

TRASLADO ILÍCITO A RUMANÍA DE UN MENOR TUTELADO
EN ALEMANIA POR UNO DE SUS PADRES CON EL
CONSENTIMIENTO DEL OTRO: ¿DELITO DE SUSTRACCIÓN
DE MENORES? (STJUE DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020)

UNLAWFUL TRANSFER TO ROMANIA OF A MINOR UNDER
CARE IN GERMANY BY ONE OF HIS PARENTS WITH THE
CONSENT OF THE OTHER: CRIME OF CHILD ABDUCTION?
(ECJ NOVEMBER 19, 2020)

FLORA CALVO BABÍO

*Profesora titular de Derecho Internacional privado
Universidad Rey Juan Carlos*

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:20.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6704>

Resumen: El presente estudio tiene como objetivo profundizar en el supuesto de hecho de la sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2020* para analizar si existe, en primer lugar, la sustracción de un menor desde la óptica del Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y/o un delito de sustracción internacional de menores y, en segundo lugar, si verdaderamente la redacción del artículo 235 (2.2.) del Código penal alemán, que regula la sustracción de menores, es susceptible de restringir el derecho a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios, o constituir una discriminación entre los nacionales alemanes y el resto de los nacionales comunitarios.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, delito de sustracción de menores, derechos de los nacionales comunitarios, libre circulación de personas, discriminación entre nacionales de Estados comunitarios.

Abstract: The objective of this study is to analyze the factual situation of the CJEU judgment of 19 November 2020, in order to examine whether there is, firstly, child abduction from the perspective of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, and/or a child abduction offence, and, secondly, whether the wording of Article 235 (2.2) of the German Criminal Code regulating child abduction is indeed likely to restrict the right to free movement of EU citizens, or to constitute discrimination between German nationals and other EU nationals.

Keywords: international child abduction, child abduction offence, rights of EU nationals, free movement, discrimination between EU nationals.

Sumario: I. Los antecedentes de hecho y la decisión del TJUE. 1. Los antecedentes de hecho. 2. Cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal alemán. 3. Respuesta a las cuestiones prejudiciales. II Cuestiones de Derecho internacional privado. 1. Ley aplicable a la patria potestad y medidas de protección del menor. 2. La supuesta sustracción del menor a Rumania por parte del padre.

* C-454/19, ECLI:EU:C:2020:947

III El delito de sustracción internacional de menores. 1. El problema de la regulación del delito de sustracción internacional en Alemania. 2. ¿Puede afectar esta sentencia a la regulación del delito de sustracción internacional en España?

I. Los antecedentes de hecho y la decisión del TJUE

1. Los antecedentes de hecho

1. Con fecha 19 de noviembre de 2020 el Tribunal de justicia dictó una sentencia resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el *Amtsgericht Heilbronn* (el tribunal civil y penal de Heilbronn), Alemania, en el que dicho órgano jurisdiccional cuestionaba la compatibilidad del artículo 235 del Código Penal alemán con el Derecho de la Unión, al considerar que el precepto era susceptible de producir una restricción injustificada de la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión y una discriminación entre nacionales comunitarios.

2. El caso se refería a la supuesta sustracción de un menor de nacionalidad rumana (AW), residente en Alemania, por su padre a Rumanía. AW, nacido en Rumanía, era hijo de dos nacionales rumanos. Residiendo en este país toda la familia y, tras la separación de los padres, la madre (ZW), con el consentimiento del padre, traslada su residencia y la del menor a Alemania. En el año 2014 las autoridades alemanas nombran un curador sobre AW y le atribuyen al mismo el derecho a determinar la residencia del menor.

3. Estando en curatela, el menor AW residió en diferentes centros de acogida, hasta que el curador autorizó a que volviese a residir con su madre e, incluso, el día 3 de agosto de 2017, el *Jugendamt de Heilbronn* (Oficina del Menor de Heilbronn), que había nombrado al curador, solicitó a las autoridades judiciales alemanas que la patria potestad le fuese restituida por completo a la madre.

