



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 19 de noviembre de 2020\*

«Procedimiento prejudicial — Ciudadanía de la Unión — Artículo 21 TFUE — Derecho de libre circulación y de libre residencia en el territorio de los Estados miembros — Imputación penal referida específicamente a la sustracción internacional de menores — Restricción — Justificación — Protección del menor — Proporcionalidad»

En el asunto C-454/19,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de lo Civil y Penal de Heilbronn, Alemania), mediante resolución de 11 de junio de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de junio de 2019, en el proceso penal contra

**ZW,**

con intervención de:

**Staatsanwaltschaft Heilbronn,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. M. Vilaras, Presidente de Sala, y los Sres. N. Piçarra, D. Šváby y S. Rodin y la Sra. K. Jürimäe (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. G. Hogan;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de ZW, por el Sr. M. Ehninger, Rechtsanwalt;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. J. Möller, M. Hellmann, U. Bartl y D. Klebs, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. E. Montaguti y el Sr. M. Wilderspin, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 4 de junio de 2020;

\* Lengua de procedimiento: alemán.

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 21 TFUE y de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO 2004, L 158, p. 77; corrección de errores en DO 2004, L 229, p. 35, y DO 2007, L 204, p. 28).
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un proceso penal incoado contra ZW por sustracción de menores.

### **Marco jurídico**

#### ***Convenio de La Haya de 1980***

- 3 El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (en lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1980»), tiene por objeto, en particular, conforme a su artículo 1, letra a), «garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante».
- 4 Los artículos 12 y 13 de dicho Convenio establecen las reglas aplicables en caso de traslado o retención ilícitos de un menor y destinadas a garantizar la restitución inmediata de este.
- 5 El Convenio de La Haya de 1980 entró en vigor el 1 de diciembre de 1983. Todos los Estados miembros de la Unión Europea son partes contratantes de dicho Convenio.

#### ***Derecho de la Unión***

- 6 A tenor de los considerandos 2, 17 y 21 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (DO 2003, L 338, p. 1):

«(2) El Consejo Europeo de Tampere corroboró el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial, y destacó el derecho de visita como prioritario.

[...]

- (17) En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de [...] 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor puedan oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención

ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, esta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído.

[...]

(21) El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario.»

### ***Derecho alemán***

7 El artículo 25 del Strafgesetzbuch (Código Penal), titulado «Autoría», establece:

«1) Será castigado como autor quien cometa la infracción penal por sí o por medio de otro.

2) Si varias personas cometen la infracción penal conjuntamente, cada una de ellas será castigada como autor (coautor).»

8 El artículo 235 del Código Penal, titulado «Sustracción de menores», dispone en sus apartados 1 y 2:

1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa quien sustraiga o retenga, sin consentimiento de los progenitores o de uno de ellos o del tutor o curador:

1. a una persona menor de 18 años con fuerza, amenaza de daño grave o engaño; o

2. a un niño sin ser familiar suyo.

2) Será castigado con la misma pena quien, sin consentimiento de los progenitores o de uno de ellos o del tutor o curador:

1. Sustraiga a un niño para trasladarlo al extranjero, o

2. retenga en el extranjero a un niño después de haberlo trasladado allí o después de que el niño se haya desplazado allí.»

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

9 ZW, de nacionalidad rumana, es madre de AW, menor de edad nacido en Rumanía. ZW está separada del padre del menor, de nacionalidad rumana, que vive en Rumanía. Con arreglo a la legislación rumana, la patria potestad de AW corresponde de forma conjunta a ambos progenitores.

10 En 2009, ZW se instaló en Alemania. Posteriormente, el menor se fue a vivir con ella.

11 En marzo de 2013, debido a los problemas de comportamiento del menor, este fue internado, con el consentimiento de los progenitores, en un centro de acogida de menores.

12 Mediante resolución de 14 de noviembre de 2014, el Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de lo Civil y Penal de Heilbronn, Alemania) retiró a los progenitores, entre otros extremos, el derecho a determinar la residencia del menor y, en su lugar, ese derecho fue atribuido a un curador en virtud de

una delegación parcial de la patria potestad denominada «curatela complementaria» (*Ergänzungspflegschaft*). Tras el fracaso de varios internamientos sucesivos del menor en diferentes centros de acogida, este regresó, con la autorización de dicho curador, con ZW.

