



Roj: **STS 5658/2025 - ECLI:ES:TS:2025:5658**

Id Cendoj: **28079110012025101789**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2025**

Nº de Recurso: **2953/2025**

Nº de Resolución: **1881/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAQUEL BLAZQUEZ MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 1501/2024,**
ATS 7267/2025,
STS 5658/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.881/2025

Fecha de sentencia: 17/12/2025

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **2953/2025**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/12/2025

Ponente: Excm. Sra. D.^a Raquel Blázquez Martín

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA, SECCIÓN CUARTA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RCS

Nota:

CASACIÓN núm.: **2953/2025**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Raquel Blázquez Martín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1881/2025

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Manuel Almenar Belenguer

D.^a Raquel Blázquez Martín

En Madrid, a 17 de diciembre de 2025.

Esta Sala ha visto Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Marcos contra la sentencia 632/2024, de 6 de junio, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia en el recurso de apelación 1648/2022, derivado del proceso de modificación de medidas 513/2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Lorca.

La parte recurrente ha estado representada por la procuradora D.^a Rossmery Jessica Ojeda Farfán y ha actuado bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Angulo Fernández.

Es parte recurrida la demandada D.^a Eva , representada por la procuradora D.^a Gloria Arias Aranda y bajo la dirección letrada de D.^a María Luisa Castelo García.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Raquel Blázquez Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.-El procurador D. Antonio Serrano Caro, en nombre y representación de D. Marcos , interpuso demanda de modificación de medidas contra D.^a Eva en relación con las adoptadas en la sentencia 41/2016, de 18 de julio, que puso fin al procedimiento 668/2015 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Lorca, y solicitó que fueran sustituidas por las expresadas en el suplico de dicha demanda, que se resumían, según la sentencia de primera instancia, en lo siguiente:

«1.- La patria potestad será compartida entre ambos progenitores. 2.- La guarda y custodia del menor será compartida por ambos progenitores por períodos de semanas alternas de lunes a lunes. 3.- El régimen de visitas será el siguiente, la mitad de periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano. 4.- Cada progenitor se hará cargo de los gastos que se ocasionen durante la convivencia de los menores con ellos y gastos extraordinarios por mitad entre ambos progenitores. 5.- No se atribuye a la progenitora el que fuera domicilio familiar, quedando a libre disposición de su titular con carácter privativo, D. Marcos »

2.-La demanda fue presentada el 19 de agosto de 2020 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Lorca, fue registrada con el núm. 513/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la demandada.

3.-En fecha 29 de septiembre de 2020 el procurador D. Antonio Serrano Caro, en representación de D. Marcos , presentó un escrito en el que solicitaba la adopción de medidas urgentes al amparo del artículo 158.6º del Código Civil, escrito del que se dio traslado a la demandada y al Ministerio Fiscal para que alegaran sobre la pertinencia de la apertura de pieza separada. Tanto el Fiscal como D.^a Eva se opusieron a esta solicitud. Por providencia de 3 de febrero de 2021 se acordó inadmitir a trámite la mencionada petición de medidas urgentes.

4.-El Ministerio Fiscal emitió informe contestando a la demanda.

5.-La procuradora D.^a Juana María Bastida Rodríguez, en representación de D.^a Eva , contestó a la demanda en el sentido de solicitar su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

6.-En el acto de la vista oral, el demandante modificó el petitum de su demanda en el sentido de interesar las siguientes medidas definitivas, que aparecen resumidas en el antecedente de hecho tercero de la sentencia de primera instancia:

«1.- La patria potestad será compartida entre ambos progenitores. 2.- La atribución de la guarda y custodia de los dos menores en exclusiva al progenitor D. Marcos .3.-El régimen de visitas que se establezca a favor de la madre, Dña. Eva , se realizará en el domicilio de las hermanas de ésta. 4.- Extinción de la pensión de alimentos respecto de los hijos para el padre. 5.- La madre contribuirá a los alimentos de los dos hijos menores en la cantidad simbólica de 100 euros mensuales (a razón de 50 euros por cada uno de los dos hijos). Ambos progenitores deberán sufragar el 50% de los gastos extraordinarios necesarios para los hijos. 6.- No se atribuye a la progenitora el que fuera domicilio familiar, quedando a libre disposición de su titular con carácter privativo, D. Marcos ».

7.-Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número cuatro de Lorca dictó sentencia 23/2022, de 6 de mayo, cuya parte dispositiva es como sigue (énfasis original no transcrito):

[...]



«Debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda interpuesta por D. Marcos , representado por el Procurador D. Antonio Serrano Caro, frente a Dña. Eva , representada por la Procuradora Dña. Juana María Bastida Rodríguez y, en su virtud, procede estimar la modificación de medidas interesada, a cuyo fin se acuerda:

»1º) Patria potestad. La patria potestad referente a los dos hijos menores de edad Begoña y Higinio será ejercida conjuntamente por el padre y la madre, por lo que cuantas decisiones sean necesarias en cuestiones que afecten directa o indirectamente a los hijos serán consultadas y decididas por ambos progenitores, siempre en beneficio de los menores.

»2º) Se atribuye la guarda y custodia de los dos menores en exclusiva al progenitor D. Marcos .

»3º) Régimen de visitas. Respecto del régimen de visitas a favor de la madre Dña. Eva , y estableciéndose lo más flexible y amplio posible, ésta podrá comunicar con sus dos hijos Begoña y Marcos todos los fines de semana alternos, sin pernocta, desde las 10:00 a las 20:00 horas del sábado e igual horario para el domingo, en el domicilio de su tía materna Nuria , o en el domicilio de la abuela materna. La pernocta de la progenitora con los menores se autoriza exclusivamente cuando tenga lugar en el domicilio de la abuela materna o tías maternas Nuria o Flor .

»Igualmente, la madre podrá visitar y tener en su compañía a los dos menores desde las 17:00 a las 20:00 horas los días lunes, miércoles y viernes de todas las semanas, en los domicilios familiares citados y siempre que no entorpezcan o perjudiquen la labor de escolarización o formación académica o extra académica de los menores. La forma en que se llevará a cabo las visitas será recogiendo las del centro escolar y reintegrando los bien al domicilio familiar paterno o de la familia materna reseñados. Cualquier ampliación o modificación de dicho régimen de visitas quedará al arbitrio del progenitor, quien ha dado muestras de no querer entorpecer el contacto directo y fluido de los menores con la madre, si bien preservando del peligro de su contacto con la actual pareja de ésta.

»Durante los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa y Verano, se mantiene el mismo régimen de visitas, comunicaciones y estancias a disfrutar por la madre con los dos menores.

»4º) Pensión de alimentos. Se extingue la pensión de alimentos a cargo del progenitor ahora custodio.

»Se establece la pensión de alimentos a satisfacer por la progenitora no custodia a los dos hijos menores, en la cantidad de 100 euros mensuales (a razón de 50 euros mensuales por cada uno de los dos hijos. La obligación del pago de la pensión de alimentos deberá satisfacerse de forma anticipada, en los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso o transferencia en la cuenta que designe el padre (el número de cuenta deberá comunicarlo el custodio al no custodio de forma escrita, acreditándose la recepción por el no custodio, en los diez días siguientes a la notificación de la resolución -sería válida la comunicación de mediante escrito presentado al Juzgado con el traslado de copia) y que será actualizada anualmente a tenor de las variaciones que experimente el IPC, que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

»Los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitad, deberán justificarse con factura.

»5º) El uso del hogar familiar sito en DIRECCION000 de la localidad de DIRECCION001 , se atribuye al progenitor custodio D. Marcos , quien ostenta la titularidad con carácter privativo de dicho inmueble.

»Se extingue, pues, la medida en cuya virtud se atribuía a la progenitora dicha Vivienda, debiendo abandonar la misma en el plazo de 30 días.

»Todo ello, sin expresa imposición de costas».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.-La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Eva . El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso y D. Marcos se opuso.

