

ABANDONO MORAL Y MATERIAL DEL HIJO: EL
DESINTERÉS Y DESAPEGO EN LA FUNCIÓN PARENTAL.
COMENTARIO A LA STS 106/2024, DE 30 DE ENERO (ROJ
STS 433/2024)

*MORAL AND MATERIAL ABANDONMENT OF THE CHILD:
DISINTEREST AND DETACHMENT IN THE PARENTAL ROLE.
COMMENTARY ON THE SPANISH SUPREME COURT JUDGEMENT
NUMBER 106/2024, OF JANUARY 30 (ROJ STS 433/2024)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 552-567

Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de febrero de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2024

RESUMEN: Consecuencia inherente a la determinación de la filiación entre padres e hijos es la atribución de un derecho-deber a los padres que debe ser ejercido por ambos en beneficio de los hijos e hijas menores de edad no emancipados de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos y a su integridad física y mental. No obstante, de esta función irrenunciable e indisponible, podrán los padres ser privados judicialmente tanto del ejercicio como de la titularidad de la patria potestad en caso de incumplimiento voluntario, grave y reiterado de los deberes parentales pero también en los casos de desinterés y despreocupación por el hijo/a.

PALABRAS CLAVE: Titularidad y ejercicio; patria potestad; desinterés; incumplimiento; privación.

ABSTRACT: *An inherent consequence of the determination of filiation between parents and children is the attribution of a right-duty to the parents that must be exercised by both for the benefit of the non-emancipated minor sons and daughters in accordance with their personality and with respect to their rights and their physical and mental integrity. However, of this inalienable and unavailable function, parents may be judicially deprived of both the exercise and ownership of parental authority in the event of voluntary, serious and repeated breach of parental duties but also in cases of disinterest and lack of concern for the son/daughter.*

KEY WORDS: *Ownership and exercise; custody; disinterest; breach; deprivation.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO:
I. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.- II. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PRIMORDIAL DEL HIJO.- III. EL INCUMPLIMIENTO VOLUNTARIO, GRAVE Y REITERADO DE LOS DEBERES PARENTALES.- I. La privación de la patria potestad como medida excepcional.- 2. Y pese a todo.- IV. EN CONSECUENCIA.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia n.º 293/2022, de 30 de marzo, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de primera instancia dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 545/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles, sobre privación total de la patria potestad.

La recurrente, madre del hijo sobre el que se dirime la cuestión de la privación de la patria potestad del padre, solicitaba dicha privación total de la patria potestad al padre del menor y el otorgamiento exclusivo del derecho a la madre.

Sin embargo, en primera instancia se consideró que si bien procedía atribuir la guarda y custodia sobre el hijo menor común a la madre, para que a su vez ejerciera en exclusiva la patria potestad, debía mantenerse compartida su titularidad con el padre ausente y desinteresado. Por otra parte, no se fijó régimen de visitas con el menor a favor del padre ni contribución a los alimentos a su cargo.

Recurrida la sentencia de primera instancia por la madre del menor, la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 30 de marzo de 2022, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la madre del menor contra la sentencia dictada en fecha 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado núm. 7 de los de Móstoles en los autos de familia, guarda, custodia o alimentos de hijos no matrimoniales y confirmó la referida resolución, sin costas. La madre recurrente denuncia la infracción de los arts. 154 y 170 CC, por mantener la sentencia impugnada la titularidad compartida de la patria potestad, pese a que el padre, que reconoció al niño en el momento de su nacimiento, después no ha vuelto a tener contacto con él, y no desea tenerlo, no ha contribuido nunca a su manutención, ni ha acudido a visitarlo, por lo que sería evidente la concurrencia de un incumplimiento voluntario, grave y reiterado de los deberes con el hijo en común, que debería determinar la privación de la patria potestad.

