

Versión anonimizada

Traducción

C-454/19 - 1

Asunto C-454/19

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

14 de junio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de lo Civil y Penal de Heilbronn, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

11 de junio de 2019

Acusada:

ZW

[omissis]

Amtsgericht Heilbronn

Resolución

En el proceso penal seguido contra

ZW,

[omissis], casada, de nacionalidad rumana, con domicilio [en] [omissis] Heilbronn

[omissis]

[omissis] por sustracción conjunta de menores

el Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de lo Civil y Penal de Heilbronn, Alemania)

[omissis] ha resuelto:

1. Suspender el procedimiento [*omissis*] hasta que recaiga resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
2. Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las siguientes cuestiones prejudiciales:
 - a) ¿Debe interpretarse el Derecho primario o el Derecho derivado de la Unión, en particular la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que reconoce a los ciudadanos de la Unión un derecho amplio a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, en el sentido de que también comprende las normas penales nacionales?
 - b) En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión: ¿Se opone la interpretación del Derecho primario o del Derecho derivado de la Unión a la aplicación de una norma penal nacional que pretende sancionar la retención en el extranjero de un menor, sustrayéndolo así a la guarda de su curador, si dicha disposición no diferencia entre Estados miembros de la Unión Europea y terceros países?

Motivos:

A. Objeto del procedimiento principal

- 1 El litigio principal versa sobre la cuestión de si el artículo 235, apartado 2, punto 2, del Strafgesetzbuch (Código Penal alemán) vulnera la normativa en materia de libre circulación de los trabajadores, en particular la Directiva 2004/38/CE y el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias (artículo 2, punto 2, de la Directiva 2004/38) a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (artículo 1 de la Directiva 2004/38), así como el principio de igualdad de trato establecido en el artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2004/38, y si, por tanto, debe ser inaplicable por un órgano jurisdiccional nacional en virtud de la primacía del Derecho de la Unión.

B. Hechos del litigio principal

- 2 1. La acusada ZW, madre de AW

La acusada ZW [*omissis*], nacida [*omissis*] en [*omissis*] Rumanía y QN, nacido [*omissis*] en [*omissis*] Rumanía, son los progenitores del menor no matrimonial AW, nacido [*omissis*] en [*omissis*] Rumanía. Después del nacimiento de su hijo AW, la acusada ZW vivió en Rumanía el primer año. En ese momento vio la oportunidad de labrarse un futuro para ella y para su hijo en Alemania. Para preparar su traslado, viajó en un primer momento a Alemania ella sola. Entretanto, su hijo AW permaneció en Rumanía con su madrina, que lo cuidaba y atendía. A partir de 2009, la acusada ZW estuvo empleada durante ciertos períodos como trabajadora afiliada obligatoriamente a la seguridad social a través de empresas de

trabajo temporal que la destinaron como limpiadora a una guardería, un centro geriátrico y un hospital. Trabajó en ocasiones a tiempo parcial, pero durante otros períodos estuvo desempleada, si bien inscrita como demandante de empleo en la oficina de empleo. Una vez que dispuso de ingresos estables, en 2009 la acusada ZW hizo que su hijo AW se trasladara a Alemania para vivir con ella.

3 2. QN, padre de AW

Inicialmente, QN, el padre del menor, asistió a un colegio alemán en Rumanía. Con posterioridad, pasó temporadas con los miembros de su familia en Karlsruhe. Las estancias de QN también le sirvieron para ganar dinero en Alemania. Actualmente, QN reside de nuevo en Rumanía, donde tiene una buena posición económica gracias a los ingresos que obtiene en aquel país.

4 3. Situación del hijo AW

Con arreglo a la legislación rumana, ambos progenitores (separados desde hace tiempo) tienen la patria potestad de AW. Durante el tiempo que AW asistió a la guardería se produjeron diversos incumplimientos de normas por su parte, que finalmente condujeron a que se adoptara una medida de apoyo familiar sociopedagógico a fin de reforzar las competencias educativas de la acusada ZW, establecer criterios educativos coherentes y asistir a la familia en los trámites administrativos. Sin embargo, en última instancia esta medida no logró mejorar la situación.

5 En 2012, la acusada ZW trasladó a su hijo al domicilio del padre QN, que vive en Rumanía, pues había que obtener un pasaporte nuevo y faltaba determinada documentación. Cuando AW volvió en septiembre de 2012 manifestó de nuevo problemas de conducta, de modo que en marzo de 2013, con el consentimiento de la acusada, la Jugendamt (Oficina del Menor) dispuso que fuera acogido en un centro de ayuda a menores en Bad Friedrichhall, cerca de Heilbronn, lugar de residencia de la madre. El padre, en una conversación telefónica con la Oficina del Menor, dio su acuerdo aunque era reacio, hasta que llegara el momento en que quisiera que el hijo retornara con él.