- 13 Mediante escrito de 3 de agosto de 2017, el Jugendamt Heilbronn (Oficina del Menor de la ciudad de Heilbronn, Alemania) solicitó la restitución de la patria potestad a ZW. Por razones que se desconocen, esta solicitud aún no ha surtido efectos.
- 14 A principios de diciembre de 2017, el padre trasladó al menor a Rumanía, donde ambos viven desde entonces. ZW prestó su consentimiento a este traslado, sin que se haya demostrado, no obstante, si se refería a una única visita durante el período de Navidad de 2017 o al regreso con carácter permanente del menor a Rumanía. Ni la Oficina del Menor de la ciudad de Heilbronn ni el curador fueron informados previamente de este traslado.
- 15 Como consecuencia de la denuncia interpuesta por el curador contra los progenitores del menor por dicho traslado, el Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de lo Civil y Penal de Heilbronn) encausó a ZW como coautora de un delito de sustracción de menores, en el sentido del artículo 25, apartado 2, en relación con el artículo 235, apartado 2, punto 2, del Código Penal.
- 16 Dicho órgano jurisdiccional alberga dudas acerca de la compatibilidad del artículo 235 del Código Penal con el Derecho de la Unión. En efecto, por una parte, la aplicación de esta disposición podría considerarse una restricción injustificada de la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión. Por otra parte, esta disposición genera una diferencia de trato entre los nacionales alemanes y los nacionales de los demás Estados miembros, ya que estos reciben el mismo trato que los nacionales de terceros países. A este respecto, el tipo penal contenido en el artículo 235, apartado 2, punto 2, del Código Penal, que castiga las sustracciones internacionales de menores, es más amplio que el tipo penal establecido en el artículo 235, apartado 1, punto 1, de este Código, que castiga las sustracciones de menores retenidos en territorio alemán y puede afectar en mayor medida a los ciudadanos de la Unión nacionales de Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania.
- 17 Por último, el citado órgano jurisdiccional se pregunta si, en caso de incompatibilidad del artículo 235 del Código Penal con el Derecho de la Unión, está obligado a no aplicar esta disposición en el litigio principal debido a la primacía del Derecho de la Unión.
- 18 En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente acordó suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:
  - «1) ¿Debe interpretarse el Derecho primario o el Derecho derivado de la Unión, en particular la Directiva [2004/38], que reconoce a los ciudadanos de la Unión un amplio derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, en el sentido de que también comprende las normas penales nacionales?
  - 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿se opone la interpretación del Derecho primario o del Derecho derivado de la Unión a la aplicación de una norma penal nacional que castiga la retención de un niño en el extranjero sin consentimiento de su curador, si dicha disposición no diferencia entre Estados [miembros] de la Unión y terceros países?»

## Sobre las cuestiones prejudiciales

### *Sobre la admisibilidad*

- 19 El Gobierno alemán alega la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales debido a que no son pertinentes para la resolución del litigio principal. Según dicho Gobierno, los hechos imputados a ZW, única encausada en el litigio principal, no guardan relación alguna con el ejercicio del derecho a la libre circulación reconocido a ZW, que ni ha abandonado ni tan siquiera ha intentado abandonar el territorio alemán. En la medida en que las dudas del órgano jurisdiccional remitente sobre la compatibilidad del artículo 235 del Código Penal con el Derecho de la Unión se basan en situaciones de hecho que presuponen un desplazamiento de ZW a otro Estado miembro, son fruto de consideraciones hipotéticas y ajenas al litigio principal.
- 20 A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para la solución del litigio que deban dirimir (sentencia de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, apartado 18 y jurisprudencia citada).
- 21 En el marco de esta cooperación, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, apartado 19 y jurisprudencia citada).
- 22 De ello se deriva que las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el órgano jurisdiccional nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional solo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, apartado 20 y jurisprudencia citada).
- 23 En el presente asunto procede recordar, por una parte, que una ciudadana de la Unión, como ZW, nacional de un Estado miembro, que se ha desplazado a otro Estado miembro, ha hecho uso de su libertad de circulación, de modo que su situación está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de febrero de 2015, Martens, C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 22, y de 13 de noviembre de 2018, Raugevicius, C-247/17, EU:C:2018:898, apartado 27 y jurisprudencia citada).
- 24 Por otra parte, de los datos expuestos por el órgano jurisdiccional remitente se desprende inequívocamente que el artículo 235, apartado 2, punto 2, del Código Penal, cuya compatibilidad con el Derecho de la Unión pone en duda dicho órgano jurisdiccional, constituye la base jurídica de las diligencias penales incoadas, en el litigio principal, contra ZW como coautora de la sustracción internacional de su hijo. A este respecto, como se desprende del apartado 16 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional remitente ha explicado detalladamente las razones por las que considera que es necesaria una respuesta a las cuestiones prejudiciales para poder pronunciarse sobre el litigio principal.

