



Roj: **SAP NA 839/2024 - ECLI:ES:APNA:2024:839**

Id Cendoj: **31201370032024100689**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **09/05/2024**

Nº de Recurso: **499/2024**

Nº de Resolución: **626/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Sentencias restantes**

Ponente: **ILDEFONSO PRIETO GARCIA-NIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000626/2024

Ilmo. Sr. Presidente

D. AURELIO HERMINIO VILA DUPLÁ

Ilmos. Sres. Magistrados

D. JESÚS SANTIAGO DELGADO CRUCES

D. ILDEFONSO PRIETO GARCÍA-NIETO (Ponente)

En Pamplona/Iruña, a 09 de mayo del 2024.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 499/2024**, derivado del *Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional nº 156/2024 - 0*, del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona/Iruña; siendo parte *apelante*, la demandada, **Dña. Maribel**, representada por la Procuradora D^a. Natividad Izaguirre Oyarbide y asistida por la Letrada D^a. Oihana Rebole Allo; parte *apelada*, el demandante, **MINISTERIO DE JUSTICIA**, representado y asistido por el ABOGADO DEL ESTADO. Interviene el MINISTERIO FISCAL.

Siendo Magistrado Ponente **D. ILDEFONSO PRIETO GARCÍA-NIETO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO. - Con fecha 27 de marzo del 2024, el referido Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona/Iruña dictó Sentencia en Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional nº 156/2024 - 0, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Que estimando la demanda interpuesta por el Sr. Abogado del Estado en nombre y representación del Ministerio de Justicia frente a Doña Maribel, autos en los que ha intervenido el Ministerio Fiscal, DECLARO que Doña Maribel ha retenido ilícitamente a la menor Nieves en España infringiendo el derecho de decidir sobre la residencia de la niña atribuido conjuntamente a ambos progenitores, ORDENO a Doña Maribel restituir a la menor Nieves a Malta.

Este retorno habrá de producirse antes del uno de junio de 2024, con el 31 de mayo como límite para dicho retorno.

ORDENO a Doña Maribel el depósito en el Juzgado del pasaporte y el DNI y/o documento de identificación maltés de Nieves si lo tuviera, que le será entregado cuando acredite la adquisición de billetes para su retorno a Malta.

Se imponen a la demandada las costas de esta instancia".



TERCERO. - Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la parte demandada, Dña. Maribel .

CUARTO. - El Ministerio Fiscal y el MINISTERIO DE JUSTICIA, como apelados, evacuaron el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

QUINTO. - Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 499/2024, habiéndose señalado el día 7 de mayo de 2024 para su deliberación y fallo, con observancia de las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La resolución que se apela por la parte demandada declaró probado que:

1.- D. Juan Alberto y Doña Maribel , ambos de nacionalidad española, iniciaron en 2013 una relación en la isla de Malta, donde ambos vivían.

2.- Fruto de la misma nació el NUM000 de 2019 en Malta, Nieves , también de nacionalidad española.

3.- De julio de 2020 a febrero de 2021 la menor acudió a una guardería en Malta.

4.- Nieves fue empadronada en DIRECCION000 a el dos de noviembre de 2022 y acudió al CP DIRECCION001 desde noviembre de 2022 hasta enero de 2023.

Cabe añadir al respecto que el motivo del traslado fue la realización por la madre de unas prácticas en el Colegio DIRECCION002 de Pamplona como parte de un máster de formación del profesorado cursado previamente on line.

5.- A continuación, madre e hija volvieron a Malta.

Debe añadirse que Nieves acudió allí, desde febrero y hasta la finalización del curso, al centro de preescolar donde ambos progenitores la habían matriculado.

6.- En marzo de 2023 se rompe la convivencia y el padre, D. Juan Alberto , que regenta una peluquería en Malta, sale del domicilio y se alquila una vivienda en el mismo edificio en el que residían en régimen de alquiler Nieves y su expareja.

7.- En esa época Nieves acude al colegio DIRECCION003 de DIRECCION004 (Malta), donde está matriculada para el curso 2022/23 y 2023/24.