4. En diciembre de 2017, antes de que el *Amtsgericht* se pronunciase sobre la petición de la Oficina del Menor, el padre, con el consentimiento en cierta medida de la madre, pero sin el consentimiento del curador, trasladó la residencia de éste a Rumanía, dónde padre e hijo viven desde entonces. Ante estos hechos, el *Jugendamt de Heilbronn* -que no solicitó en ningún momento la restitución del menor-, interpuso una denuncia por sustracción de menores contra ambos progenitores. A raíz de tal denuncia, el *Amtsgericht* inició un procedimiento penal contra la madre (que seguía viviendo en Alemania), como coautora de un delito de sustracción de menores tipificado en los artículos 25.2 y 235.2 del Código penal alemán.

2. Cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal alemán

5. El artículo 235.2 del Código penal castiga con una pena de hasta cinco años de prisión la sustracción internacional de menores, mientras que sólo constituye delito castigado con la misma pena la sustracción de menores interna, que se cometa con: “ *fuerza, amenaza de daño grave o engaño*”. En este caso el tribunal alemán consideró que el precepto era susceptible de constituir una restricción injustificada a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión, puesto que, al tratarse las sustracciones internacionales conductas en las que incurren más los nacionales de otros Estados que los alemanes, se entendía que este precepto era susceptible de vulnerar el principio de igualdad de trato que debe dispensarse a todos los ciudadanos de la Unión¹.

¹ Sobre la tramitación de esta cuestión prejudicial, vid. M.C. CHELIZ INGLÉS, “Restricción a la libre circulación de los ciudadanos de la UE, en el contexto de la sustracción internacional de menores (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2020, asunto C-454/19)”, La Ley Unión Europea, número 88, enero 2021, Editorial Wolters Kluwer. Pp. 1-3.

3. Respuesta a las cuestiones prejudiciales

6. El TJUE verifica que, efectivamente el apartado 2.2 del artículo 235 es susceptible de aplicarse más a ciudadanos alemanes que a extranjeros y que, con respecto dichos extranjeros, no se distingue entre ciudadanos comunitarios y ciudadanos de terceros Estados, castigando a los ciudadanos de la Unión europea más que a los ciudadanos alemanes por una conducta similar, y limitando su libertad de circulación en el territorio de la UE. En consecuencia, responde a la cuestión prejudicial indicando que el artículo 235 2.2 va en contra del artículo 21 del TFUE por estos motivos.

II. Cuestiones de Derecho internacional privado

1. Ley aplicable a la patria potestad y medidas de protección del menor

7. Lo primero que hay que analizar en el supuesto de hecho de la sentencia son los aspectos civiles del mismo, pasando después al plano penal y su pretendida colisión con las libertades comunitarias. Dentro del ámbito civil hay que valorar dos cuestiones: a) las leyes aplicables, inicialmente a la patria potestad sobre ese menor rumano residente en Alemania y, posteriormente, a las medidas de protección sobre él que se adoptaron en Alemania; y b) los aspectos civiles de la supuesta sustracción internacional del menor.

8. La ley aplicable a la patria potestad y las medidas de protección del menor se determina a través del *Convenio de la Haya de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores*² (CH96), que se aplica para todos los Estados miembros de la UE. En su ámbito material el CH96 se refiere entre otras cuestiones a la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad parental (art. 1 c), cuando exista un conflicto de leyes, es decir, cuando el supuesto, por razón de la nacionalidad o de la residencia del menor, esté conectado con más de un ordenamiento. Con respecto a la responsabilidad parental, el CH96 se refiere a su atribución, ejercicio y privación total o parcial de la misma, así como su delegación, tanto si se ejerce por los padres, como si atribuye todo o parte de esa responsabilidad parental a una autoridad pública, como ocurre en este caso³.

9. En supuesto de hecho de la STJUE se cumplen todas las condiciones para que, por las autoridades alemanas, se aplique el CH96 para determinar cuál es la ley aplicable a la responsabilidad parental de un menor nacido en Rumanía de padres rumanos, pero qué, cuando hay que adoptar medidas de protección sobre él, reside legalmente en Alemania. Es decir, serán los preceptos de este Convenio los que indiquen de qué ley aplicable se parte (la ley bajo la que se determina inicialmente la responsabilidad parental del menor) y qué ley es aplicable a las medidas de protección que se adoptan cuando el menor se encuentra residiendo en Alemania.