Interpuesto recurso de casación contra la misma, fue admitido y se procedió a la votación y fallo casando la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y

• **Pilar María Estellés Peralta**

Doctora en Derecho. Directora del Departamento de Derecho Privado. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". pm.estelles@ucv.es

estimando la demanda interpuesta por madre del menor, se acordó la privación total de la patria potestad del padre, ausente, no personado, del que no se dispone de los datos completos sobre su domicilio y absolutamente desinteresado, respecto del menor.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La controversia en casación versa sobre la privación de la patria potestad al padre que aunque reconoció al niño en el momento de su nacimiento, no ha mantenido ningún contacto con él desde entonces, ni se ha interesado por su situación ni sus necesidades. Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia Provincial de Madrid consideran que no se ha aportado elemento de prueba ni hecho del que pudiera deducirse la concurrencia de alguno de los presupuestos de extrema gravedad que permitirían la privación de la patria potestad al padre demandado pero sí del ejercicio cotidiano y ordinario de dicha función tuitiva, porque esta corresponde en exclusiva a la madre, que es con quien el hijo está conviviendo, de manera que solo debería ser oído el padre en casos extremos de excepcional relevancia o singular transcendencia.

De los hechos destacados en la sentencia, el Tribunal Supremo señala que no comparte el criterio mantenido por las sentencias de instancia y de la Audiencia Provincial ahora recurridos, y que no privan de la patria potestad al padre demandado a pesar de que constata que no ha cumplido en modo alguno ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad, crean una situación de incertidumbre e inseguridad sobre los supuestos en los que la madre (o los terceros que se relacionaran con ella) deberían oír al padre para conocer su opinión, en decisiones que afectan al menor, lo que en nada redundaría en su beneficio. Permitir de esta manera abierta y difusa que interfiera en el ejercicio de la patria potestad a quien se ha desentendido de todo lo que afecta al niño desde su nacimiento (del que han transcurrido más de diez años) no responde al beneficio del menor, pues ni el padre lo conoce, ni está al tanto de sus necesidades personales, materiales y afectivas, de su personalidad, ni de ninguna de sus circunstancias, ni tampoco este tribunal conoce cuáles serían las motivaciones y criterios del demandado a la hora de manifestar una opinión sobre una decisión referida al niño, respecto del que hasta el momento no ha manifestado en modo alguno preocupación o interés.

Para la sala, la misma falta de personación del padre en este procedimiento, a pesar de los intentos de notificación personal, confirma no solo su falta de preocupación, su desinterés, sino también la complejidad a la que abocaría la solución adoptada por la sentencia recurrida, que redundaría en perjuicio del menor cuando fuera preciso adoptar una decisión en la que se considerara necesario oír al padre por no ser “de la vida ordinaria” sino “de extraordinaria o especial importancia”. La sala considera que, en el caso, el beneficio e interés

del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad solicitada. En efecto, no se ve en qué forma la protección del interés del menor puede aconsejar mantener una titularidad de la patria potestad a favor de quien, desde el nacimiento del menor, no ha tenido relación con él, no se ha hecho cargo de su cuidado y manutención, no se ha preocupado de su situación ni ha velado en ningún momento por su protección y tutela.

COMENTARIO

I. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Una de las consecuencias inherentes a la determinación de la filiación entre padres e hijos es la atribución de un derecho-deber a los padres que debe ser ejercido por ambos en beneficio de los hijos e hijas menores de edad no emancipados. Esta función, que es irrenunciable e indisponible, se califica actualmente como una responsabilidad parental que debe ser ejercida en interés de los hijos de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos y a su integridad física y mental. De no ser así, podrán ser privados judicialmente tanto del ejercicio como de la titularidad de la patria potestad.

En relación con la naturaleza de la patria potestad, la actual redacción del art. 154, *in fine* CC, identifica la patria potestad como una responsabilidad parental. Ello significa que el derecho-deber de los padres se convierte *ope legis* en responsabilidad únicamente, no en potestad, pese a que se mantenga esta expresión en la mayoría de los preceptos que regulan esta materia. Así, la referencia del precepto a la “función” parental en vez de al derecho-deber, conlleva una transformación de la patria potestad, institución de orden público en el ámbito familiar que se encuadra dentro de las denominadas potestades familiares. Así, la patria potestad como responsabilidad parental es una función cuya titularidad corresponde a los progenitores conjuntamente y se ejercerá atendiendo a los principios de beneficio o interés del menor. Por tanto, la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad constituyen la regla general (art. 156.I CC).

