

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**

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 11.07.2014 / Aceptado: 15.07.2014

Resumen: Dos recientes resoluciones del TEDH, recaídas en los asuntos *Povse c. Austria* (2013) y *Avotiņš c. Letonia* (2014), han servido para someter a examen algunos elementos del Derecho Procesal Civil Europeo relacionados con el régimen de ejecución de resoluciones extranjeras con arreglo al Reglamento Bruselas II bis (*Povse*) y al Reglamento Bruselas I (*Avotiņš*). En ambos casos el TEDH ha optado por desarrollar su examen sirviéndose de la presunción de cumplimiento derivada de la llamada *doctrina Bosphorus*. El presente trabajo analiza el modo en que dicho enfoque opera cuando se proyecta sobre normas procesales y se plantea su posible traslación, más allá del sector del exequátur, al enjuiciamiento de otras normas procesales civiles emanadas de la Unión Europea cuya aplicación podría conducir a resultados incompatibles con los derechos recogidos en el CEDH.

Palabras clave: Derecho Procesal Civil Europeo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, supresión del exequátur, orden público.

Abstract: Two recent rulings of the ECtHR, rendered in the cases *Povse v. Austria* (2013) and *Avotiņš v. Latvia* (2014) have served to scrutinize some elements of European Civil Procedure Law relating to the regime of enforcement of foreign judgments under the Brussels II bis Regulation (*Povse*) and the Brussels I Regulation (*Avotiņš*). In both cases the ECtHR has chosen to carry on his review by making use of the presumption of compliance that arises from the so-called *Bosphorus doctrine*. This paper discusses how this approach works when it is projected on procedural rules and also deals with its possible translation beyond the exequatur sector, i.e., to other civil procedural rules issued by the European Union whose implementation could lead to results that could be regarded as incompatible with the rights enshrined in the ECHR.

Keywords: European Civil Procedural Law, European Court of Human Rights, European Court of Justice, abolition of exequatur, public policy.

Sumario: I. A modo de introducción: diálogo entre tribunales y protección *multinivel* de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho Procesal Civil Europeo. II. El canon habitual de control del TEDH respecto de la legislación europea: la «presunción de cumplimiento». La aplicación de la doctrina *Bosphorus* al ámbito del Derecho Procesal Civil Europeo en la decisión *Povse c. Austria*. 1. El sistema del Reglamento Bruselas II bis: la supresión del exequátur y del control de orden público en el Estado de ejecución como origen del problema. 2. El control por parte del TEDH sobre actuaciones desarrolladas en cumplimiento de obligaciones derivadas de la pertenencia de los Estados a organizaciones internacionales: la «doctrina *Bosphorus*» y la presunción de cumplimiento. A) La UE como organización respetuosa de los derechos fundamentales. B) Las normas de la UE

* Este trabajo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación *El proceso civil en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Bases para la armonización del Derecho Procesal Civil en Europa* (DER 2012-33378), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

como normas respetuosas de los derechos fundamentales. C) La aplicación de las normas por las autoridades nacionales. a) El margen de discrecionalidad. b) ¿El previo planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE? III. La decepcionante aplicación de este enfoque en la sentencia *Avotiņš c. Letonia*. IV. Balance provisional: ¿conformidad con el CEDH de los regímenes de reconocimiento y ejecución de resoluciones? 1. Ejecución sin control de orden público. 2. Ejecución con control de orden público. V. Opciones adicionales de control sobre otras potenciales «audacias procesales» del legislador procesal civil europeo. 1. Normas procesales respetuosas de los derechos fundamentales. 2. Control de la utilización de facultades discrecionales.

I. A modo de introducción: diálogo entre tribunales y protección *multinivel* de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho Procesal Civil Europeo

1. En los últimos tiempos el «diálogo entre tribunales» y la «protección *multinivel* de los derechos fundamentales» están ganando enteros dentro del listado de los *rending topics* para los estudiosos del Derecho¹. Y no se trata, ni mucho menos, de algo caprichoso, *snob* o injustificado, sino que es, sin duda, una consecuencia de la progresiva complejidad de nuestros ordenamientos jurídicos, en los que se integran normas de procedencia diversa –nacional y supranacional– que gozan de mecanismos de tutela también diferentes, especialmente en lo relativo a los derechos fundamentales.

2. Existen, en efecto, diversos niveles o ámbitos de reconocimiento de derechos fundamentales (en las constituciones nacionales y en textos normativos supranacionales). Existen, asimismo, diversos niveles o ámbitos jurisdiccionales de tutela para esos derechos, con tribunales a los que se atribuyen competencias en relación con su aplicación, interpretación y defensa (cada uno, con sus propios requisitos de acceso y con niveles de eficacia en la tutela que tampoco son siempre iguales). Y, de forma cada vez más cotidiana, se produce una suerte de diálogo entre todos ellos, en la medida en que los tribunales llamados a aplicar y tutelar las diversas normas que consagran derechos fundamentales, cada uno en su esfera competencial, se sirven también del contenido material y de la interpretación jurisprudencial que derechos fundamentales idénticos o análogos han recibido en los demás textos normativos y de los demás tribunales encargados de velar por su tutela.

3. No es por ello extraño que la resolución de un litigio acabe siendo abordada por tribunales nacionales de diverso nivel –incluidos, a menudo, los tribunales constitucionales– pero, también, por tribunales supranacionales de ámbito diverso y, de hecho, por más de uno. En Europa se trata de un fenómeno difícilmente evitable, si se tiene en cuenta la convivencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): dado que el Derecho de la Unión Europea también consagra y protege derechos fundamentales, la labor de tutela judicial de éstos por el TJUE se puede solapar con la que tradicionalmente ha venido siendo más propia del TEDH. A ello debe añadirse la apreciación de que, al menos en lo básico y esencial, la formulación y el contenido de los derechos fundamentales que se recogen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y en las constituciones nacionales no sólo resultan de partida muy similares, sino que además tienden progresivamente a asimilarse en mayor medida, debido precisamente al consabido diálogo entre tribunales (en este punto, entre TEDH, TJUE y tribunales constitucionales nacionales).

¹ Entre las publicaciones más recientes en nuestro país cfr. R. ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2014; P.J. TENORIO SÁNCHEZ, “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 31, 2013; AA.VV., *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional), 2013 –de forma singular, dentro de este volumen, cfr. la contribución de J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo”, pp. 161-208; en la doctrina alemana, de forma muy reciente, cfr. A. PROELB, *Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit. Prozedurale und prozessuale Mechanismen zur Vermeidung und Lösung von Jurisdiktionskonflikten*, Tübingen, Mohr, 2014; M. KLATT, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*, Tübingen, Mohr, 2014.

4. El propósito de este trabajo es aportar algunas reflexiones a este fenómeno de interrelación entre derechos fundamentales y tribunales supranacionales cuando se produce en un ámbito específico, el de la aplicación de las normas que conforman el llamado «Derecho Procesal Civil Europeo». Con la expresión «Derecho Procesal Civil Europeo» quiero aludir al conjunto de textos normativos aprobados por el legislador de la Unión Europea con incidencia en el desarrollo de la actividad jurisdiccional civil, especialmente –pero no sólo– cuando tiene ámbito transfronterizo. El *corpus* del Derecho Procesal Civil Europeo lo integran, por supuesto, todas las normas vinculadas con el ejercicio de las competencias de la UE para la construcción de un Espacio Europeo de Justicia en materia civil y que tienen su anclaje, actualmente, en el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)². Pero el vínculo con este precepto no es indispensable, pues existen también normas procesales civiles europeas que, por motivos diversos, se han asociado a preceptos diversos del TFUE³.

5. Las normas de Derecho Procesal Civil Europeo son, valga la redundancia, normas procesales, lo que significa que están al servicio de la tutela de derechos privados de todo tipo, algunos de los cuales

² Si tratamos de agruparlas por sectores, las normas que conforman en la actualidad el Derecho Procesal Civil Europeo serían, al menos, las siguientes:

a) En el sector de la *competencia internacional* y el *reconocimiento de resoluciones*, los textos de referencia son varios: de modo general, hay que contar con el Reglamento Bruselas I o RB I (Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de inminente sustitución por el Reglamento Bruselas I bis o RB I bis (Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012); y con el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo o RTEE (Reglamento 805/2004, de 21 de abril de 2004). Para materias más específicas, los textos normativos aprobados son, por el momento, el Reglamento Bruselas II bis o RB II bis (Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; el Reglamento Bruselas III o RB III (Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de alimentos; el Reglamento sucesorio europeo o RS (Reglamento 650/2012 de 4 de julio 2012), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; y el Reglamento 606/2013, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (que complementa las previsiones de la Directiva 2011/99, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece la orden europea protección en el ámbito penal).

b) En materia de *cooperación judicial internacional stricto sensu*, existen dos textos normativos que se corresponden a su vez con los dos ámbitos en los que tradicionalmente se manifiesta aquélla: el Reglamento sobre obtención de prueba (Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil); y el Reglamento sobre notificaciones (Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil).

c) Bajo la rúbrica de «**acceso a la justicia**» puede darse encaje, a su vez, a otros instrumentos: la Directiva 2002/8, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios; la Directiva 2008/52, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; la Directiva 2013/11, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (ADR); y el Reglamento 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (ODR).

d) La categoría de «**instrumentos para la protección del crédito transfronterizo**» permite agrupar, además del antes mencionado Reglamento sobre el título ejecutivo europeo, a otros cuatro Reglamentos: el Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; el Reglamento 1896/2006, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (RPME); el Reglamento 861/2007, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (RPEEC); y el recentísimo Reglamento 655/2014, de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.

e) Finalmente, en el ámbito más específico de la *tutela colectiva*, ha de tenerse en cuenta la Directiva 2009/22, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión; y, sobre todo, la Directiva sobre acciones de indemnización por infracciones a las normas de competencia, ya aprobada pero no publicada aún en el DOUE en el momento de cierre de este trabajo.

³ Los ejemplos más notorios y recientes son la Directiva sobre ADR y el Reglamento sobre ODR en litigios de consumo, que el legislador europeo ha vinculado al ejercicio de sus competencias en materia de mercado interior (art. 26 TFUE) y defensa de los consumidores (art. 38 CDFUE y art. 169 TFUE), obviando el art. 81 TFUE –como forma de evitar la limitación de la regulación a los supuestos transfronterizos.

guardan relación directa con derechos humanos o derechos fundamentales, en el sentido en que los reconocen el TEDH, la CDFUE o las constituciones nacionales (v.g., el derecho de propiedad o el derecho a la privacidad *lato sensu*). Ahora bien, en tanto que normas procesales, son herramientas para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o, si se prefiere una expresión más genérica, del derecho a un juicio justo o a un proceso con todas las garantías (*fair trial* o *due process of law*, si se opta por la terminología inglesa). Desde ambas perspectivas, pues, se comprueba cómo Derecho Procesal Civil Europeo y derechos fundamentales van unidos, de modo que la aplicación de estas normas puede dar ocasión a pretendidas vulneraciones de aquéllos.

