

LÍMITES A LA CONSTRUCCIÓN DE UN
«ORDEN PÚBLICO EUROPEO» EN MATERIA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES
(A propósito de la sentencia del TJCE
Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000*)

Por ROSSANA GONZÁLEZ GONZÁLEZ **

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERPRETACIÓN POR EL TJCE DE LA CLÁUSULA DE «ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO REQUERIDO» DEL CONVENIO DE BRUSELAS 1. LA COMPETENCIA DE INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO POR EL TJCE. 2. CLAVES JURISPRUDENCIALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE «ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO REQUERIDO» 3. EL «ORDEN PÚBLICO EUROPEO» COMO PARTE INTEGRANTE DEL ARTÍCULO 27.1 DEL CONVENIO DE BRUSELAS. III. PROBLEMÁTICA QUE RODEA A LA NOCIÓN DE «ORDEN PÚBLICO EUROPEO» EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En la demanda prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia aparecen implicados dos ordenamientos estatales (el francés y el alemán), un Convenio internacional complementario del Derecho Comunitario (el Convenio de Bruselas), cuya interpretación ha sido atribuida al Tribunal de

* C-7/98, aún no publicada en la Recopilación oficial. Su texto aparece publicado en el n.º 7, 2000 de esta revista, pp. 261-273.

** Profesora titular interina de Universidad. Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Granada.

Justicia de las Comunidades Europeas, y el Ordenamiento Comunitario, que, por la vía de los principios generales del Derecho, remite a su vez a las Constituciones estatales y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos fundamentales. En esta confluencia de ordenamientos jurídicos y desarrollos jurisprudenciales¹, el problema de fondo es la distinta configuración del derecho a la defensa del condenado en rebeldía, un derecho fundamental que, aunque consagrado como tal en todos los ordenamientos mencionados, no se sustrae a los particularismos nacionales en cuanto a las garantías asociadas a su ejercicio. Este conflicto de interpretación y aplicación de normas pertenecientes a distintos sistemas jurídicos, constituye una situación cada vez más frecuente en el contexto de la «actual sectorialización del ordenamiento internacional²» y, en particular, en el sensible ámbito de protección de los derechos humanos, donde los Estados europeos, además de su propio referente Constitucional, han asumido compromisos internacionales con ordenamientos jurídicos dotados de órganos judiciales que reclaman la autonomía normativa y jurisdiccional de estos

¹ Aunque no existe un «acabado sistema jurídico que integre y regule los fundamentos y principios constitucionales de articulación entre los diferentes ordenamientos nacionales, comunitario y del Convenio Europeo de Derechos Humanos», afirman G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/A. VALLE GÁLVEZ, existen en la actualidad «importantes interacciones, tanto entre las Constituciones y Tratados de base de estos ordenamientos, como en las jurisprudencias respectivas de los Tribunales Constitucionales y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», de tal forma que «entre estos sistemas jurídicos se produce «una complementariedad de hecho en una suerte de espacio constitucional europeo común», en: «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. I, 1997, pp. 329-376, p. 367 y 375.

² Una sectorialización que, en palabras de L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, puede conducir a conflictos intrasectoriales (ordenamiento europeo de los derechos humanos y ordenamiento comunitario europeo) y «poner a prueba la unidad del orden jurídico internacional (...) si prescindimos de las premisas estructurales del orden jurídico universal y general». Estas afirmaciones las realiza el autor en el marco de un atinado análisis crítico a la STEDH en el asunto *Matthews*, donde aparecen imbricados el Ordenamiento Internacional general, el Derecho Comunitario Europeo y el Derecho del Convenio Europeo de Derechos Humanos («Sobre el Derecho. Internacional, de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (*A propósito del asunto Matthews c. Reino Unido*)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 5, 1999, pp. 95-108, p. 98).

sistemas jurídicos, estableciendo incluso la primacía, y sus consecuencias, en caso de conflicto con los derechos internos³.

Los hechos que suscitaron la demanda prejudicial por parte del órgano judicial alemán al Tribunal de Justicia están relacionados con el reconocimiento de una sentencia dictada el 13 de marzo de 1995 por la *Cour d'assises* de París en el marco de un litigio entre el Sr. Bamberski, domiciliado en Francia, y el Sr. Krombach, domiciliado en Alemania. Los hechos traen causa de un procedimiento penal incoado ante las instancias francesas por el Sr. Bamberski contra el Dr. Krombach, al que atribuía la responsabilidad de la muerte de su hija. Ante la no comparecencia del acusado en el juicio, y de conformidad con las disposiciones del Código de procedimiento francés respecto a los juicios en rebeldía, el órgano judicial prohibió la representación y defensa del acusado por los abogados autorizados por el Sr. Krombach. El 9 de marzo de 1995, el tribunal francés condenó en rebeldía al Dr. Krombach a 15 años de reclusión por un delito de homicidio por imprudencia, y el día 13 del mismo mes, en el marco de una acción civil, lo condenó (también en rebeldía) a pagar la cantidad de 350.000 FRF.

Acogiéndose al Convenio de Bruselas, el Sr. Bamberski solicitó ante

³ En relación con el principio de primacía del Derecho Comunitario sobre las Constituciones de los Estados miembros, véase A. MANGAS MARTÍN: «Los principios del Derecho Comunitario en sus relaciones con los ordenamientos internos», en A. MANGAS MARTÍN/D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw-Hill, 2.ª ed., 1999, Madrid, cap. 15, p. 221. Referido a la Constitución española, afirma la autora, el artículo 93 «no permite una atribución incontrolada ni una atribución ilimitada de competencias (...), sino «el ejercicio de determinadas competencias», y señala entre otros límites a esta atribución los principios del «Estado social y democrático» de Derecho y «el respeto a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Título I» (cap. 18, pp. 266-267). Esta opinión moderada —frente a posiciones doctrinales más radicales en torno a la primacía de uno u otro ordenamiento— se sitúa en la línea de la jurisprudencia comunitaria sentada en la Sentencia de 14.12.1995, *Van Schijndel y van Veen*, asuntos acumulados C-340/93 y C-431/93, donde el TJCE ha dado muestras de flexibilidad en la aplicación de la norma comunitaria cuando estaban en juego principios fundamentales del sistema jurídico estatal. J. ROLDÁN BARBERO, comentando esta sentencia, observa que el Tribunal de Justicia resuelve «en beneficio de la complementariedad de ordenamientos jurídicos y de la sumisión del Derecho de las Comunidades Europeas a principios fundamentales del sistema jurídico estatal». [«Derecho Comunitario y principios fundamentales del derecho interno (Comentario a las Sentencias del TJCE *van Schijndel y Peterbroeck* de 14 de diciembre de 1995)», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1996, pp. 799-815, p. 808].

la jurisdicción alemana competente la ejecución de la sentencia civil de 13 de marzo de 1995, y el Sr. Krombach interpuso ante el órgano alemán (*Bundesgerichtshof*) un recurso por infracción de ley, en el marco del cual alegaba que no pudo defenderse de manera eficaz de la condena impuesta por el tribunal francés. Dado que el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas contempla la posibilidad de invocar el «orden público del Estado requerido» como excepción para el no reconocimiento o ejecución de una resolución judicial extranjera, el órgano judicial alemán, con fundamento en el artículo 3 del Protocolo relativo a la interpretación por el TJCE del Convenio de Bruselas, planteó al Tribunal de Justicia, entre otros motivos, si era posible tener en cuenta, en el marco del orden público del artículo 27.1 del Convenio:

«que el órgano jurisdiccional sancionador del Estado de origen no admitió la defensa del deudor por parte de un abogado en una acción civil (artículo II del Proyecto de 27 de septiembre de 1968 relativo a la interpretación del Convenio) porque la parte demandada, domiciliada en otro Estado contratante, había sido acusada de una infracción *dolosa* y no había comparecido personalmente».