10. En la determinación de la ley aplicable para la adopción de estas medidas (materia para la que el CH96 es *erga omnes ex. art. 20*), la regla general se encuentra en el artículo 15, que designa como aplicable la ley interna del Estado miembro competente para conocer del asunto, no obstante, siempre se parte de una base, y es que la patria potestad del menor puede estar sujeta a otra ley distinta desde su nacimiento. Así, el artículo 16. 1 indica que la atribución de la responsabilidad parental sobre

² BOE número 291, de 2 de diciembre de 2010.

³ Sobre cuestiones generales en materia de familia internacional *vid.* M. GUZMAN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dir.), *Personas y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Sobre determinados aspectos del CH96, *vid.* L. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 41-212. B. CAMPUZANO DÍAZ : “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111, análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020) Vol. 12, 1, pp. 97-117.

el niño se rige por la ley del Estado de residencia habitual del niño. Esa ley subsiste después del cambio de residencia habitual del menor (art. 16.3), pero, en caso de cambio de residencia habitual del niño, la atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a una persona que no estuviere ya investida de tal responsabilidad se rige por la Ley del Estado de la nueva residencia habitual (art. 4).

11. Lo expresado en el apartado anterior es lo que concurre en este supuesto. El menor nació en Rumanía de padres rumanos, por lo que la ley aplicable a la atribución de la responsabilidad parental fue la de su primera residencia habitual, la rumana, que otorgaba la patria potestad a ambos progenitores. Cuando se adoptaron medidas de protección sobre él residía con su madre en Alemania, por lo que es la ley alemana la que se aplica a la modificación de las cuestiones referidas a la patria potestad. Según esta ley la madre se vio privada parcialmente del ejercicio de la patria potestad sobre el menor, y, en especial, del derecho a decidir la residencia de éste.

2. La supuesta sustracción del menor a Rumanía por parte del padre

12. Para resolver la sustracción internacional de un menor, entre los Estados miembros de la UE se aplica el *Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (a partir de ahora CH80)⁴. El artículo 3 del CH80 indica que el traslado ilícito de un menor se produce cuando existe: “*infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y dicho derecho se ejercía de forma efectiva separada o conjuntamente en el momento de su traslado o retención*”. La primera pregunta que surge ante esta definición es, ¿quién tiene atribuido el derecho de custodia y, dentro del mismo, a quién corresponde decidir sobre la residencia del menor? El artículo 5 del mismo convenio indica que: “*derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, en particular, a decidir sobre su lugar de residencia*”. Es decir, este artículo parece indicar que, quien ostenta el derecho de custodia, aunque no tenga la patria potestad completa del menor, puede decidir su lugar de residencia.

13. En derecho interno español se contempla una clara distinción entre los conceptos “patria potestad” y “derecho de custodia” que no existen en otros ordenamientos. En nuestro país el derecho a fijar el domicilio de los hijos (art. 154.3 del código civil, -en adelante CC) es una consecuencia directa del ejercicio de la patria potestad, que es compartida por los padres tal y como dispone el artículo 156 CC. En consecuencia, el derecho de custodia en los términos definidos en el CH80 equivale al de derechos emanados de la patria potestad y son ambos padres sus titulares. Así lo expresó la STS de 20 de octubre de 2014⁵ en la que como doctrina jurisprudencial se indicó que: “*el cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él*”.

14. En algunos de los países signatarios del CH80 (como por ejemplo Turquía), la dicotomía entre el concepto patria potestad y derecho de custodia no existe, de modo que los progenitores que gozan de un derecho de custodia exclusiva del menor, otorgado por sentencia de divorcio o medidas paternofiliales, gozan también del derecho a decidir en solitario acerca de la residencia del menor, ello aunque por la misma sentencia se le hayan concedido derechos de visita al otro progenitor.

⁴ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987. Para cuestiones generales sobre el CH80, vid. C. VARELA ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores: aspectos procesales y sustantivos”, *Derecho de Familia* 2021, E. ORTEGA BURGOS y M. T. ECHEVARRIA DE RADA (dir.), pp. 565-580. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Sustracción internacional de menores, vid. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España”, en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 587-605.

⁵ Sentencia número 536/2014, número de recurso 2680/2013. Ponente J. A. SEIJAS QUINTANA; STS 4072/2014; ECLI:ES:TS:2014:4072.