2.-La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo tramitó con el número 1648/2022, y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia 632/2024, de 6 de junio cuyo fallo dispone:

«[q]ue estimando el recurso de apelación interpuesto por Dª Eva , representada por la Procuradora Sra. Bastida Rodríguez, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de 6 de mayo de 2022 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Lorca en autos de Juicio Verbal sobre Modificación de Medidas, seguidos con el nº 513/2020 y de los que dimana este rollo, -nº 1648/2022-, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando otra en su lugar desestimando la demanda interpuesta por D. Marcos e imponiendo al demandante el pago de las costas de primera instancia.

»Se mantiene la guarda y custodia de la madre mientras no se reanude la convivencia de ésta con D. Miguel .

»No se hace especial declaración sobre las costas de esta alzada».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.-La procuradora D.^a Juana María Guirao Lavela, en representación de D. Marcos , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron introducidos con los siguientes encabezamientos:

«Motivo primero de casación: [...] La resolución recurrida ha incurrido en las vulneraciones siguientes: vulneración de los siguientes principios y preceptos de nuestro ordenamiento jurídico: arts. 9.1 y 9.3, en relación con el art. 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas; los Arts. 92 (vulneración del principio del favor filii), 158. 4º y 6º del Código Civil; los Arts. 9, 26 (derecho a un entorno seguro) y 29 (protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género) de la LO. 1/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y Art. 39 de la Constitución Española».

«Motivo segundo de casación: [...] Se han infringido los artículos 96.1 y 142 CC. , en tanto se ha atribuido el uso de la vivienda privativa de mi mandante a Dña. Eva , pese a que se ha demostrado que esta convive en la vivienda propiedad privativa de mi representado con su nueva pareja, Miguel , y con los hijos de este. La vivienda ha dejado de tener carácter de vivienda familiar y debe de devolverse en todo caso a su propietario.»

2.-Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones y personadas las partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento, se dictó auto el 23 de julio de 2025 que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición.

3.-D.^a Eva se opuso al recurso, mientras que el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del mismo.

4.-Por providencia de 13 de noviembre de 2025 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de diciembre de 2025, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Son antecedentes necesarios para resolver el recurso de casación, que resultan de los hechos acreditados en la instancia y de las actuaciones practicadas por el juzgado y por la audiencia provincial, los siguientes:

1.-La sentencia 41/2016, de 18 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Lorca en el procedimiento 668/2015, estableció las medidas sobre la patria potestad, guarda y custodia, visitas, domicilio y alimentos de los menores Begoña y Higinio , hijos de los aquí litigantes. En dicha sentencia, en síntesis, se estableció un sistema de guarda y custodia exclusiva materna, con un régimen de comunicación y estancias entre los menores y su padre, se atribuyó el uso del domicilio que había sido familiar (propiedad exclusiva del padre, D. Marcos) a los menores y a su madre, D. ^a Eva , y se fijó una pensión de alimentos a cargo del padre.

2.-El 19 de agosto de 2020 D. Marcos interpuso la demanda de modificación de medidas que ha dado lugar a este procedimiento, en la que solicitaba que la guarda y custodia fuera compartida entre ambos progenitores por semanas alternas de lunes a lunes, con un régimen de visitas consistente en la mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano. Solicitó, además, que no se fijara la pensión de alimentos a cargo de ninguno de los progenitores, que los gastos extraordinarios fueran satisfechos por mitad y que se dejara sin efecto la atribución del uso del domicilio que había sido familiar, que es de su propiedad exclusiva y que además había perdido tal carácter porque en él convivían, además de D. ^a Eva y sus hijos, la nueva pareja de esta, D. Miguel , y otros dos hijos nacidos de esta unión.

3.-El 25 de septiembre de 2020 D. Marcos presentó una solicitud de adopción de medidas urgentes al amparo del artículo 158.6 del Código Civil (CC) en el que alegaba que el 8 de septiembre de 2020 la Guardia Civil había tenido que acudir a la vivienda por denuncias de los vecinos, lo que dio lugar a la iniciación de actuaciones por presunta violencia de género contra D. Miguel . Añadió que la foto pública de WhatsApp del Sr. Miguel mostraba una fotografía suya con una pistola en una mano y un revólver en la otra, y que en la red social Instagram mostraba fotografías de dos machetes de gran tamaño, dos catanas y una escopeta o arma similar.

El padre entendió que era necesario proteger a sus hijos del carácter violento de la nueva pareja de D.^a Eva y solicitó la suspensión de la guardia y custodia materna y la modificación del régimen de visitas para que estas

se desarrollaran en el domicilio de los abuelos maternos y sin la presencia del Sr. Miguel . Solicitó también la entrevista judicial con los menores, además de aportar prueba documental y de ofrecer prueba testifical. La demandada se opuso a estas medidas urgentes a través de su escrito de 27 de enero de 2021 y el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión de la solicitud por considerar que los argumentos del progenitor no resultaban suficientes para sustentar una sospecha de riesgo para los menores.

4.- Por providencia de 3 de febrero de 2021 se inadmitió la solicitud de medidas urgentes con el argumento principal de que las actuaciones penales seguidas contra el Sr. Miguel (Diligencias Urgentes 140/2020, al parecer del mismo Juzgado núm. 4 de Lorca), habían sido archivadas por auto de sobreseimiento, cuya motivación se desconoce. No sabemos, por tanto, si el archivo de esta causa estuvo relacionado con la eventual decisión de D.^a Eva de no declarar en contra de su pareja o de no formular denuncia. No obstante, en la misma providencia se acordó, por un lado, oficiar a la Guardia Civil para que informara acerca de si D. Miguel disponía de licencia de armas y de si se había realizado algún registro en sus domicilios, y por otro lado, recabar del Instituto de Medicina Legal la elaboración de un informe psicosocial, que finalmente fue elaborado por una psicóloga privada, en virtud del convenio de externalización existente entre el Ministerio de Justicia y el Colegio Oficial de Psicólogos de Murcia. El informe fue aportado a las actuaciones el 21 de octubre de 2021 (acontecimiento 249 del expediente digital). Su autora no fue citada a la vista del procedimiento, pues ninguna de las partes lo solicitó ni la juez lo acordó de oficio.

La Guardia Civil contestó al oficio el 3 de septiembre de 2021 en el sentido de informar de que el 9 de marzo de 2020 se había realizado un registro en el domicilio de la DIRECCION000 - esto es, el domicilio familiar de D.^a Eva y sus hijos- en el que en ese momento residía D. Miguel , por su presunta implicación en delitos contra el patrimonio, concretamente delitos de robo en viviendas. Según dicho oficio, no constaba la tenencia de armas de fuego, y no estaba en vigor ninguna licencia administrativa que permitiera dicha tenencia.

5.- La vista se celebró el 21 de abril de 2022 y en ella el demandante modificó la petición inicial de la demanda. En lo que aquí interesa, solicitó que se le atribuyera en exclusiva la guarda y custodia de los dos menores, con un régimen de visitas, comunicación y estancias con la madre que se desarrollaría en el domicilio de las hermanas de esta; que se extinguiera la pensión de alimentos fijada en la sentencia de origen y se estableciera a cambio una pensión alimenticia a cargo de la madre por importe de 100 euros mensuales para los dos hijos, así como su obligación de contribuir al 50% de los gastos extraordinarios; el demandante mantuvo la petición, ya expuesta en la demanda, de que se dejara sin efecto la atribución a la madre del uso del domicilio que había sido familiar, sito en la DIRECCION000 de la localidad de DIRECCION001 , y que se acordara en su lugar su atribución al progenitor custodio, que ostenta además la titularidad exclusiva de dicho inmueble.

Esta modificación de las medidas solicitadas inicialmente en la demanda estuvo motivada, según lo relatado en la vista, por el carácter violento de la pareja de D.^a Eva y por la situación de malos tratos que sufría a manos del Sr. Miguel , según el relato que había hecho llegar al demandante la propia familia de D.^a Eva .