Detrás de esta abigarrada y densa pregunta que implica a varios sistemas jurídicos, nacionales e internacionales, existen, en mi opinión, dos cuestiones fundamentales: los efectos que se derivan de la interpretación por el TJCE de la cláusula de «orden público del Estado requerido» del Convenio de Bruselas, y la problemática determinación y efectos del «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales generales.

II. LA INTERPRETACIÓN POR EL TJCE DE LA CLÁUSULA DE «ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO REQUERIDO» DEL CONVENIO DE BRUSELAS

A tenor del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas, el reconocimiento o la ejecución de una resolución judicial extranjera pueden ser rechazados cuando sean contrarios al «orden público del Estado requerido». Esta reserva nacional, similar a la contenida en otros tratados internacionales

que versan sobre la misma materia, al ser interpretada por el TJCE en función de los objetivos del Convenio de Bruselas, ha ido adquiriendo una significación y alcance particulares.

1. LA COMPETENCIA DE INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO POR EL TJCE

El carácter de «convenio complementario» (art. 293 CE) y la atribución de su interpretación al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Protocolo de 03.06.1991), comportan una serie de consecuencias en las relaciones entre el ordenamiento comunitario, el Convenio de Bruselas y los derechos nacionales de los Estados contratantes. En una primera fase jurisprudencial, el TJCE estableció el principio de primacía del Convenio en los casos de conflicto con los derechos nacionales⁴, y más recientemente sometía un acto nacional de aplicación del Convenio de Bruselas a un juicio de compatibilidad con los principios fundamentales del Ordenamiento Comunitario⁵. De este modo, la normativa nacional de aplicación del Convenio de Bruselas deberá adecuarse a un doble parámetro de legalidad derivado, de un lado, de su conformidad a los objetivos del Convenio de Bruselas, de otro, del respeto a los principios fundamentales del ordenamiento comunitario. Los jueces nacionales pueden plantear a

⁴ «Le lien entre le droit communautaire et la Convention, en vertu de l'article 220 du traité de Rome, et la fonction d'interprétation uniforme confiée à la Cour suffisent pour répondre que les règles de la Convention doivent prévaloir sur le droit interne, même postérieur d'un Etat membre», arrêt du 13 novembre 1979, aff. 25/79 *Sanicentral/René Collin* Rec. 1979, p. 3423, arrêt du 15 novembre 1983, aff. 288/82 *Duijnsteer/Goderbauer* Rec. 1983, p. 3663. Para más información, puede verse: M. DARMON: «La mission de la Cour et le système de la Convention de Bruxelles», *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, London, 1993, pp. 3-11.

⁵ En el asunto *Mund & Fester* (Sentencia de 10.2.1994, *Mund & Fester*, C-398/92, ap. 12), el Tribunal de Justicia dio un paso más respecto a la controvertida posición de los convenios complementarios en relación con el Ordenamiento Comunitario. Refiriéndose en concreto al Convenio de Bruselas, señalaba que «las disposiciones de dicho Convenio..., así como *las disposiciones nacionales* a las que se remite, están vinculadas al Tratado CEE», y ello le permitía examinar si una disposición nacional de aplicación del Convenio de Bruselas era contraria al principio de no discriminación por razón de nacionalidad, consagrado en el artículo 7 del TCEE (actual artículo 12 CE).

título prejudicial⁶ las dudas derivadas de estos conflictos en la aplicación del Convenio, y corresponde al TJCE proporcionar una interpretación uniforme de sus disposiciones.

En el asunto que comentamos, el problema que se presenta al órgano judicial alemán es la interpretación de una norma convencional, el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas: «el orden público del Estado requerido», cuyo contenido remite, *prima facie*, al derecho interno del Estado. El Tribunal de Justicia interpreta la disposición en función del doble parámetro de legalidad: adecuación a los objetivos del Convenio de Bruselas y, tratándose de un derecho fundamental, su compatibilidad con el artículo 6.2 del TUE que «sanciona convencionalmente la construcción jurisprudencial de los derechos humanos en el derecho comunitario europeo»⁷. La operación es delicada, ya que están implicados dos parámetros constitucionales de «orden público» en materia de derechos fundamentales (los dos Estados implicados) y un tercer parámetro de «orden público comunitario», que debe interpretar el Tribunal de Justicia de manera uniforme a los efectos de la aplicación del Convenio de Bruselas.

Además, la disposición convencional invocada conlleva una dificultad añadida, ya que el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas encierra, en realidad, una reserva nacional de orden público que tiene como objetivo salvaguardar intereses y valores fundamentales de los Estados, y, por lo

⁶ El procedimiento de interpretación del Convenio de Bruselas por el TJCE reviste ciertas particularidades en relación con el procedimiento general del artículo 234 CE. Para un comentario de estas particularidades, pueden verse, J.-P. BERAUDO: «Interprétation. Protocole de Luxembourg du 3 juin 1971», *Collection des Juris-Classeurs*, vol. 7, fasc. 3060, 1989, pp. 3-7; F. CAPOTORTI: «La mission de la Cour et le système de la Convention de Bruxelles», *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, London, 1993, pp. 13-23, pp. 15-16.

⁷ D. J. LIÑÁN NOGUERAS: «Los derechos humanos en el ámbito de la Unión Europea», *Andorra en el Ambito jurídico europeo. XVI jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Andorra, 21-23 septiembre de 1995, pp. 329-352, p. 334. Con la expresión «sancionar convencionalmente» la construcción jurisprudencial, el mencionado autor quiere resaltar la diferencia conceptual con lo que un sector doctrinal ha calificado de «constitucionalización» de los derechos humanos en la Unión Europea. Partiendo de la distinción fundamental entre ambos conceptos, afirma: «el TJCE ha dado una respuesta «adecuada» al problema en lo que a su función jurisdiccional compete, es decir, la *garantía judicial*», pero «pensar que una jurisdicción puede construir todo el aparato conceptual, dogmático y crear, además, las vías de garantía y protección de los derechos fundamentales sin la intervención de un proceso legislativo complejo es simplemente disparatado» (pp. 332-337).

tanto, su contenido y su invocación siempre están impregnados de interés nacional. En este sentido, aunque la identificación del orden público es competencia exclusiva de cada Estado, que determina «conforme a sus concepciones nacionales» (ap. 22 S.TJCE), el juez comunitario —afirma el Abogado general— puede proceder a su valoración cuando «la regla de orden público del Estado requerido puede estar vinculada a una fuente de derecho comunitario»⁸. En este caso, la vinculación entre la disposición nacional invocada y el ordenamiento comunitario se produce a través del derecho fundamental a un juicio justo consagrado por el TJCE a través de los principios generales del Derecho. Ahora bien, este juicio de compatibilidad —si se quiere, control de legalidad— no impide que los Estados sigan determinando libremente las exigencias de su orden público, ya que al Tribunal de Justicia sólo le corresponde controlar los límites dentro de los cuales puede invocarse la referida cláusula en el marco de aplicación del Convenio de Bruselas (aps. 22 y 23 S.TJCE).

