

**LA «TOLERADA» DESPROTECCIÓN
DEL DERECHO FUNDAMENTAL
DE DEFENSA EN EL SISTEMA
EUROPEO DE RECONOCIMIENTO
DE RESOLUCIONES JUDICIALES
EXTRANJERAS**

TOMÀS PALAU FONT

SUMARIO

I. PUNTO DE PARTIDA: LAS SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA HACEN SURGIR LA DUDA. II. DOCTRINA DEL TJUE: EXAMEN DE LA VALIDEZ DEL EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO A TRAVÉS DE RECURSO. III. EL RECURSO EN LA DOCTRINA DEL TEDH. IV. INTERACCIÓN ENTRE TJUE Y TEDH Y CONTROL DEL TJUE POR PARTE DEL TEDH. V. REVISIÓN DE LAS EXCEPCIONES AL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS: APLICACIÓN DE LAS ENSEÑANZAS EXTRAÍDAS DEL CASO AVOTIŇŠ. VI. CONCLUSIONES.

LA «TOLERADA» DESPROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA EN EL SISTEMA EUROPEO DE RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS

TOMÀS PALAU FONT¹

I. PUNTO DE PARTIDA: LAS SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA HACEN SURGIR LA DUDA

En la UE, la norma básica en materia de cooperación judicial civil es el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012.

Al igual que sus antecesores, establece que las resoluciones dictadas en un EM serán reconocidas en los demás sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno. Ahora bien: como se encarga de recoger expresamente el 29º considerando del Reglamento, «*la ejecución directa en el Estado miembro requerido de una resolución dictada en otro Estado miembro sin la declaración de fuerza ejecutiva no debe comprometer el respeto de los derechos de la defensa*». Por ello, la oposición al reconocimiento —y posterior ejecución— es posible si se cumplen determinados requisitos.

El Reglamento estandariza las resoluciones no susceptibles de reconocimiento en cuatro categorías. Entre ellas, el quebrantamiento del derecho de defensa se articula a través de las excepciones oponibles a resoluciones que quiebran el orden público o a resoluciones que han sido dictadas en rebeldía a pesar de haberse producido vicios en el emplazamiento del demandado. En este trabajo vamos a partir del estudio de estas últimas, contempladas en la letra b) del artículo 45, apartado 1, del Reglamento. Lo haremos así porque, dado que la norma prevé expresamente que, en el caso

¹ Tomàs Palau Font. Abogado. Doctorando en el Programa de Unión Europea de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Rambla Nova, número 41, 2º. 43003 Tarragona. Email: tpalau1@alumno.uned.es; tomaspalaufont@gmpabogados.com Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5825-0916>

de la excepción de rebeldía, es necesario agotar las vías de recurso domésticas, se ha generado un cuerpo de jurisprudencia en el que el TJUE ha desarrollado cuáles son los requisitos que debe tener dicho recurso para resultar hábil² y que nos servirá para fundamentar el estudio del complejo problema de la protección de los derechos fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

En el desarrollo de la excepción, el TJUE ha establecido que, si el medio de impugnación no existe, si es excesivamente oneroso para la parte, o si no permite enjuiciar las circunstancias del emplazamiento o citación iniciales, se exceptiona el reconocimiento. No hemos incluido entre los vicios invalidantes del recurso el hecho de que pueda crear indefensión material, porque, en la aplicación de esta excepción al reconocimiento de sentencias dictadas en rebeldía, sólo se toma en consideración aquella indefensión que va ligada a la configuración del mecanismo de recurso, es decir, a sus aspectos más adjetivos: el recurso debe tramitarse con arreglo al principio de contradicción³, y debe permitir la revisión de las condiciones de tiempo y forma del emplazamiento o citación inicial⁴. Pero, en fin: en caso de sustanciarse el recurso, la doctrina del TJUE le otorga un carácter sanador de las infracciones cometidas en la instancia.

El caso *Apostolides*, como sucesor de un vasto peregrinaje que empezó con el Convenio de Bruselas de 1968, deja una constatación importante, con anverso y reverso. El anverso y consideración fundamental es que verbaliza por primera vez la necesidad de que el recurso permita revisar las condiciones de tiempo y forma del emplazamiento o citación inicial. Pero, además, al analizar la configuración legal del recurso en el ordenamiento chipriota⁵, la Abogada General Kokott, dibuja la posibilidad de que el recurso pueda llegar a menoscabar de manera significativa el derecho de defensa del recurrente⁶, manifestación que no fue tomada en consideración por el TJUE pero que es relevante para nuestro estudio.

Si el propio Reglamento impide revisar el acierto del tribunal del EM de origen, y por ello, el tribunal de destino no puede más que comprobar cuál es la con-

² Aun así, la jurisprudencia del TJUE ha ido progresivamente exigiendo el agotamiento de las vías de recurso domésticas como *conditio sine qua non* para hacer valer cualquiera de las dos excepciones, si bien, como hemos dicho, sólo en el caso de la rebeldía dicho parámetro se requiere reglamentariamente. En el caso de la excepción de orden público, así lo establece la STJUE de 16 de julio de 2015, C-681/13, *Diageo Brands BV y Simiramida-04 EOOD*, ap. 68. La necesidad de agotar los recursos domésticos era un tema que ya había apuntado el Abogado General F. G. Jacobs en sus Conclusiones, presentadas el 27 de septiembre de 2005, al asunto C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd.*, ap. 148.

³ STJUE de 14 de diciembre de 2006, C-283/05, *ASML Netherlands BV v. Semiconductor Industry Services GMBH (SEMIS)*, ap. 25; STJUE de 28 de abril de 2009, C-420/2007, *Meletis Apostolides v. David Charles Orams y Linda Elizabeth Orams*, apartado 73.

⁴ STJUE *Apostolides*, cit., ap. 78 y 80.

⁵ La posibilidad de recurrir se supedita a que el demandado supere un trámite previo con el objetivo de dilucidar si los argumentos que habría hecho valer en la instancia —y que hará valer si se anula la resolución— son razonables y no meramente dilatorios.

⁶ Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott presentadas el 18 de diciembre de 2008 en el asunto C-420/2007, *Apostolides*, ap. 122.

figuración del recurso, parece evidente que de ningún modo podrá examinarse en toda su plenitud si el derecho de defensa ha sido vulnerado. Aunque es doctrina del TJUE que los tribunales domésticos no pueden enjuiciar el fondo del asunto de las resoluciones cuyo reconocimiento se les solicita⁷, comparémosla con la doctrina del TEDH, que dice: determinar si un recurso es justo o no lo requiere el examen del procedimiento en su conjunto.

El conflicto es patente: un recurso que formalmente respetara el principio de contradicción y que permitiera evaluar las condiciones del emplazamiento inicial, puede toparse con vulneraciones del derecho de defensa distintas. Como hemos anticipado, el supuesto del que parte este trabajo es el que se da cuando, en el marco de la excepción de rebeldía, la resolución del recurso considera que el emplazamiento ha sido correcto y no entra a conocer denuncias como puede ser la parcialidad del tribunal⁸, o la ausencia de una audiencia pública⁹, y, muy especialmente en el caso de un demandado ausente, la admisión indebida de una prueba obtenida ilícitamente¹⁰.

En el ámbito del derecho obtener una resolución fundada y motivada, existe incluso un flagrante supuesto enjuiciado por el TJUE que, si bien se articuló mediante la excepción de orden público, se basaba en un caso de rebeldía del demandado. Así, la STJUE de 6 septiembre 2012, C-619/2010, Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd. Precisamente por la rebeldía del demandado, el tribunal sentenciador no examinó la coherencia de la demanda ni incluyó ningún argumento justificativo de que la misma estuviera fundada. Al contrario, la resolución ejecutiva se emitió, únicamente, sobre el presupuesto de la rebeldía de la demandada. Y es lógico pensar que, aunque la resolución dictada en el Reino Unido no fue recurrida, de haber sido impugnada, habría sido confirmada porque el tribunal que la dictó no hizo otra cosa que aplicar el Derecho procesal inglés. La resolución judicial, carente de la más mínima motivación y quién sabe si infundada, podría ser reconocida en otro EM salvo que se apreciara un menoscabo «*manifiesto y desmesurado*» del derecho de defensa del demandado.

En definitiva: en alguna ocasión oí al profesor Antonio Torres del Moral decir que los derechos fundamentales no se quedaban a la puerta de las prisiones. Aunque

⁷ STJUE de 6 septiembre 2012, C-619/2010, Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd., ap. 35.

⁸ Infracción cuyo análisis puede ser examinado en, v. gr., STEDH de 22 de junio de 1989, 11179/84, Langborger v. Suecia, ap. 34 y 35; STEDH de 24 de noviembre de 1994, 15287/89, Beaumartin v. Francia, ap. 38; STEDH de 6 de mayo de 2003, 39343/98, 39651/98, 43147/98 y 46664/99, Kleyn y otros v. Países Bajos, ap. 192; o STEDH de 6 noviembre 2018, 55391/13, 57728/13 y 74041/13, Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal, ap. 145 a 147.

⁹ En los mismos términos, v. gr., STEDH de 26 de septiembre de 1995, 18160/91, Diennet v. Francia, ap. 33; STEDH de 12 de febrero de 2002, 38978/97, Salomonsson v. Suecia, ap. 36; o STEDH de 12 de abril de 2006, 58675/00, Martinie v. Francia, ap. 39.

¹⁰ Asunto tratado, por ejemplo, en la STEDH de 17 de octubre de 2019, 1874/13 y 8567/13, López Ribalda y otros v. España (civil), o en la STEDH de 27 de junio de 2000, 21986/93, Salman v. Turquía (penal).

en un ámbito distinto, es evidente que la rebeldía del demandado no otorga ninguna prerrogativa para vulnerar los derechos de la contraparte. Y, como hemos visto, existen supuestos en los que el recurso no es hábil para sanar dichos quebrantamientos.

Si ni siquiera permite el TJUE entrar a valorar el fondo del asunto tramitado en el recurso en los términos expuestos, mucho menos va a poder hacerse un examen del proceso en su totalidad tal como propugna el TEDH. Martín Rodríguez explica que el TJUE «*ha asumido que los problemas de reconocimiento mutuo y derechos fundamentales sólo se resuelven en términos de confianza mutua*», lo que constituye un error de planteamiento, porque «*la primacía y el efecto directo de la Carta*» de los Derechos Fundamentales permiten una invocación inmediata por los particulares que no pone necesariamente en cuestión la confianza mutua entre EEMM¹¹. Pero, la realidad jurisprudencial actual muestra que aparece un conflicto entre el principio de reconocimiento mutuo recogido en el artículo 81.1 TFUE y derecho de defensa¹², o un conflicto entre el estándar de la CDFUE y el estándar de la CEDH¹³.