6.- La sentencia de primera instancia, fechada el 6 de mayo de 2022, estimó la demanda. Atribuyó la guarda y custodia de los dos menores en exclusiva al demandante y estableció un régimen de visitas de los niños con la madre, a desarrollar fuera del domicilio familiar y con pernocta únicamente cuando tuvieran lugar en el domicilio de la abuela o de las tías maternas. Acordó también la extinción de la atribución del uso del domicilio que fuera familiar, en atención al cambio de guarda y custodia y también por considerar probado, por el reconocimiento de la demandada y los informes de detectives privados aportados con la demanda, que al menos desde finales de julio de 2019 en dicha vivienda residía también D. Miguel , junto con los cuatro hijos de D.^a Eva , lo que suponía la evidencia de una relación estable, seria y duradera que justificaba la aplicación de la doctrina jurisprudencial que establece que la introducción de un tercero en la vivienda que fuera familiar cambia el estatus del domicilio, de modo que este deja de servir a los fines familiares. El uso de la vivienda se atribuyó al progenitor custodio, titular exclusivo de la misma. Por último, la sentencia acordó la extinción de la pensión de alimentos establecida en su día a cargo del padre y la fijación de una pensión a cargo de la madre por un importe conjunto de 100 € mensuales, con un reparto de gastos extraordinarios por mitad.

Para llegar a esta decisión la sentencia utilizó los siguientes argumentos: (i) el Sr. Miguel había sido condenado por sentencia firme por un delito de lesiones en el ámbito de violencia de género del art. 153.1º y 3º del Código Penal (CP) en sentencia de conformidad de 11 de abril de 2022, dictada en Diligencias Urgentes núm. 112/2022, en la que se estableció la pena de prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima durante un año; se consideró probado que la agresión había sido cometida en el domicilio familiar en presencia de los cuatro hijos de D.^a Eva y que en esa misma fecha se había dictado un auto suspendiendo el régimen de visitas de D. Miguel respecto de sus hijos biológicos por riesgo para la integridad física y moral de los menores ante la evidencia de una situación de violencia de género en el ámbito familiar; (ii) al tratarse de una sentencia de conformidad, se declaró su firmeza en la misma fecha de su dictado y se requirió a D. Miguel para el cumplimiento de la misma; (iii) existía una segunda condena penal, también en sentencia de conformidad,



dictada el 5 de mayo de 2022 en las Diligencias Urgentes núm. 143/2022 del mismo Juzgado, en la que se había impuesto al Sr. Miguel una pena de seis meses de prisión por un delito continuado de quebrantamiento de la medida de alejamiento (arts. 468.2º y 74 CP); (iv) se consideró probado un quebrantamiento sistemático por el Sr. Miguel de la prohibición de acercamiento y comunicación con D.ª Eva , que era una medida que pretendía proteger no solo a esta y a los dos hijos que había tenido con D. Miguel , sino también a los hijos del demandante, de modo que mantenía la relación y la convivencia con D.ª Eva en el domicilio cuyo uso tiene atribuido pese a la orden de alejamiento; (v) los menores Begonia y Marcos , debido al riesgo existente, prácticamente vivían con la abuela materna y con una tía materna (D.ª Nuria), hecho confirmado por la propia madre en la vista oral; (vi) las hermanas de la demandada (D.ª Nuria y D.ª Flor) declararon en la vista que D.ª Eva sufre malos tratos desde hace al menos cinco años y que los menores sentían pánico debido a los episodios de violencia, lo que había llevado a la familia materna a acoger a los niños por el grave peligro y la falta de reacción de la madre.

7.-La sentencia fue apelada por D.ª Eva el 31 de mayo de 2022, que alegó en síntesis como motivos de su recurso los siguientes: (i) infracción procesal y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) porque la sentencia había introducido hechos nuevos de oficio (las condenas por violencia de género y por el quebrantamiento de la medida de alejamiento del Sr. Miguel), que fueron posteriores a la vista y al inicio del plazo para dictar sentencia, todo ello sin dar traslado previo a la demandada, lo que atenta contra el principio de justicia rogada y el principio de contradicción, pues no se siguió el procedimiento previsto en los arts. 286, 426.4 y 433.1 LEC para introducir hechos nuevos en el procedimiento; (ii) error en la valoración de las pruebas, por no tener en cuenta el contenido del informe psicosocial, que había concluido en la inexistencia de indicios de desprotección ni de peligro para los menores por parte de la madre, y que recomendaba mantener la guarda y custodia materna y ampliar el régimen de visitas del padre; (iii) la decisión del juzgado incurre en incongruencia, porque no se pronuncia sobre las medidas concernientes a los otros dos hijos de D.ª Eva , conlleva la separación de los hermanos y restringe la relación de la apelante con sus hijos, pese a ser víctima de violencia de género. El recurso no utiliza como argumento la separación real y efectiva entre D.ª Eva y D. Miguel , ni alega explícitamente que ya no convivan juntos en el domicilio, pese a la pena de alejamiento.

8.-El fiscal se adhirió al recurso de apelación con el argumento esencial de que en la fecha de la vista no constaba que continuara la convivencia entre la apelante y su actual pareja, sin perjuicio de que, de acreditarse que entre ellos se había retomado la convivencia, podría quedar justificada la modificación de medidas pretendida por el demandante.

9.-D. Marcos se opuso al recurso de apelación, negó que se hubieran introducido hechos nuevos y alegó en todo caso la aplicación del art. 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

10.-El expediente fue itinerado a la Audiencia Provincial de Murcia el 30 de junio de 2022. Por diligencia de ordenación de 28 de mayo de 2024 se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el 5 de junio de 2024.

La audiencia provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la demanda, con imposición de costas al demandante, con los siguientes argumentos: (i) no se ha acreditado que la convivencia entre D.ª Eva y el Sr. Miguel continúe, y lo que está acreditado es que existe una orden de alejamiento; (ii) el informe psicosocial emitido el 20 de octubre de 2021 recomendó que no se produjera ningún cambio, pues aunque ambos progenitores presentaban unas condiciones similares para el cuidado de los niños, con adecuadas habilidades parentales, apoyo familiar y social, el horario del padre dificultaba el correcto desarrollo de la guarda de los niños, y en las entrevistas personales mantenidas con los menores ambos manifestaron que no querían que hubiera cambios.

11.-D. Marcos ha interpuesto recurso de casación basado en dos motivos que se analizarán a continuación.

SEGUNDO.- *Recurso de casación, oposición de la parte recurrida y dictamen del Ministerio Fiscal*

1.-El primer motivo del recurso de casación invoca la infracción de los arts. 9.1. 9.3, y 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de los arts. 92 y 158 CC, de los arts. 6, 26 y 29 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y del art. 39 de la Constitución, con clara vulneración del principio de interés superior del menor.

En su desarrollo alega que la audiencia provincial no ha valorado adecuadamente la situación de riesgo para los menores al mantener la guarda y custodia de la madre, pese a convivir esta con su pareja condenada por violencia de género y quebrantamiento de condena en la misma vivienda donde residen los hijos del recurrente. Se denuncia que el informe psicosocial, debido a la fecha en la que fue elaborado, no evalúa el riesgo real ni conoce la situación vigente a la fecha de la sentencia, y tampoco toma en consideración las condenas penales. Cita las sentencias de esta sala (identificadas por el número del repertorio oficial de jurisprudencia



-ROJ-) 4900/2015, de 26 de noviembre de 2015, 3863/2021, de 19 de octubre de 2021, y 694/2024, de 5 de febrero de 2024, que establecen la suspensión del régimen de visitas y los criterios de atribución de custodia cuando existe violencia o riesgo para los menores. Argumenta que la sentencia entra en contradicción con doctrina consolidada de esta sala sobre la protección del interés superior del menor y sobre la suspensión del régimen de visitas y atribución de custodia en casos de violencia de género o riesgo para los menores, sin tener en cuenta que lo que subyace al conflicto es una cuestión de interés general, que es la aplicación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en contextos de familias multiparentales en las que conviven hijos de distintas parejas.

2.-El segundo motivo se funda en la vulneración de los arts. 96.1 y 142 CC, pues la sentencia mantiene la atribución del uso de la vivienda privativa del recurrente a la madre, pese a convivir allí con su nueva pareja y los nuevos hijos que ha tenido con esta, lo que hace perder al domicilio el carácter de vivienda familiar.

En su desarrollo se citan las sentencias de esta sala (también identificadas por su ROJ) 3298/2024, de 20 de mayo de 2024, y 3882/2018, de 20 de noviembre de 2018.