2. CLAVES JURISPRUDENCIALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE «ORDEN PÚBLICO DEL ESTADO REQUERIDO»

Entrando ya en el proceso de control de los límites en el marco de los cuales puede invocarse la referida cláusula, a nadie se le oculta que esta delicada operación quirúrgica de delimitar lo permitido y lo prohibido, conlleva en realidad un juicio de valor por parte del Tribunal de Justicia respecto al contenido del «orden público del Estado requerido», al menos a los efectos de la aplicación del Convenio de Bruselas. A diferencia de otros tratados, la atribución de su interpretación al TJCE autoriza a esta institución a realizar una interpretación autónoma de sus disposiciones, es decir «una interpretación independiente de las particularidades de todo ordenamiento jurídico nacional»⁹.

⁸ Como regla general, afirma el abogado general, M. Antonio Saggio, «no pertenece al juez comunitario, sino al juez nacional, identificar las disposiciones de derecho interno que tienen el valor de principios de «orden público» en el ordenamiento jurídico nacional», ya que este concepto atañe a «los principios fundamentales que fundamentan el funcionamiento de las instancias judiciales de su ordenamiento jurídico» (párrafo 24 de las *Conclusiones generales, Krombach c. Bamberski, C-7/98*, 23 de septiembre de 1999, y notas números 9 y 10).

⁹ M. CARPENTER: «L'évolution du droit conventionnel dans la perspective de l'espace judiciaire européen», *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe, op. cit.*, pp. 233-247, p. 235.

El propio Convenio y el informe Jenard¹⁰ ofrecen las primeras claves para interpretar la cláusula de orden público; de un lado, debe hacerse de forma *restrictiva*, porque esta excepción «constituye un obstáculo a la consecución de uno de los objetivos fundamentales del Convenio», que es facilitar la libre circulación de resoluciones a través de «un procedimiento de *exequatur* simple y rápido»; de otro, la cláusula de orden público debe interpretarse de manera *uniforme*, ya que el principio de la seguridad jurídica en el ordenamiento comunitario y los objetivos del Convenio (artículo 293 CE) en el que se basa, exigen la «aplicación uniforme en todos los Estados contratantes de las normas del Convenio y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al mismo (apartado 20 de la S.TJCE). Esas exigencias uniformadoras obligan al Tribunal a controlar el invocado «orden público del Estado requerido» por referencia a un parámetro estándar aplicable por igual a todos los Estados contratantes. Y este parámetro jurídico de referencia del TJCE es el ordenamiento comunitario. En este sentido, se puede afirmar que la cláusula de orden público del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas se ha ido *comunitarizando*¹¹, lo que, sin duda, relativiza su carácter de reserva nacional.

Algunas de las restricciones aplicables a la cláusula de orden público vienen expresamente previstas en el Convenio de Bruselas y en el Informe Jenard; de un lado, el tercer párrafo del artículo 28 del Convenio excluye la posibilidad de invocar reglas relativas a la competencia judicial del Estado de origen en el marco de la cláusula de orden pú-

¹⁰ Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial (Bruselas 27 de septiembre de 1968), elaborado por P. Jenard (*JOCE C59, de 05.03.1979*).

¹¹ Existen diversas manifestaciones de la consagración por el TJCE de un orden público internacional de origen comunitario. En la Sentencia de 01.06.1999, en el Asunto *Eco Swis China Time Ltd*, C-126/97, el TJCE estimó que el artículo 81 CE podía considerarse una disposición de orden público en el sentido del artículo V,2,b del Convenio de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10-06-1958, y, por tanto, el órgano judicial alemán podía estimar la nulidad de un laudo arbitral basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 81 CE (aps. 36-39). Véase el comentario de S. PAILLOT PERUZZETTO: «L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1 juin 1999 (*affaire Eco Swis China Time Ltd*)», *Journal du droit international*, n.º 2, 2000, pp. 299-313, donde afirma que en esta sentencia el Tribunal de Justicia «consagra el principio comunitario de la existencia de un orden público internacional» (p. 301).

blico¹²; de otro, en el comentario al artículo 27.1 del informe Jenard se recuerda que el motivo de rechazo que se juzga no es la decisión extranjera, sino si su reconocimiento es contrario al orden público del Estado requerido¹³. En consonancia con esta idea, los arts. 29 y 34 del Convenio, relativos al reconocimiento y ejecución, respectivamente, prevén de forma específica que la resolución extranjera nunca puede ser objeto de una revisión en cuanto al fondo. Sobre estas bases convencionales, el TJCE ha excluido la posibilidad de invocar la cláusula de orden público por la mera existencia de «una divergencia entre la norma jurídica aplicada por el tribunal del Estado de origen y la que habría aplicado el tribunal del Estado requerido si se le hubiera sometido a él el litigio», ya que el Estado requerido no puede «controlar la exactitud de las apreciaciones de hecho o de Derecho que realizó el tribunal del Estado de origen» (ap. 36 S.TJCE), y, a estos efectos, da igual que el error en la aplicación del Derecho se refiera tanto a normas nacionales como de derecho comunitario¹⁴.

¹² Ello es así, afirma el TJCE, aun en el supuesto de que «los tribunales del Estado de origen hayan fundado indebidamente su competencia, respecto a un demandado domiciliado en el territorio del Estado requerido, en una norma basada en un criterio de nacionalidad». Por tanto, en respuesta a una de las cuestiones formuladas por el órgano judicial alemán, no puede oponerse el orden público «por el solo hecho de que el tribunal de origen no haya respetado las normas del Convenio relativas a la competencia» (Sentencia de 28 de marzo de 2000, *loc. cit.*, aps. 32-33).

¹³ En consecuencia, el motivo de rechazo de la decisión basado en el orden público interno debe resultar «no tanto del contenido de la decisión y de las reglas aplicables como de los efectos que dicha decisión produzca en el territorio nacional en razón de su reconocimiento o de su ejecución» (F. SCHOCKWEILER: «Motifs de refus de reconnaissance et d'exécution», *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, pp. 169-176, p. 170).

¹⁴ El supuesto error en la interpretación del derecho comunitario por el juez del Estado de origen se planteó en la Sentencia de 11 de mayo de 2000 (*SA Régie nationale des Usines Renault c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, C-38/98) donde los recurrentes alegaron una violación de los principios de la libre circulación de mercancías y de la libre competencia, lo que ponía en peligro un «principio de orden público económico». El TJCE afirmó que «el hecho de que este posible error se refiera a normas de Derecho Comunitario no modifica los requisitos para invocar la cláusula de orden público (...) ya que corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar con la misma eficacia la protección de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico nacional y los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario». En tales casos, hay que pensar que «el sistema de recursos establecido por cada Estado contratante (...) proporciona a los justiciables una garantía suficiente» (aps. 32 y 33, aún no publicada en la Recopilación oficial. Véanse también las Conclusiones del Abogado general, M. Siegbert Albert, presentadas el 22 de junio de 1999, puntos 57-67).

Establecidas las restricciones y limitaciones, queda por determinar el *contenido* susceptible de formar parte del orden público en el marco del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas. A este respecto, el Tribunal considera que esta excepción sólo cabe alegarla cuando el reconocimiento o ejecución de la resolución choque «de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental», siempre y cuando se trate «de 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»¹⁵ (ap. 37 de la S.TJCE).