II. DOCTRINA DEL TJUE: EXAMEN DE LA VALIDEZ DEL EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO A TRAVÉS DE RECURSO

A pesar de admitir que el espacio común de libertad, seguridad y justicia en la UE respeta los derechos fundamentales defendidos por la CEDH, el TEDH ha precisado que los mecanismos usados para crear esta área no pueden colisionar con

¹¹ Martín Rodríguez, P. J. (2018). «Confianza mutua y derechos fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en Salinas, A. M., y Martínez, E. J., *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 255-256.

¹² Clave de bóveda sin la cual, todas las demás piedras —derechos— están en riesgo de colapsar [Robertson, D. (1997). *A dictionary of Human Rights*, London, Europa Publications Limited, 77; y E. Brems (2005) «Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», *Human Rights Quarterly*, vol. 27, 1, 298].

¹³ Algunos autores sostienen que la aplicación de la metodología multinivel en el ámbito de los derechos fundamentales permitiría salvar este conflicto, pues abogarían por la adopción de la norma más garantista, «*con lo que el sistema iría evolucionando hasta los estándares más elevados en el conjunto de la Unión*», tal como sostiene Tenorio Sánchez, P. (2013). «Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 32-33. En efecto, el método multinivel se aproxima a la norma emanada en un determinado nivel (estatal o supranacional, por ejemplo) como a un componente más del Derecho interno que no puede entenderse si no es en relación con las normas emitidas en otros niveles [Gómez Sánchez, Y. (2018). *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Madrid, Sanz y Torres, 45-50]. Por ello explica el profesor Tenorio que, tras la promulgación de la CDFUE, «*si había que optar entre el estándar que un determinado derecho tenía en un país y el que ofrecía otro, el Tribunal de Justicia siempre se decantaría por el Derecho constitucional del Estado que presentara el estándar más alto*» (Tenorio Sánchez, P. (2013). «Diálogo entre tribunales...», op. cit., 32-33). Sin embargo, fue el propio TJUE el que se encargó de asestar un «*duro golpe a la teoría, cada vez más extendida, del constitucionalismo multinivel*» (ídem) en la STJUE de 26 febrero 2013, C-399/11, Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal.

los derechos fundamentales, como, de hecho, confirma el artículo 67, apartado 1, del TFUE¹⁴. Incluso ha llegado a afirmar que los Estados contratantes de la CEDH están obligados a salvaguardar los derechos fundamentales en todo caso¹⁵, sin que puedan escudarse en limitaciones impuestas por cualquier otro pretexto, por muy legal que éste sea¹⁶.

Como correspondencia, la STJUE de 18 junio 1991, C-260/89, *Elliniki radio-phonía Tileorassi Anonimi Etairía (ERT AE) v. Dimotiki Etairía Pliroforissis (DEP) y Sotirios Kouvelas*, y la STJUE de 18 diciembre 1997, C-309/96, *Daniele Annibaldi v. Sindaco del Comune di Guidonia y Presidente Regione Lazio*, entre otras, nos dirán que a la hora de determinar cuál es el acervo común de los EEMM en materia de derechos fundamentales —o en otras palabras, cuáles son las tradiciones constitucionales comunes de los EEMM¹⁷— la CEDH reviste el significado propio de los principios generales de la Unión.

Ya hemos explicado que, de entre los tres requisitos que integran la excepción al reconocimiento de resoluciones judiciales conforme los regula el artículo 45 del Reglamento 1215/2012, nos centraremos ahora en el de recurrir la resolución judicial cuando el medio de impugnación sea posible¹⁸, dado su carácter sanador de las infracciones cometidas en la instancia. Este atributo hace que las irregularidades en las que se hubiera incurrido en el acto de notificación o emplazamiento de un demandado —aunque sean, en principio, causantes de indefensión— resulten irrelevantes siempre que pueda formalizarse un recurso contra la resolución dictada en rebeldía.

Eso sí: no bastaba cualquier recurso, como se encargaba de puntualizar la STJUE ASML, citada, exigiendo una tramitación conforme con el principio de contradicción. Y, a su vez, en las Conclusiones del Abogado General Philippe Léger presenta-

¹⁴ STEDH de 23 mayo 2016, 17502/07, *Avotiņš v. Letonia*.

¹⁵ *Cfr.* Halleskov Storgaard, L. (2015). «Composing Europe's Fundamental Rights Area: A case for discursive pluralism», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 17, 222, sobre el conflicto entre el TJUE y el TEDH a la hora de evaluar el «peso o la prioridad otorgada a los derechos fundamentales cuando éstos colisionan con otros objetivos legítimos».

¹⁶ Así lo afirma Hazelhorst infririéndolo de la STEDH de 26 junio 1992, 12747/87, *Droz y Janousek v. Francia y España*, y la STEDH de 20 julio 2001, 30882/96, *Pellegrini v. Italia*. Destaca la autora que, no obstante, en ambos casos, el TEDH exigió de los Estados contratantes la revisión de la labor jurisdiccional de Estados no contratantes, cosa que no resultará tan sencilla en los casos en que los Estados implicados pertenezcan a la UE, pues todos sus miembros forman parte de los firmantes de la CEDH [Hazelhorst, M. (2018). «Mutual trust under pressure: civil justice cooperation in the EU and the rule of law». *Netherlands International Law Review*, vol. 65, section «What does the ECHR require? The Bosphorus test»].

¹⁷ *Vide* artículo 52.4 CFUE. Asimismo, la STJUE de 17 diciembre 1970, C-11/70, *International Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ap. 4; STJUE de 14 mayo 1974, C-4/73, *Nold K.G. v. Comisión*, ap. 13; o STJUE de 28 marzo 2000, C-7/98, *Dieter Krombach v. André Bamberski*, ap. 38.

¹⁸ McEleavey, P. y Hartley, T. (2009). «I. Cyprus land rights: conflict of laws meets International politics: *Apostolides v. Orams*, Case C-420/07 28 April 2009, European Court of Justice (Grand Chamber)», *The International and Comparative Law Quarterly* vol. 58, n° 4, 1019.

das el 28 de septiembre de 2006, en el mismo asunto, se hacía alusión a la doctrina del TEDH, implicando que el recurso permitiera a cada parte «*disponer de la facultad de tener conocimiento y de rebatir cualquier documento o alegación presentada ante el juez y encaminados a incidir en su resolución*»¹⁹. Y más adelante, la STJUE Apostolides, citada, supondría un nuevo paso adelante en el desarrollo de esta doctrina, explicitando el requerimiento de examen de las condiciones del emplazamiento o citación.

El recurso efectivo debe cumplir determinadas exigencias de elaboración jurisprudencial: la primera de todas, debe permitir al tribunal valorar la existencia y, en caso de que existan, la influencia de cualquier irregularidad a la hora de emplazar al demandado²⁰; en segundo lugar, antes de impugnar la resolución *a quo*, el recurrente debe de haber dispuesto de la posibilidad de conocer el contenido y el resultado de aquélla; y, en tercer lugar, el recurso ha de ser tramitado con absoluto respeto del principio de contradicción²¹. Incluso cuando el demandado conoce la existencia del procedimiento y decide permanecer en contumacia, el tribunal debe comunicarle la resolución adoptada, porque sólo el conocimiento de la decisión judicial cumple con el principio de contradicción²². Además de todo ello, con las premisas establecidas por la STJUE Apostolides, la correcta configuración del mecanismo de impugnación debe permitir a la parte cuestionar las irregularidades del emplazamiento²³.

Lo cierto es que, a pesar de las interpretaciones sobre la habilidad del recurso, con anterioridad a que este requisito entrara a formar parte del texto legal, el TJUE había ya puesto de relieve que el demandado tiene derecho a seguir el procedimiento desde su inicio, lo que significa que incluso un examen completo del caso en fase apelación podría resultar inhábil para reparar la indefensión provocada por irregularidades en el emplazamiento. Esto es algo que podemos leer en la STJUE de 12 noviembre 1992, C-123/91, Minalmet GmbH v. Brandeis Ltd., y en la STJUE de 10 octubre 1996, C-78/95, Bernardus Hendrikman y Maria Feyen v. Magenta Druck & Verlag GmbH. El tono que tiñe uniformemente estas dos resoluciones refiere que no todo quebrantamiento procedimental puede ser subsanado mediante un recurso, porque algunos daños no pueden repararse: «*el momento pertinente para que el demandado pueda defenderse es el del comienzo del proceso. La posibilidad de utilizar ulteriormente un medio de impugnación contra una resolución dictada en rebeldía, ya convertida en ejecutoria, no puede constituir una vía equivalente a una defensa antes de que se dicte la decisión*»²⁴. Se trata de

¹⁹ Conclusiones del Abogado General, ap. 106.

²⁰ STJUE Apostolides, ap. 78 y 80.

²¹ STJUE ASML, ap. 25 y 49.

²² Decisión adoptada en la STJUE ASML. Es más: conforme a las Conclusiones presentadas por el Abogado General Léger el 28 de septiembre de 2006, «*admitir que el demandado en rebeldía podía interponer tal recurso, sin haber podido tener conocimiento del contenido de la resolución dictada en rebeldía, sería contrario, a mi juicio, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*» (ap. 100 y 107).

²³ STJUE Apostolides, ap. 73, con remisión a los considerandos 16º a 18º del Reglamento nº 44/2001.

²⁴ STJUE Hendrikman, ap. 20.

una expresión contundente, no cabe duda, pero propia de un momento histórico en el que la norma no hacía mención alguna a la interposición de recurso.

De todas formas, esta idea que estuvo presente en la jurisprudencia del TJUE no fue nunca gratuita. Por ejemplo, tras la sustitución del Convenio de Bruselas de 1968 por el Reglamento 44/2001, y la incorporación del recurso al tenor legal, fue dictada la STJUE de 2 mayo 2006, C-341/04, Eurofood IFSC Ltd²⁵. Aunque la resolución judicial no hace una mención específica de ello, sí resultan destacables las Conclusiones presentadas al caso Eurofood el 27 de septiembre de 2005, pues inciden en la necesidad de hacer un examen cuidadoso del recurso antes de afirmar la bondad del mismo. Se trataba de una medida cautelar instada contra una compañía insolvente, y, aunque la demandada compareció —luego no es un supuesto de rebeldía—, tal como razona el Abogado General F. J. Jacobs, en lo que respecta a «*la posibilidad de obtener la subsanación* (de la violación del principio de igualdad de armas cometida por la negativa de una parte a facilitar determinada documentación a la otra) *mediante recurso, debe tenerse en cuenta que en los estadios iniciales del procedimiento de insolvencia, el tiempo es a menudo esencial, de forma que un procedimiento dado debe apreciarse en su estado original*», so pena de comprometer su eficacia y éxito²⁶.