3.-D.^a Eva se ha opuesto al recurso de oposición. En su opinión, el recurso pretende una nueva valoración de las pruebas, que es una labor que corresponde a los órganos de instancia, y no existe vulneración alguna del principio de protección del interés de los menores. A su juicio, la Audiencia realizó una valoración conjunta y racional de todas las pruebas (el informe psicosocial, que incluye las manifestaciones de los menores, la situación familiar y la orden de alejamiento), y dio especial relevancia del informe que, en octubre de 2021, concluyó que no era aconsejable un cambio en la guarda y custodia. Afirma que no se ha acreditado la convivencia entre la madre y su pareja tras las condenas penales y la orden de alejamiento (abril y mayo 2022) y añade que el Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación de la madre, considerando que no había evidencia de convivencia en el momento del juicio. Sobre las pruebas testificales, apunta que las hermanas de la madre no fueron testigos directas de los hechos que relatan y que sus declaraciones no acreditan la convivencia efectiva con D. Miguel.

4.-El Ministerio Fiscal ha solicitado la estimación del recurso, la asunción de la instancia por esta sala y la confirmación de la sentencia del juzgado de primera instancia. En su informe, después de constatar el resultado de la consulta realizada al Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ) expone que la sentencia no ha cumplido el canon reforzado de motivación que exige la protección del interés superior del menor y que la audiencia provincial ha omitido la valoración de pruebas relevantes, como las condenas firmes contra D. Miguel por delitos de violencia de género, quebrantamiento de la medida de alejamiento y robos, el informe de la Guardia Civil sobre un registro domiciliario en el que estaban presentes los menores; las declaraciones testificales de las hermanas de la madre, que han relatado los episodios de violencia que sufre D.^a Eva y el temor de los menores; y los informes de detectives privados que prueban la convivencia estable de la madre con su pareja en la vivienda, e incluso la propia declaración de la madre admitiendo la convivencia con D. Miguel en el domicilio que fue familiar.

TERCERO.- El canon reforzado de motivación de las resoluciones judiciales por afectación del interés superior del menor en los regímenes de guarda, custodia y visitas en contextos de violencia de género

1.-La resolución del recurso de casación exige tomar como punto de partida la doctrina reiterada de esta sala y del Tribunal Constitucional (TC) sobre el deber de motivación reforzada por afectación del interés superior del menor en los regímenes de guarda, custodia y visitas en contextos de violencia de género.

2.-Esta doctrina jurisprudencial se ha forjado entorno a determinados preceptos de la CE (art. 39), de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LO 8/2021), cuyo preámbulo proclama que la lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos, con referentes normativos de ámbito internacional, como -en el ámbito de Naciones Unidas- los tres protocolos facultativos de la Convención y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. El preámbulo da especial relevancia a la Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente.

Según el art. 1 LO 8/2021, la ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida. Entre sus finalidades (art. 3) se encuentra la de fortalecer el marco civil, penal y procesal para asegurar la tutela judicial efectiva de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia

(apartado f)), así como el abordaje y la erradicación, desde una visión global, las causas estructurales que provocan que la violencia contra la infancia tenga cabida en nuestra sociedad (apartado l)).

El art. 26 LO 8/2021, sobre prevención en el ámbito familiar, establece de que «[l]as administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán proporcionar a las familias en sus múltiples formas, y a aquellas personas que convivan habitualmente con niños, niñas y adolescentes, para crear un entorno seguro, el apoyo necesario para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo y fortalecer los factores de protección, así como apoyar la labor educativa y protectora de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, para que puedan desarrollar adecuadamente su rol parental o tutelar».

En la misma línea, el art. 29 LO 8/2021, sobre situaciones de violencia de género en el ámbito familiar, prevé que «[l]as administraciones públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género, garantizando la detección de estos casos y su respuesta específica, que garantice la plena protección de sus derechos».

3.-La STC 54/2025, de 10 de marzo, resume la doctrina constitucional sobre el deber de motivación judicial reforzada de la protección del interés superior del menor en contextos de violencia de género:

»a) [...] Como hemos recordado en nuestra STC 53/2024, de 8 de abril, FJ 3, es doctrina consolidada de este tribunal el deber de todos los poderes públicos de atender "de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público [...] incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros". El interés superior del menor es, "considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales". Pero la decisión de lo que sea en cada caso más beneficioso para el interés general del menor "corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios".

»El "interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos" (por todas, STC 126/2024, de 21 de octubre, FJ 2). Y aunque compete a este tribunal examinar si la motivación ofrecida "para adoptar cuantas medidas conciernen a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales", es a los órganos judiciales a quienes corresponde delimitar el contenido del interés superior del menor en cada caso ofreciendo para ello, dada la afectación de un principio superior de nuestro ordenamiento, una motivación reforzada (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2, entre otras).

»Motivar "debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (art. 39 CE), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia" (entre otras, SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 2/2024, de 15 de enero, FJ 2, y 53/2024, de 8 de abril, FJ 3), encontrándonos en estos casos "ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada" (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6). Una pluralidad de bienes y derechos que siempre habrán de tener presentes los órganos judiciales en sus decisiones sobre los regímenes de guarda y custodia, en las que el interés superior del menor ha de operar como contrapeso de los derechos de cada progenitor (SSTC 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2, y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6).

»Es doctrina constitucional consolidada que, cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens (SSTC 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2, y 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4). Es en este sentido que hemos afirmado que en la atribución y ejecución de los regímenes de guarda, custodia y visitas el interés superior del menor ha de operar como contrapeso de los derechos de cada progenitor (SSTC 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2, y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6). Y ello se predica tanto de la toma de decisiones provisionales, en el marco de la adopción de medidas cautelares, como en la adopción de decisiones definitivas.

»En otros términos, el deber de motivación reforzada que impone el art. 24.1 CE a aquellas decisiones que afectan o inciden en el interés superior del menor se proyecta, lógicamente, sobre las resoluciones judiciales, provisionales o definitivas, de atribución y ejecución de los regímenes de guarda, custodia y visitas. En estos casos, los jueces y tribunales deben hacer constar expresamente en sus resoluciones la ponderación de todos los bienes y derechos en juego, teniendo siempre presente el interés superior del menor, en cuya identificación habrán de tener en cuenta, entre otros aspectos, su deber de prevenir y protegerle contra la violencia sea el o la

menor víctima presencial o instrumental. Así lo impone el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en virtud de cuyo apartado 2 c), a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, nuestros órganos jurisdiccionales han de tener presente la conveniencia de que la vida y desarrollo de los y las menores "tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia". Deber de protección y prevención que se predica frente a los contextos de violencia de género.

»[...] "[L]os delitos relacionados con la violencia de género [...] constituye[n] la forma más grave de discriminación contra la mujer" (STC 48/2024, de 8 de abril, FJ 5). [...]. Indicios que también se proyectan a la seguridad y bienestar del menor.

»Como declaramos en las sentencias de esta Sala SSTC 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 3, y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 4, en sus resoluciones sobre regímenes de guarda, custodia y visitas, los órganos judiciales deben tener en cuenta los incidentes de violencia de género. Un deber que, asumido por el vigente art. 94 CC y por la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, es contrario a la práctica de equiparar el interés superior del menor "con mantener el contacto con ambos progenitores, independientemente de que su padre sea un maltratador -o presunto maltratador- y de la exposición del niño a la violencia". Por tanto, la exposición a la violencia de género es un elemento a considerar en la definición judicial del interés superior del menor cuando se trata de resolver sobre la fijación y ejecución de las medidas paternofiliales.

»Concluyendo, en las decisiones sobre los regímenes de guarda, custodia y visitas, provisionales o definitivas, los órganos judiciales tienen un deber de motivación reforzada para cuyo cumplimiento habrán de tener en cuenta los indicios de violencia de género. Nuestros jueces y tribunales no pueden así asumir que el interés superior del menor es equivalente a mantener relaciones con ambos progenitores, ni promover la perpetuación de funciones estereotipadas tradicionalmente atribuidas a las mujeres, obviando con ello las dinámicas de sometimiento inherentes a la violencia de género (SSTC 115/2024, de 23 de septiembre, FFJJ 2 y 3, y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 5). Y este deber de consideración de las dinámicas inherentes a la violencia de género supone también una obligación de prevención y protección contra la violencia de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia machista».