Como puede observarse, el ordenamiento del Estado requerido sigue siendo, en la jurisprudencia del TJCE, el punto de referencia del contenido del orden público susceptible de invocarse en el marco del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas. Ahora bien, cabría pensar que, en la medida en que los «principios fundamentales del ordenamiento comunitario» están integrados en los ordenamientos internos de los Estados miembros de la UE y partes del Convenio, necesariamente esos principios y normas comunitarios con carácter fundamental deberían formar parte del «orden público de los Estados contratantes» y, por tanto, del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas¹⁶. Si bien tal afirmación puede ser válida para los «principios constitucionales» reconocidos expresamente en los tratados constitutivos, no nos parece tan evidente cuando se trata de «principios generales del Derecho comunitario» deducidos jurisprudencialmente, entre los

¹⁵ El Abogado general también coincide en que la violación de la norma nacional de orden público debe ser «grave y manifiesta». Las hipótesis de rechazo del reconocimiento, previstas en el artículo 27 del Convenio, a su juicio pueden ser reconducidas a los «derechos subjetivos de las partes, sobre todo de naturaleza no patrimonial», tal como se especifican en los propios apartados 2.º, 3.º y 4.º del artículo 27 (párrafo 27 de las *Conclusiones generales*). A juicio de J. M. ESPINAR VICENTE, aunque el Convenio nada diga al respecto, desde la perspectiva española cabría invocar como causa de no reconocimiento por motivo de orden público el hecho de que la decisión judicial extranjera se hubiese obtenido a través de fraude («Competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el ámbito de la Comunidad europea», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 865-898, p. 890).

¹⁶ De hecho, uno de los argumentos esgrimidos por el Abogado general (M. Siegbert Alber) como fundamento de la competencia del TJCE para interpretar la cláusula de orden público, es que «esta noción engloba igualmente los principios de derecho comunitario» (*Conclusiones generales*, asunto *Renault*, *loc. cit.*, ap. 58).

que se encuentran los derechos fundamentales generales. La técnica jurisprudencial de determinación de tales derechos genera, entre otras consecuencias¹⁷, la ausencia de previsibilidad en cuanto a su formulación y contenido con anterioridad al momento en el que el TJCE reconoce el derecho fundamental¹⁸. Ello hace que el ámbito material de la cláusula del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas, en lo referente a derechos fundamentales, no goce de unos contornos materiales precisos y preestablecidos, ya que está supeditada a una definición progresiva por el TJCE, dependiente, de un lado, de las cuestiones de interpretación que le susciten los jueces nacionales, y, de otro, de la casuística inherente a la técnica jurisprudencial de protección de los derechos fundamentales, así como de la propia labor creadora del Tribunal a la hora de sustanciar normativamente esos derechos a través de los principios generales del Derecho comunitario.

Finalmente, hay que señalar que la cláusula del artículo 27.1, como excepción al régimen general de aplicación del Convenio de Bruselas, sólo

¹⁷ Para D. J. LIÑÁN NOGUERAS, la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales generales, sustanciados normativamente a través de los «principios generales del Derecho comunitario», genera dos tipos de problemas; de un lado, los derivados de la *indefinición previa* del derecho fundamental, lo que provoca una inseguridad jurídica que afecta «tanto a la efectividad en la vinculación del legislador comunitario» como «al alcance del derecho a la tutela judicial» de los derechos y libertades; y de otro, los derivados de la *jerarquización normativa*, porque no es cuestión pacífica la ubicación en el «derecho primario» de los principios generales, lo que le aseguraría su valor jerárquicamente superior». («Derechos fundamentales y de ciudadanía en la Constitución Europea», *La Constitución Europea*, ed. Actas, Madrid, 1994, pp. 75-86, pp. 84-85). *El proyecto de Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, de 28 de julio de 2000 (*Charte 4422/00*), elaborado a raíz del Consejo europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999), y pendiente todavía la cuestión de su incorporación a los Tratados, podría paliar estas deficiencias.

¹⁸ A juicio de L. M. DÍEZ PICAZO, esta falta del reconocimiento del derecho fundamental con carácter previo al momento litigioso tiene como consecuencia que los derechos fundamentales prácticamente no funcionen «como genuinos derechos subjetivos», ya que «antes de que en cada caso se pronuncie el propio TJCE, no existe derecho fundamental alguno». [«Una Constitución sin declaración de derechos» (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1991, n.º 32, pp. 135-155, p. 148]. En opinión de M. PI LLORENS, esta afirmación debe ser matizada, ya que «la motivación y argumentación de las decisiones judiciales son un factor de legitimidad tanto o más importante que los fundamentos legales en los que se basan». [*Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, ed. Ariel, Barcelona, 1999, p. 62].

es operativa cuando el acto de reconocimiento de la decisión judicial extranjera suponga una «violación manifiesta» de uno de esos principios o normas fundamentales del Estado requerido. A través de la cuestión prejudicial, el TJCE realiza el control sobre ambos requisitos: la selección del núcleo de principios y derechos fundamentales que pueden invocarse en el marco de la referida cláusula, y la calificación de «violación manifiesta» del principio o derecho fundamental en cuestión.

3. EL «ORDEN PÚBLICO EUROPEO» COMO PARTE INTEGRANTE DEL ARTÍCULO 27.1 DEL CONVENIO DE BRUSELAS

Delimitado el ámbito material de la cláusula de orden público del artículo 27.1 como el conjunto de principios y normas del Estado que tienen carácter fundamental, según la apreciación del TJCE, hay que admitir que parte de este contenido «comunitarizado» está formado por los derechos fundamentales generales consagrados por la jurisprudencia del TJCE. Y aunque la integración de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, a través de los principios generales del derecho, confiere a esta protección jurisprudencial una cierta especificidad, lo cierto es que el principal referente para el TJCE del estándar de protección de los derechos fundamentales es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹. De este modo, ese «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales, cuya principal fuerza reside en la autoridad interpretativa de las sentencias del TEDH, al integrarse en el ordenamiento comunitario refuerza su eficacia y adquiere las características propias de este Derecho, pero, a su vez, también arrastra las deficiencias que aquejan en su origen a esta construcción jurisprudencial del TEDH.

La integración del orden público europeo en materia de derechos fundamentales en la cláusula del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas nos muestra esta doble vertiente. En el balance de los efectos positivos, supone una promoción del cumplimiento del orden público europeo, ya que su aplicación a través del Convenio de Bruselas tiene como efecto prevenir la violación del derecho fundamental en el Estado requerido, a la

¹⁹ Esta remisión a la jurisprudencia del TEDH para determinar el sentido y alcance de los derechos fundamentales se consagra también en el *Proyecto de Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, a menos que «la presente Carta no garantice una protección más elevada o más amplia» (art. 50.3).

vez que, indirectamente, «sanciona» al Estado de origen con el no reconocimiento de la decisión judicial vulneradora del derecho fundamental.

Pero la integración de este estándar común de derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y, de resultas, en el Convenio de Bruselas, no subsana las deficiencias de esta construcción jurisprudencial, derivadas en gran parte de la existencia —y persistencia— de particularismos nacionales en cuanto a la configuración de determinados derechos fundamentales. Y, en la medida en que la aplicación normal del Convenio de Bruselas corresponde a los jueces nacionales, ello puede conducir a prácticas judiciales divergentes en la aplicación del artículo 27.1, en función de los distintos parámetros constitucionales del derecho fundamental en juego. La diversa configuración en los Estados contratantes del derecho a la defensa del condenado en rebeldía sirve para ilustrar estas posibles divergencias, a la vez que pone de relieve los límites que existen en la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales:

1. Una primera aplicación del artículo 27.1 se corresponde con aquellos casos, como en la sentencia que comentamos, en los que el derecho fundamental que alega el Estado requerido, como excepción al no reconocimiento de la decisión judicial extranjera, está consagrado también como tal en el ordenamiento comunitario. El estándar comunitario de protección del derecho fundamental hace operativa la excepción de orden público del artículo 27.1, pudiendo rechazar el juez nacional el reconocimiento de la decisión judicial extranjera. En estos casos, el estándar comunitario del derecho fundamental está protegido en la aplicación judicial de la cláusula del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas.