6 Mediante resolución del Amtsgericht Heilbronn de 14 de noviembre de 2014 se retiró a ambos progenitores el derecho a decidir el lugar de residencia de su hijo, el derecho a solicitar ayudas a la infancia y prestaciones sociales por su hijo, el derecho a participar en la elaboración de medidas de ayuda y la responsabilidad de los cuidados médicos y sanitarios. En un primer momento, los derechos retirados a los progenitores fueron atribuidos a la Landratsamt — Kreisjugendamt — Heilbronn (Diputación del Distrito — Oficina del Menor del Distrito — de Heilbronn) en el marco de una atribución parcial de la patria potestad (“Ergänzungspflegschaft »). Tras fracasar el acogimiento de AW en el centro de ayuda a menores en Bad Friedrichhall, se dispuso que fuera acogido en un centro en la región de Westerwald, que no fue capaz de encauzar al menor, como tampoco lo fue otro centro de acogida de urgencia, de modo que finalmente AW,

con la aprobación de la Diputación del Distrito — Oficina del Menor del Distrito — de Heilbronn, retornó al domicilio de su madre. Mediante escrito de 3 de agosto de 2017, la Jugendamt der Stadt Heilbronn (Oficina del Menor del Ayuntamiento de Heilbronn), que era a la sazón la autoridad competente, solicitó que los derechos de patria potestad fueran restituidos a la madre del menor, sin que la restitución de tales derechos se llevara a cabo, por circunstancias no esclarecidas.

7 Entretanto, a principios de diciembre de 2017, QN, con ocasión de una visita a la acusada ZW y con el consentimiento de esta, se llevó a su hijo con él a Rumanía, donde ambos viven juntos desde entonces. Aún no se ha aclarado si la acusada consintió que QN se llevara a su hijo a Rumanía con carácter permanente o solo hasta después de la Navidad de 2017. La Oficina del Menor del Ayuntamiento de Heilbronn no fue informada de ello, como tampoco lo fue el curador complementario designado («Ergänzungspfleger», en lo sucesivo «curador»), encargado de ejercer los derechos que seguían retirados a los progenitores. El curador presentó una denuncia contra ambos progenitores por «sustracción de menores» por haber sido desplazado el menor a Rumanía, una vez que la acusada ZW le informó del traslado del menor a dicho país

8 4. Hechos imputados

Se imputan a la acusada los siguientes hechos:

«El 9 de diciembre de 2017, la imputada y su esposo, del que vive separada, convinieron que el hijo de ambos, AW, de doce años de edad, para quien el Amtsgericht Heilbronn había nombrado curador a la Kreisjugendamt Montabaur (Oficina del Menor del Distrito de Montabaur), en particular a efectos de ejercer el derecho a decidir el lugar de residencia del menor, que este ya no viviría con la acusada en Heilbronn, sino con su padre en Rumanía. Conforme a dicho acuerdo, AW fue trasladado por sus progenitores a Rumanía, donde vive desde entonces, lo que constituye una vulneración deliberada del derecho a decidir el lugar de residencia del menor, que corresponde a la Oficina del Menor del Distrito de Montabaur.»

9 C. Marco jurídico

Los hechos expuestos están penalmente tipificados como sustracción conjunta de menores en los artículos 235, apartado 2, punto 2; y 25, apartado 2, del Código Penal.

10 El artículo 235 del Código Penal, en lo que aquí es pertinente, establece lo siguiente:

«§ 235 Sustracción de menores

1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa quien sustraiga o retenga, arrebatándolo a sus progenitores, a uno de ellos, o a su curador:

1. a un menor de dieciocho años con fuerza, amenaza de daño grave o engaño;
2. a un menor de catorce años sin ser familiar suyo.

2) Será castigado con la misma pena quien:

1. sustraiga un menor de catorce años a sus progenitores, a uno de ellos, o a su curador, para trasladarlo al extranjero, o

2. retenga en el extranjero a un menor de catorce años después de haberlo trasladado o después de que el menor se haya trasladado allí.

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

4) El autor será condenado a una pena privativa de libertad de uno a diez años:

1. si el delito pone a la víctima en peligro de muerte o de daños graves para su salud o pone en grave peligro su desarrollo físico o psíquico, o

2. si el delito se comete por precio o recompensa o con la intención de obtener lucro propio o de un tercero.

4) Si al cometer el delito el autor causa la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad no podrá ser inferior a tres años.

