Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GERARD HOGAN
presentadas el 4 de junio de 2020 [1]

Asunto C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
contra
ZW

[Petición de decisión prejudicial presentada por el Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de lo Civil y Penal de Heilbronn, Alemania)]

«Petición de decisión prejudicial — Artículo 18 TFUE — Artículo 21 TFUE — Ciudadanía de la Unión — Derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros — Directiva 2004/38/CE — Artículo 27 — Delito de sustracción de menores — Menor sometido a curatela — Progenitor privado parcialmente de su patria potestad que traslada al menor al extranjero sin el consentimiento previo del curador»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 18 TFUE y 21 TFUE, así como 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. [2]

2. Esta petición se ha formulado en el contexto de un proceso penal incoado contra ZW por la coautoría de un delito de sustracción de un menor que es su hijo.

3. Las cuestiones planteadas por el tribunal remitente se refieren una vez más al alcance del derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión. La respuesta que proporcione el Tribunal de Justicia también servirá para aclarar, en el contexto específico de la sustracción de menores, el alcance del artículo 27 de la Directiva 2004/38, que autoriza a los Estados miembros a limitar la libertad de circulación por razones de orden público.

1 Lengua original: inglés.

2 DO 2004, L 158, p. 77; corrección de errores en DO 2004, L 229, p. 35.

II. Marco jurídico

A. Derecho internacional

4. El artículo 12 del 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»), establece:

«Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

[…]»

B. Derecho de la Unión

1. Directiva 2004/38

5. El artículo 27 de la Directiva 2004/38 es la primera disposición del capítulo VI, titulado «Limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública». La citada disposición establece:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos.

2. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas.

La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

[…]»

2. Reglamento (CE) n.º 2201/2003:

Los considerandos 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,[3] son del siguiente tenor:

«(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.»

6. El artículo 42 del Reglamento n.º 2201/2003 pertenece a la sección 4, titulada «Fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor». A tenor de dicho artículo:

«1. La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2.

Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que ordenan la restitución del menor a tenor del apartado 8 del artículo 11, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución.

2. El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente:

a) si 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) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y

c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas.

3 DO 2003, L 338, p. 1

El juez de origen expedirá el certificado de oficio y utilizará para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV (certificado relativo a la restitución del menor).

El certificado se redactará en la lengua de la resolución.»

C. Derecho alemán

7. El artículo 25 del Strafgesetzbuch (Código penal alemán; en lo sucesivo, «StGB») dispone:

«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 StGB tiene el siguiente tenor:

«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 dieciocho años con fuerza, amenaza de daño grave o engaño; o

2. a un niño [NdT: menor de catorce años] 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.

3) En los casos previstos en el apartado 1, punto 2, y en el apartado 2, punto 1, la tentativa será punible.

4) Se impondrá una pena privativa de libertad de uno a diez años si el autor:

1. mediante los hechos, pone a la víctima en peligro de muerte o de daños graves para su salud o de un deterioro significativo de su desarrollo físico o psíquico, o

2. comete los hechos mediando contraprestación o con la intención de obtener un lucro propio o de un tercero.

5) Si mediante los hechos el autor causa la muerte de la víctima, se impondrá una pena privativa de libertad no inferior a tres años.

6) En los casos tipificados en el apartado 4 que sean de menor gravedad, se impondrá una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años; en los casos tipificados en el apartado 5 que sean de menor gravedad, se impondrá una pena privativa de libertad de uno a diez años.

7) En los casos tipificados en los apartados 1 a 3, la sustracción de menores solo será perseguible a instancia de parte, a no ser que la autoridad de instrucción considere que ha de intervenir de oficio por existir un especial interés público en la persecución de la infracción.»

III. Antecedentes de hecho del proceso principal

9. El presente caso tiene su origen en un proceso penal incoado en Alemania contra ZW, de nacionalidad rumana y residente en Alemania, por la sustracción internacional de su propio hijo, AW.