4.-La doctrina constitucional que ha quedado expuesta coincide con la jurisprudencia de esta sala sobre la protección de los menores frente a los episodios violentos. La sentencia 729/2025, de 12 de mayo, con cita de la precedente sentencia 1695/2024, de 17 de diciembre, explica lo siguiente:

«El preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ya nos advierte de los graves perjuicios que las conductas violentas generan sobre los menores, y así podemos leer:

»"Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma".

»El art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, norma que, a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: a) La protección de sus necesidades básicas, "tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas" y c) "la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia".

»La Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI)), en el apartado N, considera que: "[l]os niños también pueden sufrir la denominada «violencia presenciada» en el hogar y el entorno familiar, al asistir a cualquier tipo de maltrato a través de actos de violencia física, verbal, psicológica, sexual y económica contra personas de referencia o significativas desde el punto de vista afectivo; que esta violencia tiene consecuencias muy graves para el desarrollo psicológico y emocional del niño, por lo que es esencial prestarle la debida atención en las separaciones y los acuerdos de custodia parental, garantizando que el interés superior del menor sea la consideración primordial, en particular para determinar los derechos de custodia y visita en los casos de separación; que la violencia presenciada no siempre es fácil de reconocer y que las mujeres víctimas de violencia doméstica viven en un estado de tensión y dificultades emocionales; que, en los casos relacionados tanto con la violencia doméstica como con cuestiones de protección de la infancia, los tribunales

deben remitirse a expertos con conocimientos y herramientas para evitar tomar decisiones contra la madre que no tengan debidamente en cuenta todas las circunstancias".

»No ofrece duda, pues, que la violencia en el hogar genera un evidente impacto emocional de indiscutible carga negativa constitutivo de un factor de riesgo para el equilibrio de la salud mental, tanto de las víctimas directas que la sufren como de los convivientes que la presencian, y máxime si se trata de menores de edad que se encuentran en pleno proceso de desarrollo de la personalidad, carentes de los resortes adecuados para superar tan inadmisibles comportamientos sin repercusiones nocivas en su ulterior integración en la vida adulta. Tampoco, puede generar discusión entender que constituye maltrato psicológico el hecho de infundir temor mediante actos de intimidación, amenazas o comportamientos violentos sobre las cosas y personas. [...]

»En la sentencia 234/2024, de 21 de febrero, cuya doctrina se ratifica en la sentencia 915/2024, de 26 de junio, destacamos la importancia que ostenta la infancia y la protección que es preciso dispensar a los menores por los poderes públicos, apartándoles de cualquier fuente de eventual daño en el desarrollo futuro de su personalidad en formación, y así señalamos:

»"La infancia es un periodo decisivo del desarrollo de las personas, que debe ser protegido para evitar eventuales perjuicios en la integración posterior en el mundo de los adultos, de manera tal que sucesos vividos no se proyecten negativamente sobre quien los experimente, incluso mediante el padecimiento de trastornos psicológicos por traumas sufridos. Consecuentemente, el beneficio de los menores exige apartarlos de situaciones de riesgo, brindarles frente a ellas, con la finalidad de preservar ese interés superior que cuenta con raíces en el mandato de rango constitucional, dirigido a los poderes públicos, de asegurar la protección integral de los hijos, así como, en general, de los niños y de las niñas según las previsiones de los acuerdos internacionales que garantizan sus derechos (art. 39.2 y 4 CE)". [...]

»Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, en su artículo 31, apartado segundo, expresamente dispone que "[l]as partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños"».

5.-La precitada STC 54/2025, de 10 de marzo, recuerda que el «el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, incorpora, como criterio para la delimitación del interés superior del menor, la conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un ambiente familiar adecuado y libre de violencia. Asimismo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en sus arts. 1, 61 y 65, reconoce a los menores como víctimas directas de violencia de género e incide en la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las medidas que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia».

Con un enfoque que no es exactamente aplicable al caso que nos ocupa, pero al que tampoco resulta completamente ajeno, la STC 106/2022, de 13 de septiembre, declaró la constitucionalidad de la modificación del art. 94 CC operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que prescribió la suspensión (o, en su caso, el no establecimiento) del régimen de estancias, visitas y/o comunicación respecto del progenitor incurso en un proceso penal iniciado por violencia. En dicha sentencia ya se advirtió, en un razonamiento que resulta extrapolable a los supuestos en que, como aquí sucede, el contexto de violencia de género tiene su origen, no en uno de los progenitores, sino en las nuevas parejas que conviven con ellos y con los hijos menores, que la autoridad judicial competente habrá de valorar si de las declaraciones de las partes y de las pruebas practicadas puede concluirse «la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, en la que se comprende también "la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad"».

CUARTO.- *El principio del interés superior de los menores, en particular en contextos de violencia de género.*

1.-La jurisprudencia de esta sala sobre el principio de protección del interés superior de los menores se ha forjado en innumerables sentencias. Bastará citar, a título de ejemplo, la sentencia 729/2025, de 12 de mayo, y la 1251/2025, de 16 de septiembre de 2025 -transcrita parcialmente en el informe del Ministerio Fiscal- para comprender la importancia y el alcance que necesariamente deberá tener este principio en todas las decisiones que afecten a la vida de los niños y adolescentes. Según la sentencia 729/2025, de 12 de mayo:

»La jurisprudencia constitucional considera que "[e]l interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", según lo previsto en el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño (por todas, SSTC 64/2019, de 9 de mayo,

FJ 4; 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3; 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4; 28/2024, de 27 de febrero, FJ 5 y 82/2024, de 3 de junio, FJ 2).

»La reciente sentencia de esta sala primera 129/2024, de 5 de febrero, cuya doctrina reproduce y ratifica la STS 234/2024, de 21 de febrero, aborda el significado del interés superior del menor con las oportunas citas jurisprudenciales, y pone en evidencia su trascendencia en la decisión de los procesos en que se adoptan medidas referentes a los niños y a las niñas, al considerarlo: (i) como un principio axiológico preferente en la interpretación y aplicación de las normas; (ii) un concepto jurídico indeterminado; (iii) una regla de orden público (iv) un límite indisponible a la autonomía de la voluntad de los progenitores; (v) un principio de aplicación preferente en casos de imposibilidad de armonizarlo con los otros intereses convergentes; (vi) su determinación exige una motivación reforzada sobre la ordinaria de toda resolución judicial; (vii) constituye un instrumento de flexibilización del rigor procesal; (viii) es susceptible de apreciación mediante el auxilio de ciencias extrajurídicas como la psicología y (ix) fiscalizable a través del recurso de casación».

2.-Por su parte, la sentencia 1251/2025, de 16 de septiembre, recuerda algunos de los fundamentos de la necesaria preponderancia que debe darse al interés superior del menor y las consecuencias que ello supone en el plano estrictamente procesal a través de la regulación específica del art. 752 LEC:

«1. La importancia que ostenta la infancia en el desarrollo ulterior de la personalidad de los menores, y la protección que es preciso dispensarles con la finalidad de preservarlos de eventuales perjuicios en la integración posterior en el mundo de los adultos, de manera tal que sucesos vividos no se proyecten negativamente sobre sus personas, incluso mediante el padecimiento de trastornos psicológicos (SSTS 234/2024, de 21 de febrero; 915/2024, de 26 de junio y 1695/2024, de 17 de diciembre.

»2. También, señalamos que la consustancial falta de madurez y competencia de los menores, la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, los colocan, en no pocas ocasiones, en una posición de especial vulnerabilidad, que constituye campo abonado para sufrir abusos, maltratos y lesiones en sus derechos fundamentales, o, incluso, para ser instrumentalizados en los conflictos intersubjetivos entre los adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus progenitores (SSTS 625/2022, de 26 de septiembre; 129/2024, de 5 de febrero y 379/2024, de 14 de marzo).

»3. Consecuencia de lo anteriormente expuesto, es que el menor, como individuo en formación, precisa de una protección especial, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo que es necesario preservar. En este sentido, el art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, establece, como manifestaciones de dicho interés, «promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad»; «minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro»; así como la «preparación del tránsito a la edad adulta e independiente».