Pero, hechas estas salvedades que en su día tuvieron carácter *de lege data* y hoy lo tienen *de lege ferenda*, está prohibido que el recurso entre a revisar el fondo del asunto, entendido como adecuación o acierto del criterio del tribunal, pues «*para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento*»²⁷. Esta interpretación conecta la excepción de sentencias dictadas en rebeldía con la excepción de orden público cuando la violación en cuestión «*choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental*». Si el juez del Estado requerido analizara si se ha aplicado mal el derecho nacional o el derecho comunitario, se pondría «*en peligro la finalidad del Reglamento nº 44/2001*»²⁸.

Se entiende, pues, perfectamente, que el examen del recurso debe limitarse a los aspectos propios de la configuración del procedimiento²⁹. Como vemos, parece que la STJUE Apostolides responde a la pregunta acerca de cómo puede ser denunciada

²⁵ La STJUE Eurofood valora la severidad de una violación procesal cuando una parte pretende una resolución urgente, como es el caso de las medidas cautelares (singularmente, ap. 66). Asimismo, Bufford, S. L. (2007). «Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice», *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 27, núm. 2, 398.

²⁶ Ap. 150.

²⁷ STJUE Apostolides, cit., ap. 59; STJUE de 28 marzo 2000, C— 7/98, Dieter Krombach v. André Bamberski, ap. 37; STJUE de 11 mayo 2000, C-38/98, Régie nationale des usines Renault SA v. Maxicar SpA y Orazio Formento, ap. 30.

²⁸ STJUE Apostolides, cit., ap. 59 y 60.

²⁹ Conclusiones del Abogado General en el caso Apostolides, ap. 121.

una violación del derecho de defensa, en fase de recurso, distinta de la violación del principio de contradicción: por la vía de la cláusula de orden público.

Ahora bien: dada la absoluta excepcionalidad de la cláusula de orden público³⁰, no estaría de más saber exactamente qué es aquello que se ampara en el concepto de configuración del recurso.

Podemos entender que las condiciones de acceso al recurso entran dentro del concepto³¹, como así lo muestra la propia STJUE Apostolides cuando examina el requisito de procedibilidad consistente en la «*defensa razonable*», y como puede deducirse también de la STJUE de 7 julio 2016, C-70/2015, Emmanuel Lebek v. Janusz Domino.

La vulneración del principio de contradicción caería igualmente en el supuesto. Es un criterio razonable a la vez que genérico; es decir, que es obvio que cualquier proceso judicial debe respetar el principio de contradicción. Todo aquello susceptible de influir en la decisión del juez debe ser trasladado a las partes, para que puedan contradecirlo si a su derecho conviene. Y todo aquello que pueda influir en el enjuiciamiento de las circunstancias de emplazamiento o citación iniciales, debe ser objeto de traslado a las partes.

Si dejamos a un lado el marco en el que desarrolla su interpretación el TJUE, podemos concluir que existen hipotéticas vulneraciones del derecho de defensa que hayan sido obviadas por el recurso tramitado en el EM de origen y que no permitirán invocar la excepción precitada. Evidentemente, cabe pensar que, dentro del contexto material de la indefensión en el que hoy día nos encontramos, la violación deberá haber tenido influencia en el resultado del recurso y no haber sido provocada ni tolerada por el recurrente³².

Nos sirve, a tal propósito, la panoplia de derechos contenido en el artículo 47, párrafo 2, de la CDFUE³³, y en la CEDH. Así, las implicaciones personales del tribunal, como son la predeterminación por ley³⁴, su independencia³⁵ e imparcialidad³⁶. La misma situación de desprotección se pone de relieve cuando el derecho a ser defen-

³⁰ STJUE de 4 febrero 1988, 145/86, Horst Ludwig Martin Hoffmann v. Adelheid Kriegg, ap. 21; STJUE Hendrikman, cit., ap. 32; STJUE Krombach, cit., ap. 21; STJUE Renault, cit., ap. 26; STJUE Apostolides, cit., ap. 55; y STJUE Trade Agency, cit., ap. 48.

³¹ STEDH de 27 marzo 1998, 80/1997/864/1075, K.D.B. v. Países Bajos, ap. 38.

³² No sólo puede el derecho de defensa hallar una barrera en otro derecho fundamental, sino también será objeto de limitación cuando la infracción sea meramente formal, no material, caso de la STEDH de 15 de junio de 2004, 1814/02, Stepinska v. Francia, o de la STEDH de 20 de diciembre de 2005, 54730/00, P.D. v. Francia (penal).

³³ Tal como nos hace notar Lord Goldsmith Q. C. (2001). «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *Common Market Law Review*, vol. 38, núm. 5, 1211, el derecho a un juicio justo abandona la limitación, existente en el CEDH, relativa a la aplicación sólo a procedimientos civiles o criminales, y garantiza la protección de las personas físicas y jurídicas en cualquier ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

³⁴ STEDH de 28 noviembre 2002, 58442/00, Lavents v. Letonia.

³⁵ STEDH de 9 noviembre 2006, 65411/01, Sacilor Lormines v. Francia.

³⁶ Ver nota 8.

dido por un abogado es quebrantado³⁷. También la estimación de la demanda a pesar de la inexistencia de prueba o de la admisión de prueba obtenida ilícitamente³⁸. En este último caso —el de la arbitrariedad en la admisión de prueba—, se produciría incluso un quebrantamiento del principio de igualdad de armas aunque el demandado estuviera en rebeldía, lo que no es poca cosa, pues, junto al principio de contradicción, conforma los dos «presupuestos fundamentales del derecho a la tutela judicial efectiva» para el TEDH³⁹.

La igualdad de armas también podría ser quebrada en la fase de recurso. Pensemos en aquellos problemas que pueden surgir a la hora de insinuar una defensa razonable en los procedimientos de *leave-to-appeal*, o a la de acreditar la ausencia que impidió recibir la notificación o la ignorancia de la existencia del proceso iniciado en contra. Pues bien: si el órgano jurisdiccional fuera mucho más flexible con la admisión de prueba de la parte actora y ahora recurrida —esto es, la parte que pretende desacreditar la prueba del que fue rebelde— que con la de los hechos constitutivos de la irregularidad propuesta por el propio rebelde, se estaría alterando el equilibrio procesal.

Y finalmente, una cuestión como la audiencia pública podría resultar controvertida, porque podría prescindirse de ésta cuando ya se ha producido en primera instancia. Ocurre que en la primera instancia no estuvo presente el rebelde, y una desestimación del recurso podría comportar la injusticia del proceso en su totalidad si el secreto pudiera hacer dudar de la propia intencionalidad del órgano judicial⁴⁰. Incluso una dilación del proceso puede afectar al demandado contra el que ya se ha dictado una medida cautelar que se está ejecutando en otro EM.

En conclusión: todos estos supuestos que hemos descrito constituyen conflictos que pueden ser pasados por alto en el recurso «correctamente» tramitado con arreglo a la doctrina Apostolides. Y, en resumen, queda demostrado que cualquier vulneración del derecho de defensa es susceptible de influir, directa o indirectamente, en el enjuiciamiento de las circunstancias del emplazamiento.

Pero, insistimos: éstos son aspectos que exceden el control *de minimis* que propugna el TJUE, y que se traduce en la mera comprobación de que el rebelde no encontró excesivos obstáculos para alegar y probar la irregularidad del emplazamiento. Este control contrasta, de algún modo, con la exigencia que el TEDH impone a los

³⁷ Por ejemplo, la STEDH de 9 octubre 1979, 6289/73, Airey v. Irlanda, analiza un caso en que la ausencia de abogado por sí misma causa una vulneración del derecho de defensa, pues, en ocasiones el artículo 6.1 de la CEDH puede compeler al Estado para que proporcione asistencia legal cuando tal asistencia se demuestre indispensable para un acceso efectivo a los tribunales, bien porque esta representación legal sea obligatoria, bien por razón de la complejidad del proceso (apartado 26).

³⁸ Ver nota 10.

³⁹ Milione, C. (2015). *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo blanch, 58.

⁴⁰ «No es suficiente juzgar resolviendo un conflicto entre derechos, pues se precisa también que la justicia llegue a ser exteriorizada y percibida tanto por las partes procesales como por la colectividad sin sombras de duda sobre la independencia del órgano jurisdiccional» (ibídem, 85).

Estados contratantes de la CEDH: la transferencia de soberanía a una organización supranacional no les exonera de sus responsabilidades cuando los compromisos adquiridos con la organización resulte incompatible con los objetivos y finalidades de la Convención⁴¹.

III. EL RECURSO EN LA DOCTRINA DEL TEDH

Tratando la incidencia del recurso en la subsanación de violaciones del derecho de defensa, el TEDH ha admitido explícitamente que el error cometido por un tribunal *a quo* puede ser subsanado por el órgano jerárquicamente superior. Podemos tomar como ejemplo de ello la STEDH de 24 junio 1993, 14518/89, Schuler-Zgraggen v. Suiza.

Sin embargo, esta reparación obrada por el tribunal *ad quem* no será posible cuando sea la propia corte superior quien cometa la infracción, como ocurre, por ejemplo, en el caso analizado por la STEDH de 27 marzo 1998, 80/1997/864/1075, K.D.B. v. Países Bajos. Asimismo, tampoco cuando las restrictivas condiciones de acceso establecidas para un recurso impidan, en la práctica, que la infracción cometida por el juzgador *a quo* sea subsanada, supuesto que podríamos hallar en la STEDH de 29 mayo 1986, 8562/79, Feldbrugge v. Países Bajos, o también en la STEDH de 23 octubre 1996, 21920/93, Levages Prestations Services v. Francia.

Pero existen casos en los que no es posible responsabilizar a la fase de recurso, por sí sola, del quebrantamiento de las garantías de la defensa.

Una buena muestra de ello se da en la STEDH de 10 febrero 1983, 7299/75 y 7496/76, Albert y Le Compte v. Bélgica. El procedimiento en la instancia se sustanció sin publicidad, lo que privaría a los interesados de una de las garantías prescritas por el artículo 6 de la CEDH.

Si bien contra la resolución dictada en la instancia, se formalizó recurso de casación, el TEDH estimó que, aun cuando la tramitación del mismo no vulneró ninguna garantía de la defensa, resultaba inhábil para corregir la falta de publicidad en la instancia: la jurisdicción casacional no conoce del fondo de los asuntos en toda su extensión, por lo que numerosos aspectos como el examen de los hechos probados y la valoración de la proporcionalidad entre la falta y la sanción caen fuera de su control. Ello provocó que la causa no hubiera sido juzgada por un tribunal que, gozando de jurisdicción plena actuara con la publicidad requerida por el artículo 6.