6. El control del respeto a los derechos fundamentales por las normas que conforman el Derecho Procesal Civil Europeo corresponde, en primer término, al TJUE, por la vía de la acción de anulación prevista en el art. 263 TFUE; en efecto, la vulneración por una directiva o un reglamento de alguno de los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE ha de considerarse, a estos efectos, una violación del Derecho europeo originario. Un buen ejemplo lo ha ofrecido la reciente sentencia de 8 de abril de 2014, por la que el TJUE ha anulado la Directiva 2006/24, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, por considerarla contraria a los derechos fundamentales a la privacidad y a la protección de datos tal y como figuran reconocidos en la CDFUE⁴.

7. El TJUE también puede examinar la conformidad del Derecho Procesal Civil Europeo con los derechos fundamentales por la vía de la cuestión prejudicial, que es la herramienta a través de la que se articula de forma ordinaria el diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales. Dada la amplitud con la que se expresa el art. 267 b) TFUE⁵, puede tener cabida que un órgano judicial nacional cuestione a través de esta vía la validez de un precepto europeo por considerarlo lesivo de algún derecho fundamental. De hecho, así se hizo en el asunto *Trade Agency Ltd.*, resuelto por la STJUE de 6 de septiembre de 2012⁶, en el que, entre otros extremos, se cuestionaba si resulta compatible con el art. 47 CDFUE (derecho a la tutela judicial efectiva) la resolución dictada en rebeldía de forma «automática», es decir, aquella mediante la que se dirime un litigio en perjuicio del demandado rebelde a resultas de su incomparecencia, sin examinar el objeto de la demanda ni sus fundamentos, y sin exponer tampoco ningún argumento sobre su fundamentación en cuanto al fondo. Debe notarse, por lo demás, que la resolución de cuestiones prejudiciales por el Tribunal de Justicia desde hace ya más de cuatro décadas⁷ ha servido para crear un cuerpo de jurisprudencia sobre las normas que integran el Derecho Procesal Civil Europeo y al que se reconoce un valor análogo al de los propios textos legales.

8. En ambos supuestos, sin embargo, la actuación del TJUE nos coloca ante un control abstracto de «constitucionalidad», que se proyecta sobre preceptos legales, pero no sobre la concreta aplicación

⁴ STJUE de 8 de abril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd.*, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 (no publicada aún).

⁵ Recuérdese: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión».

⁶ STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*, C-619/10 (no publicada aún). No se trata, en todo caso, del único ejemplo. El análisis de la CDFUE también se efectúa en el auto del TJUE recaído en el asunto *GREP*, en el que se cuestionaba la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de los límites a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de impugnación de la resolución que concede el exequátur en virtud del RB I (ATJUE de 13 de junio de 2012, *GREP GmbH c. Freistaat Bayern*, C-156/12, aún no publicada). El entronque del RB II bis con la CDFUE también fue objeto de análisis en la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Aguirre Zárraga c. Pelz*, C-491/10 PPU, Rec. 2010 I-14247. En la STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypoteční banka c. Lindner*, C-327/10, Rec. 2011 I-11543, se analizó la compatibilidad con el derecho de defensa del art. 47 CDFUE de la posibilidad de aplicar los fueros de competencia del RB I a demandados cuyo domicilio resulta desconocido; este problema volvió a plantearse en la STJUE de 15 de marzo de 2012, *G c. Cornelius de Visser*, C-292/10 (no publicada aún). Está asimismo pendiente de resolución la cuestión suscitada en el asunto C-112/13, formulada por el *Oberster Gerichtshof* austriaco, en relación con la compatibilidad del art. 47 CDFUE con las reglas de sumisión tácita del RB I, cuando quien la efectúa es el representante judicial designado al demandado que se encuentra en paradero desconocido.

⁷ En el ámbito que nos interesa ahora comenzó con el Protocolo de 3 de junio de 1971 relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

que de dichos preceptos hayan podido realizar las autoridades judiciales nacionales –sin perjuicio, claro está, de que un tribunal nacional decida formular la cuestión prejudicial precisamente porque albergue dudas acerca de la «constitucionalidad» de un precepto procesal civil europeo, cuya concreta aplicación por un tribunal inferior debe revisarse en vía de recurso.

9. Ahora bien, el TJUE no ostenta el monopolio a la hora de comprobar si las normas procesales europeas resultan o no conformes con los derechos fundamentales. Y es que el TEDH también puede enjuiciar la «constitucionalidad» de las normas procesales civiles europeas desde el ángulo diverso –pero en cierta medida complementario– de la aplicación de las normas procesales civiles europeas en casos concretos. En efecto, resulta posible que un justiciable demande ante el TEDH a un Estado signatario del CEDH, argumentando que dicho Estado –a través de sus tribunales– ha lesionado alguno de los derechos reconocidos en el Convenio al aplicar una norma procesal civil europea, sea porque la norma es en sí misma lesiva de algún derecho fundamental, sea porque se ha aplicado de modo incompatible con los derechos y garantías establecidos en el CEDH (esta segunda dimensión, en sí misma, no tiene por qué ser siempre problemática, pues no refleja un déficit de la norma en cuanto tal, sino del aplicador; no obstante, puede ser relevante si la norma podría dar cabida a varias interpretaciones, alguna de ellas no compatible con los derechos fundamentales).

10. El enjuiciamiento por parte del TEDH de la conformidad con el CEDH de normas procesales civiles europeas se ha esbozado recientemente en dos ocasiones: con cierta claridad, en la decisión de 18 de junio de 2013 en el asunto *Povse c. Austria*⁸; y, en menor medida, en la sentencia de 25 de febrero de 2014 recaída en el asunto *Avotiņš c. Letonia*⁹. En ambos casos el foco ha recaído sobre uno de los elementos básicos del Derecho Procesal Civil Europeo, como es el sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras –*rectius*, los diversos sistemas dispuestos a tal fin, dada la ausencia de homogeneidad en este punto en los textos normativos europeos–; en la segunda de ellas, además, se aborda tangencialmente la cuestión de las notificaciones transfronterizas, en la medida en que su práctica defectuosa puede comportar a la postre una causa de denegación del exequátur. El análisis de ambas resoluciones –muy especialmente el de la primera– reviste gran interés, pues en ellas se sientan las bases sobre las que el TEDH parece haber decidido «hacer comparecer» ante él al Derecho Proceso Civil Europeo y, por ende, al legislador procesal europeo.

II. El canon habitual de control del TEDH respecto de la legislación europea: la «presunción de cumplimiento». La aplicación de la doctrina *Bosphorus* al ámbito del Derecho Procesal Civil Europeo en la decisión *Povse c. Austria*

11. La decisión dictada el 18 de junio de 2013 en el asunto *Povse c. Austria* ha sido una de las primeras ocasiones en que, de forma directa, el TEDH se ha visto en la tesitura de analizar la compatibilidad con el CEDH de una norma procesal europea, en concreto lo dispuesto en el Reglamento Bruselas II bis (RB II bis) respecto de la ejecución de la resolución por la que se ordena el retorno de un menor que ha sido objeto de una sustracción internacional: en el caso en cuestión, se trataba de ejecutar en Austria una resolución italiana por la que se ordenaba el retorno a Italia –y con su padre– de una niña de siete años que había sido trasladada por su madre a Austria de forma ilícita.

12. Como suele suceder en asuntos de esta índole, el litigio entre los progenitores de la menor sustraída es feroz, los detalles fácticos son al mismo tiempo tristes y tenebrosos y el «factor emocional» es igualmente muy superior al estándar habitual propio de la litigación transfronteriza en asuntos estrictamente patrimoniales o comerciales. También se produce una concurrencia de procedimientos judiciales relativos a la custodia en el país al que la menor es trasladada por su padre (Austria en este

⁸ Asunto 3890/11.

⁹ Asunto 17502/07.

caso) y en el país en que residía habitualmente antes de su traslado (Italia, país del que es nacional el padre), con resoluciones favorables en cada uno de ellos al progenitor de su nacionalidad y, por ello, contradictorias entre sí.

13. Lo relevante de la decisión *Povse c. Austria* radica en que la normativa cuya aplicación motiva la queja ante el TEDH es, casi por primera vez¹⁰, el RB II bis y no exclusivamente el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (CLH) –sobre este cuerpo normativo el TEDH ya había tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad en varias ocasiones¹¹–. El Derecho Procesal Civil Europeo se coloca así bajo el prisma del TEDH, llamado a resolver una reclamación habitual: hasta qué punto el traslado de un menor de un país a otro, y/o de un progenitor a otro, comporta lesión del derecho a la vida familiar en los términos en que lo regula el art. 8 CEDH.

1. El sistema del Reglamento Bruselas II bis: la supresión del exequátur y del control de orden público en el Estado de ejecución como origen del problema

14. El RB II bis aborda, entre muchos otros extremos, la reacción legislativa europea al problema de la sustracción internacional de menores¹². Y lo hace tomando como punto de partida la aplicación por todos los Estados miembros de las disposiciones del CLH, a las que trata de dotarse aún de mayor eficacia y contundencia con una serie de normas específicas cuando los Estados implicados pertenecen a la UE¹³. Este «refuerzo» que se añade a las disposiciones del CLH –y que es el que origina la demanda ante el TEDH en el caso *Povse*– se articula sobre dos reglas básicas, que de forma sintética pueden reconducirse a lo siguiente:

- La atribución de competencia exclusiva para decidir sobre la sustracción –y ordenar en su caso el retorno del menor– a los tribunales del Estado en que éste tenía su residencia habitual antes del momento de su traslado (art. 10 RB II bis). Esta competencia sólo se pierde si se da alguna de las circunstancias establecidas en el propio artículo, que denotan de algún modo la aquiescencia del otro progenitor con la situación.
- La primacía de la orden de retorno expedida por ese tribunal frente a una eventual decisión de no retorno adoptada en el Estado al que el menor fue trasladado, (aunque haya sido) adoptada sobre la base del art. 13 b) CLH.

15. Debe recordarse, en efecto, que en virtud del art. 13 b) CLH las autoridades del Estado al que el menor ha sido trasladado ilícitamente pueden negarse legítimamente a ordenar el retorno de aquél si aprecian que «existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico

¹⁰ Con carácter previo al asunto *Povse c. Austria* el sistema del RB II bis –y con él, por supuesto, una norma de las que integran el Derecho Procesal Civil Europeo– ya había sido objeto de tratamiento por el TEDH en el asunto *Sneerson y Kampanella c. Italia* (sentencia de 12 de julio de 2011, asunto 14737/09). Sin embargo, lo cierto es que en ese caso lo sometido a enjuiciamiento no fueron a título directo las especialidades que comporta el RB II bis en esta materia, sino el modo en que el CLH permite la tutela del interés del menor.