Este ejercicio de la responsabilidad parental, debe inspirarse en la igualdad de trato y de oportunidades entre ambos titulares se hallen o no bien avenidos. Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores -tanto en situaciones de paz como de crisis familiar- y que en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos titulares ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuánto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

Sin embargo, la consecuencia de la mencionada transformación de la patria potestad como “función” y responsabilidad parental, es que se amplía el control jurisdiccional sobre los titulares de la patria potestad, estableciéndose en el art. 156 CC los mecanismos para dirimir los desacuerdos y en el art. 158 CC un control jurisdiccional ante posibles conductas parentales de abandono moral o material que pueden conducir a la privación total o parcial de la misma en caso de que el interés del hijo se vea perjudicado.

Así lo ha resuelto la STS 30 enero 2024¹ en contra del criterio de la SAP Madrid 30 marzo 2022² que casa, al señalar que permitir de manera abierta y difusa que el padre pueda interferir en el ejercicio de la patria potestad cuando hasta la fecha se ha desentendido de todo lo que afecta al niño desde su nacimiento (hace ya diez años) no responde al beneficio del menor, pues ni el padre lo conoce, ni está al tanto de sus necesidades personales, materiales y afectivas, de su personalidad, ni de ninguna de sus circunstancias, ni tampoco entiende el tribunal conoce cuáles serían las motivaciones y criterios del demandado a la hora de manifestar una opinión sobre una decisión referida al niño, respecto del que hasta el momento no ha manifestado en modo alguno preocupación o interés (FD 4).

II. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PRIMORDIAL DEL HIJO.

Así pues, la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público y un principio general de carácter interpretativo tendente a procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a los de los demás intereses implicados, atendiendo a la evidente falta de capacidad del menor para actuar en defensa de sus propios intereses³. El interés del hijo menor viene consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 CC) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (arts. 39.2 CE) y responde a la nueva configuración de la patria potestad.

El reconocimiento de la prevalencia del interés superior del hijo menor a nivel jurisprudencial se observa tanto en el Tribunal Supremo⁴ como en el Tribunal

1 STS 30 enero 2024 (Tol 9864180).

2 SAP Madrid 30 marzo 2022 (Tol 9225344).

3 SSTS 19 abril 2012 (Tol 2532886) y 25 abril 2011 (Tol 2125260).

4 SSTS 29 abril 2013 (Tol 3711046), 20 octubre 2014 (Tol 4529938), 17 noviembre 2015 (Tol 5596288), 27 junio 2016 (Tol 5775431), 27 junio 2016 (Tol 5775378), 21 junio 2017 (Tol 6201490), 26 febrero 2019 (Tol 7099258), 29 julio 2020 (Tol 8039309) y 29 julio 2020 (Tol 8039303), 26 septiembre 2022 (Tol 9246390) que señala, entre otras, que el interés del menor se ha considerado como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales.

Constitucional⁵ y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuyas sentencias han recogido reiteradamente este principio en sus pronunciamientos⁶.

De acuerdo con la STS 27 octubre 2021⁷, 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”, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990⁸.

La STS 16 septiembre 2022⁹, señala que la utilización de la expresión “consideración primordial” en relación con el interés del hijo menor, “significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior y preferente para resolver los supuestos de colisión o conflictos de derechos en el que el menor pueda hallarse inmerso y que no sean susceptibles de recíproca satisfacción”.

Este interés superior del menor se ha visto reforzado por la LO 8/2015, de 22 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia. Aun con todo y pese a ser una de las finalidades de la LO 8/2015, el principio del interés superior del menor se reconoce, pero no se define concretamente, aunque exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de los progenitores como ponen de manifiesto las SSTS 5 abril 2019¹⁰, 25 noviembre 2019¹¹, 4 abril 2018¹² y 12 septiembre 2016¹³. La jurisprudencia ha ido definiendo tal concepto en el sentido de entender que el “interés del menor” constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. En tal sentido se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares; se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas

5 SSTC 152/2005, de 2 de junio (Tol 673515), 124/2002, de 20 de mayo, FD 6 (Tol 258656), 138/2014, de 8 de septiembre (Tol 4517085), y 185/2012, de 17 de octubre (Tol 2675044).