8.- Los padres acuerdan repartirse las vacaciones de verano, de forma que desde el uno de julio Nieves las pasa en España, primero con su madre, después con su padre y después otra vez con su madre.

9.- D. Juan Alberto esperaba que madre e hija regresaran en septiembre de 2023 a Malta.

10.- Por el contrario, Doña Maribel empieza a trabajar en septiembre de forma indefinida en España como profesora de secundaria para el Gobierno de Navarra.

11.- Nieves acude desde septiembre de 2023 al centro escolar DIRECCION005 sito en Pamplona.

12.- Los padres no tienen resolución judicial o acuerdo de mediación alguno regulador de su separación y de la situación de Nieves .

13.- En Malta se inició un procedimiento de mediación por D. Juan Alberto , nº 959/2023.

Por el contrario se estimó como no probado por la demandada que concurriera el consentimiento del padre para el traslado de la residencia de la menor a DIRECCION000 así como que exista peligro para Nieves derivado del retorno a Malta.

La resolución declaró que Doña Maribel había retenido ilícitamente a la menor Nieves en España infringiendo el derecho de decidir sobre la residencia de la niña atribuido conjuntamente a ambos progenitores, ordenando a la Sra. Maribel restituir a la menor a Malta, en los términos que constan en su fallo antes transcrito.

Razonaba a tal efecto que *"l a retención de Nieves en España es ilícita, puesto que no se ha acreditado que quienes ostentan la patria potestad hayan decidido de mutuo acuerdo el traslado del domicilio de la menor, así como tampoco se ha sido autorizado judicialmente"*.



SEGUNDO. - De forma un tanto heterodoxa, es en el último de los motivos de recurso donde la parte apelante combate la valoración de la prueba efectuada en la resolución apelada, viniendo a sostener conclusiones fácticas propias que, a su entender, sustentarían las infracciones legales que señala cometidas en la sentencia apelada y que desgranaba previamente en los primeros motivos de apelación.

Respecto de tal cuestión hemos señalado reiteradamente que, si bien el artículo 456.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil permite al Tribunal de apelación revisar todo el contenido de los autos, pruebas practicadas y, en general, las actuaciones llevadas a cabo ante el Juez de la primera instancia; ello no obstante, no cabe desconocer que la valoración probatoria deviene función propia del Juez, cuya valoración y conclusión han de prevalecer sobre la interesada por las partes, a salvo que se alegue y justifique ser errónea, absurda o ilógica. Y es que, como se ha dicho hasta la saciedad, la valoración de las pruebas practicadas es facultad atribuida a los Tribunales, sustraída, por lo tanto, a los litigantes, que, si bien con arreglo a los principios dispositivo y de rogación pueden aportar las pruebas que estimen convenientes en defensa de su derecho, en modo alguno pueden imponer su valoración a los Jueces y Tribunales, pues no puede sustituirse la apreciación que estos realicen de toda la prueba practicada por la interesada valoración que realice la parte recurrente.

Para que prospere un recurso en que se denuncia error en la valoración de la prueba no basta desde luego con que la parte apelante exponga su apreciación subjetiva sobre el resultado de la prueba practicada y sobre ella construya su relato impugnatorio sino que es preciso que se identifique con precisión qué medio o medios de prueba se considera que han sido incorrectamente valorados, cual es la infracción cometida en la regla de valoración aplicable al concreto medio de prueba o cual es el medio de prueba omitido en todo o en parte en la valoración probatoria.

En primer término, realiza la apelante una serie de alegaciones para sostener que *"No es cierto que "De julio de 2020 a febrero de 2021 la menor acudió a una guardería, DIRECCION006, en Malta",* pues lo habría hecho solo intermitentemente por el COVID y problemas pulmonares, siendo la madre apelante quien se habría ocupado de su cuidado.