¹¹ Para hacerse una idea cabal del *status quaestionis* de la jurisprudencia del TEDH en este punto, cfr. las sentencias recaídas recientemente en los asuntos *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, de 6 de julio de 2010, asunto 41615/07 (retorno a Israel), *B. c. Bélgica*, de 10 de julio de 2012, asunto 4320/11 (retorno a Estados Unidos) y *X c. Letonia* (Gran Sala), de 26 de noviembre de 2013, asunto 27853/09 (retorno a Australia).

¹² Cfr., por todos, R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008; C. ARANGÜENA FANEGO, “Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, en A. DE LA OLIVA SANTOS (dir.) y F. GASCÓN INCHAUSTI (coord.), *Derecho Procesal Civil Europeo. Volumen I. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 505-526.

¹³ El CLH sigue siendo así la norma de base para resolver los conflictos que suscita la sustracción internacional de menores, incluso entre Estados miembros de la UE: ahora bien, sus normas quedan desplazadas o completadas por lo dispuesto en el RB II bis sobre esta materia, que debe recibir aplicación preferente [art. 60 e) RB II bis].

o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable»¹⁴. Sin embargo, si el tribunal del Estado en que el menor tenía su residencia antes de la sustracción, competente en virtud del art. 10 RB II bis, dicta una resolución ordenando el retorno del menor y se cumplen las condiciones establecidas en el art. 42 RB II bis, dicha resolución tendrá fuerza ejecutiva inmediata en el Estado al que el menor haya sido trasladado aunque sus autoridades, previamente, se hubieran negado a ello al amparo del art. 13 b) CLH (art. 11.8 RB II bis).

16. El RB II bis evita así el callejón sin salida –más frecuente en la práctica de lo que sería deseable– a que podría conducir la eficacia contradictoria de resoluciones opuestas dictadas por tribunales de los dos Estados concernidos, y lo hace otorgando primacía a aquella que se dictó en el Estado de residencia del menor previa al traslado. A tal fin, el tribunal de origen que ordenó el retorno deberá expedir un certificado especial, que acredita su fuerza ejecutiva, similar al certificado de título ejecutivo europeo o al previsto en el art. 53 del nuevo Reglamento Bruselas I bis. Los requisitos para poder certificar como título ejecutivo su propia decisión, establecidos en el art. 42.2, son tres: a) se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; b) se ha dado a las partes posibilidad de audiencia; c) al tomar la decisión en la que ordena el retorno, el tribunal tiene que haber tenido en cuenta los argumentos y los elementos probatorios en que se fundó la decisión de no retorno emitida al amparo del art. 13 CLH en el Estado al que fue trasladado el menor.

17. Se comprueba, pues, que para el RB II bis la competencia para determinar las consecuencias sobre el menor de su retorno o su permanencia corresponde en último término al Estado de su residencia previa al traslado, pues su decisión será la que finalmente se ejecute, a pesar de las eventuales «resistencias» que planteen las autoridades del Estado al que fue trasladado. Se comprueba, asimismo, que se trata de un sistema de ejecución sin exequátur previo: la resolución que ordena el retorno de un menor en los términos del art. 42 RB II bis es eficaz sin más en el Estado al que el menor ha sido desplazado y debe ser ejecutada por las autoridades de dicho Estado sin necesidad de obtener una previa declaración de ejecutividad. Nos hallamos, de hecho, ante la primera manifestación de supresión del exequátur en la Unión Europea, previa incluso a su «oficialización» en 2004 con el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo. Y debe resaltarse que la supresión del exequátur que opera el RB II bis para las decisiones en materia de retorno –también en materia de visita– es total, en el sentido de que no permite siquiera un control de orden público en el Estado de ejecución, que diera cabida –aunque fuera de manera excepcional– a la denegación de la ejecución en casos de grave lesión a valores fundamentales de su ordenamiento jurídico.

18. La aplicación de este mecanismo de ejecución directa sin exequátur de la orden de retorno fue la que determinó el planteamiento del caso al TEDH, con la singularidad de que el proceso para llegar a esta situación fue especialmente tortuoso: empezó en febrero de 2008 e incluyó en 2010 una sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial formulada por el *Oberster Gerichtshof* austriaco¹⁵. Los tribunales italianos dictaron una resolución en la que ordenaron el retorno de la menor a Italia, que fue certificada como ejecutiva al amparo del art. 42.2 RB II bis y cuya ejecución fue instada por el padre ante los tribunales austriacos. Tras varios «rodeos», los tribunales austriacos acordaron lo necesario para que la decisión pudiera ser ejecutada, rechazando su competencia para negarse a ello atendiendo a los perjuicios que podría causar a la menor y a su madre. Éste es, de hecho, el objeto de la demanda ante el TEDH formulada contra Austria: la lesión del derecho al respeto de la vida familiar de madre e hija, derivado de un «cumplimiento ciego» por los tribunales austriacos de la decisión italiana, sin tener en cuenta que el retorno de la hija a Italia constituiría un serio peligro para su bienestar y conduciría a una separación permanente entre madre e hija. En otros términos, el origen

¹⁴ Sobre la interpretación de este precepto, cfr. P. BEAUMONT – P. McELEVAY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, pp. 135-176.

¹⁵ STJUE de 1 de julio de 2010, *Povse c. Alpaço*, C-211/10 PPU, Rec. 2010 I-06673.

del problema se encuentra en el sistema de supresión del exequátur y de ejecución directa sin control de orden público que establece el RB II bis.

19. Por eso, el argumento básico del gobierno austriaco para defenderse de la demanda consistió en sostener que sus autoridades se habían limitado a cumplir con las obligaciones derivadas del RB II bis y que, de conformidad con las disposiciones de éste, no estaban facultadas para rechazar la ejecución de la decisión de retorno ni para pronunciarse sobre sus posibles consecuencias negativas sobre la menor¹⁶. La decisión del Tribunal, por mayoría, acepta tanto el enfoque como el razonamiento y declara que la demanda no resulta admisible. Existe, a juicio del Tribunal, una presunción de que cuando un Estado se limita a cumplir con sus obligaciones como miembro de una organización internacional (en este caso las derivadas de la pertenencia a la UE y la vigencia del RB II bis), está cumpliendo también con el CEDH si la organización internacional ofrece una protección de los derechos fundamentales equivalente a la que se deriva del propio Convenio Europeo (como sucede con la Unión Europea). En otros términos, y como se desarrollará seguidamente, se aplica la llamada «doctrina *Bosphorus*» al análisis de la compatibilidad con el CEDH de la aplicación del RB II bis.

20. Más allá de las singularidades del caso concreto, el argumentario ofrecido por el TEDH en la decisión recaída en *Povse c. Austria* debe servir de base para reflexionar acerca del posible control que puede ejercer el TEDH sobre las normas que integran el *corpus* del Derecho Procesal Civil Europeo y sobre su aplicación por los tribunales nacionales. Para ello, es conveniente desarrollar el razonamiento hasta en tres niveles:

- En primer término, el marco general en el que se desenvuelve el control que el TEDH desarrolla sobre la aplicación de normas aprobadas por otras organizaciones internacionales y, de forma singular, sobre las normas del Derecho derivado de la UE, pues en esto la decisión en *Povse c. Austria* no es pionera.
- En segundo lugar, las novedades que, sobre este marco general, se pueden deducir de la decisión en *Povse c. Austria*, pues se trata de la primera vez que ese enfoque de control se proyecta sobre una norma procesal civil europea¹⁷. Este análisis, en las páginas que siguen, se formulará conjuntamente con el anterior.
- Finalmente, las posibilidades de traslación del esquema resultante, de modo general, a todo el conjunto de normas procesales civiles europeas, es decir, más allá de lo dispuesto en los arts. 11.8 y 42.2 RB II bis. De forma más específica, resulta razonable analizar la eventual relevancia «constitucional» –es decir, desde la óptica de la tutela de los derechos fundamentales– de la supresión del exequátur y de la cláusula de orden público en el Estado de ejecución que se operó con el RB II bis y que han seguido otros textos legales europeos.

2. El control por parte del TEDH sobre actuaciones desarrolladas en cumplimiento de obligaciones derivadas de la pertenencia de los Estados a organizaciones internacionales: la «doctrina *Bosphorus*» y la presunción de cumplimiento

21. Como ya se ha apuntado, la defensa del gobierno austriaco y la argumentación del TEDH no discurren por la vía de analizar hasta qué punto pudo resultar contraria al CEDH la falta de conside-

¹⁶ Late así, tanto bajo las alegaciones de las demandantes, como bajo las defensas del gobierno austriaco, la misma apreciación de que, si hubiera sido posible, se habría aplicado a este caso una “excepción de orden público” y se habría rechazado la ejecución de la orden de retorno emitida por los tribunales italianos. Y se explica justamente por consideraciones de esta índole la voluntad explícita del legislador europeo de suprimir el exequátur de forma verdaderamente completa –a diferencia de como lo ha hecho, v.g., en el Reglamento Bruselas I bis–; cfr. en este sentido H. MUIR-WATT, “Muir-Watt on Abolition of Exequatur and Human Rights”, *Conflict of Laws .net*, 5 de octubre de 2013, <http://conflictoflaws.net/2013/muir-watt-on-povse/>

¹⁷ Ésta es, de hecho, la gran diferencia entre la decisión del TEDH en el caso *Povse* y la que previamente había dictado en el asunto *Sneersone y Campanella*, donde el enjuiciamiento sobre el RB II bis, en la reducida medida en que se produjo, se abordó desde parámetros distintos.

ración hacia las supuestas consecuencias nefastas que tendría para la menor la ejecución de la orden de retorno emitida por las autoridades italianas: no llega a efectuar, pues, un genuino análisis material. De forma diversa, el enfoque del caso se reconduce al análisis previo de las posibilidades de actuación del Estado demandado, es decir, a la cuestión de si podrían sus autoridades haber hecho cosa distinta de la que hicieron. Ya se ha apuntado antes que, por razón del ámbito material de aplicación del CEDH, es lógico que se pueda plantear la hipótesis de que un Estado lesione alguno de los derechos fundamentales protegidos con ocasión de una actuación llevada a cabo en cumplimiento de una obligación derivada de su pertenencia a una organización internacional. De hecho, no será extraño que esa organización internacional sea la Unión Europea, dado el amplio espacio geográfico compartido y dado también lo extenso de las competencias de la Unión. Cuando las autoridades de un Estado actúan dando cumplimiento a una norma de origen supranacional, procedente de una organización como la Unión Europea, no han sido autónomas a la hora de determinar su proceder, razón por la cual pueden sostener, si son demandadas ante el TEDH, que la eventual lesión provocada al derecho fundamental no les resulta imputable a ellos –si se admite la licencia, de forma análoga a la previsión de exención de responsabilidad penal contenida en los Códigos penales consistente en la actuación en cumplimiento de un deber.