- 25 En estas circunstancias, no resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión que se solicita carezca de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal. En consecuencia, la petición de decisión prejudicial es admisible.

### *Sobre el fondo*

- 26 Mediante sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una normativa de un Estado miembro que establece sanciones penales para el progenitor que retenga a su hijo en otro Estado miembro, sin el consentimiento del curador designado, aun cuando no medie fuerza, amenaza de daño grave o engaño, mientras que, cuando el menor se encuentra en el primer Estado miembro, este mismo hecho solo es constitutivo de delito si se realiza por la fuerza, con amenaza de daño grave o mediante engaño.

### *Observaciones preliminares*

- 27 En la medida en que el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre la compatibilidad de una disposición de Derecho penal nacional con el Derecho de la Unión, conviene recordar que si bien, en principio, la legislación penal, así como las normas de procedimiento penal, son de la competencia de los Estados miembros, según reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión impone límites a esta competencia. Las disposiciones legislativas penales nacionales no pueden, en efecto, producir una discriminación respecto de personas a las que el Derecho de la Unión atribuye el derecho a la igualdad de trato ni restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de febrero de 1989, Cowan, 186/87, EU:C:1989:47, apartado 19, y de 26 de febrero de 2019, Rimšēvičs y BCE/Letonia, C-202/18 y C-238/18, EU:C:2019:139, apartado 57). Cuando una de estas disposiciones es incompatible con el principio de igualdad de trato o con una de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho de la Unión, incumbe al órgano jurisdiccional remitente, encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su plena eficacia, dejar de aplicarla (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de abril de 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, apartado 61 y jurisprudencia citada).
- 28 Además, en la medida en que, mediante sus cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente pregunta sobre la interpretación del Derecho de la Unión, sin referirse a una disposición específica de este, es preciso señalar que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 21 TFUE no solo reconoce el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sino que también implica una prohibición de toda discriminación por razones de nacionalidad (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de junio de 2017, Freitag, C-541/15, EU:C:2017:432, apartado 31 y jurisprudencia citada).
- 29 Por consiguiente, procede examinar las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente a la luz de esta única disposición.

### *Sobre la existencia de una restricción a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión*

- 30 Procede recordar que una legislación nacional que resulte desfavorable para algunos nacionales de un Estado miembro por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 21 TFUE, apartado 1, reconoce a todo ciudadano de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de octubre de 2008, Grunkin y Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, apartado 21; de 26 de febrero de 2015, Martens, C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 25 y jurisprudencia citada, y de 8 de junio de 2017, Freitag, C-541/15, EU:C:2017:432, apartado 35).