10. AW, de nacionalidad rumana, residía con su madre en Alemania desde 2009. Los progenitores de AW están separados y su padre, de nacionalidad rumana, vive en Rumanía. Debido a los problemas de comportamiento del menor, AW fue internado, con el acuerdo de los progenitores, en un centro de acogida de menores en marzo de 2013. Por orden de un órgano jurisdiccional alemán dictada en 2014, se 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 denominado «curador complementario» («Ergänzungspfleger»; en lo sucesivo, «curador») en virtud de una delegación parcial de la patria potestad denominada «Ergänzungspflegschaft» (curatela complementaria).

11. En diciembre de 2017, AW, que había regresado a casa de su madre tras varios internamientos fallidos en diversos centros de acogida de menores, fue trasladado a Rumanía por su padre, con el consentimiento de su madre. Actualmente vive en ese país. Puesto que los progenitores no habían informado al curador, al que se había atribuido el derecho a determinar la residencia del menor, el curador presentó denuncia contra los progenitores como coautores de la sustracción internacional de un menor. La madre es la acusada en el proceso principal.

12. El tribunal remitente explica que, de conformidad con el artículo 235, apartado 2, del StGB, la sustracción internacional de menores (con vulneración del derecho del curador a determinar la residencia del menor) se castiga con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con una multa, independientemente de que el menor esté retenido en otro Estado miembro de la Unión o en un tercer Estado. En cambio, si la sustracción se comete dentro del territorio nacional, solo se castiga con arreglo al StGB si la persona en cuestión sustrae o retiene al menor por la fuerza, con amenaza de daño grave o mediante engaño.

13. En este contexto, el tribunal remitente pregunta, en primer lugar, si una norma penal como la citada pertenece al ámbito del Derecho de la Unión y, en tal caso, si es compatible con el Derecho de la Unión.

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

14. En estas circunstancias, mediante resolución de 11 de junio de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de junio de 2019, el Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de lo Civil y Penal de Heilbronn, Alemania) ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«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 Europea y terceros países?»

15. Han presentado observaciones escritas el Gobierno alemán y la Comisión Europea. Debido a la pandemia por Covid-19, la vista señalada para el 25 de marzo de 2020 quedó cancelada. En su lugar, mediante resolución de 17 de marzo de 2020, las preguntas para respuesta oral remitidas a las partes con antelación a la vista fueron transformadas en preguntas para respuesta escrita. ZW, el Gobierno alemán y la Comisión accedieron a esa petición y respondieron a esas preguntas en el plazo establecido por el Tribunal de Justicia. Por lo tanto, se les ha dado a todos la oportunidad de expresar sus opiniones sobre toda la problemática planteada por la resolución de remisión.

V. Análisis

A. Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

16. En sus observaciones escritas, el Gobierno alemán sostiene que las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal nacional son inadmisibles. Según dicho Gobierno, las cuestiones no tienen una conexión real y directa con el objeto de la controversia que debe resolver el tribunal nacional. Sin embargo, por mi parte considero que la petición de decisión prejudicial es admisible.

17. A este respecto cabe observar que, según jurisprudencia consolidada, 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. En el marco de esta cooperación, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y 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. 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. [4]

18. En el presente caso, no se pone en duda que ZW, nacional de un Estado miembro, a saber, Rumanía, que se trasladó a otro Estado miembro, a saber, Alemania, hizo uso de su derecho a circular libremente. Por consiguiente, su situación está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, como mínimo de los artículos 18 TFUE y 21 TFUE. [5]

19. Además, el tribunal remitente ha explicado de forma exhaustiva por qué considera que, para pronunciarse sobre la controversia de la que conoce, es necesario analizar si el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una disposición penal como la norma en la que se basa el asunto que se le ha planteado.

20. En estas circunstancias, considero que la cuestión prejudicial debe considerarse admisible.

4 Véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630), apartados 18 a 20, y de 23 de enero de 2019, M. A. y otros (C-661/17, EU:C:2019:53), apartados 48 a 50.