6) En los casos menos graves tipificados en el apartado 4), se impondrá una pena privativa de libertad comprendida entre seis meses y cinco años; en los casos menos graves tipificados en el apartado 5), se impondrá una pena privativa de libertad comprendida entre uno y diez años.

7) En los casos de sustracción de menores tipificados en los apartados 1 a 3, sólo se procederá a instancia de parte, a no ser que el Ministerio fiscal considere que ha de ejercitarse la acción penal de oficio por existir un interés público cualificado.

[omissis] [omissis]

11 La autoría conjunta del delito, que supone la responsabilidad de cada coautor conforme a la participación que haya tenido en su comisión, se regula en el artículo 25, apartado 2, del Código Penal.

12 El artículo 25 del Código Penal tiene el tenor que sigue, en lo que aquí es pertinente:

«Artículo 25 Autoría

- 1) Será castigado como autor quien cometa el delito por sí o por medio de otro.
- 2) Si varias personas cometen el delito conjuntamente, cada una será castigada como autor (coautor).»

13 D. Pertinencia de las cuestiones prejudiciales para la solución del procedimiento principal

La inaplicabilidad del artículo 235 del Código Penal solo puede derivarse de su incompatibilidad con el Derecho primario o con el Derecho derivado de la Unión y, por lo tanto, de la primacía del ordenamiento jurídico de la Unión. El Amtsgericht Heilbronn considera que debe plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 [TFUE], párrafo primero, letras a) y b), ya que la interpretación del Derecho de la Unión es decisiva para determinar la aplicabilidad de la norma (penal) nacional.

14 D. Exposición relativa a las cuestiones prejudiciales

El opinión del órgano jurisdiccional remitente, la norma penal aplicable es incompatible con la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y por tanto, en virtud de la primacía del Derecho de la Unión, no puede ser aplicada. La Directiva 2004/38 regula el 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. Según su exposición de motivos, la libre circulación de personas constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior, que implica un espacio sin fronteras interiores en el que esta libertad estará garantizada con arreglo a las disposiciones del Tratado.

15 Los dos siguientes aspectos podrían oponerse a la compatibilidad de la disposición nacional penal con la Directiva 2004/38:

16 1. Conforme al artículo 4 de la Directiva 2004/38, todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido, tienen derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro.

17 El menor AW, como nacional rumano y, además, como hijo de ZW y QN, ambos nacionales rumanos, está comprendido en el ámbito de protección de la Directiva 2004/38 conforme a su artículo 3 en relación con el artículo 2.

18 Por tanto, con arreglo al artículo 4, AW tiene derecho a salir del territorio de un Estado miembro, en este caso, la República Federal de Alemania, y a establecer su residencia con su padre en Rumanía, su país de origen. Según el considerando 11 de la exposición de motivos de la Directiva, el Tratado reconoce directamente a los ciudadanos de la Unión el derecho fundamental y personal a residir en otro Estado miembro, que no está sujeto, por tanto, a que se siga un procedimiento administrativo.

- 19 La aplicación de la disposición penal nacional del artículo 235, en la variante aquí pertinente (apartado 1, apartado 2, punto 2), significaría que la acusada ZW y/o QN, padre del menor, podrían retener a su hijo AW (en la situación del caso de autos), sustrayéndolo así a su curador, sin verse expuestos a sanción penal alguna mientras no abandonen el territorio de la República Federal de Alemania. En cambio, si trasladan a su hijo a otro Estado miembro de la Unión Europea en el que permanezca sin ser devuelto al curador, se daría los elementos constitutivos del tipo penal, pese a que tanto ellos mismos como su hijo tienen derecho, en virtud del artículo 4 de la Directiva 2004/38, a salir de un Estado miembro de la Unión Europea.
- 20 Pero la disposición penal del artículo 235 va incluso más allá. Con arreglo al apartado 2, punto 1, ZW se vería expuesto a sanciones penales el caso de que, sin autorización expresa del curador, con el que en ocasiones no es posible ponerse en contacto durante largos períodos, se trasladara con su hijo al territorio de otro Estado miembro simplemente por vacaciones o de visita. En cambio, la norma penal no se aplica a los desplazamientos con el menor por Alemania.
- 21 El tipo penal establecida en el artículo 235 del Código Penal se basa en la consideración de que un menor no puede, o puede únicamente con grandes dificultades, ser recuperado de otro ámbito cultural [omissis]. En opinión del órgano jurisdiccional remitente, esta justificación no es válida dentro de los límites de la Unión Europea, ya que los menores pueden ser devueltos en la Unión sin mayores dificultades conforme al Reglamento n.º 2201/2003, y se trata de un ámbito cultural similar. Dicho Reglamento regula el deber general de reconocer y ejecutar en un Estado miembro de la Unión las resoluciones dictadas en otro Estado miembro de la Unión en materia de derechos de custodia y de visita (artículos 21 y 28).
- 22 La disposición penal del artículo 235 restringe la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, puesto que, a través de la retirada de los derechos parentales sobre un menor, *de facto* los padres también pierden indirectamente su derecho a la libre circulación, salvo que renuncien a la proximidad con su hijo, garantizada por el artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar). El órgano jurisdiccional remitente considera que los gastos administrativos adicionales (derivados de un procedimiento de ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea) que pueden ser necesarios para el retorno del menor desde el territorio de un Estado miembro de la Unión no justifican una injerencia en la libertad de circulación. De hecho, en determinadas circunstancias puede ser mucho más fácil recuperar a un menor de otro Estado miembro de la Unión en el que está oficialmente inscrito (en el caso de autos consta que AW reside con su padre), que determinar el paradero de un menor que ha desaparecido con uno de los progenitores en el territorio de la República Federal de Alemania. En ningún caso los mayores gastos administrativos que podrían producirse justifican una diferencia de trato según que el menor sea retenido en el territorio de la República Federal de Alemania, de una parte, o en el territorio de la Unión