22. El razonamiento es sencillo: no puede imputarse a quien ejecuta una orden de retorno supuestamente lesiva de un derecho fundamental lesión alguna a ese mencionado derecho fundamental si la normativa que esa autoridad estaba obligada a aplicar, emanada de una organización internacional, le impedía en términos absolutos tener en cuenta esa eventual lesión, dado que no existe cláusula de orden público¹⁸ que permita denegar la ejecución.

23. La cuestión no surge por primera vez en *Povse c. Austria*. El *leading case* del TEDH en este punto, cuando se trata de normas emanadas de la Unión Europea, es la sentencia dictada por la Gran Sala en el asunto *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* de 30 de junio de 2005¹⁹ (con ocasión de la tutela del derecho a la propiedad y la aplicación del Reglamento 990/93, que prevé sanciones por ciertas operaciones comerciales con la antigua Yugoslavia); y se ha mantenido en los asuntos *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* de 21 de enero de 2011²⁰ (con ocasión de la aplicación del Reglamento Dublín II en materia de asilo) y *Michaud c. Francia* de 6 de diciembre de 2012²¹ (con ocasión de la aplicación de la normativa sobre blanqueo de capitales y la obligación de los abogados de notificar las operaciones sospechosas de sus clientes). Lo que varía en *Povse c. Austria* es el derecho fundamental invocado, pues en esta ocasión se trata del derecho a la vida privada y familiar, que habría sido lesionado por la aplicación del RB II bis.

24. Que el TEDH pueda controlar y, en su caso, censurar estas actuaciones puede verse, obviamente, como la manifestación de un choque entre organizaciones internacionales (el Consejo de Europa y la Unión Europea, por ejemplo), así como una inmisión por parte del Tribunal en el modo en que los Estados se relacionan y cooperan entre sí. En este sentido, no pueden ignorarse las complejas negociaciones a que está dando lugar la adhesión de la Unión Europea al CEDH, prevista tras el Tratado de Lisboa en el propio TUE. Pero si se analiza con frialdad, no se puede evitar llegar a la conclusión de que entra en los parámetros de la normalidad, dada la naturaleza de las obligaciones que comporta para los Estados ser parte del CEDH y aceptar la jurisdicción del TEDH, como éste se encarga constantemente de recordar.

25. Eso sí, el TEDH es claramente consciente de las dificultades metajurídicas que pueden asociarse a su actividad y, de hecho, cabe sospechar que busca la forma de aligerar su cumplimiento, para

¹⁸ Y ello, por supuesto, dando por sentado que se puede considerar que la lesión del superior interés del menor comporta una lesión al orden público.

¹⁹ Asunto 45036/98. Cfr., por todos, R. ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, cit., pp. 78-86.

²⁰ Asunto 30696/09.

²¹ Asunto 12323/11. Para un análisis más minucioso de esta resolución cfr. nuevamente R. ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, cit., pp. 87-103.

tratar de establecer un adecuado equilibrio entre control y respeto a la actividad de otras organizaciones internacionales (el Tribunal ha hablado, de hecho, de que «the Court may, in the interests of international cooperation, reduce the intensity of its supervisory role»²²). Para ello, en la sentencia *Bosphorus* primero y, después, en los asuntos *M.S.S.* y *Michaud*, el Tribunal estableció la fórmula de la «presunción de cumplimiento» o de «respeto» a los derechos fundamentales sobre los actos desarrollados por los Estados en cumplimiento estricto de obligaciones internacionales derivadas de su pertenencia a organizaciones internacionales que ofrecen un nivel de respeto a los derechos fundamentales equivalente al del CEDH. La aplicación de esta presunción no sólo se mantiene en *Povse c. Austria*²³, sino que se traslada por primera vez al ámbito de lo procesal y, en términos coloquiales, pretende ser la fórmula de compromiso para «controlar (a los Estados) sin molestar demasiado (a la Unión Europea)»²⁴.

26. Conviene detenerse, por ello, en el modo en que se ha diseñado esta solución de compromiso. Y, ya que el TEDH utiliza de forma expresa el término «presunción», analicémosla como tal: toda presunción puede definirse como una operación lógico-deductiva que comporta la fijación de un hecho como cierto, sobre la base de la concurrencia de uno o de varios indicios previamente acreditados, debido a que, con arreglo a la lógica y a la experiencia, existe un enlace preciso y directo entre los indicios y el hecho presunto²⁵; y, por supuesto, en tanto que presunción, puede ser refutada mediante prueba en contrario. ¿Cuáles serían, en el caso que nos ocupa, los indicios y el hecho presunto?

27. El «hecho» presunto resulta fácil de definir: el Estado demandado no ha infringido el CEDH. Aunque en puridad no se trate de un genuino hecho, sino de un juicio jurídico, esto es lo que el TEDH trata de determinar aplicando la presunción de cumplimiento.

28. El indicio, *grosso modo*, consistiría en que la organización internacional respeta los derechos fundamentales de forma equivalente o comparable a como lo hace el propio CEDH. Si esto es así –parece razonar el TEDH– resulta conforme con la lógica y la experiencia deducir que un acto llevado a cabo en ejecución de obligaciones derivadas de esa organización será también conforme con las exigencias de protección de los derechos fundamentales que se derivan del CEDH. Se trata, sin embargo, de una afirmación demasiado genérica e imprecisa, y la lectura de la jurisprudencia del TEDH pone de manifiesto cómo para el propio Tribunal la presunción sólo se encuentra realmente justificada si, en concreto, la mencionada afirmación se desglosa en una serie de indicios más concretos que deben concurrir de forma simultánea: 1) que la organización internacional en cuestión es respetuosa con los derechos fundamentales; 2) que la norma emanada de esa organización internacional es también respetuosa de los derechos fundamentales; 3) que las autoridades del Estado afectado, al aplicar dicha norma, han sido también ellos respetuosos de los derechos fundamentales. Veámoslo con un poco más de detenimiento.

A) La UE como organización respetuosa de los derechos fundamentales

29. Es necesario verificar, en primer término, que la organización internacional, en cuanto tal, es respetuosa con los derechos fundamentales de forma equivalente a como éstos vienen definidos en el CEDH. Que una organización internacional sea respetuosa supone, por supuesto, un compromiso con los derechos fundamentales deducible de su estructura interna y de su *status* fundacional; pero también ha de significar que su actividad lo es y, más en concreto, que lo son las normas y reglas que aprueba y que obligan a los Estados miembros. El TEDH señala, en todo caso, que la protección de los derechos

²² Lo hizo en la sentencia *Michaud* (§ 104).

²³ Cfr. M. REQUEJO ISIDRO, “Requejo on Povse”, *Conflict of Laws .net*, 5 de octubre de 2013, <http://conflictoflaws.net/2013/requejo-on-povse/>

²⁴ Incide en esta perspectiva de la doctrina *Bosphorus* R. ARENAS GARCÍA, “Povse v. Austria: Taking Direct Effect Seriously?”, *Conflict of Laws .net*, 7 de octubre de 2013, <http://conflictoflaws.net/2013/povse-v-austria-taking-direct-effect-seriously/>

²⁵ Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho Procesal Civil II* (con I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 197.

fundamentales ha de producirse en un doble plano: el reconocimiento de garantías sustantivas y la existencia de mecanismos internos que permitan controlar su observancia.

30. En el caso de la UE, este primer nivel es reconocido sin dificultades por el TEDH, por razones en las que ahora mismo no me parece que resulte preciso extenderse²⁶. En especial, como se ha señalado antes, debe subrayarse el papel que juega en este punto el TJUE, pues está facultado para anular las normas aprobadas por las instituciones europeas que resultaran lesivas de derechos fundamentales, así como los actos de las propias instituciones que igualmente fueran lesivos de derechos fundamentales; y también es relevante el papel que desempeña controlando o determinando la aplicación que hacen los Estados miembros de las normas europeas, a través de la cuestión prejudicial, que, desde el ángulo que ahora nos interesa, sirve para «descargar» a los órganos judiciales nacionales de una eventual «responsabilidad» *ex* CEDH por la aplicación de normas potencialmente lesivas de los derechos fundamentales.

B) Las normas de la UE como normas respetuosas de los derechos fundamentales

31. Asimismo, debería ser necesario verificar si, además de la organización internacional en sí misma considerada, también resulta respetuosa con los derechos fundamentales la concreta norma aprobada por aquélla y que los Estados tienen la obligación de cumplir. Se trata, pues, de pasar, desde una constatación generalizada de respeto a los derechos fundamentales, a la verificación de que una concreta norma no se ha apartado de esa regla general.

32. Esto es algo que el Tribunal no ha enunciado de forma general en sus decisiones, pero que sí ha hecho en ellas, de modo que debe sumarse a la lista de indicios de necesario control para poder aplicar la presunción de cumplimiento. En concreto, en *Povse c. Austria*, el TEDH lleva a cabo esta verificación, aunque de forma muy difusa, en el § 80, cuando comprueba que el RB II bis dispone de mecanismos suficientes para verificar que se han tenido en cuenta los posibles riesgos para el menor a la hora de ordenar su retorno: éste es el aspecto que, en lo que al caso atañe, podría comportar lesión al derecho del menor a su vida familiar. Recordemos que el TEDH insiste en la necesaria existencia de un doble nivel, el de la garantía sustantiva y el de los mecanismos de control.

33. (i) En cuanto al primero, parece obvio que el TEDH no verifica la legitimidad del sistema de retorno establecido por el RB II bis desde una óptica sustantiva: en otros términos, no comprueba si es conforme al art. 8 CEDH –o a la noción equivalente de «respeto a la vida privada y familiar» reconocida por la UE– la regla que, comprobada la ilicitud del traslado, justifica el retorno forzoso y sin excepciones del menor al Estado en que tenía su residencia antes de ese traslado. Por eso mismo, el TEDH tampoco comprueba si en el caso concreto –es decir, para la niña Sofia Povse– el traslado de Austria a Italia ordenado por el tribunal de Venecia sería lesivo de ese derecho. Es más, cabe entender que no podría hacerlo sin excederse de sus competencias, salvo que resultara patente la arbitrariedad de la orden de retorno.