5 Véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898), apartado 27.

B. Sobre la primera cuestión prejudicial

21. Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la normativa penal nacional está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, en particular, de la Directiva 2004/38.

22. Procede responder afirmativamente a esta cuestión. En efecto, aunque en principio la legislación penal y las normas de enjuiciamiento criminal son, en gran medida, materias que competen a los Estados miembros, el Tribunal de Justicia ha declarado de un modo constante que el Derecho de la Unión impone límites a la competencia de los Estados miembros en esas materias. En efecto, esa competencia de los Estados miembros debe ejercerse observando no solo las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho de la Unión, sino también el Derecho de la Unión en su conjunto, en particular el Derecho primario. [6] Dichas disposiciones legislativas en el ámbito del Derecho penal no pueden, por tanto, producir una discriminación 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. [7]

C. Sobre la segunda cuestión prejudicial

23. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el Derecho de la Unión, más concretamente el principio de no discriminación y la libertad de circulación consagrados en los artículos 18 TFUE y 21 TFUE y especificados por la Directiva 2004/38, se opone a la aplicación de una norma penal nacional que sanciona la retención de un menor en el extranjero sin consentimiento de su curador, cuando dicha disposición no diferencia entre Estados miembros de la Unión Europea y terceros países.

24. Quisiera aclarar, como idea preliminar, que las circunstancias particulares del asunto dirimido en el proceso principal —a saber, que sea un tercero quien ejerce el derecho a determinar la residencia del menor y que, por lo tanto, el proceso penal se dirija potencialmente contra ambos progenitores— no influyen en la tarea de interpretación del Derecho de la Unión que se solicita. En efecto, en lo que respecta a las condiciones de aplicación de la disposición penal, la situación de las personas enjuiciadas es idéntica.

1. ¿Existe una diferencia de trato y/o una restricción a la libertad de circulación?

25. En primer lugar, es evidente que la norma nacional controvertida diferencia entre la situación que se produce en el territorio nacional y la que conlleva el traslado de un menor a otro país. En este último caso, el mero hecho de trasladar o retener a un menor en el extranjero sin consentimiento de uno o ambos progenitores o de su tutor o curador es suficiente para dar lugar a una sanción penal.

6 Véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2019, Rimšēvičs y BCE/Letonia (C-202/18 y C-238/18, EU:C:2019:139), apartado 57.

7 Véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47), apartado 19; de 24 de noviembre de 1998, Bickel y Franz (C-274/96, EU:C:1998:563), apartado 17, y de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartados 53 y 54.

26. En esas circunstancias, me parece que no es tanto la mera decisión con respecto a la patria potestad, sino más bien el riesgo de enjuiciamiento penal, lo que en realidad puede disuadir a un ciudadano de la Unión de abandonar el Estado miembro de acogida en el que reside y regresar a su Estado miembro de origen con su hijo cuando esa persona no tenga derecho a determinar el lugar de residencia del menor. Por lo tanto, esta diferencia de trato, así como sus efectos, pueden afectar o incluso restringir la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión de que se trate, en el sentido del artículo 21 TFUE. [8]

27. Según jurisprudencia consolidada, tal restricción solo puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. [9] No obstante, en aras de la exhaustividad y dado que la Comisión esgrime este argumento, me propongo examinar en primer lugar si la medida en cuestión puede justificarse al amparo de la excepción por razones de orden público prevista en el artículo 27 de la Directiva 2004/38.

2. Artículo 27 de la Directiva 2004/38 y la excepción basada en el orden público

28. El artículo 27 de la Directiva 2004/38 autoriza a los Estados miembros a limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Al margen de que la lucha contra la sustracción de menores que subyace a la norma nacional en cuestión pueda considerarse una razón de orden público, no creo que una norma nacional como la controvertida en el proceso principal esté incluida en el ámbito de aplicación del artículo 27 de la Directiva 2004/38.

29. En efecto, tanto una interpretación contextual como una interpretación teleológica confirman que el ámbito de aplicación del artículo 27 de la Directiva 2004/38 se ciñe, por una parte, a las limitaciones del derecho de entrada *stricto sensu* y, por otra, a las medidas de expulsión.