2. Pero cabe preguntarse, y no es una hipótesis de laboratorio, cuál sería la solución si el derecho fundamental invocado por el Estado requerido, como parte integrante de su orden público, no hubiese sido consagrado como tal en el ordenamiento comunitario ni en la jurisprudencia del TEDH. En estos supuestos, se plantearía un conflicto teórico entre el mayor parámetro constitucional del derecho fundamental en el Estado requerido y el estándar comunitario que sería operativo a los efectos de la cláusula del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas. Tratándose del bloque de constitucionalidad referido a derechos fundamentales, todo hace suponer que el juez nacional actuaría bajo la cobertura de su propia Constitución, rechazando el reconocimiento de la decisión judicial extranjera. En estos casos, la aplicación del artículo 27.1 por el órgano judicial nacional no sería conforme al estándar comunitario de orden público.

3. Finalmente, se nos representa una tercera situación resultante de aquellos casos en los que la garantía procesal en cuestión consagrada como fundamental en el ordenamiento comunitario (por ejemplo, el derecho a la defensa del condenado en rebeldía) no goza de esa condición ni en el Estado de origen ni en el Estado requerido²⁰. Al no plantear el reconocimiento de la decisión extranjera ningún problema de «orden público en el Estado requerido», tal y como se formula en el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas, hay que presumir que el órgano judicial procedería sin más a su reconocimiento y ejecución. Estas prácticas judiciales vulnerarían el parámetro comunitario de «orden público» establecido por el TJCE a los efectos de la aplicación del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas.

III. PROBLEMÁTICA QUE RODEA A LA NOCIÓN DE «ORDEN PÚBLICO EUROPEO» EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Las referencias jurisprudenciales que sirven al Tribunal de Justicia para determinar el estándar de protección del derecho a la defensa, a su vez ponen de relieve las quiebras que todavía persisten en la determinación de ese denominado «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales. Tratándose de un derecho fundamental no previsto expresamente en los tratados constitutivos, su integración en el ordenamiento comunitario remite a la construcción jurisprudencial de la protección de los derechos fundamentales de contenidos «generales»²¹, realizada sobre la base

²⁰ La situación no debe ser excepcional, habida cuenta de que hay países como: Francia, Países Bajos, Holanda o Italia que no han consagrado ese «estándar comunitario» que se corresponde con la jurisprudencia del TEDH en la configuración del derecho a la defensa del condenado en rebeldía.

²¹ Siguiendo la ilustrativa clasificación realizada por D. J. LIÑÁN NOGUERAS, el derecho a la defensa, integrado en el marco del derecho a un juicio justo, es un derecho fundamental de «contenido general», frente a los derechos con «contenidos funcionales», expresamente previstos en los Tratados, y los derechos con «contenidos especiales», relacionados con el estatuto de ciudadanía. Como afirma el mencionado autor, la diferenciación de estas categorías de derechos responde a que «tienen un alcance material y un sistema de garantías diferente como consecuencia de su diverso tratamiento jurídico en los textos normativos y en la jurisprudencia». («Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea», en A. MANGAS MARTÍN/ D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 293-332, pp. 295-298).

de los principios generales de Derecho comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Siguiendo su tradicional razonamiento, el Tribunal de Justicia evoca jurisprudencia consolidada relativa a la integración del derecho a la defensa en el ordenamiento comunitario, citando, asimismo, los cauces a través de los cuales este principio general del derecho comunitario se ha dotado de contenido: de un lado, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros respecto a la configuración normativa y jurisprudencial del derecho a la defensa²², aspecto que el TJCE sólo menciona; y de otro, la jurisprudencia internacional relevante en la materia, en particular, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 6 del CEDH²³, jurisprudencia de la que deduce el TJCE que «la negativa a oír al abogado de un acusado ausente de los

²² Este estándar comunitario de protección de los derechos fundamentales, afirma G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, no se realiza sobre la base del «mínimo común denominador», sino sobre la base «de una comparación y evaluación críticas de los sistemas jurídicos nacionales —una evaluación que, por supuesto, incluye el examen de la jurisprudencia relevante— y culmina con una elección judicial que no descarta necesariamente la creatividad por parte del propio Tribunal de Justicia». («The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities», *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1995, pp. 169-181, p. 173).

²³ En concreto, el TJCE cita las siguientes sentencias: *Cour Eur D.H., arrêt Poitrimol c. France du 23 novembre 1993, série A n.º 277-A*; *arrêt Pelladoah c. Pays Bas du 22 septembre 1994, série A n.º 297-B*, y *arrêt Van Geyseghem c. Belgique du 21 janvier 1999*, aún no publicada en la Recopilación. Especialmente polémica fue la sentencia del TEDH en el asunto Poitrimol, dictada con cinco votos a favor y cuatro opiniones disidentes. Los argumentos esgrimidos por los jueces disidentes ponen de manifiesto la existencia de divergencias en cuanto a la propia concepción de los principios que inspiran el proceso penal y la política penal de los Estados. Para el juez Pettiti, «el derecho penal es por su misma naturaleza un sistema represivo que debe conciliar la protección del orden y la salvaguardia de los derechos humanos. No es solamente el derecho de la protección de los acusados». «La obligación de comparecer es un elemento crucial de todo el procedimiento penal, salvo en casos de fuerza mayor o causa justificada», y, por tanto, «el acusado no tiene el derecho de exigir ser representado cuando no ha querido comparecer». En todo caso, afirma el juez que «el Tribunal no ha tenido suficientemente en cuenta el principio de equilibrio que regula el artículo 6, ni las necesidades de una política penal cuya finalidad es la de no asegurar a las personas, que quieren sustraerse voluntariamente a la justicia, una impunidad o un privilegio» (*Opinion dissidente de M. le juge Pettiti*).

debates constituye una violación manifiesta de un derecho fundamental»²⁴ (ap. 40 S.TJCE).

No deja de resultar paradójico que una de las fuentes jurisprudenciales de determinación del contenido garantista del derecho a la defensa sean las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, tradiciones que precisamente constituyen la fuente de disensión del alcance del derecho fundamental en este asunto²⁵. Y no deja de ser ilustrativo que la jurisprudencia del TEDH (citada por el TJCE) para consagrar como fundamental «el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado», aunque no comparezca personalmente (ap. 39 S.TJCE), esté referida a sentencias de condena dictadas contra tres Estados de inquestionable tradición democrática y respetuosos con los derechos humanos (Francia, Países Bajos y Bélgica)²⁶. Pero, si cabe, lo más preocupan-

²⁴ Esta referencia a la jurisprudencia del TEDH para determinar el alcance del derecho a la defensa del condenado en rebeldía constituye, en nuestra opinión, un ilustrativo ejemplo de la observación realizada por G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Hay algunos aspectos de la jurisprudencia del Tribunal que pueden interpretarse como un reconocimiento en el contexto comunitario de la autoridad interpretativa del Convenio por parte del órgano judicial específicamente establecido para interpretarlo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» («Judicial Protection of the Citizen under European Law», *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law. The Clifford Chance. Millennium Lectures*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 195-213, p. 210).