»En definitiva, quien no puede, por su edad, defenderse por sí mismo, ni velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas, para garantizar que aquellos sean debidamente respetados, y siempre, además, previa audiencia de los menores con suficiente juicio, para no ser postergados de las decisiones que más directamente les afectan.

»Manifestación de lo expuesto la constituye la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales y administrativos para cuidar de dichos intereses (art. 749 LEC); o la posibilidad de la fijación de medidas de oficio por parte de los tribunales de justicia, como excepción a los principios dispositivo y de aportación de parte, conformadores de los pilares esenciales sobre los que se sustenta el edificio del proceso civil (arts. 158 CC y 752 LEC).

»4. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional insiste, de forma reiterada, en la necesidad de que: «[t]odos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos por el art. 39 CE y atiendan de un modo preferente a la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público» (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

»5. Este estatuto del menor está regido por su interés superior, que es «la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos», según lo previsto en el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño (por todas, SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3; 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4; 28/2024, de 27 de febrero, FJ 5 y 82/2024, de 3 de junio, FJ 2). [...].

»7. Ahora bien, la determinación del interés del menor no puede llevarse a efecto «[m]ediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta. O, dicho de otro modo, no puede fijarse a priori para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor

determinado en unas concretas circunstancias» (SSTS 281/2023, de 21 de febrero; 981/2024, de 10 de julio; 1149/2024, de 18 de septiembre y 237/2025, de 12 de febrero).

»8.No es de extrañar, entonces, que nos hayamos manifestado también (SSTS 281/2023, de 21 de febrero; 1671/2024, de 13 de diciembre y 242/2025, de 12 de febrero) en el sentido de que en estos procedimientos especiales, tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, se sustancian con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (art. 752 LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción.

»9.Además, comoquiera que las relaciones y comportamientos humanos no son estáticos, sino dinámicos, no pueden ser ignorados acontecimientos ulteriores u otros hechos que afecten a la resolución del caso, so pena de vulnerarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Es, por ello, que cabe, en estos juicios del Libro IV de la LEC, el acopio y consideración judicial de nuevos datos trascendentes para tomar la decisión que sea más adecuada en la delicada misión de velar por los intereses preferentes de los menores (SSTS 281/2023, de 21 de febrero; 1671/2024, de 13 de diciembre y 242/2025, de 12 de febrero).

»A esta finalidad responde el art. 752 de la LEC que, bajo el epígrafe «prueba», contiene una específica regulación, que excepciona el régimen procesal de los juicios declarativos en una pluralidad de aspectos, que tienen su justificación en las peculiaridades del derecho material o sustantivo que constituye su objeto, relativos a la preclusión de las alegaciones, a la iniciativa probatoria del Juez, a la conformidad explícita o implícita con respecto a los hechos, a la fuerza legal probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los privados reconocidos.

»10.Bajo este criterio de flexibilidad procesal, la jurisprudencia se ha expresado en el sentido de que la aplicación del art. 752.1 LEC no solo opera en primera, sino también en segunda instancia (SSTS 759/2011, de 2 de noviembre, 559/2016, de 21 de septiembre; 721/2011, de 26 de octubre; 529/2016, de 12 de septiembre y 899/2021, de 21 de diciembre), con declaración, incluso, de la nulidad del procedimiento por no haberse acordado la práctica de pruebas pertinentes y necesarias en la alzada, todo ello, también, con la posibilidad de la aportación de prueba documental durante la sustanciación del recurso de casación (SSTS 350/2016, de 26 de mayo; 711/2016, de 25 de noviembre; 665/2017, de 13 de diciembre, 598/2019, de 7 de noviembre, 705/2021, de 19 de octubre, 308/2022, de 19 de abril; 281/2023, de 21 de febrero; 1671/2024, de 13 de diciembre y 242/2025, de 12 de febrero), entre otras).

»Por consiguiente, en esta clase de procesos, la prueba puede practicarse tanto a instancia de parte, como a petición del Ministerio Fiscal e incluso de oficio por parte del propio tribunal que conozca de los procesos en los que se encuentre comprometido el interés superior del menor, cuya satisfacción debe tutelar y asegurar. [...]

»[P]ueden concurrir determinadas circunstancias, debidamente constatadas y objeto de reforzada motivación, que justifiquen la limitación del régimen de comunicación paternofamiliar, incluso su suspensión, en tanto en cuanto sean perjudiciales para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto «[s]on las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor» (SSTS 170/2016, de 17 de marzo; 625/2022, de 26 de septiembre; 915/2024, de 26 de junio y 67/2025, de 13 de enero, entre otras). [...]

»Los órganos jurisdiccionales, así como las autoridades administrativas que intervengan en los procesos en los que se encuentren concernidos los intereses de los menores, no deben adoptar una posición pasiva, sino activa de garantía de la protección de sus derechos mediante la adopción, incluso de oficio, de las medidas que mejor se concilien con sus intereses. Cuentan para ello con las facultades que les brinda el ordenamiento jurídico derivadas del mandato constitucional tuitivo del art. 39 CE y las procesales del art. 752 de la LEC».

QUINTO.- Estimación del primer motivo del recurso de casación e innecesariedad de resolver el segundo motivo.

1.-Coincidimos con el Ministerio Fiscal en que la sentencia recurrida no cumple el canon reforzado de motivación que exige la protección del interés superior de los menores en contextos de violencia sufrida en el entorno familiar en el que conviven la mayor parte del tiempo.

2.-Frente a la motivación de la sentencia de primera instancia sobre el contexto de violencia familiar que afectaba a los menores, y también frente a la valoración de las pruebas que llevaron a la juez a esa conclusión y a la estimación de la demanda, el recurso de apelación de D.^a Eva , cuyo contenido ha quedado resumido en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, fue contestado por el demandante D. Marcos , que alegó: (i) que los hechos relativos a la violencia de género ejercida por D. Miguel ya habían sido introducidos en el procedimiento y que los que aludían al quebrantamiento de la prohibición de aproximación fueron aportados por la propia recurrente y corroborados en la vista mediante testigos (hermanas de la demandada), de modo que la juez solo constató lo ya probado, precisamente en protección del interés superior de los menores (art.

752 LEC y art. 158 CC); (ii) que no existía la incongruencia denunciada, pues el procedimiento afecta solo a los hijos comunes con el demandante. Las medidas respecto a los hijos de la relación con el Sr. Miguel ya fueron adoptadas en la sentencia condenatoria por violencia de género, y la separación de hermanos de vínculo simple no está prohibida; (iii) que el informe psicosocial no desvirtuaba la valoración de la prueba de la sentencia de primera instancia; (iv) que el recurso no aportaba argumentos sustantivos para modificar la sentencia, limitándose a cuestiones formales; (v) que en todo caso procedía la extinción del uso de la vivienda que fue familiar, pues la entrada en el de un tercero (Sr. Miguel) hace perder el carácter de hogar familiar.

3.-Frente a los argumentos de la sentencia recurrida y las razones de una y otra parte en los respectivos escritos de apelación y oposición, la motivación de la Audiencia Provincial de Murcia se limita a lo siguiente:

«Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de adhesión al recurso de apelación, no concurren los requisitos legales para acordar la modificación de las medidas porque no se ha acreditado que la convivencia entre doña Eva y el Sr. Miguel continúe, habiendo recaído sobre este dos condenas penales, con la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la señora Eva »

«El informe pericial psicológico emitido el 20 de octubre de 2021 [...] concluyó recomendando no producir ningún cambio [...].

» La juez a quo [...] declaró que había quedado acreditada la convivencia de la Sra. Eva con el Sr. Miguel . Sin embargo, lo que acredita la sentencia penal de 5 de mayo de 2022 es el Sr. Miguel tiene prohibido acercarse a la señora Eva ».

La razón decisoria de la estimación del recurso de apelación de la madre se condensó en este párrafo:

«En definitiva, ni el informe pericial psicológico, ni las manifestaciones de los menores, ni la situación existente desde julio de 2016, ni el trabajo del Sr. Marcos , ni la orden de alejamiento del Sr. Miguel respecto a la Sra. Eva , justifican la modificación de medidas acordada por la Juez de Primera Instancia».