Otra muestra de la necesidad de valorar el proceso en su integridad se contiene en la STEDH de 29 octubre 1991, 11826/85, Helmers v. Suecia.

En primera instancia, se celebró una vista pública, pero no se celebró en segunda, y, además, ambas partes pudieron presentar en esta segunda instancia nueva prueba.

⁴¹ STEDH de 30 junio 2005, 45036/98, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim irketi v. Irlanda, ap. 154.

El Tribunal de Apelación, por tanto, emitió su fallo sobre unos antecedentes fácticos distintos de aquéllos sobre los que se pronunció el Tribunal de primera instancia. Es por estas circunstancias que la resolución de la segunda instancia demandaba ser resuelta tras la práctica de una vista. Fue, por ende, la evaluación del procedimiento en su integridad la que permitió al TEDH determinar que se había producido una vulneración del derecho a un juicio justo; el recurso, por sí mismo, no presentaba tacha.

En los casos *Albert y Le Compte*, y *Helmerts*, se concluye que sólo es posible decidir sobre la rectitud del recurso partiendo de una visión omnicomprendensiva del proceso⁴². Y, en resumen, estos dos ejemplos ponen de manifiesto las dos perspectivas de la problemática del recurso restaurador de la violación del derecho de defensa en relación con el proceso considerado en su totalidad. En el caso *Albert y Le Compte*, la infracción se comete en la instancia, y la fase de recurso, aunque correcta *per se*, sólo contribuye a perpetuar la vulneración. Sin embargo, en el caso *Helmerts*, la fase de recurso, nuevamente correcta *per se*, acaba comportando la comisión de una infracción que sólo puede ser descubierta tras la observación de todo el procedimiento.

IV. INTERACCIÓN ENTRE TJUE Y TEDH Y CONTROL DEL TJUE POR PARTE DEL TEDH

Traslademos ahora estas observaciones al ámbito del reconocimiento de resoluciones judiciales dentro de la UE. En la actualidad, existe un modo simple de garantizar la justicia del proceso en rebeldía, tal como sabemos: bastará comprobar que «*el demandado ha podido interponer un recurso contra la resolución dictada en rebeldía*» y, por consiguiente, comprobar que «*dicho recurso le ha permitido alegar que la cédula de emplazamiento o el documento equivalente no le habían sido entregados de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse*»⁴³. Y, ciertamente, cuando el artículo 45.1.b) del Reglamento legisla en el sentido de exigir la interposición de recurso, está pensando en el agotamiento de las vías de rectificación de las infracciones previamente cometidas. Confiere, pues, al recurso, aquel perfil sanador del que hemos hablado.

Sin embargo, la cuestión es si, reconsiderando la necesidad de enjuiciar el proceso en su integridad para evaluar la capacidad sanadora del recurso, puede hacerse una lectura de la jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 45.1.b) más abierta y flexible, facultando a los tribunales domésticos europeos a evaluar, de algún modo, el procedimiento seguido en el EM de origen desde el inicio.

Una objeción que puede hacerse a este planteamiento es que será ciertamente complejo que se den infracciones estando el demandado en rebeldía. En otras palabras, sin oposición entre las partes y sin la presencia del demandado, es difícil

⁴² Criterio que podemos hallar también en la STEDH *Levages*, cit. (ap. 45); en la STEDH de 23 octubre 1996, 17748/91, *Ankerl v. Suiza* (ap. 38); o, más recientemente, en la STEDH de 7 junio 2012, 38433/09, *Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano v. Italia* (ap. 197).

⁴³ STJUE *Apostolides*, citada, ap. 78 y 80.

pensar en que este último pueda sufrir agravios. Nos referimos, por ejemplo, a que el ausente no podrá proponer prueba, y que, en consecuencia, no podrá existir una denegación indebida de la misma. Del mismo modo, el ausente no tratará de acceder al expediente y, por ende, no existirá una resolución que le permita obtener copias de sólo una parte del mismo. Por lo tanto, en procesos en rebeldía será a priori muy difícil que los tribunales *ad quem* se sientan exigidos a examinar el proceso en su integridad. Veamos si esta crítica está justificada.

Para acometer esta misión, es necesario desplazar el estudio hacia la doctrina emanada del TEDH. Una vez en dicho ámbito, no podemos ignorar la presunción de protección equivalente, puesto que marca un cambio de paradigma en el modo en que ambos tribunales dialogarán. Aunque esta presunción era preexistente al caso enjuiciado por la STEDH Bosphorus, de 2005, fue ésta la primera ocasión en la que el TEDH afrontaba una revisión indirecta⁴⁴ del criterio del TJUE⁴⁵ y en que reconoce «*la competencia del TEDH sobre la totalidad del espacio jurídico europeo (desde el punto de vista espacial, personal y, también, material)*»⁴⁶. Con el caso Bosphorus, llegó al TEDH una petición de revisión de una sentencia que dirimía una confrontación entre el Derecho de la UE y la CEDH, y, además, lo hacía en aplicación de la resolución de una cuestión prejudicial elevada al TJUE.

Para aplicar la presunción, el TEDH exige que el Estado donde se ha dictado la resolución objeto de enjuiciamiento cumpla tres premisas: a) pertenencia de dicho Estado a una organización supranacional; b) que dicha organización proteja los derechos humanos de manera equivalente a como lo hace la Convención; y c) que, en la resolución enjuiciada, el Estado esté ejecutando alguna de las obligaciones que derivan de su pertenencia a la organización supranacional, sin disponer de ningún margen de maniobra en la ejecución de aquellos compromisos. Se requiere, asimismo, que un mecanismo de vigilancia proporcionado por la organización supranacional, la UE, se haya desplegado totalmente, y éste no es otro que la intervención del TJUE a través del procedimiento de cuestión prejudicial⁴⁷.

Mediante la aplicación de la presunción, el TEDH admite, en el caso concreto, que la ejecución, por un Estado, de las obligaciones derivadas de su pertenencia a la UE es respetuosa con las exigencias de la CEDH, porque la Unión protege los derechos humanos de manera equivalente a como lo hace la CEDH. En una vertiente más

⁴⁴ Idea ya plasmada en Halleskov Storgaard, L. (2015). «Composing Europe's Fundamental Rights Area...», cit., 221.

⁴⁵ El propósito de la doctrina Bosphorus «*es evitar que un Estado parte se vea confrontado a un dilema frente a obligaciones jurídicas procedentes de diversas fuentes*» [J. M. Cortés Martín (2016) «Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 828].

⁴⁶ Antón Guardiola, C. (2007). «TEDH: Sentencia de 30.06.2005, Bosphorus Airways, 45036/98 – Derecho comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 28, 947.

⁴⁷ Algo que no había quedado suficientemente explicitado y que precisa la STEDH de 6 diciembre 2012, 12323/11, Michaud v. Francia, ap. 115.

práctica: la aplicación de un criterio establecido por el TJUE, es respetuosa con la CEDH. La consecuencia de ello es que no es preciso que el TEDH examine el fondo del asunto⁴⁸.

Ahora bien, se trata de una presunción *iuris tantum* a la que le gusta mucho disfrazarse de su hermana mayor, la presunción *iuris et de iure*, pues puede ser destruida cuando las circunstancias del caso indiquen que la protección dispensada ha sido manifiestamente —y sólo manifiestamente— deficiente⁴⁹, sin que baste que se alegue cualquier defecto de menor entidad a ésta. Peers ha criticado el mero establecimiento de la presunción con el argumento que, si la Unión no puede ser responsable ante el TEDH por no ser parte contratante de la CEDH, y, a su vez, los EEMM no son responsables ante el TEDH por la ejecución de actos de la Unión en cuya ejecución

⁴⁸ La presunción de protección equivalente tuvo detractores desde el mismo momento de su nacimiento. Una de las principales objeciones que se le formulan es que, como tal presunción, analiza el caso en abstracto, sin descender a una evaluación concreta de los pasos dados por los tribunales irlandeses y por el TJUE.

⁴⁹ Asimismo, el primero de los votos particulares formulados a la Sentencia (presentado por el Juez Rozakis y otros cinco) defiende que, en el caso del TJUE, aunque su decisión vincula al tribunal que formula la cuestión prejudicial, este último retiene total discrecionalidad para decidir sobre el caso concreto. El propio voto particular refleja que, de la misma Sentencia en su ap. 157, y de la referencia que hace a la STEDH de 11 noviembre 1996, 17862/91, *Cantoni v. Francia*, se colige que «la discrecionalidad a la hora de implementar una decisión prejudicial no está cubierta por la presunción de protección equivalente» (ap. 3). Ésta es la prueba: de acuerdo con lo mantenido por el recurrente, Michel Cantoni, «la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no fue de ayuda, porque dejaba a la discrecionalidad de los tribunales nacionales decidir caso por caso si una sustancia debería ser clasificada como un producto médico, y, asimismo, utilizaba conceptos faltos de precisión y que no eran técnicamente correctos» (ap. 26).

⁴⁹ Ignoramos, sin embargo, cuál es, para el TEDH, la diferencia existente entre la expresión «manifiestamente deficiente» y el calificativo simple «deficiente». El establecimiento de este bajo umbral de protección contrasta con el tipo de supervisión que generalmente lleva a cabo el TEDH, como destaca Van den Berghe, F. (2010). «The EU and issues of human rights protection: same solutions to more acute problems?», *European Law Journal*, vol. 16, no. 2, 118. Sólo el voto particular del juez Ress nos ofrece alguna pista: la protección resultaría manifiestamente deficiente si el TJUE se apartara de la jurisprudencia pacífica del TEDH. Y, por lo mismo, será difícil sostener que la protección es manifiestamente deficiente cuando, en un caso, no exista una previa jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, este criterio ha sido criticado por Requejo Isidro, al considerar que la propia jurisprudencia lo ha desmentido, y utiliza para ello la STEDH de 20 de enero de 2009, recurso núm. 13645/05, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkel Visserij U.A. v. Países Bajos* [Requejo Isidro, M. (2015). «On Exequatur and the ECHR: Brussels I Regulation before the ECtHR», *IPRax*, 69, 1, 71]. Y no le falta razón, porque, en aquel caso, se discutía si el hecho de que el recurrente no pudiera hacer alegaciones a las Conclusiones del Abogado General ante el TJUE infringía el principio de contradicción, pero, sorprendentemente, el TEDH convalida la norma que deja en manos del TJUE decidir sobre la reapertura del juicio oral si las circunstancias del caso conducen a pensar que será útil o necesario. Pero para el TEDH también hace la diferencia el nexo que existe entre el procedimiento de cuestión prejudicial y el proceso jurisdiccional doméstico, siendo aquí donde con plena jurisdicción se adoptará la decisión final [Lock, T. (2010). «Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' case la won the responsibility of member states of international organisations under the European Convention on Human Rights», *Human rights law review*, vol. 10, issue 3, 542].

no dispongan de margen de maniobra⁵⁰, no tiene demasiado sentido afirmar que los derechos fundamentales de la CEDH están asegurados⁵¹. Es más bien una confianza, pero no una garantía.