30. En cuanto a la interpretación contextual, es decir, el contexto normativo en el que se sitúa la disposición, cabe señalar que el artículo 27 de la Directiva 2004/38 es la primera disposición del capítulo VI de dicha Directiva, titulado «*Limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia* por razones de orden público, seguridad pública o salud pública». [10] Además, el artículo 27 se titula a su vez «Principios generales», lo que significa que esos principios se desarrollan en las disposiciones que siguen. No obstante, esas disposiciones del capítulo VI solo se refieren a la protección contra la expulsión (artículo 28 — Protección contra la expulsión; artículo 32 — Vigencia de una prohibición de entrada en el territorio, y artículo 33 — Expulsión como pena o medida accesoria), al tipo de enfermedades que pueden impedir la entrada en el territorio de un Estado miembro o justificar la expulsión (artículo 29) y a las garantías procesales contra toda decisión adoptada en virtud del artículo 27 de la Directiva (artículo 30 — Notificación de las decisiones, y artículo 31 — Garantías procesales). La mayoría de esas disposiciones procesales, si no todas, se refieren de forma expresa únicamente a las decisiones de expulsión.

31. A efectos de una interpretación teleológica resultan particularmente esclarecedores los considerandos 22 a 27 de la Directiva 2004/38. En primer lugar, tras recordar que el Tratado prevé algunas restricciones al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, el considerando 22 señala que «para precisar las condiciones y garantías procesales con arreglo a las cuales *puede adoptarse la decisión de denegación*

8 Véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630), apartados 32 y 33; de 13 de noviembre de 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898), apartados 28 y 30, y de 13 de junio de 2019, TopFit y Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497), apartados 44 y 47.

9 Véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630), apartado 34; de 13 de noviembre de 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898), apartado 31, y de 13 de junio de 2019, TopFit y Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497), apartado 48.

10 La cursiva es mía.

de entrada o de expulsión de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, la presente Directiva sustituye a la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, sobre coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de circulación y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad pública o salud pública», [11] que en realidad solo se refería a la expulsión. En segundo lugar, los demás considerandos relativos al capítulo VI de la Directiva 2004/38 se refieren únicamente a la expulsión (considerandos 23, 24 y 27) o a la denegación de entrada en otro Estado miembro (considerandos 25 y 26).

32. Por consiguiente, habida cuenta de las consideraciones anteriores, estimo que una disposición como la controvertida en el proceso principal, que no prohíbe la entrada de un ciudadano de la Unión en otro Estado miembro ni ordena su expulsión, sino que tiene el «mero» resultado de afectar a su libertad de circulación o restringirla, no está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 27 de la Directiva 2004/38. Es decir, solo la denegación de entrada o la expulsión (y las medidas que sean *directamente discriminatorias*) pueden justificarse al amparo de una de las tres excepciones expresamente previstas en el Tratado y luego enunciadas específicamente en el capítulo VI de la Directiva 2004/38. [12]

33. En todo caso, si el Tribunal de Justicia no siguiera esta interpretación del artículo 27 de la Directiva 2004/38, no podría sino dictaminar, a mi modo de ver, que una norma como la disposición controvertida en el proceso principal no cumple los requisitos de dicha Directiva. En efecto, como ha subrayado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/38 establece expresamente que no podrán argumentarse justificaciones «que se refieran a razones de *prevención general*». [13]

34. En mi opinión, la norma nacional controvertida en el proceso principal es una medida de prevención general. En efecto, el propio Gobierno alemán ha explicado en sus observaciones escritas que el artículo 235, apartado 2, del StGB contribuye *de manera preventiva* a garantizar el principio según el cual los derechos de custodia deben ejercerse, por regla general, en el lugar de residencia habitual inicial del menor. [14] En ese contexto, es evidente que la disposición nacional en cuestión es un acto de aplicación general para situaciones determinadas objetivamente y produce efectos con respecto a personas consideradas de manera general y abstracta, al objeto de disuadirlas de conductas que sean contrarias a los intereses de la sociedad y, en particular, de los menores. Como tal, esa disposición es una medida de prevención general y, por lo tanto, no puede incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 27 de la Directiva 2004/38.