- 31 En el presente asunto, el artículo 235 del Código Penal establece, en su apartado 1, punto 1, la imposición de una pena privativa de libertad de hasta cinco años o de una multa a quien sustraiga o retenga sin el consentimiento de los progenitores o de uno de ellos o del tutor o curador a una persona menor de 18 años con fuerza, amenaza de daño grave o engaño, y, en su apartado 2, punto 2, prevé la imposición de la misma pena a quien retenga en el extranjero a un niño sin el consentimiento de los progenitores o de uno de ellos o del tutor o curador después de haberlo trasladado allí o después de que el niño se haya desplazado allí.
- 32 Según las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, del artículo 235 del Código Penal se desprende, en particular, que el mero hecho de que un progenitor retenga a su hijo, sin el consentimiento del curador que tiene derecho a determinar el lugar de residencia del menor, puede ser castigado con una sanción penal en virtud del apartado 2, punto 2, de dicho artículo, en caso de que el progenitor retenga al menor en otro Estado miembro de la Unión, de la misma manera que si lo retuviera en un tercer país, y ello aunque no medie fuerza, amenaza de daño grave o engaño. Por el contrario, cuando el menor es retenido en territorio alemán, la sanción penal prevista en el apartado 1, punto 1, de dicho artículo únicamente será de aplicación si el progenitor retiene al menor sin el consentimiento del curador por la fuerza, con amenaza de daño grave o mediante engaño.
- 33 De este modo, el artículo 235 del Código Penal establece una distinción en función de si el menor es retenido por su progenitor en territorio alemán o si es retenido fuera de él, en particular, en otro Estado miembro de la Unión. Esta distinción se basa en el mero hecho de que el menor ha sido trasladado desde el territorio alemán al de otro Estado miembro de la Unión.
- 34 Pues bien, en la medida en que se refiere al supuesto de un menor retenido en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania, el tipo concreto establecido en el artículo 235, apartado 2, punto 2, del Código Penal, de hecho, puede afectar principalmente a los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros que hayan ejercido su libertad de circulación y de residencia y residan en Alemania. En efecto, estos ciudadanos tienen más probabilidades que los nacionales alemanes de trasladar o enviar a su hijo a otro Estado miembro, en particular a su Estado miembro de origen, y de retenerle en él, especialmente con ocasión de su regreso a este último Estado.
- 35 De ello se deduce, como señaló, en esencia, el Abogado General en el punto 27 de sus conclusiones, que el artículo 235, apartado 2, punto 2, del Código Penal establece una diferencia de trato que puede afectar o incluso restringir la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión, en el sentido del artículo 21 TFUE.

#### *Sobre la justificación de la restricción*

- 36 Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, una restricción a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión que, como en el asunto principal, es independiente de la nacionalidad de los sujetos afectados puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas de interés general y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por la normativa nacional controvertida. Una medida es proporcionada cuando, siendo adecuada para la realización del objetivo perseguido, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo [sentencias de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385, apartado 41 y jurisprudencia citada, y de 25 de julio de 2018, A (Asistencia para una persona con discapacidad), C-679/16, EU:C:2018:601, apartado 67].
- 37 En el presente asunto, el Gobierno alemán ha señalado, en sus observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia, que el tipo concreto establecido en el artículo 235, apartado 2, punto 2, del Código Penal tiene como finalidad la protección de la patria potestad y los derechos del menor, así

como la prevención y la lucha contra las sustracciones internacionales de menores, habida cuenta de las dificultades prácticas para conseguir la restitución de un menor retenido en el extranjero, incluso cuando se encuentra en otro Estado miembro.