Europea, de otra, [omissis] estableciendo sanciones penales únicamente en el segundo caso.

- 23 Mientras que los progenitores alemanes de un niño alemán son libres de trasladarse en su ambiente (social y geográfico) habitual y pueden elegir su residencia libremente, los padres rumanos de un niño rumano nacido en Rumanía se verían expuestos a sanciones penales si se trasladaran a Rumanía con el menor y decidieran residir con él en su país de origen. Esta diferenciación no resulta en modo alguno justificada, habida cuenta de que en todo momento es posible recuperar a los menores en la Unión Europea. En el caso que nos ocupa, debe añadirse que, hasta la fecha, no parece que se haya considerado necesaria la rápida recuperación del menor, y el contacto entre el curador y AW, que ya de por sí era meramente telefónico, puede mantenerse también con Rumanía, Estado miembro de la Unión.
- 24 Por tanto, no parece justificada la injerencia en la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión que constituye el artículo 235 del Código Penal alemán.
- 25 2. El artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2004/38, que regula la igualdad de trato, dispone que todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la presente Directiva gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Tratado. El beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente.
- 26 El principio de igualdad de trato puede también verse vulnerado por la regulación no diferenciada de la disposición controvertida, como demuestra gráficamente el siguiente ejemplo: si una nacional alemana, en la misma situación que la acusada ZW, hubiera hecho que el hijo común se trasladara a vivir con su padre, que residiera (o volviera a residir) en su región de origen (normalmente alemana), no estaría expuesta a sanciones penales, aunque la nueva residencia estuviera a mil kilómetros del actual domicilio, en otro Estado federado. Por el contrario, un ciudadano de la Unión cometería un delito tipificado en el artículo 235 si en las mismas circunstancias trasladara a su hijo a su región de origen, que en su caso normalmente se situaría en otro Estado miembro de la Unión Europea. La discriminación que sufre el ciudadano de la Unión resulta patente si se considera que (en las circunstancias del caso de autos) puede cometer un delito si traslada a su hijo de forma permanente, por ejemplo, a unos pocos kilómetros de Kehl, al otro lado de la frontera franco-alemana, actualmente invisible, a Estrasburgo, su ciudad de origen, mientras que el padre alemán no cometería un delito si trasladara a su hijo de forma permanente a su región de origen (alemana), cien veces más distante.
- 27 Como resultado, la disposición penal en cuestión, aplicable sin distinción, no trata en pie de igualdad a los ciudadanos de la Unión y a un nacional de un Estado miembro, sino que, por el contrario, asimila al ciudadano de la Unión con los

nacionales de cualquier tercer país situado en el otro extremo del mundo y con el que no existe ninguna relación en materia de auxilio judicial internacional.

- 28 Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que le indique si infringe el Derecho primario o el Derecho derivado de la Unión el artículo 235 del Código Penal alemán, que no diferencia entre el territorio de la Unión y el de terceros países.
- 29 El órgano jurisdiccional remitente solicita asimismo al Tribunal de Justicia que precise si la infracción lleva consigo la inaplicabilidad de la disposición penal nacional.

De estas dos cuestiones depende el resultado del proceso penal pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, pues no podría haber sanción penal con arreglo al artículo 235, apartado 1, de modo que ZW sería absuelta en caso de que el artículo 235, apartado 2, sea inaplicable.

[omissis]

DOCUMENTO DE TRABAJO