²⁵ En asuntos como el que comentamos, se llena de razón la observación realizada por D. J. LIÑÁN NOGUERAS al calificar de «imprecisa, insegura e inquietante» la referencia a los sistemas constitucionales internos del artículo 6.2 TUE. En efecto: imprecisa —afirma—, porque «las Constituciones europeas dispensan a veces tratamientos muy distintos a los diferentes derechos»; insegura, porque «el alcance de su obligatoriedad está mermado por su propia ubicación y la falta de personalidad jurídica de la Unión Europea»; e inquietante «porque ha provocado cierta tranquilidad en algunos sectores, por suerte, no compartida por algunas instituciones, como el Parlamento Europeo y la Comisión, así como por importantes sectores doctrinales», («Los derechos humanos en el ámbito de la Unión Europea», *Andorra en el ámbito jurídico europeo, op. cit.*, p. 346).

²⁶ El espacio jurídico europeo, incluso limitado a la Europa de los derechos humanos, afirma M. DELMAS-MARTY, no es «un espacio homogéneo y unificado»; disposiciones como los artículos 5, 6, 7 y 8 a 11 del CEDH «no han suprimido todos los particularismos nacionales, ni en cuanto al procedimiento ni en cuanto a las reglas de fondo» («Pluralisme et traditions nationales (Revendication des droits individuels)», *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «Union plus étroite»* (ed. P. Tavernier), Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 81-92, p. 83).

te no es tanto que las leyes de estos países no consagren como fundamental «el derecho del condenado en rebeldía, que no comparece personalmente, a ser defendido por un abogado», como también el hecho de que se resistan a hacerlo incluso tras la condena del TEDH²⁷.

En cualquier caso, la remisión a la jurisprudencia del TEDH como fuente de inspiración del núcleo esencial de las garantías inherentes al derecho a un proceso justo, evoca de inmediato la noción de «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales, un concepto consagrado por el propio TEDH en el Asunto Loizidou c. Turquía²⁸, que viene estudiando la doctrina a la luz del «espacio jurídico europeo» generado por la confluencia del Convenio europeo de derechos humanos, el ordenamiento comunitario y las Constituciones nacionales; sistemas jurídicos en los que, sin duda, juegan un papel fundamental la jurisprudencia de sus máximos órganos jurisdiccionales.

²⁷ El asunto Poitrimol originó un conflicto entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la *Cour de cassation*, e incluso provocó reacciones de rechazo por creer que estaban en juego «imperativos de la soberanía nacional francesa». En cualquier caso, con posterioridad a esta sentencia del TEDH, la Sala Criminal de la *Cour de cassation* siguió reafirmando su jurisprudencia tradicional sobre los juicios en rebeldía, según la cual el acusado que no comparece personalmente ni presenta una causa justificada, es juzgado contradictoriamente, por lo que pierde el derecho a ser defendido por un abogado. Contra esta sentencia no cabe recurso de casación, salvo que éste sea presentado por el propio condenado y justifique las circunstancias que le impidieron comparecer en el juicio. Para más información, puede verse, R. DE GOUTTES: «Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'Homme: avancées et reticences», *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «Union plus étroite»*, *op. cit.*, pp. 217-247.

²⁸ En esta sentencia, el Tribunal consagra la noción de «orden público europeo» y califica al Convenio Europeo de Derechos humanos como «instrumento Constitucional del orden público europeo» (*Cour eur. D.H., arrêt Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires) du 23 mars 1995, série A n.º 310*, párrs. 75 y 93). Los fundamentos de este orden público europeo residen en la particular naturaleza de este Convenio, en el carácter objetivo de sus disposiciones y en la instauración de un sistema de garantía colectiva del respeto a los derechos humanos, basado, como reza su Preámbulo en «la posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho». Existen diversas manifestaciones del progreso hacia un orden público de Europa. Véase: M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: «Consejo de Europa y derechos humanos: desarrollos recientes», *XVI jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Andorra, 21-23 septiembre de 1995, pp. 215-263, pp. 232-261.

En una primera aproximación a la aprehensión de este «orden público europeo», todo parece indicar que estaríamos ante una categoría *sui generis* de *ius cogens* europeo en materia de derechos fundamentales²⁹, cuyo referente normativo es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y su fuente de determinación, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el marco de los contenciosos por responsabilidad del Estado. Esta técnica jurisprudencial es, precisamente, la que, en mi opinión, sumerge a esta categoría de normas en un incierto régimen jurídico, cuyos perfiles son analizados por la doctrina a la luz de la jurisprudencia del TEDH. En efecto, calificativos como: «incierto», «evolutivo», «contingente» o «ambiguo», son los que se predicán de este derecho común europeo³⁰, que recoge los valores que, un momento histórico determinado, la «sociedad europea» considera irrenunciables en relación con los derechos fundamentales de las personas. De las múltiples cuestiones que suscita este núcleo de derechos fundamentales, unas atañen a su propia sustancia: la identificación de los derechos y la determinación de su contenido y alcance —estándar de protección—, y otras se relacionan con su incipiente régimen jurídico: los efectos que producen y la delimitación espacial de su ámbito de aplicación.

Su creación jurisprudencial explica, en primer lugar, los problemas derivados de la identificación de los derechos candidatos a formar parte de esta categoría³¹, necesariamente variable por la naturaleza histórica

²⁹ Frente al *ius proprium* de cada uno de los Estados Partes del CEDH, «aparecen claramente los contornos de un derecho europeo de los derechos humanos» (...) —«un *ius commune*»— que representa el núcleo irreductible de los derechos fundamentales, en continuo crecimiento, alrededor de los cuales puede y debe forjarse la unidad de espíritus, condición necesaria de la unión política» (M. DE SALVIA: «L'élaboration d'un «*ius commune*» des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme», *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 1988, pp. 555-563, p. 563).

³⁰ F. SUDRE: «Existe-t-il un ordre public européen?», *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «Union plus étroite»*, *op. cit.*, pp. 39-80, p. 41.

³¹ Existen diversas propuestas doctrinales extraídas del análisis de la jurisprudencia del TEDH. Para F. SUDRE, los siete derechos fundamentales fundadores de la democracia o vinculados a ella constituirían el «orden público europeo», categoría que no coincide necesariamente con la de «derechos intangibles», derechos no susceptibles de derogaciones o restricciones que formarían parte del denominado

de los valores que fundamentan la protección de los derechos humanos. Pero, además, la determinación del contenido y alcance de estos derechos fundamentales por el TEDH —el estándar de protección— no se sustrae a la problemática derivada de la casuística que caracteriza al contencioso por responsabilidad internacional. Las circunstancias concretas de cada caso, el medio social en el que se producen los hechos, o las tradiciones jurídicas nacionales, son factores que influyen en la interpretación jurisprudencial de los derechos sometidos a la consideración del Tribunal. En esta medida, la determinación del estándar de protección de los derechos requiere una cuidadosa operación de selección jurisprudencial de la que puedan extraerse criterios extrapolables a la generalidad de los casos.