Sobre el papel, si los EEMM aplican el Derecho de la Unión y éste fuera contrario a la CEDH, la aplicación de la presunción implosionaría, y, sin duda, el canon de interpretación del concepto de manifiesta desprotección avanzaría en su desarrollo y concreción. La única realidad palpable es que el respeto que el TEDH dispensa al Derecho de la Unión es fruto de una especie de compromiso de no agresión, pero no de la supremacía que debería ejercer el máximo intérprete de la CEDH, porque nada le impediría considerar responsables a los Estados Contratantes de cualquier vulneración del CEDH derivada de la aplicación del Derecho de la Unión⁵².

El proceso de construcción y evolución de la doctrina Bosphorus cristalizó en la STEDH Avotiņš, ya citada.

En el caso Avotiņš vuelve a producirse una revisión, por parte del TEDH, del Derecho de la Unión, y más en particular, de la excepción de rebeldía. La parte actora solicitó el reconocimiento en Letonia de la sentencia dictada en Chipre. Y, efectivamente, un tribunal de instancia otorgó tal reconocimiento en fecha 27 de febrero de 2006. Fue entonces cuando, al amparo del artículo 34, apartado 2, del Reglamento 44/2001, recurrió el auto letón ante un tribunal superior, argumentando que nada en el expediente probaba que él hubiera tenido conocimiento de la vista señalada para el día 27 de febrero de 2006 en la que el tribunal de instancia concedió a la parte actora el reconocimiento de la sentencia chipriota.

El TEDH afrontó la resolución del caso haciendo uso de la presunción Bosphorus, sobre sus tres premisas. Pero la particularidad que presenta la STEDH Avotiņš es que, entrando a valorar si se ha producido prueba en contrario que desvirtúe la presunción, el TEDH descubre que el Tribunal Supremo letón ha dispensado una protección manifiestamente deficiente «*en términos teóricos, pero no prácticos, al haber quedado demostrado en el caso en cuestión, ante el propio TEDH, que verdaderamente tanto la legislación como la jurisprudencia chipriotas permitirían recurrir de manera real y efectiva la sentencias indebidamente dictadas en ausencia*»⁵³. Nos explicamos: esta comprobación se lleva a cabo por parte del TEDH, pero no se llevó a cabo por parte del Tribunal

⁵⁰ La inexistencia de dicho margen es la que exonera al Estado contratante de la responsabilidad que le confiere el artículo 1 de la CEDH por todos los actos y omisiones con independencia de si los mismos son consecuencia de la aplicación del Derecho doméstico o de la obligación de cumplir con obligaciones internacionales adquiridas, como puede verse en la STEDH Bosphorus, ap. 157; STEDH de 21 de enero de 2011, 30696/09, M.S.S. V. Bélgica y Grecia, ap. 338; STEDH Michaud, ap. 102-103; STEDH de 18 de junio de 2013, 3890/11, Sofía y Doris Povse v. Austria; o STEDH Avotiņš, ap. 101.

⁵¹ Peers, S. (2006). «Bosphorus. European Court of Human Rights. Limited responsibility of European Union member states for actions within the scope of Community law», *European Constitutional Law Review*, 2, 446.

⁵² *Ibíd.*, 455.

⁵³ Alonso García, R. (2017). «La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de Avotiņš v. Letonia)», *Working*

Supremo. Sostiene el TEDH que el tribunal letón «no debió simplemente criticar al recurrente, como efectivamente hizo en su sentencia de 31 de enero de 2007, por no haber recurrido la resolución que le perjudicaba, ni tampoco debió dejar sin examinar la cuestión de la carga de la prueba de la existencia y utilidad de un recurso en el Estado de origen». Ello es así por cuanto el artículo 6.1 de la CEDH, así como el artículo 34.2 in fine del Reglamento Bruselas I, exigían que el tribunal verificara que esta doble condición (existencia de recurso y utilidad del mismo) se cumple en Chipre. Y, en caso de descubrir que no existía recurso o que de nada hubiera servido su formalización, debería haber examinado la queja del señor Avotiņš, esto es, el emplazamiento irregular que no le permitió defenderse.

Es decir: al no haber comprobado si, en el marco legal chipriota, existía para el señor Avotiņš la posibilidad de formalizar un recurso y, en caso afirmativo, si el recurso hubiera podido tener alguna utilidad⁵⁴, el Tribunal Supremo salva su resolución sólo porque el TEDH constató que la respuesta a ambas preguntas resultó ser afirmativa. En expresión más prosaica, el TEDH salva la acción del tribunal doméstico, por el hecho de que éste, aun habiendo dispensado una manifiestamente deficiente protección al señor Avotiņš, acabó obteniendo el mismo resultado que si lo hubiera hecho bien⁵⁵.

Pero, en definitiva, la STEDH Avotiņš demuestra que un recurso formalmente indiscutible, como el tramitado ante el Tribunal Supremo de Letonia, puede ocultar una violación de derechos no propiamente sustantivos, sino de derechos de la defensa. Y ello guarda relación con la doctrina del TEDH relativa al examen omnicompreensivo del proceso, pues, del mismo modo que el TEDH ha tenido que entrar en las

Papers on European Law and Regional Integration, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) — Universidad Complutense n° 32, 10.

⁵⁴ El Tribunal Supremo se limitó a presumir, con su omisión, que la carga de la prueba de la existencia del recurso recaía sobre el demandado rebelde, y que, a falta de prueba, cabía suponer que tal recurso estaba disponible en Chipre.

⁵⁵ Aunque para Alonso García la aplicación de la doctrina Bosphorus que hace el TEDH no es «coherente», por cuanto el Tribunal debería haberse circunscrito «a la pura verificación de que Avotiņš, efectivamente, ni impugnó ante los tribunales chipriotas el pronunciamiento chipriota emitido en ausencia, ni cuestionó ante los tribunales letones la posibilidad de proceder de manera real y efectiva a dicha impugnación». En Alonso García, R. (2017) «La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente...», op. cit., 8, citando, a su vez a Gascón Inchausti, F. (2014). «El Derecho Procesal Civil europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotiņš c. Letonia», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 104. Ambos autores coinciden cuando afirman que la aplicación de la presunción que hubiera sido deseable debería de haber revestido cualidades como las de coherente, ordinaria o sencilla, dando a entender que en tal punto, la Sentencia podría haber terminado su razonamiento sin cometer ningún error ni incurrir en ningún exceso. Ambos autores parecen censurar al TEDH por el hecho de entrar a valorar el proceso deductivo del Tribunal Supremo, cuando bastaba con constatar que de un modo o de otro, la presunción nunca habría sido desvirtuada. No estoy del todo de acuerdo con este enfoque, pues, cuando en un recurso se denuncian infracciones cometidas en una sentencia, lo correcto es seguir los pasos del tribunal *a quo* para averiguar si en ellos existe algún error, y no ir directamente al fondo de la cuestión como si se tratara de una primera instancia.

entrañas de la sentencia del Tribunal Supremo para descubrir que el derecho de defensa fue menoscabado (no en la práctica, como hemos dicho), otro tanto debiera de haber hecho el Tribunal Supremo con la resolución ante él impugnada, dictada por el Tribunal Regional de Riga; y éste a su vez con la emitida por el Tribunal de Distrito de Latgale. Si uno de estos dos órganos judiciales hubiera examinado la cuestión de la carga de la prueba, el vicio habría sido subsanado y, en otras palabras, la protección judicial dispensada hubiera sido exquisita⁵⁶.

V. REVISIÓN DE LAS EXCEPCIONES AL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS: APLICACIÓN DE LAS ENSEÑANZAS EXTRAÍDAS DEL CASO AVOTIŅŠ

Tal como hemos venido insistiendo, toda resolución judicial dictada en rebeldía, ante la que se haya formalizado un recurso que haya permitido revisar las condiciones de tiempo y forma del emplazamiento, tenderá a obtener un reconocimiento automático en otro EM; bastará a los tribunales de este último controlar la configuración del recurso.

Pero es factible que algunos elementos de evaluación de las circunstancias del emplazamiento escapen al control del tribunal *ad quem*, y es entonces cuando sale a la superficie la necesidad de tener un conocimiento global del proceso. Así, desestimar un recurso por el hecho de que en el mismo no se indica qué precepto se considera infringido cuando consta en el propio procedimiento que la notificación se efectuó en el domicilio de un tercero, constituiría un formalismo exacerbante, pero la verdad es que habría existido un recurso que, sobre el papel, hubiera permitido al demandado discutir las circunstancias del emplazamiento. Con estos mimbres, no es difícil aventurar que, ante una eventual petición de reconocimiento de la resolución dictada, ésta habría sido reconocida al amparo de la confianza recíproca.

Negar, en fase de apelación, la práctica de interrogatorio de un testigo que puede deponer sobre la imposibilidad del rebelde para comparecer, será irrelevante si en la instancia consta la relación de parentesco entre ambos, pero absolutamente relevante si este dato es inexistente. No obstante, de nuevo existiría un recurso que aparentemente hubiera permitido al demandado discutir las circunstancias del emplazamiento, y, así las cosas, al igual que en la hipótesis del párrafo precedente, podemos conjeturar que esta resolución también sería reconocida al amparo de la confianza recíproca.

Con estas premisas, si el TJUE no permite una revisión del recurso previsto en el artículo 45.1.b) del Reglamento más que como un compartimento estanco o dándole

⁵⁶ Aunque al TEDH le parece lamentable dicha desprotección, no llega a tener un grado suficiente o manifiesto, tal como con referencia al apartado 121 de la STEDH Avotiņš destaca Kuijer, M. (2020). «The challenging relationship between the European Convention on Human Rights and the EU legal order: consequences of a delayed accession», *The International Journal of Human Rights*, 24, 7, 1007.

un simple papel de mero requisito de procedibilidad, se deja una puerta abierta a la vulneración de derechos de la defensa cometidos en la instancia. Dicho de otro modo, el recurso regulado en el artículo 45.1.b) del Reglamento no puede ser considerado como una simple vía de agotamiento de la jurisdicción doméstica, pues, si así fuera, su fiscalización se tornaría fría y mimética. La realidad, sin embargo, muestra que este manejo de la cuestión puede resultar insuficiente a los efectos de la salvaguarda del derecho de defensa, porque, cuando un justiciable alega la existencia de una protección manifiestamente deficiente, el juez no debería poder obviarlo, sin más⁵⁷.