34. (ii) Ahora bien, lo que el TEDH sí examina es de qué manera se asegura por el RB II bis que la decisión ordenando el retorno de la menor se tome tras verificar sus repercusiones sobre la vida familiar y privada de la menor, es decir, sobre sus derechos fundamentales; existe, pues un control sobre la existencia de mecanismos internos que permiten asegurar el respeto a los derechos fundamentales, aunque ese control se efectúe en el Estado de origen y no pueda efectuarse en el Estado requerido. En

²⁶ Aunque en la sentencia *Bosphorus* y en las demás mencionadas hasta ahora el TEDH haya aplicado la presunción de cumplimiento en relación con la Unión Europea, también la ha utilizado en otros ámbitos y para otros propósitos: así, a modo de ejemplo, la ha aplicado a la ejecución de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en los asuntos *Nada c. Suiza* (sentencia de la Gran Sala 12 de septiembre de 2012, asunto 10593/08) y *Al-Dulimi y Montana Management Inc. c. Suiza* (sentencia de 26 de noviembre de 2013, asunto 5809/08). En *Gasparini c. Italia y Bélgica* (decisión de 12 de mayo de 2009, asunto 10750/03) acudió a ella respecto del sistema interno de resolución de controversias dentro de la OTAN. Y en *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido* (sentencia 2 de marzo de 2010, asunto 61498/08), se aplicó en relación con el cumplimiento de un convenio bilateral de extradición.

esta medida, pues, cabe decir que el TEDH sí que somete a escrutinio que el RB II bis resulta respetuoso con los derechos fundamentales. Y, al menos en este punto, llega a una conclusión afirmativa. La decisión legislativa –tomada por la Unión Europea al aprobar el RB II bis– de ubicar esos controles de forma exclusiva en el tribunal de origen tampoco podría ser en modo alguno considerada lesiva del derecho a la vida privada y familiar, pues se encuentra justificada por la necesidad de combatir eficazmente la sustracción internacional de menores en el entorno de la UE. Más aún, en puridad tampoco podría decirse que reside de forma exclusiva en el Estado de origen, dado que las autoridades de éste deben tener en cuenta los argumentos y pruebas eventualmente manejados en el Estado requerido cuando éste dictó una orden de no retorno al amparo del art. 13 b) CLH, de modo que no se determina la irrelevancia absoluta de lo actuado en el Estado requerido.

C) La aplicación de las normas por las autoridades nacionales

35. En ciertos supuestos y bajo ciertas condiciones no basta con lo anterior, de modo que el cuadro de indicios no estaría completo –y tampoco estaría justificada la construcción de la presunción– si el TEDH no pudiera verificar el modo en que las autoridades del Estado han aplicado la norma de origen supranacional, es decir, el modo en que han cumplido con la obligación derivada de la pertenencia a la organización internacional. En este punto, el TEDH se siente facultado para controlar dos extremos distintos:

a) El margen de discrecionalidad

36. En primer término, al TEDH le resulta relevante determinar si la norma ofrece margen de discrecionalidad a la autoridad nacional, pues entonces se considera facultado para controlar el modo en que se han ejercido los poderes conferidos, dado que puede resultar en sí mismo lesivo de derechos fundamentales. En *Povse c. Austria*, sin embargo, el TEDH llega a la conclusión de que los arts. 11.8 y 42.2 RB II bis no otorgaban margen alguno de discreción a los tribunales austriacos requeridos para ejecutar la decisión del tribunal veneciano, dado que el sistema del Reglamento en este punto sólo permite determinar conforme a la legislación del Estado requerido el mejor modo de dar cumplimiento a la orden, pero no le faculta para decretar ninguna decisión que pueda impedir la o suspenderla, aunque supuestamente tuviera la finalidad de salvaguardar derechos fundamentales.

b) ¿El previo planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE?

37. Aunque la norma supranacional que había de aplicarse no ofrezca un margen de discrecionalidad, el TEDH es consciente de que en ocasiones puede plantear dudas interpretativas, de modo que alguna de las posibilidades abiertas permita a la autoridad nacional adoptar una posición más «activa» para la protección de un derecho fundamental. En estos casos, para el TEDH es relevante si la autoridad nacional ha hecho uso de las herramientas adecuadas para resolver las dudas; en el caso del Derecho de la UE, como puede intuirse, una de esas herramientas –aunque no la única– consiste en comprobar si se planteó cuestión prejudicial al TJUE. En la decisión *Michaud c. Francia* éste fue, de hecho, uno de los reproches formulados por el TEDH al Estado francés.

38. En el caso *Povse c. Austria*, en cambio, se había formulado petición de cuestión prejudicial por el *Oberster Gerichtshof* y los términos en que la cuestión se había planteado ponen de manifiesto la voluntad del alto tribunal austriaco de buscar la manera de evitar el retorno de la menor o de que pudieran de algún modo tenerse en cuenta los riesgos para la menor de ese traslado. El TEDH valora positivamente este agotamiento de las posibilidades (§ 81), pues le sirve para reforzar la apreciación de que, tras la sentencia prejudicial del TJUE, los tribunales austríacos carecían ya con toda certeza de margen de discrecionalidad. No es ésta una carga o un elemento necesario para superar el test de la presunción de cumplimiento, como el propio TEDH reconoció en *Michaud* (§ 115): no se trata de que los tribunales deban acudir de forma protocolaria o rutinaria a la cuestión prejudicial para evitar después un

potencial reproche del TEDH... No lo es, desde luego, cuando el tema ya ha sido objeto de pronunciamiento expreso por el propio TJUE con ocasión de un procedimiento anterior. Ahora bien, en todo caso, el pronunciamiento del TJUE es algo que el TEDH valora positivamente.

39. Vistas así las cosas, se aprecia cómo en este punto el TEDH da muestra positiva de confianza y de voluntad de cooperación con el TJUE. El TEDH, al desarrollar sus funciones, se apoya en el trabajo previo del TJUE y, lejos de cuestionarlo, lo toma como premisa o punto de partida: así, a modo de ejemplo, en *Povse c. Austria* el TEDH no cuestiona la corrección de las respuestas ofrecidas por el TJUE al *Oberster Gerichtshof*, sino que asume su pronunciamiento tal cual y deduce de él un dato muy importante para su enjuiciamiento: que los tribunales austriacos carecían de cualquier discrecionalidad al dar cumplimiento a la normativa europea.

III. La decepcionante aplicación de este enfoque en la sentencia *Avotiņš c. Letonia*

40. Con posterioridad al asunto *Povse c. Austria*, vuelve a suscitarse ante el TEDH la compatibilidad con el CEDH de una norma de las que integran el Derecho Procesal Civil Europeo en el asunto *Avotiņš c. Letonia*, resuelto por sentencia de 25 de febrero de 2014. Esta vez quien *comparece* ante el Tribunal es el Reglamento Bruselas I y, más en concreto, lo dispuesto en su art. 34.2, cuando establece como motivo de denegación del reconocimiento y del exequátur la ausencia de notificación de la demanda en tiempo útil y en modo que permita la defensa.

41. El caso puede sintetizarse sin especial dificultad: el Sr. Avotiņš, con domicilio en Letonia, fue demandado ante un tribunal chipriota en solicitud de que fuera condenado al pago de una cantidad de dinero, a resultas de un reconocimiento de deuda firmado ante un notario en Chipre. La notificación no pudo practicarse en la dirección en Letonia donde, según el demandante, se hallaba su domicilio. Por eso, el tribunal chipriota acabó condenándolo en rebeldía. El Sr. Avotiņš sostiene que nunca le fue notificada la sentencia, aunque en el expediente judicial de las autoridades chipriotas consta un acuse de recibo postal; la sentencia, en cualquier caso, no fue recurrida. El acreedor del Sr. Avotiņš solicitó ante la autoridad competente de Letonia el exequátur de la sentencia chipriota con arreglo al RB I, que le fue concedido en primera instancia, en febrero de 2006. En junio de ese mismo año, el Sr. Avotiņš afirma haber tenido conocimiento por casualidad tanto de la sentencia de condena dictada en Chipre, como de la resolución letona otorgándole el exequátur. Aunque ya había expirado el plazo para recurrir esta segunda resolución, se le amplió el plazo para hacerlo. Ante el tribunal de apelación alegó, entre otros motivos, que el exequátur debía denegarse en virtud del art. 34.2 RB I, dado que la notificación de la demanda en el proceso de origen había sido irregular (aducía, básicamente, que el demandante había proporcionado al tribunal chipriota una dirección obsoleta, a sabiendas de que su domicilio había cambiado y a pesar de conocer una dirección profesional en la que podría habersele notificado la demanda sin dificultad). En octubre de 2006, el tribunal de apelación estimó el recurso y revocó la concesión del exequátur. Esta sentencia, a su vez, fue impugnada ante el Tribunal Supremo de Letonia, que estimó el recurso y ordenó en firme el exequátur. La alegación hecha por el Sr. Avotiņš de que la demanda no se le había notificado correctamente en el proceso de origen se despachó por el Tribunal Supremo con la mera afirmación, muy breve y sin motivación adicional, de que carecía de importancia, dado que no había recurrido la sentencia, cuando podía haberlo hecho.

42. El Sr. Avotiņš planteó su demanda ante el TEDH frente a Chipre –por la notificación defectuosa en el proceso de origen– y frente a Letonia –por haber otorgado indebidamente el exequátur a la sentencia chipriota–. La pretensión frente al Estado chipriota, sin embargo, fue considerada inadmisibile *a limine* por extemporánea. En consecuencia, la cuestión sometida al enjuiciamiento del TEDH era si la aplicación en este caso del RB I por parte de las autoridades judiciales letonas había sido respetuosa con las exigencias del art. 6.1 CEDH.

43. En otros términos, no se trataba de que el TEDH enjuiciara si la notificación en un principio fue incorrecta y, por tanto, si la sentencia dictada en rebeldía era contraria al CEDH; lo que había de decidirse, diversamente, era si el Estado letón, al otorgarle el exequátur, vulneró el derecho a un proceso civil con todas las garantías del Sr. Avotiņš, en sus vertientes de igualdad de armas y derecho de defensa, todo ello, por supuesto, en relación con la primera notificación de la existencia del proceso. Se trataba, pues, de controlar una posible violación indirecta de un derecho fundamental, al otorgar eficacia jurídica, a través del procedimiento de exequátur, a una resolución obtenida de forma incompatible con el Convenio²⁷. Es, pues, el sistema de reconocimiento y exequátur del RB I el que, en esta ocasión, se convierte en el objeto del control por parte del TEDH²⁸.

44. El Tribunal afronta la resolución del caso con una metodología similar a la del asunto *Povse c. Austria* –aunque, sorprendentemente, no figura en la sentencia ninguna referencia a aquella decisión, a pesar de la proximidad temporal entre ambas–. Tras partir de la premisa de que la interpretación del Derecho de la Unión Europea corresponde al TJUE y a los jueces nacionales, el TEDH alude a la jurisprudencia *Bosphorus*, recordando que es doctrina consolidada la de que la protección que la UE ofrece a los derechos fundamentales es equivalente a la que les asegura el CEDH. A partir de aquí, procede a aplicarla con naturalidad aunque, también, con poca profundidad, con un análisis que se centra en dos aspectos: el sistema en sí y su aplicación.