6 STEDH de 11 octubre de 2016, rec. n° 23298/12, *affaire Iglesias Casarrubias et Cantalapedra Iglesias c. Espagne* (Tol 6412910).

7 STS 27 octubre 2021 (Tol 8640031).

8 SSTC 178/2020, de 14 de diciembre de 2020 (Tol 8437045), FJ 3, y 64/2019, de 9 de mayo (Tol 7265229), FJ 4, entre las más recientes.

9 STS 16 septiembre 2022 (Tol 9232223).

10 STS 5 abril 2019 (Tol 7205213).

11 STS 25 noviembre 2019 (Tol 7615742).

12 STS 4 abril 2018 (Tol 6568354).

13 STS 12 septiembre 2016 (Tol 5823940).

como emocionales y afectivas; se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo y la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten; se procurará que las medidas que se adopten en interés superior del menor no restrinjan o limiten más derechos que los que amparan¹⁴.

En todo caso, el interés del niño ha de ser entendido como superior y prevalente, más allá de las preferencias de los padres de acuerdo con la STS 30 junio 2016¹⁵, tutores o administraciones públicas¹⁶. Interés superior que debe atender en cada caso, el particular y personal interés del menor en liza en ese momento y circunstancia concretos, el de ese menor perfectamente individualizado, según pone de relieve la STS 13 febrero 2015¹⁷ y, además, debe ponerse en relación con el desarrollo libre e integral de su personalidad poniendo especial cuidado en su respeto según la STS 5 febrero 2013¹⁸.

Obviamente, el beneficio o interés del hijo puede exigir como señala muy acertadamente la STS 18 mayo 2022¹⁹, que “en condiciones de armonía familiar, la relación jurídica paterno-filial se construye sobre la convivencia de los hijos con sus progenitores” y que “a un menor, no se le puede privar del contacto con sus progenitores, máxime cuando el padre y la madre desempeñan un decisivo rol en el ulterior desarrollo de la personalidad de sus hijos, en tanto en cuanto participan en su formación integral cara a la futura incorporación al mundo de los adultos”. Pero si nos encontramos ante una dejación de funciones voluntaria los criterios aplicables ya no son los mismos.

En efecto, como señala la STS 30 enero 2024²⁰ comentada, la misma falta de personación del padre en este procedimiento, a pesar de los intentos de notificación personal, confirma no solo su falta de preocupación, su desinterés, sino también la complejidad a la que abocaría la solución adoptada por la sentencia de la SAP Madrid 30 marzo 2022²¹ recurrida, que redundaría en perjuicio del menor cuando fuera preciso adoptar una decisión en la que se considerara necesario oír al padre por no ser “de la vida ordinaria” sino “de extraordinaria o especial importancia”

14 Así las SSTs 25 abril 2018 (Tol 6592125), 15 diciembre 2017 (Tol 6461936), 19 octubre 2017 (Tol 6402978), 28 septiembre 2016 (Tol 5843549), 17 noviembre 2015 (Tol 5596288) y 31 enero 2013 (Tol 3020982).

15 STS 30 junio 2016 (Tol 5765231).

16 Así lo señalan las SSTs 5 febrero 2013 (Tol 3010824), 18 noviembre 2014 (Tol 4556709), 16 febrero 2015 (Tol 4719934), 17 noviembre 2015 (Tol 5596288), 27 junio 2016 (Tol 5775378), 12 mayo 2017 (Tol 6097928), 22 septiembre 2017 (Tol 6355916), 15 enero 2018 (Tol 6484675), 14 febrero 2018 (Tol 6516349), 6 abril 2018 (Tol 6566012), 24 abril 2018 (Tol 6592056), 9 de mayo 2018 (Tol 6602553), 15 octubre 2018 (Tol 6852505), 17 enero 2019 (Tol 6999235), 26 febrero 2019 (Tol 7099258), 5 abril 2019 (Tol 7205213) y 24 septiembre 2019 (Tol 7503994), 29 marzo 2021 (Tol 8384759), 31 mayo 2021 (Tol 8463907); 4 octubre 2021 (Tol 8614999); 27 octubre 2021 (Tol 8640031). Asimismo, la SAP Ávila 30 septiembre 2019 (Tol 7575498).