Y referida también a la técnica jurisprudencial, aún cabe señalar la dificultad derivada de la existencia de «dobles estándar» en la jurisprudencia interpretativa del TEDH, problemática que generalmente se sitúa en el marco de la relación entre el poder discrecional del TEDH y el margen de apreciación de los Estados³², sobre todo en la interpretación

«núcleo duro» de los derechos fundamentales («Existe-t-il un ordre public européen?», *op. cit.*, pp. 54-58). G. COHEN-JONATHAN critica cualquier clasificación de derechos fundamentales e, incluso, considera que establecer «una jerarquía entre los derechos humanos enunciados en el Convenio no es necesario ni tampoco legítimo», y se pregunta si no sería más sencillo considerar que «el orden público europeo estaría compuesto por el mínimo de las catorce libertades consagradas en el Convenio y también por los que, de seguro, podrían deducirse del Preámbulo y de las disposiciones inter-conectadas del Convenio». Más problemático es, a su juicio, establecer la extensión de este orden, ya que es «todavía dependiente del relativismo convencional» («Conclusiones generales», *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «Union plus étroite», op. cit.*, pp. 477-509, p. 481). S. MARCUS-HELMONS, a la luz de algunas sentencias del TEDH, opina que el Tribunal «ha establecido indiscutiblemente un orden público europeo en materia de derechos fundamentales» («Commentaires sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 569-578). Otros autores se refieren a un «ius commune» u «orden jurídico europeo», derivado de la acción de los órganos de control del CEDH sobre los Estados parte: J.-P. COSTA: «La Cour européenne des droits de l'homme: vers un ordre juridique européen?», *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, *op. cit.*, pp. 197-206; P. DE FONTBRESSIN: *L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, *op. cit.*, pp. 231-250.

³² Para M. DELMAS-MARTY, el problema de fondo es la inexistencia de un «espacio público europeo» donde converjan valores comunes, ya que ello obliga al TEDH a tener en cuenta la diversidad de tradiciones nacionales a través del «margen na-

de las restricciones y limitaciones de los derechos y libertades fundamentales, donde las jurisdicciones constitucionales mantienen su particular concepción a la hora de encontrar un equilibrio entre el interés general y los derechos individuales³³. En este aspecto, la preocupación doctrinal por una jurisprudencia más homogénea, y más transparente, bien puede reflejarse en las siguientes palabras de G. Cohen-Jonathan: «Es legítimo reconocer a los Estados parte, en la aplicación del Convenio, un cierto margen de apreciación que puede variar según los derechos garantizados y las circunstancias del caso. Sin embargo, el Tribunal no debe derogar principios muy simples: no puede haber libertades a doble velocidad (una misma metodología de control); no puede haber márgenes diferentes en situaciones comparables; no puede existir un doble estándar según los Estados»³⁴.

La dificultad que entraña la determinación del contenido del «orden público europeo» no es óbice, sin embargo, para identificarlo a través

cional de apreciación». En este sentido, un control demasiado restringido, que se correspondería con un margen nacional de apreciación importante, «corre el riesgo de sacrificar la unidad de la noción de sociedad democrática y, por tanto, la construcción de un orden europeo de libertades» («Pluralisme et traditions nationales (Revendication des droits individuels)», *Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «Union plus étroite»*, *op. cit.*, p. 88. Con una carga más peyorativa, J.-C. SOYER plantea esta dicotomía en otros términos: extensión del control del Convenio *versus* razón de Estado. Así, cuando el Convenio extiende el ámbito de su control —afirma—, la razón de Estado se encuentra mucho más contenida, sometida a los derechos humanos; inversamente, cuando el Convenio reduce el campo de su control, la razón de Estado recobra fuerza» («Retour discret de la raison d'État dans des États soumis à la raison du Droit (La fonction publique nationale)», *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, *op. cit.*, pp. 661-671, p. 662).

³³ Estas diversas concepciones nacionales en materia de derechos fundamentales atañen tanto a la noción misma de derecho fundamental como a las técnicas de proclamación y reglamentación de los derechos. Por ello, a juicio de C. GREWE, la disminución de conflictos normativos pasa necesariamente por una mayor armonización de los objetivos y de los valores fundamentales. Entre otras soluciones, propone la inclusión en las Constituciones nacionales de una disposición similar a la del art. 10.2 de la Constitución española («Les conflits de normes entre Droit Communautaire et droits nationaux en matière de droits fondamentaux» en *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 57-73, pp. 72-73).

³⁴ G. COHEN-JONATHAN: «Conclusiones generales», *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une «Union plus étroite»*, *op. cit.*, p. 490.

de ciertas manifestaciones y efectos que se derivan de la acción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de las propias jurisdicciones nacionales³⁵. Dentro de esta última vertiente, la reciente sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, STC 91/2000, de 30 de marzo, constituye —al igual que la S.TJCE que comentamos— otro ilustrativo ejemplo de una manifestación del «orden público europeo», que revela nuevamente las diferencias que persisten en los sistemas judiciales de los Estados miembros de la UE, y partes del CEDH, en cuanto a las garantías procesales del derecho a un juicio justo; en concreto, a la defensa del condenado en rebeldía³⁶.

³⁵ La integración del «orden público europeo» en las jurisdicciones nacionales depende de los efectos que despliega el CEDH y su jurisprudencia en los derechos internos de los Estados parte. En el caso español, la autoridad interpretativa de las sentencias del TEDH y, por tanto, la integración de ese orden público europeo en materia de derechos fundamentales, aparece reforzada por el artículo 10.2 de la Constitución española, utilizado frecuentemente por los tribunales españoles como criterio de interpretación de los derechos fundamentales. Para un excelente análisis de su función, véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS: «La aplicación en España de los tratados relativos a derechos y libertades fundamentales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, n.º IX, 1994, pp. 269-328.

³⁶ La asunción por el TC de la jurisprudencia interpretativa del TEDH (Sentencia Soering de 7 de julio de 1989), a través del art. 10.2 CE, sirvió para fundamentar la competencia extra-territorial de la jurisdicción española (véase el FJ 6, STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000) y juzgar si la extradición de un nacional italiano a la República de Italia, concedida por la Audiencia Nacional, podía suponer una violación «indirecta» del artículo 24.2 de nuestro texto Constitucional. El referente del «orden público europeo» en lo relativo a las garantías de la defensa (jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6,3,c del CEDH: FJ 13 de la STC) permitió al TC deducir que la condena *in absentia* en delitos muy graves, sin la posibilidad de impugnación posterior, es incompatible con el contenido absoluto del derecho a un juicio justo, en tanto que «expone al extraditado a un peligro cierto de «flagrante denegación de justicia», y por tanto, su extradición supondría una violación indirecta del art. 24.2 de la Constitución. La sentencia fue dictada con el voto particular del Presidente D. Pedro Cruz Villalón y el voto particular discrepante de tres magistrados. La doctrina sentada en esta sentencia fue seguida en *STC 134/2000, de 16 de mayo de 2000* y *STC 163/2000, de 12 de junio de 2000*. Esta doctrina ha suscitado graves críticas, acusando al TC de actuar como un «Tribunal Penal Internacional» y de «hacer primar la inmunidad constitucional sobre la impunidad de la delincuencia internacional» (M. PULIDO QUECEDO: «El Tribunal Constitucional como Tribunal Penal Internacional. Nota crítica a la STC 91/2000», *Tribuna, RTC*, número 6). A raíz de la polémica sentencia, y con el trasfondo político de la delincuencia internacional, España e Italia han firmado una Declaración Conjunta en la que

Así las cosas, se pueden constatar dos frentes que debilitan la construcción de un «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales, uno achacable a la propia técnica jurisprudencial de su creación, y otro a la existencia de particularismos nacionales resistentes a la jurisprudencia interpretativa del TEDH. Las deficiencias en la construcción y común aceptación de ese orden público europeo, derivadas de ambas vertientes, se trasladan y siguen latentes en la jurisprudencia comunitaria. Y aunque la labor integradora por parte del TJCE de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento comunitario refuerza jurídicamente la eficacia de estas normas sobre derechos fundamentales y extiende sus efectos a nuevos ámbitos materiales —como el del Convenio de Bruselas—, su ámbito de aplicación se limita al marco competencial atribuido a la Comunidad³⁷. Con todo, se puede afirmar que la labor del TJCE en orden a asimilar el parámetro comunitario de protección de los derechos fundamentales al establecido por el TEDH, supone, sin duda, un fuerte espaldarazo a la labor del TEDH en la promoción de un «orden público

se establecen unos criterios para el reconocimiento mutuo de la efectividad de las resoluciones judiciales. Este acuerdo supone la constitución del primer espacio judicial que se crea en el marco de los objetivos acordados en el Consejo Europeo de Tampere: «Hacia una unión de libertad, seguridad y justicia» (*Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia*, Tampere (16-10-1999), Documento 200/99. V., así: «Los hitos de Tampere», punto 5 y «Un auténtico espacio europeo de justicia, puntos 28-37»). Para la Comisión, el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales constituye «la piedra angular de la cooperación judicial en la Unión Europea, tanto en lo civil como en lo penal». [«Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia» en la Unión Europea», *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo*, 24.3.2000, COM(2000)167 final, p. 16].