35. Ahora bien, una restricción a la libertad de circulación puede ciertamente justificarse si se basa en consideraciones objetivas y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. [15] A continuación, analizaremos ese aspecto.

11 DO 56 de 4.4.1964, p. 850; EE 05/01, p. 36. Esta Directiva fue modificada por última vez por la Directiva 75/35/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974 (DO 1975, L 14, p. 14; EE 05/02, p. 45). La cursiva es mía.

12 Véase, en este sentido, Barnard, C., y Peers, S.: *European Union Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2017, pp. 402 y 403.

13 La cursiva es mía. Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de julio de 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396), apartado 24; de 17 de noviembre de 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749), apartado 34, y de 4 de octubre de 2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608), apartado 41.

14 Punto 76 de las observaciones escritas del Gobierno alemán. En consonancia con este primer objetivo, el Gobierno alemán también invoca el objetivo de garantizar que la sustracción de un menor no afecte a la competencia del tribunal de la residencia habitual del menor.

15 Véase la jurisprudencia citada en la nota 9.

3. Existencia de consideraciones objetivas que puedan justificar la restricción y la proporcionalidad de la norma nacional en cuestión

36. Como se ha indicado anteriormente, el Gobierno alemán sostiene que su norma viene motivada por el deseo de garantizar que los derechos de custodia se ejerzan, por regla general, en el lugar de residencia habitual inicial del menor. También afirma que la norma pretende proteger más ampliamente tanto los derechos de la patria potestad como los de los menores.[16] La Comisión comparte este criterio y explica que el objetivo de la medida en cuestión es prevenir y, en última instancia, si es necesario, castigar las sustracciones internacionales de menores, objetivo que es legítimo y, por tanto, justificable en aras del orden público.

37. Dado que estos objetivos están intrínsecamente vinculados a los derechos fundamentales del niño, opino que deben considerarse objetivos legítimos desde la perspectiva del Derecho de la Unión.[17]

38. En efecto, como ha reconocido anteriormente el Tribunal de Justicia, uno de esos derechos fundamentales del niño, establecido en el artículo 24, apartado 3, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), es el de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, cuyo respeto redunda incontestablemente en un interés superior de todo menor. A este respecto, debe señalarse que el traslado ilícito de un menor, como consecuencia de una decisión adoptada unilateralmente por uno de sus progenitores, priva la mayoría de las veces a dicho menor de la posibilidad de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con el otro progenitor.[18]

39. En consonancia con estas observaciones, cabe señalar asimismo que el Convenio de La Haya de 1980, complementado más adelante por el Reglamento n.º 2201/2003, también se adoptó considerando especialmente que los intereses del menor son de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Por consiguiente, es necesario proteger al menor de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o retención transfronterizos de carácter ilícito y establecer procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como para asegurar la protección de los derechos de visita.[19]

40. En esas circunstancias, la norma nacional que pretende, entre otros fines, evitar el traslado o retención ilícitos de menores persigue indudablemente un objetivo legítimo en virtud del Derecho de la Unión.

41. No obstante, las medidas restrictivas de una libertad fundamental, como la prevista en el artículo 21 TFUE, solo pueden estar justificadas por consideraciones objetivas si son necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y si dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas.[20]

42. En ese contexto, dudo francamente que una medida como la norma controvertida en el proceso principal pueda considerarse objetivamente necesaria. Si bien esta medida se adoptó con el fin de garantizar su objetivo declarado de abordar los casos que conllevan un traslado o retención ilícitos, resulta sorprendente que no se penalicen de la misma manera las conductas similares que se produzcan en el territorio nacional. Por otra parte, como ya se ha mencionado, el propio legislador de la Unión también adoptó el Reglamento n.º 2201/2003 con el fin de impedir la sustracción de menores entre Estados miembros y, en caso de sustracción, conseguir que la restitución del menor se produzca

16 Puntos 75 y 76 de las observaciones escritas del Gobierno alemán.

17 Hay quien sostiene incluso, de manera más general, que todo lo que tenga que ver con la protección de la familia constituye un objetivo legítimo (véase, en este sentido, Pfeiff, S.: *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruselas, 2017, n.º 258, p. 260).