4.-Entendemos, con el Ministerio Fiscal, que la sentencia recurrida no cumple el canon reforzado de motivación que reclama la protección del interés superior de los menores en contextos de violencia familiar, y que es igualmente exigible cuando quien genera ese contexto no es uno de los progenitores, sino la nueva pareja de uno de ellos, como es el caso, pero afecta a los niños porque forman parte del núcleo de convivencia en el que esa violencia se ejerce. Llegamos a esta conclusión a través de una serie de argumentos que expondremos separadamente.

4.1. La sentencia no hizo mención alguna al contenido de las declaraciones testificales de las dos hermanas de D.^a Eva , que relataron la situación de malos tratos en la que esta estaba inmersa desde prácticamente el inicio de su relación con D. Miguel y la forma en que esa situación afectaba a los niños. Más adelante se volverá sobre el contenido de estas declaraciones.

4.2. La Audiencia tampoco hizo referencia al art. 752 LEC ni a la interpretación jurisprudencial de esta norma, en la medida en la que permite tener en cuenta todos los hechos que hayan resultado probados en el procedimiento, independientemente del momento de introducción en el mismo.

4.3. La parte esencial de la razón decisoria se apoya en la importancia superlativa que la Audiencia otorgó al informe psicosocial emitido el 21 de octubre de 2021, esto es, unos dos años y medio antes del dictado de la sentencia, sin tener en cuenta que obviamente dicho informe no había podido tener en cuenta ni la situación ni las condenas penales posteriores. Además, ni siquiera valoró el informe en toda su amplitud, pues se limitó a reseñar los pasajes que postulaban el mantenimiento del sistema de custodia materna, sin ponderar que dicho informe ya apuntaba indicios de situaciones violentas en el domicilio familiar. De la entrevista con D.^a Eva y de las pruebas que realizó la psicóloga resultó que «[l]a peritada [en referencia a D.^a Eva] manifiesta que actualmente también tiene problemas con su actual pareja»; «[s]obre la relación con Miguel , relata que se pelean mucho, pero que en todo momento afirma que su actual pareja es correcto con los hijos fruto con Marcos y con los dos hijos de este último»; que D.^a Eva obtuvo una puntuación muy baja en «Resolución de Problemas (Rp:1) e Independencia (In:3)», pues «se bloquea ante las dificultades, no dando en ocasiones solución a la necesidad generada», y una puntuación alta en agresividad (Agr:7), por contar con dificultades en el control de sus impulsos para manejar los conflictos.

De la entrevista con el padre, la psicóloga autora del informe destacó su opinión de que el ambiente en el que se encontraban sus hijos no era el adecuado («hay peleas, conflictos y denuncias de Eva y Miguel , consumo de sustancias, tenencia de armas, con lo cual refiere que sus hijos no están bien atendidos»).

La propia menor Begoña relató a la psicóloga que «vivía en casa con su madre, su marido Miguel , y sus hermanos Marcos , Miguel y Salome ». Y aunque manifestaba que estaba a gusto con los dos progenitores

y que no quería ningún cambio, también puso de manifiesto que « Miguel y su madre se pelean mucho, se insultan y gritan», y que le gustaría cambiar esa situación.

Coincidimos con el Ministerio Fiscal en que la valoración de dicho informe fue acrítica y limitada y que su contenido no fue puesto en relación con el resto de las pruebas. La valoración conjunta del resultado de la entrevista con Begoña y de las declaraciones testificales de sus tías, en particular la de su tía D.^a Nuria , aparece apuntar hacia una suerte de autorresponsabilidad de la niña, que no quiere dejar sola a su madre en el entorno de violencia que percibe.

4.4. La Audiencia tampoco hizo referencia a la convivencia en el domicilio familiar de D. Miguel , que se había iniciado en torno a julio de 2019 y que se había mantenido como una situación de convivencia estable durante años. Así lo reconoció D.^a Eva en la vista y resulta además del oficio de la Guardia Civil en el que informaba de la realización de una entrada y registro en dicho domicilio el 9 de marzo de 2020 en la investigación de la implicación del Sr. Miguel en la comisión de delitos contra el patrimonio. También el informe psicosocial recoge que tanto D.^a Eva como Begoña manifestaron esa relación de convivencia. La sentencia recurrida no tuvo en cuenta que, en la demanda y en la oposición al recurso, el demandante, propietario exclusivo de la vivienda, reclamaba la aplicación de la doctrina jurisprudencial de esta sala (sentencias 1166/2024, de 23 de septiembre, 568/2019, de 29 de octubre, 448/2020, de 23 de septiembre, y 641/2018, de 20 de noviembre) sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de convivencia en la misma de la nueva pareja del beneficiario del uso, de modo que si se extinguía por tal razón la atribución del uso del domicilio privativo del demandante, se generaría un problema habitacional para los menores al que habría que dar respuesta.

4.5. Con todo, el argumento que adquiere mayor peso es que la sentencia recurrida dio por hecho que D. Miguel no residía ya en la vivienda solo por el hecho de que una sentencia penal había establecido una orden de alejamiento de un año de duración, sin tener en cuenta que dicha medida, que había adquirido firmeza el 11 de abril de 2022, había sido ya quebrantada de forma continuada -en principio, sin oposición de D.^a Eva - según la sentencia firme de 5 de mayo de 2022, esto es, cuando no había transcurrido ni siquiera un mes desde su entrada en vigor. Lo que acredita la sentencia penal de 5 de mayo de 2022 no es, como parece entender la Audiencia, que el Sr. Miguel había sido condenado a una medida de alejamiento, sino que había quebrantado de forma continuada una orden de alejamiento que había sido impuesta en otra sentencia anterior, la de 11 de abril de 2022.

Además, la medida de alejamiento tenía una duración de un año, y según los datos del SIRAJ, se tramitó en la ejecutoria 283/2022 del Juzgado de lo Penal número 2 de Lorca y tenía como fecha de extinción el 3 de mayo de 2023, esto es, casi un año antes del dictado de la sentencia recurrida. Por uno y otro argumento no era razonable concluir que la mera existencia de una orden de alejamiento, que ya no estaba en vigor en la fecha de la sentencia recurrida, era prueba suficiente de que la convivencia había cesado.

En suma, la Audiencia no dio la necesaria trascendencia a las condenas penales reseñadas, ni ponderó el riesgo que suponen el contacto y la convivencia de los menores Begoña y Casimiro con D. Miguel , ni valoró el hecho de que también se había dictado un auto suspendiendo el régimen de visitas de D. Miguel respecto de sus hijos biológicos por riesgo para la integridad física y moral de los menores, ante la evidencia de una situación de violencia de género en el ámbito familiar.

4.6. La frase final del fallo, que carece de correlato motivador en la fundamentación jurídica, y según la cual «se mantiene la guarda y custodia de la madre mientras no se reanude la convivencia de esta con D. Miguel » no es suficiente para cumplir el canon cualificado de motivación ni para garantizar la protección del interés de los menores, sino que realmente introduce un factor de inseguridad jurídica al establecer una suerte de condición resolutoria del ejercicio de la guarda y custodia sin garantías suficientes de cómo se controlaría su cumplimiento y cómo se ejecutarían sus consecuencias.

5.-Procederá, por todos los argumentos expuestos, estimar el primer motivo del recurso de casación, y sin necesidad de analizar el segundo motivo, casar la sentencia recurrida y asumir la instancia.

SEXTO.- *Asunción de la instancia. Examen de las circunstancias concurrentes*

1.-Damos aquí por reproducido todo lo expuesto acerca de las pruebas practicadas sobre la dinámica de las relaciones familiares y el contexto de violencia familiar que hemos descrito en los fundamentos anteriores y sobre el riesgo que ello supone para los menores Begoña y Marcos .

2.-Añadimos, para dar respuesta al recurso de apelación de D.^a Eva contra la sentencia que había estimado la demanda en primera instancia, que el art. 752 LEC, a cuyo contenido e interpretación jurisprudencial ya nos hemos referido en extenso en el fundamento de derecho segundo, no solo permitía, sino que obligaba a tener en cuenta las sentencias penales condenatorias. En el recurso de apelación, más allá de la queja formal

por el incumplimiento de los requisitos formales de la introducción de hechos nuevos en el procedimiento - en realidad, por el hecho de que no se diera un trámite *ad hoc* para hacer alegaciones-, no se invoca ninguna situación concreta de indefensión vinculada a la omisión de ese reclamado trámite de alegaciones sobre dichas sentencias.