45. En primer término, se analiza en cuanto tal el sistema de reconocimiento y ejecución establecido por el RB I y se constata, por supuesto, que los Estados miembros de la UE están obligados a cumplirlo; pero también se pone de manifiesto cómo se trata de un sistema en el que el exequátur debe otorgarse de forma casi automática, tras un simple control formal respecto de los documentos aportados, sin que el tribunal pueda apreciar de oficio la concurrencia de los motivos de denegación previstos por el propio Reglamento. Ningún reproche parece formular el TEDH a este esquema –lo cual, por otra parte, resulta lógico.

46. Sobre esta base, el TEDH analiza el modo en que el Tribunal Supremo letón aplicó el RB I en el caso concreto y, en particular, el modo en que desestimó la procedencia de aplicar la causa de denegación del exequátur contemplada en su art. 34.2. En relación con este punto, resulta de gran interés comprobar cómo, a la hora de definir en su sentencia el marco jurídico del litigio (como se hace en todas sus resoluciones), el Tribunal alude no sólo a los preceptos relevantes del RB I, sino también a la jurisprudencia del TJUE que los ha interpretado²⁹ (y esto es algo que no hizo en la decisión del asunto *Povse c. Austria*, a pesar de que ya existía jurisprudencia del TJUE de gran interés en relación con ese asunto³⁰).

47. Este análisis del TEDH sobre la actuación del Tribunal Supremo letón es, en cierta medida, ordinario o liviano. El Tribunal se conforma con comprobar cómo, con arreglo a la interpretación del

²⁷ El caso era en alguna medida similar a otro previamente sometido al análisis del TEDH con ocasión del asunto *Orams c. Chipre*, inadmitido por decisión de 10 de junio de 2010, asunto 27841/07 (de hecho, se trata de la «secuela» ante el TEDH del litigio ya analizado por el TJUE en su sentencia de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, Rec. 2009 I-03571). Aunque también en *Orams c. Chipre* parte del problema se hallaba en el exequátur (esta vez, en Reino Unido) de una resolución dictada en un proceso en que los demandados alegaban no haber podido defenderse convenientemente (en Chipre, de nuevo), al TEDH sólo se le sometió la cuestión de la licitud de la actuación de los tribunales chipriotas, de modo que la posterior aplicación del RB I por parte de los tribunales ingleses quedó fuera del debate.

²⁸ Aunque, eso sí, no es la primera vez que el TEDH se pronuncia sobre la posible infracción de derechos consagrados en el CEDH con ocasión de la tramitación de procedimientos de exequátur: cfr. en este sentido las resoluciones recaídas en los asuntos *Pellegrini c. Italia* (sentencia de 20 de julio de 2001, asunto 30882/96), *McDonald c. Francia* (decisión de 29 de abril de 2008, asunto 18648/04) y *Sholokhov c. Armenia y Moldavia* (sentencia de 31 de julio de 2012, asunto 40358/05).

²⁹ La jurisprudencia del TJUE, utilizada por el TEDH en sus resoluciones, constituiría así una «fuente añadida», una «justificación complementaria de la jurisprudencia propia», en términos de J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo», cit., pp. 188-191.

³⁰ Cfr. STJUE de 11 de julio de 2008, *Rinau*, C-195/08 PPU, Rec. 2008 I-05271; STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Detiček c. Sguiglia*, C-403/09 PPU, Rec. 2009 I-12193; STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Aguirre Zárraga c. Pelz*, C-491/10 PPU, Rec. 2010 I-14247; o STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi c. Chaffe*, C-497/10 PPU, Rec. 2010 I-14309.

propio TJUE sobre el art. 34.2 RB I³¹, es razonable limitarse a rechazar la concurrencia de esa causa de denegación con el argumento de que el demandado no recurrió la sentencia dictada en rebeldía cuando pudo hacerlo. El TEDH insiste en su apreciación de que, efectivamente, fue posible una impugnación en origen o de que, en cualquier caso, correspondía al Sr. Avotiņš la carga de acreditar que dicho recurso no era posible o no habría sido en ningún caso eficaz. Esta falta de aprovechamiento por el recurrente de la oportunidad de defender su posición jurídica en el Estado de origen le sirve al TEDH para constatar la ausencia de violación de su derecho a un proceso justo a resultas del procedimiento de exequátur tramitado con arreglo al RB I.

48. La sentencia, sin embargo, fue objeto de un voto particular, suscrito por los jueces Ziemele, Bianku y De Gaetano –lo que pone de relieve lo ajustado del fallo–. En él, se critica que no se haya atribuido el peso adecuado a la apreciación de que el exequátur, según el RB I, no es forzoso ni responde a un «automatismo ciego»: existen causas que permiten denegarlo (a diferencia de lo que sucede según el RB II bis para las órdenes de retorno) y, además, en la interpretación y aplicación de dichas causas la propia jurisprudencia del TJUE ha reconocido un margen de discrecionalidad a los tribunales requeridos. Así, aunque es cierto que la STJUE *Apostolides* insiste en que el art. 34.2 RB I impide la denegación del exequátur a favor de quien pudo recurrir la sentencia y no lo hizo, recuerdan los firmantes del voto particular que la STJUE *Trade Agency* permite al tribunal requerido examinar la documentación obrante en el expediente para formarse su propia opinión acerca de si realmente hubo notificación «correcta» (de la demanda y/o de la sentencia) y, en consecuencia, si fue verdaderamente posible una defensa en el Estado de origen. Pues bien, a juicio de los firmantes del voto particular, el modo en que el Tribunal Supremo letón abordó este tema al resolver el recurso no fue adecuado, pues se limitó a señalar que los argumentos del recurrente eran irrelevantes ante la constatación de la ausencia de recurso contra la sentencia en origen, y ello a pesar de que habría tenido el deber de analizar con detenimiento los documentos obrantes en los autos y de verificar la regularidad de las notificaciones practicadas en el proceso de origen con arreglo a sus propios parámetros. Esta pasividad del Tribunal Supremo letón sería incompatible con las exigencias dimanantes del art. 6.1 CEDH.

49. Poco se puede añadir para justificar lo acertado del voto particular. Y es que, aunque con otras palabras, los firmantes del voto particular están censurando a la mayoría –con razón– por no haber aplicado correctamente la doctrina *Bosphorus* en este caso concreto: la presunción de cumplimiento debe entenderse refutada o desvirtuada cuando la norma supranacional aplicada ofrece margen de discrecionalidad a la autoridad judicial nacional y ésta no hace un uso de esa discrecionalidad que sea respetuoso con el derecho fundamental afectado. Dando por bueno el proceder del Tribunal Supremo letón, que no aprovechó las facultades de control que le atribuía el art. 34.2 RB I –tal y como lo había interpretado el TJUE–, el TEDH «rebaja el listón» en su nivel de exigencia a los jueces nacionales: en vez de transmitir la idea de que las facultades discrecionales deben explotarse al máximo cuando podría estar en juego la lesión de un derecho fundamental, se sanciona la legitimidad de la pereza o la inacción –por mucho que pudiera apreciarse en el caso concreto una especie de *fumus* de mala fe en la conducta procesal del Sr. Avotiņš³².

IV. Balance provisional: ¿conformidad con el CEDH de los regímenes de reconocimiento y ejecución de resoluciones?

50. En los asuntos *Bosphorus c. Irlanda, M.S.S. c. Bélgica y Grecia* y *Michaud c. Francia* el TEDH construyó la doctrina de la «presunción de cumplimiento» en relación con el control que cabe efectuar sobre la aplicación del Derecho de la Unión Europea y, más en concreto, con ciertas parcelas de ese ordenamiento jurídico. En los asuntos *Povse c. Austria* y *Avotiņš c. Letonia* ese control se ha proyectado ya sobre algunas

³¹ STJUE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, Rec. 2009 I-03571.

³² El voto particular concluye con la siguiente afirmación: «Si la Cour n'est pas compétente pour interpréter le droit de l'UE, nous considérons qu'elle ne doit pas non plus approuver implicitement des pratiques internes qui vont peut-être à l'encontre de ce droit. C'est là une situation nouvelle pour la Cour, qui mérite une réflexion bien plus poussée».

de las normas que sirven para sostener el espacio europeo de justicia en materia civil. En ambos casos, de hecho, el examen del TEDH se ha centrado en normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, que integran una de las más parcelas más destacadas del Derecho Procesal Civil Europeo.

51. Como es de sobra sabido, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras es un sector bastante heterogéneo dentro del Derecho europeo, pues lo cierto es que no existe un genuino «sistema europeo», sino casi tantos como normas que los regulan. De un lado, están los textos normativos que mantienen el exequátur como condición previa a la ejecución de una resolución extranjera, como sucede con el RB I, el RB II bis –salvo en las cuestiones de visita y de retorno de menores objeto de sustracción– o el Reglamento sucesorio; pero en ellos ni siquiera son idénticas las reglas del juego. Junto a ellos, y en consonancia con una interpretación tal vez excesiva del principio del mutuo reconocimiento, se ha ido expandiendo la supresión del exequátur, que hace posible la ejecución directa de la resolución extranjera. El primer avance en este punto, ya se ha visto, fue el RB II bis, aunque sólo respecto de la ejecución transfronteriza de las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución internacional de menores. El progreso más significativo en esta dirección, sin embargo, lo supuso la creación del título ejecutivo europeo, que contempla la desaparición del procedimiento de exequátur, aunque sólo respecto de los créditos no impugnados y previa verificación de que, en el proceso previo, se han respetado ciertas garantías –en relación con la notificación al demandado de la existencia del proceso frente a él–, así como de que la legislación nacional del Estado de origen ofrece ciertas garantías de reexamen del caso para los supuestos de rebeldía involuntaria del demandado. El Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo (RPME) atribuye igualmente fuerza ejecutiva directa –sin necesidad de exequátur– al requerimiento europeo de pago, de modo similar a como lo hace el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía (RPEEC) con las sentencias dictadas al término de este proceso especial: en ambos casos, la supresión del exequátur se halla directamente vinculada a la previa tramitación del proceso (monitorio o de escasa cuantía) de conformidad con las reglas creadas por el propio legislador europeo. Con el RB III se produjo un avance adicional en materia de alimentos: en este ámbito, la supresión del exequátur no depende ni de la falta de oposición del deudor, ni tampoco del previo desarrollo de un proceso «europeo» *stricto sensu*, sino únicamente de la aplicabilidad del Protocolo de La Haya de 2007 en el Estado de origen. El RB I bis, por último, generalizará la supresión total del procedimiento de exequátur en las materias que conforman su ámbito de aplicación, pero lo cierto es que seguirá siendo posible un control en el Estado requerido –en el contexto del proceso de ejecución– acerca de la concurrencia de los motivos que hasta ahora podían conducir a la denegación del exequátur.