18 Véase, en este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810), apartados 54 y 56.

19 Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406), apartados 48, 51 y 53.

20 Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin (C–182/15, EU:C:2016:630), apartado 38.

sin demora.[21] Además, ese Reglamento, adoptado a partir de la idea de que debe prevalecer el interés superior del menor,[22] establece el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en los Estados miembros. Este principio se basa a su vez, como se desprende del considerando 21 del Reglamento n.º 2201/2003, en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros.[23]

43. En la actualidad se ha establecido de un modo claro que, obviamente, el principio de confianza mutua entre los Estados miembros tiene una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. Según jurisprudencia consolidada, ese principio obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, 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.[24] Por otra parte, en lo que respecta al Reglamento n.º 2201/2003, cabe recordar ciertamente que el propio Tribunal de Justicia ha subrayado que la cooperación judicial y la confianza mutua en las que se fundamenta ese Reglamento deben llevar al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, *piedra angular* de la creación de un auténtico espacio judicial.[25]

44. Es evidente que el carácter internacional de asuntos como el del proceso principal puede dar lugar con mayor frecuencia a dificultades relacionadas, entre otras, con la diversidad lingüística del procedimiento o con la distancia, pero también con la necesidad específica de obtener el certificado de la resolución judicial que ordene la restitución de un menor con arreglo al artículo 42 del Reglamento n.º 2201/2003. Si bien estas dificultades no deben menospreciarse, el principio de confianza mutua no puede soslayarse invocando dificultades prácticas de este tipo sin socavar también el efecto útil de los instrumentos basados en este principio. Sin embargo, esto es precisamente lo que sucedería si se permitiera a un Estado miembro diferenciar de esta manera entre las sustracciones de menores que tienen lugar dentro de ese Estado miembro y las que afectan a otro Estado miembro.

45. En estas circunstancias, considero que una norma nacional como la disposición de que se trata en el proceso principal no parece necesaria para alcanzar el objetivo que persigue cuando el traslado o retención ilícitos tienen lugar en otro Estado miembro y no en un tercer Estado.

46. Por consiguiente, el tribunal que conoce del asunto debe negarse a aplicar la norma nacional contraria al Derecho de la Unión, ya que es evidente que el artículo 21 TFUE tiene efecto directo[26] y que, por lo tanto, puede ser invocado a tal fin por un particular frente a un Estado miembro.[27]

4. Alternativamente, análisis de la proporcionalidad stricto sensu

47. En caso de que el Tribunal de Justicia no comparta este análisis y considere que la norma nacional en cuestión es necesaria para lograr el objetivo perseguido por la medida, aún sería necesario determinar si ese objetivo no puede lograrse con medidas menos restrictivas.

21 Véase, en este sentido, el considerando 17 del Reglamento n.º 2201/2003. Véanse también las sentencias de 11 de julio de 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406), apartado 52, y de 23 de diciembre de 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810), apartado 49.

22 Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406), apartado 51.

23 Véase, en este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810), apartado 45.

24 Véanse, en este sentido, el Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión Europea al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 191, y las sentencias 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, y de 19 de marzo de 2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218), apartado 81.

25 Véase, en este sentido, la sentencia de 16 de enero de 2019, Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24), apartado 41.

26 Sobre el efecto directo de la libertad de circulación, véanse las sentencias de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133), apartado 7, y de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, EU:C:2002:493), apartados 84 y 86.

27 Véase, en este sentido, la sentencia de 24 de junio de 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530), apartado 61.