En cualquier caso, el riesgo de situaciones de violencia en el domicilio familiar no era algo nuevo en el procedimiento, pues ya el 25 de septiembre de 2020 D. Marcos había presentado una solicitud de adopción de medidas urgentes del art. 158.6 (CC) en el que alegaba que el 8 de septiembre de 2020 la Guardia Civil había tenido que acudir a la vivienda por denuncias de los vecinos, lo que dio lugar a la iniciación de actuaciones por presunta violencia de género, que finalmente fueron sobreesididas. Y todas las pruebas personales practicadas en la vista versaron esencialmente sobre esa cuestión, que ya se había puesto de manifiesto también en el informe psicosocial, como ya se ha indicado.

3.-No se aprecia ningún error en la valoración de las pruebas que llevó a cabo la sentencia de primera instancia. Además de lo expuesto hasta ahora, tenemos en cuenta que los episodios de violencia afloraban ya en el mencionado informe psicosocial y que dicho informe, por la fecha en la que fue emitido, no pudo tener en cuenta los hechos posteriores ni valoró tampoco la opinión de la familia extensa de D.^a Eva .

Las declaraciones testificales de las hermanas de D.^a Eva fueron claras y contundentes. D.^a Nuria refirió una situación de convivencia francamente mala, calificó a D. Miguel como un «maltratador» y un «delincuente» (está incorporado a las actuaciones el resultado del SIRAJ que contiene todos los antecedentes penales por delitos contra las personas y el patrimonio, el último con fecha de comisión de 3 de marzo de 2024 y fecha de condena de 17 de diciembre de 2024), con un carácter violento que se agrava cuando consume drogas, Mostró su gran preocupación por el hecho de que sus sobrinos llevaran conviviendo desde hacía unos cuatro años en un ambiente tan perjudicial y relató que la familia materna había intentado ayudar a D.^a Eva por todos los medios, sin éxito, porque ella no reconocía la situación de maltrato. Así, explicó que la abuela materna se encarga de Marcos prácticamente desde que nació y que, aunque cree que Begoña no ha presenciado directamente cómo su madre ha sido maltratada, sí escucha las peleas y ha visto a su madre con secuelas físicas, como un ojo morado, y que por eso no quiere dejarla sola.

D.^a Nuria afirmó estar completamente segura de que su hermana es una buena persona y una buena madre, pero que creía que al mismo tiempo padecía una especie de «adicción» o de «enfermedad» en la relación con D. Miguel que le impedía percibir el riesgo en el que se encuentran los niños. Manifestó que había tenido conocimiento por otras personas que D.^a Eva había sido de nuevo agredida por D. Miguel en plena calle en presencia de los otros dos hijos pequeños en los días previos a la vista. Y también ofreció el apoyo de toda la familia materna para colaborar en la gestión del derecho de visitas. La familia, dijo, estaba dispuesta a hacer cualquier cosa por ayudar a D.^a Eva : que se trasladara a vivir con ellos, ayudarle a pagar una casa, o cualquier otra medida que fuera necesaria.

Por su parte, D.^a Flor relató la existencia de peleas y malos tratos casi desde el principio de la relación con D. Miguel y la negativa de D.^a Eva a presentar denuncias. Dijo ser consciente de que los niños no quieren convivir con D. Miguel y, aunque reconoce que Eva cuida muy bien de sus hijos, no está dispuesta a romper la relación con su pareja y este es el grave problema que genera el temor de los niños. El pequeño Marcos se queda por eso en casa de su abuela y, aunque los niños no quieren hablar explícitamente del tema con ella, percibe que están muy tensos y nerviosos.

Todas las pruebas sustentan, por tanto, la corrección de la sentencia de primera instancia.

4.-Carece de todo fundamento la alegación de incongruencia que contiene el recurso de apelación por el hecho de que la sentencia no se pronunciara sobre las medidas concernientes a los otros dos hijos de D.^a Eva , pues no era ese el objeto del procedimiento, limitado a la modificación de las medidas acordadas en su día respecto de los hijos que había tenido con D. Marcos . Sin perjuicio de ello, se acordará comunicar el contenido de esta sentencia al Ministerio Fiscal para que valore la procedencia de instar, en su caso, nuevas medidas de protección de los hijos biológicos.

5.-Es cierto que una de las consecuencias de la sentencia de primera instancia es la separación entre los hermanos de vínculo simple, y también que restringe la relación de la apelante con sus hijos, pese a ser víctima de violencia de género. Tenemos también en cuenta que en la oposición al recurso de casación, más allá de genéricas alusiones a la falta de evidencias de la reanudación de la convivencia, ni se alega ni se acredita la ruptura de pareja, a la que el escrito se sigue refiriendo como la «actual pareja» (página 5).

Asumimos que D.^a Eva tiene esa condición de víctima que le hace merecedora de toda la protección institucional y familiar que sea necesaria, pero esa necesidad, que en absoluto negamos, no puede abordarse en detrimento ni a costa de la imperativa protección del interés superior de sus hijos.

Damos aquí por reproducidas las reflexiones anteriores sobre el estatuto de los menores como norma de orden público y sobre la protección de su interés superior como un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales de otras personas, incluidos los progenitores. En el juicio de ponderación entre el interés de la madre y la protección de los niños, debemos decantarnos necesariamente por la protección de los menores, cuyo interés superior opera como contrapeso de los derechos de la progenitora, más aún cuando es un deber legal imperativo prevenir y proteger a sus hijos contra cualquier modalidad de la violencia, que si victimiza a D.^a Eva, lo hace en mayor grado en perjuicio de sus hijos. Debemos proteger, por encima de todo, a dos menores que están en formación y en pleno proceso de desarrollo de su personalidad y que, además, no pueden defenderse por sí mismos ante el impacto emocional que sufren y que, como antes apuntábamos, provoca una de indiscutible carga negativa constitutiva de un factor de riesgo para el equilibrio de su salud mental.

6.-Por último, está acreditado que D. Marcos dispone de las habilidades parentales y del apoyo social y familiar necesarios para ejercer la guarda y custodia de sus hijos. Tiene una buena relación, de cariño y confianza, con sus hijos. El problema de los turnos de trabajo que mencionó el informe psicosocial ya no existe y la abuela paterna, D.^a Andrea, puede prestar todo el apoyo que sea preciso en el desarrollo de las labores de guarda y custodia.

7.-Acordamos, por todo ello, asumiendo las funciones de instancia, desestimar el recurso de apelación de D.^a Eva y confirmar la sentencia de primera instancia.

SÉPTIMO.- Costas y depósito

1.-No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398 LEC, ni tampoco de las costas del recurso de apelación, teniendo en cuenta las dudas de derecho que han acompañado al juicio de ponderación entre la mejor forma de proteger el interés superior de los menores y la condición de víctima de violencia de género de la recurrente (art. 398 LEC).

2.-Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No es necesario ningún pronunciamiento sobre el depósito legal exigido para interponer el recurso de apelación, ya que la apelante tiene reconocido el derecho a la justicia gratuita.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º-Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Marcos contra la sentencia 632/2024, de 6 de junio, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia en el recurso de apelación 1648/2022, derivado del proceso de modificación de medidas 513/2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Lorca.

2.º-Casar la expresada sentencia, y, asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por D.^a Eva contra la sentencia dictada el 6 de mayo de 2022 en el proceso de modificación de medidas 513/2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Lorca, que confirmamos íntegramente. Se acuerda poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el contenido de esta sentencia para que valore la procedencia de instar, en su caso, nuevas medidas de protección de los hijos biológicos de D.^a Eva y D. Miguel, comunicación que realizarán la Audiencia Provincial y el Juzgado de Primera Instancia con carácter urgente.

3.º-No imponer las costas del recurso de casación ni del recurso de apelación.

4.º-Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación, sin necesidad de pronunciamiento sobre el depósito del recurso de apelación interpuesto por D.^a Eva, que litiga con el derecho de justicia gratuita.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.