15. Volviendo al supuesto de hecho de la sentencia, es preciso analizar como se produjo el traslado del menor a Rumanía para valorar si realmente se trata o no de sustracción ilícita desde la óptica del CH80. En el momento de la supuesta sustracción por el padre (diciembre de 2017) el menor, no sólo estaba bajo la guarda *de facto* de su madre desde hacía tiempo, sino que estaba en curso la solicitud de la Oficina del Menor (*Jugendamt de Heilbronn*) para la restitución total de la patria potestad del menor a ésta.

16. Dadas las circunstancias, ¿existe en este caso una verdadera sustracción del menor a Rumanía? Para que se produzca la sustracción del menor ésta debe producirse “*con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente (...) a una institución (...) inmediatamente antes de su traslado o retención*”. Entonces, si por las autoridades alemanas se consideró que había existido dicha sustracción, porque se había vulnerado el derecho a decidir el lugar de residencia que se había atribuido al curador, lo que se desprende de la denuncia por sustracción presentada contra la madre, sorprende que, a la vez, no se solicitase por dichas autoridades en aplicación del CH80 la restitución del menor⁶, para requerir el retorno de AW a Alemania.

17. La siguiente pregunta que surge es, si, considerándose traslado ilícito se hubiese solicitado la restitución, ¿se habría acordado por las autoridades rumanas la restitución del menor a Alemania o, por el contrario, habría concurrido en este supuesto algún motivo de no restitución? Los artículos 12 y 13 del CH80 regulan los motivos que permiten al progenitor sustractor oponerse con éxito a la restitución. Entre ellos se indica en el artículo 13 a) que la restitución no se producirá si la persona, Institución u Organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, *no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en el que fue trasladado o retenido*. Se desprende de las circunstancias del caso que, cuando se produjo la supuesta sustracción, el curador designado por la Oficina del Menor de Heilbronn no ejercía la custodia efectiva del menor, puesto se la había devuelto desde hacía tiempo a la madre, que era la que sí la ejercía de modo efectivo.

18. Es decir, en la vía civil, la aplicación del CH80 es dudosa, puesto que, a efectos del artículo 3, no resulta acreditado que el traslado, consentido por la madre que tenía la guarda *de facto* del menor, fuese ilícito, puesto se había cursado por la Oficina del Menor una solicitud judicial para que se le reintegrase el ejercicio pleno de la patria potestad con el derecho a decidir sobre la residencia del menor. Solicitar la restitución de un menor cuando “se ha solicitado el reintegro” a un progenitor del derecho a decidir la residencia del menor, supone ir contra los “actos propios”, lo que permite considerar que realmente no se ha producido un traslado ilícito del menor. Ello cuando en España ha ocurrido con dos progenitores (uno da el permiso al otro, expresa o tácitamente, para la modificación de la residencia del menor a otro país, y luego “se arrepiente” y solicita la restitución del menor) ha provocado que nuestros tribunales consideren que es ir en contra de los “actos propios” y que esta conducta es suficiente para considerar como lícito el traslado del menor⁷.

19. Por último, aunque se pudiese considerar que el traslado del menor es ilícito, porque aunque se había solicitado que se reintegrase el ejercicio pleno a la madre, éste no se había producido todavía cuando se modifica la residencia del menor por el padre, entendemos que concurriría un motivo de no restitución, el ya reproducido del artículo 13 a), puesto que la Autoridad alemana que tenía el derecho a decidir la residencia del menor no estaba ejerciendo, en el momento de la supuesta sustracción, la custodia efectiva del mismo, al encontrarse el menor bajo la guarda de hecho de la madre.

⁶ Para cuestiones referidas a la residencia del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores, vid. F. CALVO BABIO, “La sustracción internacional de menores. Cuestiones generales y la determinación del concepto de residencia habitual del menor sustraído”, *Derecho de Familia* 2021, E. ORTEGA BURGOS y M. T. ECHEVARRIA DE RADA (dir.), pp. 83-100.

⁷ El profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ha recopilado numerosas resoluciones españolas en este sentido en su artículo, “La sustracción internacional de menores, la teoría de los actos propios y el regreso de la primavera” *Accursio DIP-Blog*, 9 de febrero de 2020. Entre ellas AAP de Barcelona de 27 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:7912^a); AAP de Palencia de 20 de abril de 2018 (ECLI: ES:APP:2018:217) o AAP de Pontevedra de 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APM:2021:552). En el mismo sentido, la más reciente SAP de Madrid de 28 de enero de 2021 (ECLI:ES:APM:2021:552).