17 STS 13 febrero 2015 (Tol 4712378).

18 STS 5 febrero 2013 (Tol 3010824).

19 STS 18 mayo 2022 (Tol 8976982).

20 STS 30 enero 2024 (Tol 9864180).

21 SAP Madrid 30 marzo 2022 (Tol 9225344).

(FD 4). Por ello, la sala considera que, en el caso, el beneficio e interés del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad solicitada y para ello, realiza una interpretación extensiva del art. 170 CC.

En realidad, no se ve en qué forma la protección del interés del menor puede aconsejar mantener una titularidad de la patria potestad a favor de quien, desde el nacimiento del menor, no ha tenido relación con él, no se ha hecho cargo de su cuidado y manutención, no se ha preocupado de su situación ni ha velado en ningún momento por su protección y tutela. No le parece conveniente a nuestro Tribunal Supremo, mantener la titularidad de la patria potestad ante la ausencia total del padre en la vida del menor desde su nacimiento y de la dejación y abandono de sus funciones. Porque mantener en este caso, la titularidad de la patria potestad aunque sea con un contenido mínimo que permita una interferencia en el ejercicio exclusivo de la patria potestad por la madre, no redundaría en beneficio del menor.

Nótese, sin embargo, que no es renunciable la titularidad, pero sí el ejercicio de la patria potestad: de acuerdo con la SAP Málaga 4 marzo 2021²², “no cabe la aprobación de la renuncia a la patria potestad del padre respecto al hijo, ni tampoco cabe que pueda tener efecto jurídico alguno el consenso de ambos progenitores respecto de dicha cuestión” en convenio regulador que podría resultar válido si lo convenido se hubiera ajustado a los términos del artículo 92.4 del Código Civil al establecer: (l)os padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges; o a los términos del artículo 156 del mismo texto legal al disponer que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, lo que en este caso no se hace sino que, como ya se ha dicho, se renuncia por el padre expresamente y sin matizaciones a la patria potestad respecto del menor”. En el mismo sentido, SAP Cáceres 7 septiembre 2011²³.

No es renunciable *de iure* pero si *de facto* ¿qué si no es el incumplimiento grave y reiterado de los deberes parentales? ¿la dejación de funciones y responsabilidades? ¿el absoluto desinterés, desapego, desafecto, despreocupación...?

III. EL INCUMPLIMIENTO VOLUNTARIO, GRAVE Y REITERADO DE LOS DEBERES PARENTALES.

En el caso enjuiciado por la STS 30 enero 2024²⁴ la madre recurrente denuncia la infracción de los arts. 154 y 170 CC, por mantener la sentencia de la Audiencia

²² SAP Málaga 4 marzo 2021 (Tol 8558072).

²³ SAP Cáceres 7 septiembre 2011 (Tol 2237985).

²⁴ STS 30 enero 2024 (Tol 9864180).

Provincial de Madrid impugnada, la titularidad compartida de la patria potestad, pese a que el padre, que reconoció al niño en el momento de su nacimiento, después no ha vuelto a tener contacto con él, y no desea tenerlo, no ha contribuido nunca a su manutención, ni ha acudido a visitarlo, por lo que sería evidente la concurrencia de un incumplimiento voluntario, grave y reiterado de los deberes con el hijo en común que debería determinar la privación de la patria potestad (FD 2).

En su FD 3, la sentencia comentada se apoya en anteriores sentencias del Tribunal Supremo como la STS 1 octubre 2019²⁵ con cita en la STS 9 noviembre 2015²⁶ a la que remite la STS 23 mayo 2019²⁷ y hace una síntesis de la doctrina de la sala sobre la privación de la patria potestad señalando que:

“1.- El art. 170 CC prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.

2.- Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014, rec. 718/2012, que “la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el art. 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996 y 10 noviembre 2005).

3.- A la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la sala (STS de 6 febrero 2012, rec. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso,

25 STS 1 octubre 2019 (Tol 7520752).

26 STS 9 noviembre 2015 (Tol 5551640).

27 STS 23 mayo 2019 (Tol 7260577).

“[...]sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho” (STS 523/2000, de 24 mayo). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor; formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el art. 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo, dijo que la amplitud del contenido del art. 170 CC y la variabilidad de las circunstancias “exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...]en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]”.