Se trata de un alegato que no solo no respeta la carga de señalar los medios de prueba practicados que desvirtuarían el hecho declarado probado en la resolución apelada (con apoyo en el certificado emitido por la propia guardería que señala que la niña acudió satisfactoriamente a la guardería en el referido periodo), sino que el alegato es intrascendente en orden a sostener la pretensión revocatoria del pronunciamiento declarativo de la ilegalidad del traslado por vulneración de la intervención paterna en la decisión de traslado de residencia de la hija común menor de edad llevado a cabo meses después.

TERCERO. - En las siguientes alegaciones la parte apelante combate la secuencia de hechos probados en base a los cuales la sentencia alcanzó la conclusión de que el traslado a España de la menor no fue consentido por el padre, titular justo con la madre, de la patria potestad.

Así se alega, para empezar, que la ruptura de pareja habría tenido lugar en octubre de 2022 y no en marzo de 2023, procediéndose a trasladar a la niña a DIRECCION000 y a empadronarla allí en noviembre de 2022 contando con el consentimiento del padre, de lo que la apelante extrae la conclusión consistente en que habría existido una autorización paterna para que la niña pasara a residir en España de forma permanente junto con la madre.

La prueba practicada acredita que la ruptura sentimental de pareja se produjo en octubre de 2022. Así se extrae sin dificultad de la propia declaración jurada efectuada por el Sr. Juan Alberto para acompañarla a su solicitud de sustracción internacional de menores. En ella se afirma que abandonó el apartamento donde convivían en Marzo de 2023 pero que las "cosas" habían alcanzado un punto en que si bien ambos convivían en el mismo apartamento ya no restaba nada entre ellos como pareja. Así mismo consta probado que, tras la ruptura sentimental en octubre, la menor se trasladó con su madre a DIRECCION000 (a fin de que la madre realizara unas prácticas en el Colegio DIRECCION002), donde se empadronaron en fecha 2 de noviembre e Nieves acudió al colegio hasta finales de enero de 2023, tras lo cual madre e hija regresaron a Malta, donde la niña acudió a la escuela primaria de la localidad de DIRECCION004 (DIRECCION003) hasta el final del curso lectivo 22/23.

El hecho de que, tras la estancia de unos meses de la madre y la hija en Navarra con la mencionada finalidad, éstas regresaran a Malta desde febrero hasta julio en que ambas habrían de volver a España de vacaciones (Holidays), desvirtúa el alegato de la recurrente sobre que la autorización paterna para el empadronamiento de la menor en DIRECCION000 demostraría el consentimiento del mismo para que su hija trasladara su residencia, de manera permanente, a dicha localidad.



En contra de las alegaciones contenidas en el recurso los acontecimientos posteriores no abonan la tesis de que se produjera consenso entre los progenitores para que, finalizado el curso 22/23, tras las vacaciones de verano, Nieves se trasladara a residir definitivamente a Pamplona junto con su madre.

Al correo electrónico que la madre de la menor remite al padre en fecha 27 de junio de 2023, tras una reunión mantenida por ambos en una cafetería, se acompaña un calendario para la distribución de las estancias de Nieves con ambos progenitores por separado durante las vacaciones de verano; en ese calendario se preveía que la menor viajaría con la madre a España el 1 de julio y el 1 de agosto se haría entrega de la menor al padre en Madrid hasta el 27 de agosto en que se retornaría a la madre para volver a Pamplona, señalando tras ello que el 11 de septiembre " *Maribel e Nieves will travel to Pamplona to Malta*", es decir que, en esa fecha, madre e hija volverían a Malta y se añade que quedaba pendiente qué hacer desde el 12 de septiembre hasta el 4/5 de octubre en que Nieves empezaría a ir al colegio "*Pending: what to do from the 12th of september til 4/5 October (when Nieves will be starting school)*". Esta última mención deja claro, en contra de lo sustentado ahora en su recurso, que la madre conocía perfectamente que la niña, como consta documentalmente, estaba matriculada en la escuela primaria de la localidad de DIRECCION004 para el siguiente curso 23/24.

Además, en el documento anexo al correo electrónico, se dice que la madre iba a pagar tres meses por adelantado al arrendador del apartamento. Tal mención hace ver, de nuevo, que tenía previsto el regreso a Malta tras el periodo vacacional.