III. El delito de sustracción internacional de menores

20. En muchos países comunitarios está tipificado el delito de sustracción internacional de menores. El motivo de que exista esta tipificación penal junto con la normativa convencional y comunitaria civil de restitución de menores es la de dotar al Estado de mecanismos, tanto para castigar estas conductas, como para disuadir a los posibles sustractores a la hora de llevarlas a cabo, puesto que se ha verificado que, por un lado, el número de sustracciones internacionales de menores se ha incrementado alarmantemente en la UE (el Parlamento europeo contabilizó 1.800 casos en el año 2018) y, por otro, los mecanismos de restitución internacional en el ámbito civil no resultan todo lo eficaces que se desearía. Así, en el presente asunto el Estado alemán justificó la regulación del delito de sustracción de menores (37) en las dificultades prácticas para conseguir la restitución de un menor retenido en el extranjero, incluso cuando se encuentra en otro Estado miembro⁸.

21. De hecho, el Estado alemán en sus argumentos para oponerse a la cuestión prejudicial planteada no distingue entre las dificultades que existen en la restitución de menores dentro de la UE con respecto a las dificultades que puedan existir con las restituciones que se solicitan a terceros Estados. Dentro de la UE el Reglamento (CE) 2201/2003, sobre competencia, reconocimiento y ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental establece un “refuerzo” en la aplicación del CH80 entre los Estados miembros⁹.

22. Este “refuerzo” se encuentra en materia de competencia judicial internacional en los artículos 10 y 11 y, en materia de reconocimiento y ejecución directa de las resoluciones que otorgan la restitución de un menor en los artículos 40 y 42. Ciertamente, la eficacia de este sistema no es óptima, puesto que existen Estados miembros que no aplican debidamente ni el CH80 ni el Reglamento comunitario. Precisamente habría que poner como ejemplo a Rumanía que, si bien ordena la restitución de los menores con bastante celeridad cuando procede, no pone medios para ejecutar dichas órdenes de restitución. Estas conductas detectadas son el motivo por el que el sistema comunitario de restituciones haya sufrido una intensa reforma en el nuevo *Reglamento UE número 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores*, que se aplicará a partir del 1 de agosto de 2022, derogando el Reglamento 2201/2003¹⁰.

⁸ En las estadísticas del Convenio de la Haya de octubre de 1980, reunión interamericana de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de la Haya y Autoridades Centrales, que tuvo lugar en la Ciudad de México, México, los días 23 a 25 de febrero de 2011, se concluyó que los procedimientos de restitución en el año 2008 a nivel mundial son más lentos que en el año 2003. *Vid.* F.J. FORCADA MIRANDA “El nuevo procedimiento español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”. <http://www.millennium-dipr.com/ba-37-el-nuevo-proceso-espanol-de-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional-la-decidida-apuesta-por-la-celeridad-y-la-novedosa-circular-de-la-fiscalia-6-2015-parte-i>. En España ocurrió lo mismo que en los países de nuestro entorno, se reguló el delito de sustracción de menores, en primer lugar, para poder combatir de alguna manera las sustracciones de menores con países con los que no teníamos suscrito ningún convenio de restitución y, por otro, para reforzar el sistema de restitución civil cuando los convenios existentes no resultaban eficaces. Sobre el análisis del delito de sustracción internacional de menores en España *vid.* A. ADOLFO CARVAJAL, “Los aspectos penales” en AEAFA coord., *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 109-135; E. BLANCA MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Delito de sustracción de un menor por su progenitor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; A. MONGE FERNÁNDEZ, *Delito de sustracción de menores (aspectos dogmáticos y jurisprudenciales)*, Bosch, Barcelona, 2017;

⁹ Sobre estas cuestiones *vid.*: A. MONGE FERNÁNDEZ (DIR), *Sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, Bosch, 2019. I. LORENTE MARTÍN, *Sustracción internacional de menores (estudio jurisprudencial práctico y crítico)*, Dykinson, Madrid 2019; C. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La sustracción internacional de menores. El retorno del menor en el ámbito del Convenio de la Haya de 1980 y del Reglamento CE número 2201/2003*, Madrid, Colex, 2020.