Por tanto, este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor. Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

4.- Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre, confirmaba una sentencia de privación de la patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS384/2005, de 23 mayo)”.

I. La privación de la patria potestad como medida excepcional.

Como señala la sentencia analizada, el art. 170 CC contempla como medida excepcional la privación de la patria potestad. La privación de la patria potestad es una medida restrictiva y judicial adoptada como sanción en los casos exclusivamente contemplados en el art. 170 CC, esto es, en situaciones de graves constantes y reiterados incumplimientos de las obligaciones parentales que perjudican el desarrollo emocional y material de los menores²⁸, y como tal debe ser objeto de interpretación restrictiva²⁹.

Con esta medida de privación de la patria potestad no se pretende sancionar la conducta de los progenitores representada en el incumplimiento de sus deberes, sino de defender los intereses del menor; de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para su protección³⁰. Y así lo entendió

28 Así las SSTS 11 octubre 2004 (Tol 51424), 6 junio 2014 (Tol 4364744), 9 noviembre 2015 (Tol 5551640), 23 mayo 2019 (Tol 7260577) y 1 octubre 2019 (Tol 7520752).

29 SSTS 11 febrero 2004 (Tol 514214); 23 mayo 2005 (Tol 656547) y 10 noviembre 2005 (Tol 765860).

30 Vid. en tal sentido, Berrocal Lanzarot, A. I.: “La privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes familiares y drogodependencias”, *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 42 (I), 2017, pp. 65-92.

curiosamente, la SAP Madrid 30 marzo 2022³¹ al señalar que, en el caso ahora comentado, que no se alegaban en el supuesto litigioso dificultades de la madre para la toma de decisiones en la vida cotidiana del hijo en áreas como la educativa, administrativa o sanitaria, por lo que no procede privar al progenitor absolutamente de la patria potestad, sino solo atribuir a la madre el ejercicio cotidiano y ordinario de la función, por ser con quien convive, y limitar la intervención del padre a que deba ser oído “en cuestiones que afecten al menor y que sean de extraordinaria o especial importancia, y solamente en casos extremos de excepcional relevancia o singular trascendencia el padre, si discrepa de manera razonable y abiertamente del criterio de la madre, podrá solicitar la decisión de la autoridad judicial”.

Y es que la Audiencia Provincial de Madrid, mantiene la doctrina tradicional y protectora del derecho de los progenitores que se manifiesta en la SAP Madrid 30 marzo 2022³² cuando señala en su fallo que la privación de la patria potestad, “que por su gravedad ha de reputarse excepcional y aplicarse únicamente en casos extremos, no puede ser considerada sin más una especie de sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares, pues sobre tal consideración prima el interés del menor y, por ello mismo, la conveniencia y oportunidad de tan rigurosa medida para su adecuada protección. Así pues, para establecerla no basta la sola constatación de un incumplimiento, aún grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor. En suma, se exige: a) la existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla y b) la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor. Así las cosas, es el principio jurídico, de universal observancia, el denominado del favor *fili*, proyectado en orden a resolver siempre la contienda en beneficio del menor; y es el que determina que, aunque eventualmente pueda conllevar el sacrificio de posibles derechos e intereses de terceras personas que en otras circunstancias serían dignos de tutela, en el caso de que entren en colisión con aquel primordial principio, debe ser este el que reciba respaldo de los Tribunales”.

En consecuencia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid atiende a que, en el caso enjuiciado, la progenitora no aduce que pudieran existir peligro, perjuicio o perturbación que pueda producir al hijo menor el mantenimiento conjunto de la titularidad de la patria potestad que, insiste debe mantenerse, sin perjuicio que el ejercicio cotidiano y ordinario de la patria potestad la ejerza exclusivamente la madre. Todo ello, en base a que no se alegan dificultades para la madre en la toma de decisiones en la vida cotidiana del hijo, no se describe