No ofrece pues ninguna duda a la Sala de que lo acordado entre los progenitores en el verano de 2023, era que la hija Nieves habría de volver a Malta tras su estancia en España durante el periodo veraniego y allí seguir con su escolarización durante todo el curso y no que permaneciera en Pamplona, lo cual habría sido decidido unilateralmente por la madre sin contar con el consenso paterno ante la oportunidad laboral presentada para trabajar aquí como profesora.

En consecuencia, no solo no se aprecia error alguno en la valoración probatoria contenida en la resolución apelada respecto a los hechos que sirven de fundamento a su decisión, sino que resultan plenamente ajustados al resultado de las pruebas practicadas y conformes a las reglas valorativas de sana crítica aplicables.

CUARTO. - Aducía la parte apelante en sus dos primeros motivos de recurso que lo decidido vulneraba los arts. 3 y 5 del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 pues, a su entender "*no existe ninguna resolución judicial en el que se otorgue al Sr. Juan Alberto un derecho de guarda y custodia sobre la menor.... la guardadora de hecho de la menor siempre ha sido la madre.... no se ha producido una infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro donde el menor tiene su residencia..... si existió consentimiento del padre para que la menor residiera en España .*" y no resultaría afectado el derecho de vistas del padre

El motivo de apelación carece de fundamento.

El art. 3 del Convenio dispone: *El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:*

a) *Cuando se hayan producido con 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*

b) *Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.*

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Y su art. 5 dispone: *A los efectos del presente Convenio:*

a) *El "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;*

b) *El "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.*

Para calificar un traslado o retención como ilícito es preciso que se haya producido una infracción del "derecho de custodia" que es un término con perfiles propios en el ámbito del Convenio. Por ello, es necesario clarificar qué se entiende como derecho de custodia en los instrumentos internacionales. El concepto de custodia y guarda en los convenios de La Haya y en el Reglamento (UE) **2019/1111** es más amplio que el concepto de guarda y custodia recogido en nuestro ordenamiento interno. Para el Convenio de La Haya de 1980, la custodia



comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor (art. 5) . En el mismo sentido, se pronuncia el Reglamento (UE) **2019/1111** cuyo art., 2 en el punto 9 nos dice que : "*derecho de custodia*", incluye los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en particular, el derecho de decidir sobre su lugar de residencia").

En nuestro ordenamiento interno, la guarda y custodia viene referida a la guarda, como realidad jurídica separada a la facultad de decidir el lugar de residencia habitual del menor. Esta última facultad se integra en la potestad parental que, por regla general, y salvo decisión judicial en contra, corresponde ejercer a ambos progenitores, que son los que tienen la facultad de decidir de mutuo acuerdo sobre el lugar de residencia del menor, con recurso a la decisión judicial en caso de discrepancia. En los convenios de La Haya y en el Reglamento **2019/1111**, el concepto custodia y guarda equivale a lo que nosotros entendemos como patria potestad o, más modernamente, responsabilidad parental. El traslado o sustracción de un menor es ilícito cuando se ha producido sin el consentimiento de una de las personas que tenga la potestad.

El derecho de custodia, conforme al Convenio, comprende expresamente " *en particular*", el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor. Basta que el traslado o retención de un menor se lleve a cabo con infracción de dicho derecho para que haya de considerarse ilícito, generando las consecuencias previstas en el Convenio, salvo que se probara la concurrencia de alguna causa de exclusión que el propio Convenio establece.

En el caso presente, el padre de la menor ostentaba tal derecho conforme al derecho vigente en la República de Malta (art. 103.2 de su Ley del Código Civil, según el texto aportado) en la que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de que la madre decidiera en septiembre de 2023 permanecer en España junto con ella, en lugar de retornarla a Malta, tal y como, según lo probado, habrían convenido previamente ambos progenitores. A mayor abundamiento, también lo ostentaba conforme al Código Civil español cuyo art. 154 atribuye a ambos progenitores la facultad de "*Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial*".