- 38 En particular, de la exposición de motivos relativa al artículo 235 del Código Penal, a la que remite dicho Gobierno, se desprende que este tipo penal se ha introducido debido a las dificultades para hacer ejecutar en otro Estado una resolución judicial alemana relativa a la custodia del menor y debido a la gravedad de cualquier sustracción internacional, en especial cuando el menor ha sido trasladado a un Estado perteneciente a un área cultural diferente (*Staat eines anderen Kulturkreises*) y no puede obtenerse su restitución inmediata.
- 39 Por lo tanto, procede considerar que estos motivos están intrínsecamente ligados a la protección del menor y de sus derechos fundamentales.
- 40 Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la protección del niño constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado FUE (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, EU:C:2008:85, apartado 42). Lo mismo sucede con la protección de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 41 Los motivos invocados por el Gobierno alemán constituyen, por tanto, consideraciones objetivas de interés general, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 36 de la presente sentencia.
- 42 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende asimismo que no es indispensable que las medidas adoptadas por un Estado miembro para proteger los derechos de los niños correspondan a una concepción compartida por la totalidad de los Estados miembros por lo que respecta al nivel y a las modalidades de dicha protección. Puesto que tal concepción puede variar de un Estado miembro a otro según consideraciones de orden moral o cultural, procede reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación seguro. Si bien es verdad que corresponde a estos, a falta de armonización a nivel de la Unión, apreciar el nivel al que pretenden garantizar la protección del interés en cuestión, no es menos cierto que dicha facultad de apreciación debe ejercerse dentro del respeto a las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión y, en particular, los requisitos recordados en el apartado 36 de la presente sentencia (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, EU:C:2008:85, apartados 44 a 46).
- 43 A este respecto, un tipo penal dirigido a castigar la sustracción internacional de menores, incluso cuando es obra de un progenitor, es en principio apto, debido especialmente a su efecto disuasorio, para proteger a los menores frente a tales sustracciones y garantizar sus derechos. La aplicación de la norma que establece este tipo contribuye, además, al objetivo de luchar contra estas sustracciones en aras de la protección de los menores.
- 44 Sin embargo, este tipo penal no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo que persigue.
- 45 Pues bien, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente compruebe este extremo, el legislador alemán parece considerar que la protección del menor y de sus derechos frente al riesgo de sustracción no exige que la sustracción por parte de un progenitor sea, por principio y en cualquier caso, un comportamiento penalmente reprobable. En efecto, mientras que la sustracción internacional de un menor por su progenitor puede ser objeto, como tal, de una sanción penal, con arreglo al artículo 235, apartado 2, punto 2, del Código Penal, no sucede lo mismo con la sustracción de un

menor por su progenitor cuando el menor es retenido en territorio alemán, ya que tal hecho solo da lugar a una sanción penal, con arreglo al artículo 235, apartado 1, punto 1, del Código Penal, en caso de que se realice por la fuerza, con amenaza de daño grave o mediante engaño.

- 46 Ciertamente, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que el tipo concreto previsto por el artículo 235, apartado 2, punto 2, del Código Penal, así como la protección reforzada del menor que establece esta disposición, se basan en la consideración de que, en caso de traslado del menor fuera del territorio alemán, su restitución a dicho territorio y al titular del derecho de custodia encontraría, al igual que el reconocimiento de las resoluciones judiciales alemanas, dificultades prácticas.
- 47 No obstante, procede considerar que un tipo penal que castiga el mero hecho de que uno o los dos progenitores de un menor retenido en otro Estado miembro no lo restituyan al otro progenitor, al tutor o al curador, incluso cuando no medie fuerza, amenaza de daño grave o engaño, va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, en un contexto en el que el hecho de retener a un menor en el territorio del Estado miembro de que se trate no conlleva una sanción penal, salvo que se realice por la fuerza, con amenaza de daño grave o mediante engaño.
- 48 En efecto, una argumentación basada, en esencia, en la presunción de que es imposible o excesivamente difícil obtener el reconocimiento, en otro Estado miembro, de una resolución judicial relativa a la custodia de un menor y, en caso de sustracción internacional de este, a su restitución inmediata equivaldría a asimilar los Estados miembros a Estados terceros y contravendría las normas y el espíritu del Reglamento n.º 2201/2003.
- 49 Este Reglamento se basa, como se desprende de sus considerandos 2 y 21, en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial, así como en el principio de confianza mutua. Según reiterada jurisprudencia, este último principio obliga a cada uno de los Estados miembros a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho [véanse, en este sentido, el dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, punto 191, y la sentencia de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 36].
- 50 A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una normativa de un Estado miembro que establece sanciones penales para el progenitor que retenga a su hijo en otro Estado miembro, sin el consentimiento del curador designado, aun cuando no medie fuerza, amenaza de daño grave o engaño, mientras que, cuando el menor se encuentra en el primer Estado miembro, este mismo hecho solo es constitutivo de delito si se realiza por la fuerza, con amenaza de daño grave o mediante engaño.

### **Costas**

- 51 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

**El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una normativa de un Estado miembro que establece sanciones penales para el progenitor que retenga a su hijo en otro Estado miembro, sin el consentimiento del curador designado, aun cuando no medie fuerza, amenaza de daño grave o engaño, mientras que, cuando el menor se encuentra en el primer Estado miembro, este mismo hecho solo es constitutivo de delito si se realiza por la fuerza, con amenaza de daño grave o mediante engaño.**

Firmas