52. El principio del reconocimiento mutuo se ha articulado así de formas diversas en cada uno de los textos normativos que se inspiran él. No obstante, el elemento definitorio clave, al menos desde la perspectiva que nos interesa en este trabajo, debe hallarse en cuáles son los filtros o controles que siguen estando en manos de las autoridades del Estado requerido, es decir, en si existe la posibilidad de que el tribunal requerido rechace la ejecución de la decisión procedente del tribunal de origen. Más en concreto, es de vital trascendencia saber si resulta posible efectuar en el Estado requerido un control de orden público respecto de las resoluciones extranjeras que pretendan desplegar su eficacia en él. Y es que la cláusula de orden público –de la que, a mi juicio, la cláusula de rebeldía involuntaria es una manifestación específica a la que se ha querido dar un régimen autónomo– es la herramienta para controlar la eventual lesión de derechos fundamentales en el Estado de origen. Este dato es el que explica, de hecho, por qué este elemento ha sido el caballo de batalla cuando se han acometido los procedimientos legislativos que condujeron a su supresión –en el caso del título ejecutivo europeo³³– o, finalmente, a su mantenimiento pese a la inicial previsión de supresión –como ha ocurrido con el RB I bis³⁴–.

³³ Cfr., entre otros, A. STADLER, “Kritische Anmerkungen zum Europäischen Vollstreckungstitel”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2004-11, pp. 801-808 ; T. RAUSCHER, *Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen*, Munich-Heidelberg, Sellier, 2004, pp. 7-20; T. PFEIFFER, “Einheitliche unmittelbare und unbedingte Urteilsgeltung in Europa”, en MANSSEL, PFEIFFER, KRONKE, KOHLER y HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, 2004, Tomo I, pp. 675-690; G. CAMPEIS – A. DE PAULI, “Prime riflessioni sul titolo esecutivo europeo”, *Judicium* (www.judicium.it), 12 de julio de 2004 (ponen como ejemplo la obligación de ejecutar una sentencia que condene al pago de intereses usurarios).

³⁴ Cf. entre otros G. BIAGIONI, “L’abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all’esecuzione nella proposta di

53. En efecto, la oposición a la ejecución de una decisión de un tribunal extranjero fundada en la infracción del orden público es la puerta de entrada para la protección de los derechos fundamentales en los sistemas de cooperación judicial internacional. El legislador europeo es consciente —o debería serlo— de las repercusiones que tiene optar por suprimirla o por mantenerla, así como de la gran paradoja que se puede generar si la cuestión se examina desde la perspectiva de una potencial revisión por parte del TEDH.

54. Hasta el momento, lo que ha sido analizado por el TEDH han sido dos piezas concretas de dos textos normativos representativos de cada una de esas tendencias —supresión o mantenimiento de la cláusula de orden público—. No obstante, tampoco resulta osado extraer ciertas conclusiones y tratar de generalizarlas, precisamente porque las dos resoluciones del TEDH analizadas en este trabajo se han pronunciado sobre dos claros exponentes de cada uno de esos modelos.

1. Ejecución sin control de orden público

55. En aquellos reglamentos que instrumentan la ejecución sin exequátur y sin cláusula de orden público (el RB II bis en materia de sustracción de menores y de visitas, el RTEE, el RPME, el RPEEC y el RB III), la lección que cabe extraer de la decisión *Povse c. Austria* es la siguiente: no resulta posible reprochar al Estado de ejecución el que no haya tenido en cuenta la posible lesión de los derechos fundamentales en el proceso de origen y el que no haya denegado o paralizado la ejecución por este motivo. Recuérdese que entonces la controversia se suscitó con ocasión de la aplicación de una de las piezas del RB II bis —la restitución de menores indebidamente trasladados— en que la norma no otorga margen de actuación discrecional al tribunal requerido (igual que en materia de visitas): esta falta de margen de actuación deriva de la ausencia de un procedimiento de oposición a la ejecución en el que pudiera hacerse valer una cláusula de orden público. No cabe, pues, control en el Estado de ejecución, pero tampoco cabe esperar control del TEDH, dado que el Estado de ejecución eventualmente demandado podría acogerse con éxito a la presunción de cumplimiento derivada de la doctrina *Bosphorus*.

56. Resulta así paradójico, al menos en apariencia, que un menor control interno en el instrumento normativo determine también un menor control externo por parte del TEDH. Esta apariencia, sin embargo, se salva si se constatan dos extremos: podrá decirse, en primer término, que los controles existen en el Estado de origen y son suficientes como para entender salvaguardado el derecho a un juicio justo, sin perjuicio de que eso pueda ser también analizado por el TEDH; y podrá decirse también que, en su caso, podrá someterse al escrutinio del TEDH la actividad jurisdiccional en el Estado de origen, y de hecho ha de ser lo más lógico, pues resulta más razonable reprochar al tribunal de origen la lesión

revisión del regolamento Bruxelles I”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011-4, pp. 971-986; P. BIAVATI, “Judicial Cooperation in Europe: Is Exequatur Still Necessary?”, *International Journal of Procedural Law*, 2011-2, pp. 403-431; L. D’AVOUT, “Faut-il supprimer l’exequatur dans le contentieux transfrontière en Europe? Questionnement à propos des projets de révision du Règlement Bruxelles I”, *Droit et procédures*, 2010, supplément au n° 10 – *L’effectivité du recouvrement des créances en Europe*, pp. 68-73; M. DE CRISTOFARO, “The Abolition of Exequatur Proceedings: Speeding Up the Free Movement of Judgments while Preserving the Rights of the Defense”, *International Journal of Procedural Law*, 2011-2, pp. 432-456; A. DICKINSON, “Brussels I Review – The Abolition of Exequatur?”, *conflictoflaws.net*, 8 de junio de 2009 (<http://conflictoflaws.net/2009/brussels-i-review-the-abolition-of-exequatur/>); O. FERACI, “L’abolizione dell’exequatur nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell’esecuzione delle decisioni?”, *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 832-845; E. GUINCHARD, “Espace judiciaire civil européen (15 mai 2010 – 15 novembre 2010)”, *RTD eur.* 46 (4), oct.-déc. 2010, pp. 927-934; X.E. KRAMER, “Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area”, *Ned int privR*, 2011, pp. 633-641; X.E. KRAMER, “Cross-Border Enforcement in the EU: Mutual Trust versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure”, *International Journal of Procedural Law*, 2011-2, pp. 202-230; M. LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, “La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo”, *Diario La Ley (Unión Europea)*, n° 7766, Sección Tribuna, 30 de diciembre de 2011; P. OBERHAMMER, “The Abolition of Exequatur”, *IPRax* 3/2010, pp. 197-203; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Control de orden público y supresión del exequátur en el espacio de libertad, seguridad y justicia: perspectivas de futuro”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009, pp. 215-219; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), Vol. 6, N° 1, pp. 330-347; H. SCHACK, “La (indebida) abolición de los procedimientos de exequátur en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009, pp. 67-81.

de un derecho fundamental que reprochar al tribunal de ejecución el no haber contrarrestado la eficacia de un acto extranjero lesivo para un derecho fundamental (aunque, sin duda, ese control indirecto es posible y en ocasiones necesario). Al fin y al cabo, si todos los Estados miembros de la UE son también signatarios del CEDH, debe presumirse que el tribunal de origen, antes de dictar su sentencia, debería respetar las mismas garantías cuya vulneración podría, en su caso, denunciarse en un hipotético proceso de exequátur en que resultara posible oponerse a la declaración de ejecutividad³⁵.

57. La lectura de la decisión *Povse c. Austria* permite sostener así, aunque sea de manera más bien indirecta, que el TEDH ha avalado el sistema de supresión del exequátur sin control de orden público. Y tiene sentido, pues no parece que, realmente, sea una cuestión de relevancia «constitucional», sino más bien de «legalidad ordinaria» –salvo arbitrariedad–. En efecto, si el TEDH ha avalado el sistema más radical de supresión del control de orden público –el del RB II bis–, con mayor razón cabría suponer que lo avalaría también respecto de las demás manifestaciones de supresión del exequátur y de la cláusula de orden público, pues en ellas se suelen añadir ciertas salvaguardas en relación con la notificación inicial de la demanda y, sobre todo, respecto de la posibilidad de utilizar mecanismos extraordinarios de anulación o rescisión en el Estado de origen (como ocurre en el RTEE, el RPME o el RPEEC).

2. Ejecución con control de orden público

58. La decisión en *Povse c. Austria* y la sentencia en *Avotiņš c. Letonia* permiten también extraer ciertas conclusiones respecto de los reglamentos que mantienen la cláusula de orden público como herramienta de control en el Estado de ejecución (el RB I vigente, el RB I bis –aunque haya desaparecido el procedimiento de exequátur–, el RB II bis en todo aquello que no sea restitución de menores y visitas, y el RS). Si su aplicación en un caso concreto fuera sometida al control del TEDH, cabría preguntarse hasta qué punto la existencia de la cláusula de orden público tendría relevancia al analizar la concurrencia de los elementos de la «presunción de cumplimiento»³⁶. ¿Cabe entender que la existencia de una «excepción de orden público» –con independencia de que se ubique en el seno del proceso de exequátur o en el de ejecución– otorga al tribunal de ejecución un margen de discrecionalidad, cuyo ejercicio podría ser controlado por el TEDH?

59. Es evidente que, en los reglamentos que la prevén, la cláusula de orden público puede utilizarse para rechazar la ejecución o el cumplimiento de decisiones que se han obtenido lesionando derechos fundamentales o que, por su propio contenido, lesionan algún derecho fundamental. Desde este punto de vista, el TEDH podría censurar a un tribunal nacional su no utilización en un caso concreto: lo quiera o no el tribunal nacional de ejecución, la existencia de la cláusula de orden público lo coloca en una posición de garante del derecho fundamental lesionado, que justamente es la que no tendría si la ejecución se articulara a través de un instrumento normativo que no contemplara la excepción de orden público. Esta conclusión, sin embargo, debería quedar supeditada a una condición: la invocación de la excepción de orden público por parte del sujeto pasivo de la ejecución, dado que, en el sistema procesal europeo en materia civil, la infracción al orden público no es apreciable de oficio (de modo que la ausencia de defensa activa por parte del ejecutado coloca al tribunal de ejecución en la misma posición de «ausencia de discrecionalidad» en que se encuentra de partida al aplicar los reglamentos que no admiten excepción de orden público).

60. En este punto, sin embargo, la sentencia *Avotiņš c. Letonia* resulta decepcionante, dado que el TEDH no ha hecho uso en ella de la facultad que previamente se había atribuido a sí mismo –en *Bosphorus, M.S.S., Michaud* y *Povse*– de controlar el (mal) uso de las facultades discrecionales que permiten la tutela de los derechos fundamentales.