Y dicho derecho, como ha resultado probado, se vio vulnerado por la decisión de la madre de permanecer junto con la menor en Pamplona, donde se le había presentado una oportunidad laboral, pese a haber comunicado y acordado con el padre que regresarían a Malta tras las vacaciones de verano.

QUINTO. - Se alegaba a continuación en el recurso que la resolución apelada habría infringido lo dispuesto en el art. 154 CC, respecto a la facultad conjunta de los titulares de la patria potestad de decidir el lugar de residencia de los menores sujetos a su responsabilidad parental, puesto que, según la apelante, el padre habría autorizado el traslado de la menor a residir en Pamplona.

Dado que se ha declarado probado que el traslado de residencia de la menor se realiza por decisión unilateral de la madre sin contar con el consentimiento paterno, el motivo de recurso cae por su propia base.

SEXTO. - A continuación denuncia la parte apelante que la resolución impugnada vulnera art. 778. 9 quinquies de la LEC (que hace referencia a que se tenga en cuenta el " *interés superior*" del menor " y los términos del correspondiente convenio y disposiciones de la Unión Europea" a la hora de adoptar la decisión judicial sobre si el traslado o retención son ilícitos y si procede o no la restitución del menor). Incide la apelante en que la sentencia supone una inaplicación del interés superior del menor ya que, a su juicio , el retorno a Malta sería perjudicial para la salud de Nieves y allí "*va a tener una vida peor, en un país donde no tiene arraigo porque la gente se encuentra de paso*" y su padre no puede ocuparse de ella.

La alegación resulta sorprendente si consideramos que en Malta es donde venía residiendo la niña desde su nacimiento en 2019 en compañía de la madre y el padre hasta su separación, es decir, con plena aquiescencia materna, sin que comnste que existiera iniciativa alguna por su parte para cambiar de lugar de residencia, a pesar de lo que ahora argumenta en su recurso. Además, ha resultado probado que convino con el padre apelante, antes del periodo de verano de 2023, retornar a Malta en compañía de Nieves , con la idea de que la menor cursara el curso escolar en el colegio donde ya había iniciado el preescolar el curso anterior. Es decir, no existe una sola actuación efectiva de la apelante, previa a su decisión de permanecer en Pamplona por interés personal, que arroje algún indicio de que, efectivamente, considerara Malta como un lugar inadecuado para la menor con base en razones objetivas.

Pero además es que, desde el punto de vista jurídico, en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, se ha entendido con carácter general que el inmediato retorno del menor sustraído se corresponde con su interés superior. Esta presunción se podría combatir en el caso concreto si se llegaran a probar hechos constitutivos de alguna de las excepciones al retorno previstas en el propio Convenio y que reflejarían que el interés superior del menor, en ese caso específico, estaría en no volver al país en que radicara su residencia previa.



Pero ninguno de los hechos enmarcados en los supuestos previstos en el Convenio como excepciones a la obligación de ordenar la restitución y que se recogen en sus arts. 12, 13 y 20 ha resultado probado en este caso, en el cual se inició el presente procedimiento el 29 de febrero de 2024, es decir, mucho antes de que hubiera transcurrido un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, en cuyo supuesto el art. 12 del Convenio establece que *"la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor"*, a no ser concurra alguno de los supuestos previstos en su art. 13 o bien no lo permitieran *"los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"*, según reza su art. 20.

SÉPTIMO. - De hecho, en el recurso se termina alegando que la sentencia apelada vulnera las previsiones del art. 13 del Convenio de la Haya. En primer lugar, la que establece que *"la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención"*.

A tal fin se alega que ha sido la madre apelante quien ejercía la custodia efectiva de la menor desde la separación de los progenitores en octubre de 2022 y que el padre *"solo tenía un régimen de visitas, que cumplía en una medida muy pequeña"*.

Ya hemos visto que, bajo el régimen del convenio de la Haya, el *"derecho de custodia"* comprende ex art. 5 *"en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia"*.

