepción comprende también a aquellos. Tampoco el Código Civil cubano es una solución para el caso de la inaplicación de la ley extranjera.

En ese mismo sentido, el Código Bustamante recoge las dos modalidades de orden público cuando en su artículo 3 señala tal carácter como regla general para ciertos tipos de normas (las de orden público internacional), o sea, el obsoleto control *a priori*; y luego en sus artículos 4 y 5 distingue preceptos y reglas de orden público, por lo que en esas materias no procede la aplicación del derecho extranjero; mientras que por otra parte en su artículo 8 dispone que: “Los derechos adquiridos al amparo de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencia una regla de orden público internacional”.

Como puede apreciarse aquí, el orden público actúa como excepción. Nótese que se trata de una limitación al reconocimiento de derechos ya adquiridos al amparo del Código. Se trata del orden público *a posteriori*, es decir, una vez que se ha valorado la aplicación de la norma extranjera y se ha llegado a la conclusión o se ha comprobado que sus efectos o consecuencias son contrarios al orden público, por lo que en este caso, al tratar de los derechos ya adquiridos, la formulación es correcta.

En Cuba, el modelo de control que se asume es el legislativo, por lo que se hace prácticamente imposible la realización del control de orden público internacional, con lo cual queda sin ninguna utilidad el artículo 21 del Código Civil; tampoco la Ley de Procedimiento o ley de los tribunales posee la facultad de los jueces de evaluar el orden público internacional en los procesos donde sea aplicable el derecho extranjero *a posteriori*, o sea, en el momento de su aplicación. En la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral Económico se establece que: “A cada parte corresponde probar los hechos que afirma y los que oponga a los alegados por las otras, así como la vigencia del Derecho extranjero cuya aplicación reclama”.

Es decir, el derecho extranjero es considerado derecho susceptible de prueba, con la vigencia de ley; por tanto, es en la demanda donde debe plantearse éste, con la correspondiente vigencia de ley. Sin embargo, es en el escrito de proposición de pruebas donde se demuestra su vigencia y la fidelidad de su letra, y por tanto es cuando el juez, al admitir y pronunciarse sobre ellas, debería tener facultades para hacer el juicio de orden público y no solamente sobre su vigencia y letra.

Tampoco en la Ley de Procedimiento se hace constar qué hacer ante la inaplicación de la ley extranjera, donde el juez deberá evaluar aplicar el derecho del foro o un instrumento internacional, incluso excepcionalmente de un tercer país que no cumpla solamente los requisitos de orden público

contenidos en la Constitución del foro, sino que se atempere a la Constitución extranjera, donde la sentencia va surtir efectos.

En las leyes de procedimiento tampoco se determinará con claridad la naturaleza del derecho extranjero ni se implementa el *test de compatibilidad* de oficio para el juez, al tramitar y valorar el escrito de proposición de pruebas, momento procesal oportuno para cualquier ordenamiento jurídico, aunque el derecho extranjero se considere hecho o derecho. El test de compatibilidad debe determinar principios o instituciones constitucionales afines y comparar el contenido con la ley extranjera para determinar su convergencia o no y dictaminando su aplicación o no.

Lo anterior sólo constituye un breve análisis, una vez más se cumple aquello de que en materia de normas generales de derecho internacional privado la ausencia de regulaciones normativas y la carencia de autonomía legislativa obligan a la jurisprudencia y, en este caso, a la doctrina, a un esfuerzo que contribuya a procurar soluciones, lo que representa una labor superior a la que comúnmente le corresponde.

6. CONCLUSIONES

Primera. La definición de las funciones de la Constitución no debe limitarse a las esferas posibles de influencia jurídica, sino también a las acciones sociales que puede y debe desarrollar a fin de conservar su supremacía en el ordenamiento político-jurídico de la sociedad, como norma de aplicación directa. Hay dos maneras en que la doctrina visualiza las funciones constitucionales: 1) como función protectora, función jurídica, función organizativa y función ideológica, y 2) como garantía de las libertades fundamentales, función constitutiva del Estado, de estabilización, de racionalización (del poder al separar las funciones), de legitimación del poder político, de propaganda y educación política, de cohesión social y de unificación del ordenamiento jurídico como base fundadora del sistema jurídico.

Segunda. Para el derecho internacional privado, el orden público internacional tiene por función defender los valores del derecho propio contra el derecho extranjero, que en sí resulta aplicable según las normas del derecho internacional privado.

Tercera. Cuando del control de orden público se deriva que el derecho extranjero no puede ser aplicado, pueden adoptarse dos soluciones: 1) buscar en el derecho extranjero otra solución que no afecte el orden público o indagar

un derecho más adecuado hasta recurrir a la costumbre, o 2) recurrir al derecho nacional para reemplazar el derecho extranjero apartado.