³⁷ En este sentido, hay que tener en cuenta que el Tratado de Amsterdam (art. 46 TUE) ha supuesto un aumento considerable de las competencias jurisdiccionales del TJCE. Los nuevos ámbitos materiales sobre los que estas competencias se proyectan, en particular: el Título VI TUE, el Título VII TUE y el Título IV TCE, pueden tener especial incidencia sobre la protección de los derechos fundamentales. Véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS: «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», Cap. 25, en A. MANGAS MARTÍN/D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 377-391; A. DEL VALLE GÁLVEZ: «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 3, 1988, pp. 41-78; más específicamente sobre el tema, del mismo autor: «Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las CC.EE tras el Tratado de Amsterdam», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 186, 2000, pp. 23-36.

«orden público»³⁸, aunque nunca puede sustituir la necesaria voluntad política de los Estados para lograr una convergencia de valores, en materia de derechos fundamentales, que sea compatible con el respeto a las tradiciones nacionales. Esta convergencia, necesaria para la construcción de un «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales, es también un paso imprescindible para la consolidación de un espacio judicial común, objetivo asumido por los Estados miembros de la Unión Europea en el Tratado de Amsterdam³⁹.

IV. CONCLUSIONES

1. El TJCE ha ido perfilando a través de su jurisprudencia interpretativa del art. 27.1 del Convenio de Bruselas el contenido y límites en el marco de los cuales los Estados contratantes pueden invocar «su orden público» como excepción al reconocimiento o ejecución de una resolución judicial extranjera. La sentencia del TJCE, objeto de este comentario, proporciona las claves jurisprudenciales para la interpretación de la referida cláusula por los jueces nacionales, interpretación que deber ser acorde a los objetivos del Convenio de Bruselas y conforme a los principios fundamentales del ordenamiento comunitario. A tenor de esta jurisprudencia interpretativa, los jueces nacionales de los Estados contratantes pueden aplicar excepcionalmente el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas cuando el reconocimiento o ejecución de la decisión judicial extranjera suponga una *violación manifiesta de un principio o norma fundamental del Estado re-*

³⁸ Desde la sentencia *Nold* —afirma J.-M. LARRALDE— el TJCE ha asumido la función de promoción del CEDH, convirtiendo a este texto en un útil instrumento para reforzar la integración europea y contribuir a la construcción de una Comunidad de Derecho («Convention européenne des droits de l'homme et jurisprudence communautaire», *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 105-135, p. 107).

³⁹ Para la Comisión, el «orden público» es también un concepto fundamental en la consolidación de un «espacio de justicia», ya que «aparece como un denominador común en una sociedad democrática y un Estado de Derecho». En este sentido, afirma la Comisión: «Independientemente de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público, habrá que delimitar progresivamente los contornos de un «orden público europeo» basado en una evaluación de los intereses fundamentales comunes» («Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia», *Comunicación de la Comisión*, 14.07.1998, *COM(1998)459 final*, p. 9).

querido, siempre y cuando la excepción invocada por el Estado se adecue a los objetivos del Convenio de Bruselas (*uniformidad* en la aplicación nacional) y sea respetuosa con los «principios fundamentales del ordenamiento comunitario» (*comunitarización* de la reserva nacional).

2. Estas claves jurisprudenciales del TJCE para interpretar el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas conllevan un proceso de *comunitarización* del contenido de la mencionada cláusula, ya que el referente jurídico establecido por el TJCE sobre su contenido y límites, son «los principios y normas fundamentales del ordenamiento comunitario». Dentro de este núcleo de normas y principios con carácter fundamental, el Tribunal incluye los «principios constitucionales», reconocidos expresamente en los tratados constitutivos, y los principios generales del derecho comunitario deducidos jurisprudencialmente, entre los que se encuentran los derechos fundamentales generales. Estos últimos, debido a su técnica jurisprudencial de reconocimiento y protección, hacen inviable la previsibilidad, por los Estados contratantes, de la identificación y estándar de protección de los derechos fundamentales susceptibles de formar parte del ordenamiento comunitario y, por tanto, del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas. Esta inseguridad jurídica, en lo relativo a los derechos fundamentales generales, se traslada al ámbito material de la referida cláusula, cuyos contornos quedan así supeditados a una definición progresiva, por parte del TJCE, dependiente de las cuestiones de interpretación que estimen oportuno suscitar al TJCE los jueces nacionales de los Estados contratantes, y, a la vez, de la propia casuística inherente al reconocimiento jurisprudencial de los derechos fundamentales.

3. Esta sentencia se sitúa en el marco de una decantación jurisprudencial progresiva, por parte del TJCE, hacia el reconocimiento de la autoridad interpretativa del TEDH en cuanto a la determinación del estándar de protección de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH. Evocando la jurisprudencia del TEDH, como referente del grado de protección del derecho fundamental a la defensa del condenado en rebeldía, el TJCE integra en el ordenamiento comunitario, y, de resultas, en el art. 27.1 del Convenio de Bruselas, ese «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales. La integración de este núcleo de derechos fundamentales en el ámbito comunitario imprime a esas normas las características propias de este ordenamiento y extiende sus efectos hacia nuevos ámbitos materiales, como el del Convenio de Bruselas. Como consecuencia de esa integración, este núcleo de derechos

fundamentales ve reforzada una eficacia jurídica que, en el ámbito del CEDH, depende, en gran parte, de la voluntad de los Estados. La sentencia del TJCE constituye un claro ejemplo de la promoción del «orden público europeo», en cuanto a los derechos del condenado en rebeldía, a través del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas.

4. Pero la integración en el ordenamiento comunitario del «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales no subsana las deficiencias que aquejan en su origen a esta construcción jurisprudencial del TEDH; unas, achacables a la propia técnica jurisprudencial de protección; y otras, derivadas de la distinta configuración de determinados derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados. La sentencia del TJCE constituye también un claro exponente de este problema. No es posible la uniformidad en la aplicación por los jueces nacionales del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas sin la aceptación por los Estados europeos de un orden público común en materia de derechos fundamentales. La labor del TEDH, determinando ese *ius commune* europeo, y la labor del TJCE, promocionándolo en su ámbito competencial, con ser importantes, nunca pueden sustituir la voluntad política de los Estados necesaria para lograr una convergencia de valores, en materia de derechos fundamentales, que sea compatible con el respeto a las tradiciones nacionales. Tal convergencia es además un paso necesario para la consolidación de un «espacio de libertad, seguridad y justicia» en el marco del nuevo objetivo de la Unión consagrado en el Tratado de Amsterdam.