48. A este respecto, considero que la imposición automática de una pena de prisión o de una multa en caso de traslado o retención de un menor en el extranjero sin informar al titular o titulares de la patria potestad sería incompatible con el principio de proporcionalidad.

49. De hecho, como establece el artículo 49, apartado 3, de la Carta, la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción. Como explicó el Abogado General Bobek en las conclusiones del asunto Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494), la proporcionalidad de las sanciones penales presenta un doble aspecto: primero, la sanción impuesta deberá ser proporcionada a la gravedad de la infracción cometida. Segundo, al determinar la sanción deben tenerse en cuenta las circunstancias individuales de cada caso.[28] Por ello, la puesta en práctica efectiva del control de la proporcionalidad supone una apreciación *in concreto* en función de las circunstancias particulares de cada caso.[29]

50. Por consiguiente, para respetar este principio, la normativa nacional pertinente debe permitir un examen individual de la situación en la que se produjeron los hechos en cuestión.[30]

51. En sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia, el Gobierno alemán afirma que la imposición de una pena de prisión o de una multa no es automática y que las características específicas de cada caso pueden tenerse en cuenta a la hora de dictar sentencia. No obstante, ante la falta de indicaciones al respecto en la petición de decisión prejudicial, corresponde al tribunal nacional determinar si la aplicación del artículo 235 del StGB se ajusta al principio de proporcionalidad, al permitir al tribunal nacional tener en cuenta las características específicas e individuales de cada caso a efectos de imponer una condena, ya se trate de una pena privativa de libertad o de una multa.[31]

52. Con este fin, el tribunal nacional podrá tomar en consideración diversos factores, como la conducta personal del progenitor enjuiciado, el estado de la relación entre ambos progenitores, la utilización o no de los mecanismos previstos en el Reglamento n.º 2201/2003 y el resultado de dicha utilización, así como, cuando proceda, el punto de vista del propio menor, dado que el artículo 24, apartado 1, de la Carta establece que la opinión de los niños debe tenerse en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

53. Si el Derecho nacional no permite ese examen individual, el tribunal que conoce del asunto deberá negarse a aplicar la norma nacional contraria al Derecho de la Unión.

VI. Conclusión

54. En consecuencia, habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones planteadas por el Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de lo Civil y Penal de Heilbronn) de la siguiente manera:

«1) Los Estados miembros deben ejercer su competencia en materia penal observando no solo las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho de la Unión, sino también el Derecho de la Unión en su conjunto, en particular el Derecho primario. Por consiguiente, los artículos 18 TFUE y 21 TFUE deben interpretarse en el sentido de que la normativa penal nacional no puede

28 Punto 42.

29 Véanse en este sentido, en el contexto de la orden de detención europea, las conclusiones del Abogado General Bot en el asunto Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131), punto 93.

30 Véase, en este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2019, Tjebbes y otros (C-221/17, EU:C:2019:189), apartado 41.

31 Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de julio de 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396), apartado 28, y de 12 de marzo de 2019, Tjebbes y otros (C-221/17, EU:C:2019:189), apartado 40.

producir una discriminación 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.

2) Los artículos 18 TFUE y 21 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma de un Estado miembro como la controvertida en el proceso principal, que sanciona el traslado o retención ilícitos de un menor de manera diferente según que la situación se produzca en el territorio nacional o en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea, que a tal efecto se considera un tercer país.

Alternativamente, los artículos 18 TFUE y 21 TFUE, analizados a la luz de los artículos 24 y 49, apartado 3, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma de un Estado miembro como la controvertida en el proceso principal, que sanciona el traslado o retención ilícitos de un menor de manera diferente según que la situación se produzca en el territorio nacional o en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que los tribunales nacionales estén en condiciones de proceder a un examen individualizado de la situación en que se hayan producido los hechos de que se trate.

En el marco de ese examen, los tribunales podrán tomar en consideración, en particular, la conducta personal del progenitor enjuiciado y el estado de la relación entre ambos progenitores, la aplicación o no de los mecanismos previstos por el 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, así como, cuando proceda, el punto de vista del propio menor.»