En el caso, la prueba practicada no permite concluir que el Sr. Juan Alberto no viniera ejerciendo esas facultades inherentes a la responsabilidad parental o patria potestad; de hecho, la prueba acredita lo contrario, puesto que los progenitores llevaron a cabo una reunión en un café de Malta a fin de regular las estancias de ambos con la menor en el periodo de vacaciones de verano, que se plasmó en un correo electrónico al que se adjuntaba un documento previendo dichos periodos hasta el regreso de la madre a la isla junto con la hija en septiembre de 2023, así mismo se preveía un sistema de comunicaciones con la hija del progenitor/a que no la tuviera en su compañía y se mencionaba adoptar pasos para llegar a un acuerdo de separación.

OCTAVO.- En segundo término afirma la parte apelante que concurre el supuesto también regulado en el art. 13 del Convenio de la Haya conforme al cual: *"la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenarla restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. (...) Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente Artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor"*.

Aduce a tal fin la apelante que el retorno de la menor a Malta supondría para ella un empeoramiento de su estado de salud y una gran pérdida de su calidad de vida (educativa, familiar, social, condiciones de salubridad, cuidado y atención de la menor) y condiciones de habitabilidad actuales tal y como queda acreditada con la documental, además de una vulneración y no aplicación del interés superior del menor, rompiendo el vínculo madre-hija.

En cuanto al empeoramiento de la calidad de vida o sanitaria de la menor ya nos hemos referido en fundamento anterior. En cualquier caso, concurriendo hechos demostrativos de una sustracción internacional ilícita en los términos del Convenio, su finalidad declarada en el propio texto internacional (*"proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita"*) quedaría en manos del progenitor infractor si se dejara sin efecto la restitución en base al simple hecho de ser mejores sus condiciones de vida en el país al que hubiera sido trasladado ilegalmente.

Y, por otra parte, el hecho de que Nieves padezca, según los informes médicos aportados, asma infantil, incluso con reiteradas hospitalizaciones, no consideramos que exponga a la menor un peligro físico cierto en el caso de retornar a Malta, pues ya fue tratada en dicho país de esa dolencia, sin que se acredite que lo fuera de forma indebida o que no existan allí medios idóneos para su tratamiento o no estén al alcance de los progenitores.

En cuanto al vínculo madre-hija, el retorno que decreta la sentencia apelada no determina *per se* que el mismo se rompa, siendo decisión de la madre el permanecer o no junto a su hija en Malta mientras el tribunal



competente adopte una decisión sobre la atribución de la guarda y custodia de la misma así como el lugar de su residencia.

La filosofía del Convenio de La Haya de 1980 y del nuevo Reglamento europea **2019/1111** del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, en vigor desde 2022, así como de la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en que el traslado ilícito es la imposición de una vía de hecho y, como tal, no puede ampararse; se debe proceder al retorno o restitución del menor y deben ser los tribunales del Estado que ostente la competencia (normalmente los de residencia habitual del menor previa a la sustracción) quienes decidan, en el caso de que no lo hubieran hecho anteriormente, sobre la custodia y el derecho de visitas, así como sobre las demás cuestiones que afecten al menor de edad. Y se ha señalado que si pudiesen valorarse por los tribunales del Estado al que fue ilícitamente trasladado el/la menor, cuestiones de fondo como la custodia, ello restaría eficacia al proceso y redundaría en un beneficio para el infractor o la infractora.

NOVENO. - Es de aplicación el art. 398 LEC en cuanto a costa de la segunda instancia.

Vistos los precedentes fundamentos y preceptos legales en ellos contenidos y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Se **desestima el recurso de apelación** interpuesto por la Procuradora D^a. Natividad Izaguirre Oyarbide, en nombre y representación de D^{ña}. Maribel frente a la sentencia de fecha 27 de marzo de 2024 dictada en el procedimiento Restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional nº 156/2024-0 seguido ante el Juzgado Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona/Iruña.

Las costas de la segunda instancia se imponen a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de **recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra**, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.