³⁵ Cfr. H. MUIR-WATT, “Muir-Watt on Abolition of Exequatur and Human Rights”, cit.

³⁶ Cfr. también M. REQUEJO ISIDRO, “Requejo on Povse”, cit.

61. En cualquier caso, esta eventual revisión y esta eventual definición se harán –cuando se hagan y si es que se hacen, pues la sentencia *Avotiņš* no fomenta el optimismo– bajo la cobertura de controlar el modo en que los tribunales ejercen facultades discrecionales; y este control de la discrecionalidad, en sí mismo, no supone controlar a título directo las normas procesales civiles europeas, ni hacerles reproches directos. Ahora bien, si se tienen en cuenta las premisas que lo hacen posible y el contexto en que se desenvuelve, es evidente que queda abierta la puerta a una revisión y, con ella, a una definición por parte del TEDH acerca de aquello que deba entenderse por «orden público» en el contexto de la aplicación de las normas procesales civiles europeas.

V. Opciones adicionales de control sobre otras potenciales «audacias procesales» del legislador procesal civil europeo

62. La decisión *Povse* y la sentencia *Avotiņš* son la manifestación más reciente y más clara de que la aplicación por los Estados miembros de la UE de las normas procesales civiles de origen europeo puede determinar la interposición de demandas ante el TEDH. La decisión *Povse* deja claro también que estas demandas serán resueltas por el TEDH aplicando la doctrina de la presunción de cumplimiento, en los términos descritos antes; la sentencia *Avotiņš*, por su parte, es muestra de que el TEDH también puede aplicar incorrectamente su propia doctrina.

63. Si salimos del terreno del reconocimiento y la ejecución de resoluciones –que es el directamente abordado por estas resoluciones–, tampoco sería difícil imaginar que acabaran teniendo que *comparecer* ante el TEDH otras normas procesales civiles aprobadas por la UE, de modo que éste debiera analizar si son o no respetuosas con los derechos fundamentales establecidos en el CEDH. Asumiendo que el análisis se haría desde la perspectiva de la presunción de cumplimiento derivada de la doctrina *Bosphorus*, y presumiendo por ello que el TEDH seguirá sosteniendo que la UE y su ordenamiento, en general, ofrecen un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalentes al que dispensa el CEDH, cabría imaginar dos tipos de control diverso, en función de los niveles de examen antes estudiados (cfr. *supra*, núms. 30-38).

1. Normas procesales respetuosas de los derechos fundamentales

64. En primer término, cabe imaginar que el TEDH se vea llamado a verificar si una concreta norma procesal civil europea aplicada en un caso concreto ofrece a los derechos fundamentales afectados un nivel de protección sustantiva y procesal asumible por el sistema del CEDH. El legislador europeo es siempre muy cuidadoso con estas cuestiones³⁷, lo que hace difícil estimar *a priori* el carácter lesivo para los derechos fundamentales de las normas que integran el *corpus* del Derecho Procesal Civil Europeo. No obstante, la casuística desborda siempre las previsiones del legislador.

65. Sin ánimo de exhaustividad, y a los solos efectos académicos, se puede pensar ahora en los estándares mínimos sobre mecanismos admisibles de notificación inicial al demandado, establecidos en los arts. 13 y 14 RTEE y reproducidos también en el RPME. En dichas normas, el legislador europeo considera como tolerables procedimientos de notificación sin acuse de recibo por el destinatario y en los que resulta difícil –al menos para el autor de estas líneas– asumir como lo más normal o lo más lógico que el destinatario efectivamente ha recibido la notificación: es lo que puede ocurrir con el depósito del escrito en el buzón del deudor o con la notificación sin acuse de recibo.

66. Supongamos, pues, que llega a plantearse ante el TEDH la lesión del derecho a un juicio justo deducible del art. 6.1 CEDH, fundada en que el demandado en el proceso inicial no tuvo conocimiento de la

³⁷ Cfr. E. STORSKRUBB, *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered*, Oxford University Press, 2008, esp. pp. 257 y ss.

existencia del proceso, y ello debido a que la notificación se efectuó por alguno de estos mecanismos, pero no fue eficaz por motivos ajenos a su responsabilidad (v.g., había cambiado de domicilio y el demandante conocía o debía conocer dicho cambio). El deudor será con toda probabilidad condenado en rebeldía y el acreedor podrá obtener la certificación de la sentencia como título ejecutivo europeo. ¿Qué margen de reacción le queda al deudor, que afirma la lesión de su derecho a un proceso con todas las garantías? En el Estado de ejecución, ninguno. En el Estado de origen podrá, por supuesto, utilizar los mecanismos de revisión a que se refiere el art. 19 RTEE, pero nada garantiza cuál será su desenlace, pues estas herramientas son por definición excepcionales y el RTEE se conforma con que existan, pero no llega a condicionar de forma clara su contenido. Llamado a pronunciarse en una situación de este tipo, cabría imaginar dos escenarios (absolutamente reproducibles si, en vez de la expedición de un certificado de título ejecutivo europeo, nos halláramos ante la expedición de un requerimiento europeo de pago con fuerza ejecutiva al amparo del RPME).

67. (i) El perjudicado demandó al Estado de ejecución, por impedirle alegar en la ejecución de la sentencia que ésta se había ganado con infracción de un derecho fundamental: el Estado demandado, sin duda, podría aducir ante el TEDH la doctrina de la presunción de cumplimiento. Ahora bien, al aplicarla al caso, ¿podría el TEDH sostener que el art. 14 c) RTEE puede vulnerar el derecho a un juicio justo deducible del art. 6.1 CEDH?

68. (ii) El perjudicado demandó al Estado de origen, por permitir la expedición de un certificado de título ejecutivo contra él, a pesar de que la sentencia se había ganado con infracción de un derecho fundamental: el Estado demandado también invocaría, con toda probabilidad, la doctrina de la presunción de cumplimiento, dado que el tribunal de origen está obligado a expedir la certificación de título ejecutivo europeo si comprueba que concurren los requisitos marcados por el RTEE. La pregunta que surge, por tanto, vuelve a ser la misma que en el supuesto anterior: ¿podría el TEDH someter el art. 14 c) RTEE al filtro del art. 6.1 CEDH?

69. En ambos casos, el deudor condenado en rebeldía –y demandante ante el TEDH– podría tal vez contraargumentar que el RTEE (o el RPME, en su caso) no determina en concreto el modo en que puede efectuarse la notificación, sino que se limita a señalar que el legislador nacional puede prever esta forma de notificación sin que ello impida la posterior certificación de la sentencia como título ejecutivo europeo. El reproche, pues, se trasladaría del legislador europeo al legislador nacional. Ahora bien, sin perjuicio de que el TEDH pudiera considerar no compatible con el CEDH la norma procesal nacional que permite este tipo de notificaciones, es indudable que todavía cabría reprochar al legislador europeo el «aval» ofrecido a que una forma de notificar la demanda, tal vez necesaria en el plano interno para una correcta administración de justicia, pueda legitimar a la postre una ejecución transfronteriza de especial dureza como es la del RTEE (o la del RPME).

70. Por otra parte, esta eventual contraargumentación ni siquiera tendría cabida si el origen de la demanda al TEDH se hallara en la ejecución sin exequátur y sin margen de defensa en destino de una sentencia dictada en rebeldía en el contexto de un proceso europeo de escasa cuantía, pues el art. 13.2 RPEEC, a diferencia de lo que sucede con el RTEE o el RPME, no parece supeditar la viabilidad de las notificaciones «poco fiables» a su previsión por el legislador nacional, sino que parece admitirlas sin más para ese proceso especial.

71. En un plano diverso a lo anterior, cabe también apuntar que un eventual control por parte del TEDH habría de tener en cuenta también la naturaleza de la norma europea cuestionada. (i) Tratándose de reglamentos de eficacia directa, la eventual lesión puede imputarse al legislador europeo (salvo en aquello que derive del desarrollo legislativo interno dado al reglamento, extremo éste bastante frecuente en la materia que nos ocupa). (ii) En cambio, si nos hallamos ante directivas, el examen del caso puede escapar a la dinámica de la «presunción de cumplimiento» si el carácter lesivo para los derechos fundamentales deriva del modo en que el legislador nacional afectado traspuso el mandato de resultado, pero no resulta apreciable en la directiva.

2. Control de la utilización de facultades discrecionales

72. Por último, y según se ha apuntado ya antes, el TEDH debe también dirigir su control sobre la actuación del tribunal en el caso concreto, dado que en su valoración resulta significativo determinar si el tribunal disponía o no de un margen de discrecionalidad. Será preciso, en consecuencia, atender al modo en que los diversos textos normativos que conforman hoy en día el Derecho Procesal Civil Europeo determinan el modo en que deben actuar los tribunales. En este sentido, debe tenerse en cuenta que muchos reglamentos europeos en materia de proceso civil otorgan a los tribunales poderes discrecionales, de cuyo ejercicio se pueden derivar o no lesiones a derechos fundamentales, o cuyo ejercicio puede servir para evitar la lesión a derechos fundamentales.

73. Por citar un solo ejemplo ahora, podemos pensar en las facultades que el art. 44 del nuevo RB I bis le ofrece al tribunal encargado de la ejecución cuando se le formula una solicitud de denegación de la ejecución. El precepto le permite: (a) limitar el procedimiento de ejecución a medidas cautelares; (b) condicionar la ejecución a la constitución de alguna garantía; o (c) suspender, en todo o en parte, el procedimiento de ejecución. Pero, aunque el precepto no lo diga expresamente, el tribunal no está obligado a acordar alguna de estas tres consecuencias; también puede permitir que prosiga la ejecución si, por ejemplo, considera que la solicitud de denegación de la ejecución es manifiestamente infundada y tiene el único propósito de obstaculizar el desarrollo del proceso. El modo en que un tribunal haya utilizado esta potestad –o cualquier otra facultad discrecional que le otorgara un reglamento europeo– podría ser susceptible de control por el TEDH si, en un caso concreto, su mal uso ha comportado la lesión afirmada de un derecho fundamental. Ahora bien, resulta claro que, en estos casos, el reproche a la autoridad judicial nacional no supone genuino control o reproche a la norma europea que otorga el poder discrecional... salvo que el TEDH llegara a la conclusión de que la discrecionalidad en ese punto es lesiva de derechos fundamentales, o que alguna de las variables ofrecidas al tribunal pudiera serlo.

74. En definitiva, y éste es el punto al que tal vez quepa llegar, hay que asumir que la aplicación de la doctrina de la presunción de cumplimiento no confiere una especie de «blindaje» a la legislación procesal civil europea frente al análisis del TEDH; y, sin duda, resulta positivo que sea así, a pesar de los eventuales conflictos entre tribunales y organizaciones internacionales que ese control pudiera generar.