Es sintomático observar que la dialéctica adoptada por el TEDH había sido asumida por el TJUE en resoluciones como la STJUE Trade Agency, citada, tanto por lo que respecta al concepto «manifiestamente deficiente», referido a la protección dispensada por los tribunales, cuanto a la comprensión global del proceso en la evaluación del respeto a los derechos fundamentales. Ahora bien: a decir verdad, en la STJUE Trade Agency, las circunstancias del caso encajaban en la excepción de orden público, y, por consiguiente, es en este contexto en el que el TJUE hizo uso de aquellos conceptos.

Los hechos del caso nos presentan a la compañía Seramico, que formalizó, en el Reino Unido, una demanda contra la mercantil Trade Agency peticionando la condena de la segunda a abonar una cantidad de dinero. Ante la rebeldía de Trade Agency, el tribunal dictó una resolución estimando la acción pero no examinó la coherencia de la demanda ni incluyó ningún argumento justificativo de que el fondo de la demanda estuviera fundamentado y fuera razonable. Antes al contrario, la resolución ejecutiva se emitió, únicamente, sobre el presupuesto de la rebeldía de la demandada, Seramico.

Seramico solicitó el despacho de la ejecución de la precitada resolución en el domicilio de Trade Agency, Letonia. En oposición, Trade Agency alegó la indefensión causada por la inexistencia de motivación de que adolecía la resolución ejecutiva.

El TJUE reconoce que el alcance del deber de motivación puede variar en función de la naturaleza de la resolución judicial de que se trate y que debe analizarse, «*teniendo en cuenta el procedimiento considerado en su globalidad y a la luz del conjunto de las circunstancias pertinentes*», concretamente, si Trade Agency tuvo conocimiento de la exposición detallada de las pretensiones de Seramico, para comprobar si garantizan a la primera la posibilidad de interponer un recurso. Y concluye que el reconocimiento no puede ser denegado salvo que el juez «*considere, tras una apreciación global del*

⁵⁷ La aplicación de un estándar doméstico superior sería coherente con la aceptación que hace el Abogado General del TJUE, en las Conclusiones de 6 de abril de 2006 presentadas a los asuntos C-145/04, España v. Reino Unido, y C-300/04, Eman y Sevinger, siguiendo el asunto STEDH de 18 de febrero de 1999, recurso núm. 24833/94, Matthews v. Reino Unido, de que, conforme al artículo 6.2 del TUE, un Estado Miembro está totalmente legitimado para incumplir el Derecho de la Unión para poder cumplir con las obligaciones derivadas de la CEDH. Así, Peers, S. (2006). «Bosphorus...», op. cit., 455.

procedimiento y a la luz del conjunto de circunstancias pertinentes, que dicha resolución supone un menoscabo manifiesto y desmesurado del derecho del demandado a un proceso equitativo»⁵⁸.

Creo interesante hacer mención del hecho de que, aunque la resolución dictada en el Reino Unido no fue recurrida en el EM de origen, es muy probable que, de haber sido impugnada, hubiera sido confirmada. Esto es así porque el tribunal que la dictó no hizo otra cosa que aplicar el Derecho procesal inglés. Por tanto, en esta hipótesis, tenemos ya el recurso previsto en la excepción de sentencias dictadas en rebeldía. Falta de cualquier motivación pero recurso tramitado con arreglo al principio de contradicción. ¿Resultado? Resolución reconocida al amparo de la confianza recíproca. Aun así, hay un elemento propio de la instancia al que el recurso no puede ser ajeno: si Trade Agency pudo tener conocimiento de la exposición detallada de las pretensiones de Seramico, podría aceptarse una motivación por remisión a la demanda, pero ello implica un examen de la demanda, y no sólo del recurso⁵⁹.

Podemos tener como acreditado, por tanto, que el sistema de protección de los derechos de la defensa en los casos en que una sentencia se ha dictado en rebeldía presenta deficiencias que no se resuelven con un mero examen de la configuración del recurso. Y, en definitiva, la remisión a la doctrina del TEDH nos revela que existe una determinada comprensión de los derechos fundamentales que deja fuera de control supranacional a los quebrantamientos cometidos en las instancias inferiores de cada Estado, pues, aunque se dé una vulneración, el hecho de que haya sido revisada por una instancia superior permitirá su reconocimiento en un EM distinto.

Esta conclusión no puede extraerse con la misma claridad de la interpretación que el TJUE ha dado a la CDFUE, porque tanto en lo atinente a la excepción de orden público cuanto a lo relativo a la excepción de rebeldía, el TJUE ha venido exigiendo el agotamiento de las vías domésticas de recurso y abogando por un entendimiento favorable a la confianza recíproca. Esto puede ser debido a que «*el TEDH garantiza mínimos de protección, mientras que en el sistema de la UE el TJUE garantiza la autonomía de todo un ordenamiento imponiendo estándares unitarios en los que a menudo no cabe margen de maniobra*», esto es, no cabe la aplicación del estándar doméstico superior⁶⁰.

Dado que, evidentemente, el examen omnicompreensivo del proceso plantea un conflicto con el principio de reconocimiento mutuo que rige en la Unión, sería recomendable buscar soluciones de armonización legislativa que mejoren el actual

⁵⁸ STJUE Trade Agency, ap. 62.

⁵⁹ De hecho, como sostienen Beaumont y Walker, esta resolución «*subraya la inadecuación de la rebeldía a la hora de cubrir todos los aspectos del derecho a un juicio justo*». Beaumont, P. y Walker, L. (2015). «Recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters in the Brussels I Recast and some lessons from it and the recent Hague Conventions for the Hague Judgements Project», *Journal of Private International Law*, vol. 11, no. 1, 50.

⁶⁰ Bustos Gisbert, R. (2017). «La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», UNED. Teoría y Realidad Constitucional, 39, 358.

estado de la cuestión⁶¹. Y podría empezarse por una mayor concreción en los Reglamentos de la Unión: sin ir más lejos, en la STEDH Bosphorus, tres de los siete jueces consideraron que el Reglamento no permitía una «automaticidad ciega» en la ejecución de resolución extranjeras, toda vez que se exige la interpretación de términos genéricos como el emplazamiento «*con tiempo suficiente*»⁶² o la obligación de formalizar recurso «*cuando sea posible hacerlo*»⁶³. La ambigüedad de estos conceptos conduce a la consideración del margen de discrecionalidad que queda para los EEMM, que evidentemente, sustrae de las manos del TJUE y recupera para aquéllos la aplicación en la práctica del respeto del derecho de defensa⁶⁴.

La solución que, al respecto, propone Alonso García, es la de convertir la confianza recíproca —el reconocimiento automático— entre EEMM en una presunción iuris tantum de respeto a los derechos fundamentales⁶⁵. Pero no parece que el TJUE haya abierto la puerta a algo parecido, a pesar de que, en su Dictamen 2/13 del Pleno de 18 de diciembre de 2014, reconoce la excepción al principio de reconocimiento mutuo en «*circunstancias excepcionales*»⁶⁶. Circunstancias excepcionales son las que ya hoy en día justifican la denegación; no hay más y no parece que debamos esperar demasiados cambios, en este sentido. Incluso cuando la STJUE Trade Agency se refiere a niveles de «menoscabo manifiesto y desmesurado», adjetiva algo que de por sí ya es negativo, el menoscabo de los derechos fundamentales.

Consecuentemente, esta noción, igual que la de la protección «*manifestamente deficiente*» utilizada por el TEDH, remite a algo patente y claro, y además, excesivo o, cuando menos, mayor de lo comúnmente tolerado. Creo que, en el empeño por salvaguardar el respeto a los tribunales domésticos, en el caso del TJUE, y al propio

⁶¹ «En la concepción original del reconocimiento mutuo, el principio de equivalencia venía a salvar la ausencia de armonización. Pero el principio de equivalencia, que se construye sobre una presunción, es más frágil que la armonización positiva» [Cuartero Rubio, M. V. (2020) *Cooperación judicial civil en la Unión Europea y tutela en origen de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 50.

⁶² Para el derecho de defensa, el margen de reacción es una cuestión de mucha más importancia que asegurar formalmente la recepción de la demanda, como enfatiza Gascón Inchausti, F. (2017). «Service of proceedings on the defendant as a safeguard of fairness in civil proceedings: in search of minimum standards from EU legislation and European case-law», *Journal of Private International Law*, vol. 13, no. 3, 501.

⁶³ Oster, J. (2015). «Public Policy and human rights», *Journal of Private International Law*, vol. 11, no. 3, 559.

⁶⁴ Peers, S. (2006). «Bosphorus...», op. cit., 452-453. También, M. Requejo Isidro, «On Exequatur and the ECHR...», op. cit., 70. Es más: tal como afirma Cuniberti, «los reglamentos que incluyen la excepción de orden público dejan un poder de apreciación a los Estados Miembros en relación con el reconocimiento de resoluciones extranjeras»; en G. Cuniberti, «Abolition de l'exequatur et présomption de protection des droits fondamentaux. À propos de l'affaire Povse c/ Autriche», *Revue critique de Droit International Privé*, 2 (2014): 322.

⁶⁵ Alonso García, R. (2017). «La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente...», op. cit., 13.

⁶⁶ Así parece verlo el TEDH en el ap. 114 de la Sentencia Avoti §, aunque, quizá, peca de optimista después de leer los apartados 191 y 192 del Dictamen 2/13 al que se remite.

TJUE, por parte del TEDH, se utilizan expresiones algo peligrosas: existen niveles de vulneración que pueden ser tolerados y que serán consentidos en pro de la confianza mutua en la UE y del respeto institucional entre entidades supranacionales. No obstante, este criterio es contrario al artículo 1 de la CEDH, el cual asegura que los Estados contratantes garantizarán a todo aquél que caiga bajo su jurisdicción los derechos y libertades reconocidos en la Convención⁶⁷, y también del artículo 17, que garantiza la protección absoluta del núcleo esencial del derecho fundamental⁶⁸.

Sea como fuere, aunque desde los propios votos particulares de la STEDH Bosphorus se ha venido discutiendo sobre el canon «manifiesto», tampoco podemos obviar que se trata de una noción ligada al hecho de que, en la aplicación de la presunción de protección equivalente, el TEDH no ha exigido que dicha vigilancia sea idéntica a la que prestaría la CEDH, sino sólo, como su propio nombre indica, equivalente. Si la protección no ha de ser idéntica, entonces es comprensible —por muy criticable que esto pueda ser— que el TEDH se conforme con que sus defectos deban ser manifiestos: son dos caras de una misma moneda, idéntico y deficiencia, o equivalente y deficiencia manifiesta.