Cuarta. El orden público no se identifica desde la perspectiva de los autores del derecho internacional privado con los problemas que en el orden del derecho internacional privado se debaten en relación al control constitucional del derecho extranjero. En ese sentido, el eje teórico más discutido se refiere a si el control constitucional del derecho extranjero es a tenor de la Constitución extranjera o la propia. Sin embargo, en este artículo quedó demostrado que a partir del carácter de orden público internacional que tienen las normas constitucionales, el orden público comienza a cumplir los criterios de función constitucional, sólo se necesita su implementación teórica como tal.

Quinta. Respecto al control de la constitucionalidad del derecho extranjero por un juez del foro, el juez podrá —si es necesario— controlar la constitucionalidad de ese derecho siempre que los principios que rijan en tal país extranjero así lo permitan y de forma que no se contraríen los objetivos de las normas de conflictos nacionales. Estos “objetivos” no se refieren a la norma conflictual concreta, sino a la teleología básica de todas ellas: la obtención de la justicia material del caso en cuestión, tomando como referente la función de control constitucional, en su matiz interpretativa, es decir, siempre ha de tenerse en cuenta que la ley aplicable contravenga los principios constitucionales del ordenamiento interno, que obligan realmente al funcionario actuante, a partir del ángulo interpretativo de la Constitución nacional, a hallar el vértice común con la Constitución foránea, porque indudablemente la decisión que se tome afectará ambos ordenamientos jurídicos; o sea, no se trata de realizar el control teniendo una sola Constitución en cuenta, sino de realizar un control constitucional que se atempere a la interculturalidad actual.

Sexta. En nuestro país tenemos un control de tipo legislativo, por lo que resulta imposible el control de orden público como función constitucional en la praxis actual. Está regulado en el Código de Bustamante, en sus artículos 3, 4, 5 y 8; y en el artículo 21 del Código Civil cubano, el cual lo esboza como principio. Sin embargo, no existe la facultad en las leyes procesales o en la propia Carta Magna para que los funcionarios realicen este control ante la aplicación del derecho extranjero en las normas procesales; teórica y legislativamente estamos lejos de plantearnos la realización del test de compatibilidad, por lo que la inutilización del derecho extranjero o su indebido empleo no es causal de casación.

7. SUGERENCIAS LEGISLATIVAS

A la Asamblea Nacional del Poder Popular, modificar la Constitución en el capítulo VII:

Artículo 67: Se faculta a los funcionarios públicos a realizar el control de orden público en los procesos judiciales y administrativos, así como en los procesos de reconocimiento de actos extranjeros, resolviendo la aplicación o no del Derecho extranjero atendiendo a lo dispuesto en esta Constitución, en el respeto a los principios económicos, políticos y sociales de los ordenamientos jurídicos donde surtirán efectos los mismos, si no resultan lesivos a lo dispuesto en esta Carta Magna.

8. REFERENCIAS

- Aragón, M., "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19.
- Araujo, Nadia, *Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira*, Renovar, Rio de Janeiro y San Pablo, 2003.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier. *Derecho internacional privado*, volumen I, 011/2012.
- Dávalos Fernández, Rodolfo, *Derecho internacional privado*, segunda parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1990.
- Dolinger, Jacob, *Direito internacional privado*. Parte geral, Renovar, Río de Janeiro, 2003.
- Esplugues Mota, Carlos; Iglesias Buhigues, José Luis. *Derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- Fernández Rozas, José Carlos; Sánchez Lorenzo, Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1994.
- Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho a la tolerancia*, Abeledo Perrot.
- Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional (selección)*, segunda edición, CEC, Madrid, 1992.
- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Najurieta, María Susana, *Orden público internacional y derechos fundamentales del niño*, La Ley 1997-B.
- Prieto Valdés, Martha, *Funciones de la Constitución*. Disponible en: https://www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto6_301102.htm. Consultado el 15 de noviembre de 2016.

- Ramayo, Raúl; Perugini de Paz y Geuse, *El control de constitucionalidad y el derecho extranjero aplicable. Un enfoque normativo*. La Ley 1988-A, 968.
- Resneda de Aguirre, Cecilia, *Curso de derecho internacional privado*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004.
- Ruchelli, Humberto Fernando; Ferrer, Horacio Carlos, *El orden público. En general y en el derecho internacional privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- Silva Alonso, Ramón, *Derecho internacional privado*, Intercontinental Editora, Asunción del Paraguay, 1989.
- Weinberg, Inés, *Derecho internacional privado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.