¹⁰ Ya anteriormente en nuestro país se trató de mejorar el sistema procesal interno para dotar de mayor eficacia el sistema, que se había verificado excesivamente lento, F.J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo procedimiento español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa circular de la fiscalía 6/2015 (parte I) *Bitócora Millenium DIPR*, Revista número 3. Del mismo Autor: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*. Sepín, Las Rozas, 2015.

1. El problema de la regulación del delito de sustracción internacional en Alemania

23. El problema principal de la regulación del delito de sustracción de menores en Alemania es que el tipo es diferente dependiendo de si la sustracción se realiza dentro de Alemania o se trata de una sustracción internacional. A este respecto, el artículo 235.2.2 del Código penal alemán presenta dos problemas de cara a su compatibilidad con las libertades comunitarias: a) la posible restricción inadmisibles a la libertad comunitaria fundamental de circulación y, b) la posible discriminación del resto de los nacionales comunitarios con respecto a los nacionales alemanes.

24. En referencia a las posibles trabas a la libre circulación de personas, el TJUE ha manifestado en numerosas ocasiones que la protección del interés superior del niño constituye un interés legítimo que puede justificar tal libertad comunitaria, ello aparece en Sentencias del TJCE como la de 14 de febrero de 2008¹¹, pero se exige que tal restricción sea proporcionada a los objetivos legítimamente perseguidos por la norma nacional controvertida.

25. Como se ha verificado anteriormente, en el caso de las sustracciones internacionales de menores, el artículo 235. 2.2 del código penal alemán establece un tipo distinto para las sustracciones internas que para las internacionales¹², constituyendo delito la mera sustracción internacional del menor, sin que sea necesario como en la interna que la sustracción vaya acompañada de: *“fuerza, amenaza de daño grave o engaño”*. Como las sustracciones internacionales de menores suelen ser cometidas en mayor medida por ciudadanos extranjeros que por alemanes, el tribunal que plantea la cuestión prejudicial se pregunta si la tipificación de este delito, tal y como lo hace el precepto reproducido, puede dar lugar a una discriminación prohibida por el artículo 21.2 del TFUE que establece que: *“se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”*.

26. Realmente la redacción del precepto no discrimina por la nacionalidad alemana o extranjera del infractor, es la realidad de los hechos la que provoca que los infractores sea extranjeros en mayor número que alemanes, aunque nada impide que la tendencia se revierta en cualquier momento (por ejemplo, sin un número creciente de familias alemanas se instalase a vivir en el extranjero, tele trabajando desde allí, y se incrementa el número de alemanes que sustraen a sus hijos desde el extranjero a Alemania). Y, nuestro juicio, no existe tal discriminación porque, en el caso de que un alemán realizase la misma conducta que un extranjero la pena sería la misma, y no menor porque sea alemán, en consecuencia, realmente no existe discriminación por motivo de la nacionalidad entre alemanes y extranjeros, porque todos reciben el mismo castigo previsto en el código penal si comenten sustracción internacional sin fuerza, amenaza o daño grave.

27. Entonces parece que lo que le resulta realmente discriminatorio al TJUE es que se exijan distintas condiciones para penar la sustracción interna y la internacional. Quizás le parece desproporcionada la pena para la sustracción internacional en la que no media fuerza, amenaza de daño grave o engaño, como se exige en la interna. Pero esta discriminación, que no negamos que pueda existir, ¿es contraria al artículo 21.2 TFUE? Entendemos que no, porque no estaría discriminando por razón de nacionalidad, sino por razón de la conducta, en la que se entiende que el riesgo añadido que supone sacar al menor de su entorno cultural habitual, y desplazarlo a otro país con un régimen jurídico distinto, y muchas veces con distinto idioma, supone que, por el efecto dañino sobre el menor, la conducta merezca la misma pena que una sustracción interna, que necesita otros componentes para constituir delito.

¹¹ Dynamic Medien, C-244/06 (ECLI:EU:C:2008:85).

¹² Para un análisis del tipo penal de artículo 235 del Código penal alemán vid. M. C. CHÉLIZ INGLÉS, “Restricción a la libre circulación...” op. cit. pp. 3 y 4.