Además, existe un obstáculo adicional, y es que distintas resoluciones ofrecen la idea de que, aunque la protección no sea equivalente, debe constatarse que la falta de equivalencia «conduce a una falta de protección comparable»⁶⁹. Por decirlo así, es el tramo que separa la indefensión formal y la material, como ocurre en la propia STEDH Avotiņš o en la STEDH Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkel Visserij, y que, casualmente, enlaza el concepto de «protección manifiestamente deficiente» utilizado por el TEDH con el concepto de «menoscabo manifiesto y desmesurado» de los derechos fundamentales usado por el TJUE, como decíamos, en la STJUE Trade Agency. Obsérvese el binomio entre mala protección del TEDH y daño al derecho del TJUE: una protección manifiestamente deficiente puede no producir daño al derecho, como ocurría en el caso Avotiņš, pero el daño al derecho siempre será consecuencia de una protección al menos deficiente, porque es palmario que el órgano judicial habrá pasado por alto aquel daño.

Consecuentemente, el acento debe ponerse en la protección dispensada por los tribunales, cuya conducta deberá ser analizada una vez constatemos la lesión del derecho fundamental para ver si dicha desasistencia es manifiesta o no.

⁶⁷ Oster, «Public Policy and human rights», op. cit., 564.

⁶⁸ S. Van Drooghenbroeck y C. Rizcallah citando al juez Georgios Serghides, en su voto particular (ap. 50) a la STEDH de 19 de septiembre de 2017, recurso núm. 35289/11, Regner v. República Checa; en S. Van Drooghenbroeck y C. Rizcallah, «The ECHR and the essence of fundamental rights: Searching for sugar in hot milk?», *Geman Law Journal*, 20 (2019): 907-908.

⁶⁹ M. Requejo Isidro, «On Exequatur and the ECHR...», op. cit., nota a pie de página 37. Ver, asimismo, página 71. Parece un temor también expresado por Cuniberti, cuando afirma que en la STEDH Bosphorus, «el Tribunal no debería haberse contentado con un examen general e «in abstracto» de la protección ofrecida por el sistema comunitario, sino investigar «in concreto» si los justiciables habían podido tener acceso a este sistema de protección»; en G. Cuniberti, «Abolition de l'exequatur et présomption...», op. cit., 315.

Aun así, tampoco es cierto que las cosas sean tan claras como mi anterior manifestación hace presagiar. Me refiero a que, en el binomio desprotección y daño al derecho, una cuestión no resuelta es si la protección manifiestamente deficiente es aquella que no arregla la lesión que se ha infligido al núcleo esencial⁷⁰ del derecho fundamental. Ciertamente, el voto particular del juez Ress a la STEDH Bosphorus habla de que resulta «*indiscutible que el nivel de control se extiende tanto a las violaciones procesales cuanto sustantivas de las garantías de la Convención*»⁷¹, cosa que conduce a pensar que no se puede descartar que el enjuiciamiento sobre si ha existido o no desprotección pueda ser una consecuencia directa y estrecha de la entidad del daño causado al derecho fundamental.

Dicho esto, un canon como el «manifiesto» repugna a la idea de los derechos fundamentales como casi absolutos, sólo limitados si se respeta la esencia del derecho y está establecida por Ley, persigue un interés legítimo y observa el principio de proporcionalidad⁷². Ello es tanto como decir que el derecho individual cede ante una suerte de derecho colectivo⁷³. La jurisprudencia del TJUE no es ajena a esta propia concepción: la restricción del derecho de defensa cuando éste topa con otro derecho fundamental que, en el caso en concreto enjuiciado, precise de más atención. Esta conclusión se alcanza al observar la STJUE Trade Agency, y sus referencias cruzadas a la STJUE de 15 junio 2006, C-28/05, G. J. Dokter, Maatschap Van den Top y W. Boekhout v. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, y la STJUE de 2 abril 2009, C-394/07, Marco Gambazzi v. DaimlerChrysler Canada Inc. y CIBC Mellon Trust Company.

Tal como afirma Oster, el estándar «infracción manifiesta» debería ser sólo aplicable a supuestos no basados en derechos fundamentales⁷⁴, porque tanto las constituciones domésticas cuanto las convenciones internacionales estipulan que los derechos fundamentales son vinculantes y prevalentes para todas las ramas del ordenamiento jurídico, y no en función de la naturaleza de la cuestión jurídica a resolver. Por otra parte, los derechos fundamentales pertenecen a los individuos, de modo que no se encuentran a disposición de los estados ni, por ende, pueden ser objeto de mercadeo por intereses de reciprocidad o confianza mutua⁷⁵. Además, debe hacerse notar que, en el Derecho de la Unión, los derechos fundamentales tienen rango de derecho pri-

⁷⁰ La parte inalienable del derecho que «*no puede nunca, bajo ninguna circunstancia, ser limitada*», porque sin ella, el derecho deja de tener valor o de ofrecer algún beneficio a sus titulares [Van Drooghenbroeck, S. y Rizcallah, C. (2019). «The ECHR and the essence...», op. cit., 906].

⁷¹ Voto particular del juez Ress a la STEDH Bosphorus, ap. 3.

⁷² Van Drooghenbroeck, S. y Rizcallah, C. (2019). «The ECHR and the essence...», op. cit., 907.

⁷³ Interés colectivo que Costello ve como un interés legítimo de los EEMM, esto es, un objetivo político que los conduce a cumplir con las obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión; en Costello, C. (2006). «The Bosphorus ruling of the European Court of Human Rights: fundamental rights and blurred boundaries in Europe», *Human rights law review*, vol. 6, issue 1, 102.

⁷⁴ Oster, J. (2015). «Public Policy and human rights», op. cit., 555.

⁷⁵ *Ibidem*, 553.

mario conforme al artículo 6 TUE, y, por ello, superior al del principio de confianza mutua que se halla en el derecho secundario⁷⁶.

El riesgo de desprotección existe, y hasta ahora, sólo ha sido mitigado por las resoluciones del TJUE, quien, con el tiempo, ha ido creando una jurisprudencia no sólo interpretativa sino incluso creativa, como puede verse en la STJUE Apostolides y su definición del recurso. Quizá sea hora de asumir que conviene reformular, en beneficio de la protección de los derechos fundamentales, la excepción al reconocimiento de sentencias dictadas en rebeldía.

Con tales mimbres, podría prescindirse de la solución establecida en el artículo 45.1.b) del Reglamento y acudir, directamente a la letra a) y a la cláusula de orden público en ella estipulada, en tanto que cláusula de cierre del sistema legal del Reglamento⁷⁷ y como «freno de emergencia», en palabras de Hazelhorst⁷⁸. No hay duda de que los obstáculos de tiempo, idioma, validez de los documentos, o, en general, todos aquéllos integrados en la expresión «*de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse*», atañen a cuestiones de orden público, tales como el quebrantamiento de los principios de contradicción e igualdad de armas⁷⁹. Pero, entonces, la letra b) del artículo quedaría inutilizada, y no parece que sea voluntad del legislador europeo fiar todos sus esfuerzos a una cláusula algo difusa y de carácter residual como la de orden público, pues, de lo contrario, no tendría sentido que durante medio siglo haya mantenido conjuntamente estas dos excepciones⁸⁰.

Por otra parte, el desarrollo de la presunción Bosphorus elaborado en la Sentencia Avotiņš agudiza, si cabe, la responsabilidad tuitiva de los tribunales domésticos a los que se pide el reconocimiento; además, una hipotética infracción del derecho de defensa podría no llegar nunca a ser examinada por el TEDH a menos que resultara clara y evidente.

De todo lo expuesto se infiere un corolario. En el contexto de irregularidades en el emplazamiento, cualquier recurso cuya resolución no anule el procedimiento y retrotraiga las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la comisión de la falta, en orden a seguir, a partir de entonces, y concluir el procedimiento con las dos partes correctamente comparecidas —al menos, permitiéndoles comparecer correctamente—, puede comportar la pervivencia de defectos que vicien por completo

⁷⁶ Ibídem, 548.

⁷⁷ Como podemos ya observar en la STJUE Hoffmann, cit., la utilización de la cláusula de orden público debería operar solamente en casos excepcionales (ap. 21) y su aplicación debería ser descartada cuando el asunto pudiera ser resuelto con fundamento en otra provisión específica del actual artículo 45.1. Algunos años después, la STJUE Hendrikman, cit., optó por idéntica tesis.

⁷⁸ Hazelhorst, M. (2017). *Free movement of civil judgements in the European Union and the right to a fair trial*, Berlín, Springer, 280.

⁷⁹ STJUE de 28 marzo 2000, C-7/98, Dieter Krombach v. André Bamberski, ap. 44.

⁸⁰ Además de Hazelhorst, otros autores se han planteado con anterioridad la necesidad de la coexistencia entre ambas, señalando que es evidente que todo quebrantamiento de los derechos fundamentales es una vulneración de orden público. Así, Beaumont y Walker. (2015). «Recognition and enforcement...», op. cit., 46.

el proceso y su resolución definitiva⁸¹. Dada la diversidad entre los sistemas legales que conviven en la UE, sería recomendable que la actual redacción de la letra b) incorporara esta obligación de anulación cuando el defecto en el emplazamiento sea constatado.

VI. CONCLUSIONES

La oposición al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras en la UE con fundamento en el quebrantamiento del derecho de defensa, exige el agotamiento de las vías impugnatorias existentes en el Estado de origen.

El TJUE ha establecido los requisitos que debe tener el recurso doméstico para poder sanar las infracciones que pudieran haberse cometido previamente. Conforme al principio de confianza recíproca entre EEMM, no es posible para un tribunal valorar el acierto o la equivocación del órgano jurisdiccional de origen.

Recurso mediante, existen vulneraciones de derechos fundamentales que no permitirán invocar la excepción al reconocimiento, como son aquéllas que hayan sido cometidas en la instancia y sobre las que el recurso no haya entrado a conocer: así, la predeterminación por ley del juez, su independencia e imparcialidad, el derecho a ser defendido por un abogado, la estimación de la demanda a pesar de la inexistencia de prueba o de la admisión de prueba obtenida ilícitamente.

A su vez, el TEDH establece que, a la hora de enjuiciar si un proceso ha sido respetuoso con el derecho de defensa, no es suficiente con examinar la tramitación del recurso y debe adoptarse un análisis omnicompreensivo del proceso, revisando las violaciones de derechos que, aun no habiendo sido apreciadas por los recursos domésticos, han sido cometidas en primera instancia. De hecho, el TEDH ha llamado tradicionalmente a los Estados contratantes de la CEDH a ejercer una salvaguarda de los derechos fundamentales por encima de su pertenencia a cualquier organización supranacional.

Sin embargo, en el ámbito del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras en la UE, el TEDH, mediante la aplicación de la presunción de protección equivalente, ha cerrado la puerta a la posibilidad de enjuiciar las violaciones cometidas en primera instancia que han pasado inadvertidas para los tribunales domésticos *ad*

⁸¹ Como decíamos a propósito de los casos *Minalmet*, *Hendrikman* y *Eurofood*, no cualquier infracción puede ser reparada por un recurso. En el proceso que acabó en la STJUE de 11 junio 1985, asunto 49/84, *Leon Emile Gaston Carlos Debaecker y Berthe Pluvier v. Cornelius Gerrit Bouwman*, se consideraba al demandado correctamente citado sólo gracias a una ficción legal, e igualmente se exigiría un examen *ad casum* del hecho de que el demandado haya tenido conocimiento de la notificación y de que haya dispuesto del tiempo necesario para preparar su defensa. Ciertamente, es fácil concebir que sería realmente embarazoso remediar un procedimiento como éste sin anular cualquier trámite previo y retrotraerlo al momento inmediatamente anterior a la entrega del documento.

quem. Sólo existe una salvedad: que la protección dispensada haya sido «manifiestamente deficiente».

La aplicación de este parámetro por el TEDH muestra que los quebrantamientos «no manifiestos» cometidos en las instancias inferiores de cada Estado quedan fuera de control, pues, aunque se dé una vulneración, el hecho de que haya sido revisada y convalidada por una instancia superior permitirá su reconocimiento en un EM distinto.

Esta conclusión no puede extraerse con la misma claridad de la interpretación que el TJUE ha dado a la CDFUE, porque tanto en lo atinente a la excepción de orden público cuanto a lo relativo a la excepción de rebeldía, el TJUE ha exigido el agotamiento de las vías domésticas de recurso y ha abogado por un entendimiento proclive a la confianza recíproca. Ello implica que la posibilidad de examinar de forma omnicompreensiva el proceso tenga poco recorrido. Esta circunstancia adquiere una mayor dimensión cuando, en la aplicación de la excepción de orden público, el TJUE ha aplicado el parámetro «*menoscabo manifiesto y desmesurado*» del derecho de defensa, dejando al margen infracciones que no ostenten dicha cualificación especial, y cuya comisión no impediría el reconocimiento de la resolución judicial en otro EM.

Vemos que el canon utilizado por el TEDH es el de «*protección manifiestamente deficiente*», mientras que el utilizado por el TJUE es el de «*menoscabo manifiesto y desmesurado de los derechos fundamentales*», de modo que una protección manifiestamente deficiente puede no producir daño al derecho (caso Avotiņš) pero el daño al derecho siempre será consecuencia de una protección al menos deficiente, porque es palmario que el órgano judicial habrá pasado por alto aquel daño.

Consecuentemente, para el TEDH el acento debe ponerse en la tutela dispensada por los tribunales, cuya conducta deberá ser analizada una vez constatemos la lesión del derecho fundamental para ver, después, si dicha desprotección es manifiesta o no. Por el contrario, para el TJUE, la protección dispensada por el órgano jurisdiccional no necesita de ningún calificativo especial siempre que exista un daño al derecho fundamental que sí precisa de calificativo especial.

Con tales premisas, concluimos que el hecho de que la vulneración del derecho fundamental deba ser manifiesta deja fuera del control aquellas infracciones que hayan sido despreciadas por los tribunales domésticos. Queda un espacio huérfano de amparo cuando el daño no ha sido manifiesto y desmesurado —orfandad conocida y tolerada tanto por el TJUE cuanto por el TEDH—. Si los derechos fundamentales son vinculantes y prevalentes para todas las ramas del ordenamiento jurídico y pertenecen a los individuos, no se encuentran a disposición de los Estados ni de sus tribunales.

También es cierto que un modo de dotar de una cierta coherencia a la aplicación de las dos doctrinas expuestas, sería la de asimilar el «*menoscabo manifiesto y desmesurado*» a la lesión que se ha infligido al núcleo esencial del derecho fundamental —cuestión no resuelta ni por el TJUE ni por el TEDH—.

La proyección de estas conclusiones a los supuestos de reconocimiento de resoluciones judiciales dictadas en rebeldía, evidencia que todas aquéllas violaciones que hayan sido cometidas en la instancia y sobre las que el recurso no haya entrado a conocer no permitirán excepcionar el reconocimiento. En tales casos, cualquier fórmula que no implique la anulación de las actuaciones y retroacción del procedimiento al momento anterior al del emplazamiento o citación iniciales, introduce riesgos de inseguridad y desprotección del derecho de defensa. Estos riesgos podrían ser mitigados mediante una armonización legislativa que exigiera que el recurso doméstico que estimara las alegaciones del rebelde debiera retrotraer las actuaciones en todo caso y permitirle la participación en el proceso desde sus primeros estadios en la instancia.

ABREVIATURAS

- CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- CEDH: Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales
- EM: Estado Miembro
- EEMM: Estados Miembros
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- UE: Unión Europea

Title

«Tolerated» lack of protection of the fundamental right to a defence in the european system of recognition of foreign legal judgments

Summary:

I. STARTING POINT: LEGAL JUDGMENTS GIVEN BY DEFAULT SUGGEST A QUESTION. II. CJEU'S CASE-LAW: THE PROCEDURAL REMEDY AS A TOOL TO EXAMINE THE MANNER IN WHICH THE DEFENDANT WAS SUMMONED. III. THE PROCEDURAL REMEDY IN THE ECtHR'S CASE-LAW. IV. INTERACTION BETWEEN THE CJEU AND THE ECtHR. THE ECtHR CONTROL OVER THE CJEU. V. THE REVIEW OF EXCEPTIONS TO RECOGNITION OF FOREIGN LEGAL JUDGMENTS: THE LESSONS LEARNT IN AVOTIŅŠ. VI. CONCLUSIONS.

Resumen:

La Unión Europea persigue el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en sus Estados Miembros como una herramienta de creación de un espacio sin fronteras interiores.

Entre las normas dictadas, en la jurisdicción civil destaca el Reglamento 1215/2012. Este cuerpo legislativo, sin embargo, contempla algunas excepciones, entre las cuales, atañen al derecho de defensa la excepción de orden público y aquella en que la resolución ha sido dictada en rebeldía. En ambos casos, la invocación de la excepción requiere el agotamiento de las vías de impugnación domésticas. Sin embargo, ha sido a través de la excepción de rebeldía que el TJUE ha elaborado una doctrina sobre los requisitos que debe ostentar un recurso para sanar las irregularidades que se hayan podido cometer anteriormente y permitir el reconocimiento de la resolución. Así, cuando, en el EM en que se dictó la resolución judicial, el demandado haya formalizado un recurso que, sustanciado con arreglo al principio de contradicción, haya permitido revisar las condiciones de tiempo y forma del emplazamiento o citación inicial, el reconocimiento no podrá ser denegado. Si el medio de impugnación no existe o es inútil, se exceptiona el reconocimiento.

El análisis de tales requisitos nos conduce a cuestionar la suficiencia del recurso para asegurar el respeto de los derechos de la defensa, pues, por su parte, la jurisprudencia del TEDH ha declarado que, para ponderar el respeto al mismo, no basta sólo con analizar las circunstancias en las que se ha tramitado un recurso, y resulta necesario abordar un examen omnicomprendivo del proceso. Parece, por tanto, que la excepción al reconocimiento contemplada en el artículo 45.1.b) del Reglamento 1215/2012 no es capaz de solventar cualquier infracción del derecho de defensa cometida en la instancia, pues el paraguas que otorga el recurso no permite ahondar en ellas.

Dos visiones, en principio, contradictorias, pues la doctrina del TEDH parece chocar con las limitaciones que, para los tribunales domésticos, ha marcado el TJUE. Tales límites se fundamentan en el principio de confianza recíproca entre Estados Miembros y restringen la posibilidad de evaluación del trabajo desempeñado por un tribunal por parte de otro perteneciente a un Estado Miembro distinto.

Esta dicotomía y la consecuente interacción entre ambos tribunales se rige, hoy en día, a través de la presunción de protección equivalente, cuya aplicación permite inferir que existe un espacio huérfano de amparo —orfandad conocida y tolerada tanto por el TJUE cuanto por el TEDH— no tanto cuando la protección ha sido manifiestamente deficiente sino cuando el daño al derecho fundamental, aunque real, no ha sido manifiesto y desmesurado.

Abstract:

As one of the tools to create an area with no internal borders, the European Union seeks the recognition and enforcement of judgments given in its Member States.

In civil matters, the Regulation (EU) No 1215/2012 is the most important law. This Regulation however contemplates some exceptions. Among these, the exception of *ordre public* and the exception relating to decisions given by default. In both cases, pleading the exception requires the exhaustion of domestic remedies first.

Nevertheless, the CJEU has developed a case-law on the requirements of the procedural remedy through the default of appearance exception. This doctrine focuses on the requirements that an appeal must demonstrate to rectify the irregularities previously committed and thus allow the decision to be recognised in the addressed Member State.

According to this case-law, the defendant must have the opportunity to challenge the judgement in the Member State of origin, the procedural remedy must be governed by the principle of adversarial proceedings, and it must review whether the defendant was served with the document which instituted the proceedings in such a way as to enable him to arrange for his defence. If these requirements are met, recognition in the addressed Member State will be granted. As long as a procedural remedy is not available or entails an extraordinary effort for the defendant, recognition will be refused.

But, that said, an examination of these requirements leads us to wonder if such a procedural remedy is enough to guarantee the respect for the rights of defence, because the ECHR has stated that respect of the right of defence demands a comprehensive exam of proceedings, not limited to the «procedural remedy phase”. Thus the wording of letter (b) of article 45, paragraph 1, of the Regulation (EU) No 1215/2012 appears no to be sufficient to solve all infringements of the right to a defence when it has been committed in a lower instance.

Both perspectives seem contradictory, as ECHR case-law could bump into the CJEU's doctrine. On the grounds of mutual trust, the CJEU has limited domestic courts' power to review another Member State's decision, even if the infringement of the right to a defence is involved.

This interaction between both courts is currently ruled by the presumption of equivalent protection. Case-law on the presumption lets us deduce that, regarding human rights, there is an unprotected area where some breaches will remain unfixed. This lack of protection is well known and tolerated by both the CJEU and the ECHR, and it arises when a breach of the defendant's right to a fair trial, though real, has not been manifest and disproportionate.

Palabras clave:

Reconocimiento de resoluciones judiciales; derecho de defensa; Unión Europea; protección manifiestamente deficiente; menoscabo manifiesto y desmesurado del derecho fundamental.

Key Words:

Recognition and enforcement of judgements; right to a defence; European Union; manifestly deficient protection; manifest and disproportionate breach of the fundamental right.