2. ¿Puede afectar esta sentencia a la regulación del delito de sustracción internacional en España?

28. En España también se regula el delito de sustracción internacional de menores en el artículo 225 bis del Código penal. En este artículo se indica en el apartado 1 que: “*El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a un hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años*”. En el apartado 3 se indica: “*Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución, la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior*”¹³.

29. Comparando esta redacción con la del artículo Código penal 235.2.2 alemán podemos verificar que, a diferencia de lo que ocurre con dicho precepto, la conducta que configura el tipo del delito es la misma, y la diferencia estriba en la pena, puesto que para las sustracciones internacionales la pena se impondrá en su mitad superior, castigando con mayor dureza las sustracciones internacionales que las internas. Esta diferencia, ¿podría ser considerada por el TJUE como una discriminación a los nacionales de otros Estados miembros tal y como se consideró en el caso de la sentencia comentada con el precepto alemán?

30. Si analizamos las estadísticas recientes de sustracciones internacionales en España podremos verificar que, probablemente, se cometen más por extranjeros que por españoles, con lo cual estaríamos, por otros motivos, en la misma situación que en Alemania. Así, sería posible que el TJUE también considerase discriminatoria la pena superior a una infracción que suelen cometer más extranjeros que españoles, sin distinguir si estos extranjeros son comunitarios o de terceros Estados¹⁴.

IV Conclusiones

31. Lo primero que se plantea en el análisis de esta sentencia son las diferencias y, en algunas ocasiones disfunciones, entre la regulación civil de la sustracción internacional de menores y la regulación penal, que llevan a cabo muchos Estados. En España, por ejemplo, la conducta penada el ilícito penal es “más corta” que la que en el ámbito civil supone una sustracción o retención ilícita. Habida cuenta de lo antedicho, todas las conductas que suponen un delito de sustracción entrarían dentro del ilícito civil. Por ello, lo que más sorprende en el supuesto de hecho de la presente STJUE es que la conducta del padre que se lleva a Rumanía un menor tutelado por la administración, con el consentimiento de la madre que lo tiene en custodia, pero no del curador nombrado por la administración, se denuncie por parte de las autoridades alemanas como constitutiva de un delito de sustracción internacional, cuando no se ha solicitado la restitución del menor. De hecho, en este caso, es bastante dudoso que el traslado hubiese sido ilícito o, aún siéndolo, no concurriese el motivo de no restitución regulado en el artículo 13 a) CH 80. La vía penal en materia de sustracción internacional de menores debería ser un refuerzo a la vía civil y no una alternativa a dicha vía que castigue conductas que no incurren en el ilícito civil como parece ocurrir en este caso.

32. En lo que se refiere a la cuestión prejudicial, parece cuanto menos dudoso -y ello pese a que así se considera por el TJUE- que el artículo 235.2.2 del código penal alemán se pueda considerar discriminatorio por razón de la nacionalidad desde la óptica del artículo 21.2 del TFUE. El hecho de que se se

¹³ Según M. GAVILÁN RUBIO, “El bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del CP es la seguridad del menor, el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, a relacionarse con ambos progenitores, a estar en el entorno que le es conocido, social, escolar de recreo y fundamentalmente la protección de la patria potestad, la protección de la custodia atribuida por resolución judicial, el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia”, M. GAVILÁN RUBIO, “La sustracción internacional de menores: aspectos penales y medidas civiles relativas a la restitución o retorno de menores”, Derecho de Familia 2021, E. ORTEGA BURGOS y M. T. ECHEVARRIA DE RADA (dirs.), p. 231.

¹⁴ Discrepa de esta opinión M. C. CHÉLIZ INGLÉS, “Restricción a la libre circulación...”, op. cit. pp. 7 y 8. Igualmente discrepa M. GAVILÁN RUBIO, “La sustracción internacional de menores...”, op. cit. pp. 234-236.

tipifique un delito de forma distinta, según se cometa dentro de territorio alemán o fuera del mismo, no tiene porque suponer una discriminación por razón de la nacionalidad. En este caso se está penando dos conductas diferentes independientemente de la nacionalidad del que las comenta. Si la misma conducta la comete un nacional alemán y otro extranjero (comunitario o no) el castigo será el mismo, ¿dónde está entonces la discriminación?