31 SAP Madrid 30 marzo 2022 (ToI 9225344).

32 SAP Madrid 30 marzo 2022 (ToI 9225344).

ninguna ni se da referencia de entorpecimientos en áreas como la educativa, administrativa, sanitaria...etc. Obviamente -podemos añadir en este caso-, pues el progenitor paterno se ha desentendido del hijo desde su nacimiento. Sin embargo la SAP Madrid 30 marzo 2022³³ considera la viabilidad y mantenimiento de la titularidad compartida de la patria potestad pues ello solo se refiere a que el padre deberá ser oído en cuestiones que afecten al menor y que sean de extraordinaria o especial importancia y solamente en casos extremos de excepcional relevancia o singular trascendencia el padre, si discrepa de manera razonable y abiertamente del criterio de la madre, podrá solicitar la decisión de la Autoridad Judicial. Para la sala, son supuestos muy excepcionales e improbables, pero no imposibles. Lo cierto es que no es fácil en arbitrar una solución de consenso que no lesione totalmente los derechos de los progenitores postpuestos siempre en favor del interés de los hijos. Los progenitores también tienen derechos que deben ser respetados por el legislador y los tribunales.

Sin embargo, en esta ocasión, considero que otorgar el derecho a ser oído a este padre desinteresado y absolutamente ausente de la vida de su hijo, genera una inseguridad y dependencia en el correcto ejercicio de la patria potestad que afecta al hijo y a la madre en favor de un padre al que no le preocupa el bienestar de su hijo como así ha demostrado desde su nacimiento.

Y esta es la tendencia de la jurisprudencia más reciente de nuestro Alto Tribunal que, podríamos añadir que “hila más fino” y atiende fundamentalmente a una posible lesión del interés del menor (y no tanto a la protección de los derechos del progenitor) debida a esa falta de interés, contacto y preocupación por el hijo y que exige la privación de la patria potestad del padre/madre que se desentiende del hijo a nivel no sólo material sino afectivo incumpliendo de manera grave y reiterada el deber de pago de la pensión de alimentos o no relacionándose con el hijo de manera voluntaria y consciente, según las anteriores SSTS 1 octubre 2019³⁴ y 23 mayo 2019³⁵. En este mismo sentido, la STS 9 noviembre 2015³⁶ constató la falta de relaciones personales entre la menor y el padre quien hizo “dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada”.

Efectivamente, la STS 9 noviembre 2015³⁷ ya señaló que no puede mantener esta potestad quien no ejerce en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad –función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de

33 SAP Madrid 30 marzo 2022 (Tol 9225344).

34 STS 1 octubre 2019 (Tol 7520752).

35 STS 23 mayo 2019 (Tol 7260577).

36 STS 9 noviembre 2015 (Tol 5551640).

37 STS 9 noviembre 2015 (Tol 5551640).

deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido, tratándose de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad. En el mismo sentido, la STS 23 mayo 2019³⁸ manifestó que “la total desatención personal que supone la falta de trato alguno entre un padre y su hijo durante su primera infancia, unido a la desatención patrimonial, únicamente corregida recurriendo a la vía ejecutiva, revelan objetivamente un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad”.

Esta es la línea seguida por la STS 30 enero 2024³⁹ comentada. Se contempla, así el abandono no sólo material sino moral. Abandono injustificado, desinterés y despreocupación, falta de relación y afecto impropia de un progenitor hacia su descendencia.

En estos casos, si la falta de apego y relación afecta a uno solo de los progenitores, la privación determina que el otro se convierta en único titular de la potestad parental. La medida es reversible, por cuanto el art. 170.II CC contempla expresamente que si cesa la causa que motivó la privación, los tribunales podrán acordar la recuperación si redunde en beneficio o interés del hijo. Y en tanto reversible, se considera más acorde al interés del menor que la madre no deba procurar que el padre deba ser oído aunque se trate de cuestiones que afectando al menor sean de extraordinaria o especial importancia pues no se preocupó por él desde su nacimiento, por lo que pedir su opinión en estos casos, únicamente va a originar dilaciones innecesarias en la toma de decisiones que sí pueden afectar al interés superior del hijo. Mucho más grave resulta que en casos extremos de excepcional relevancia o singular trascendencia el padre, si discrepa de manera razonable y abiertamente del criterio de la madre, podrá solicitar la decisión de la Autoridad Judicial, lo que demoraría aun más si cabe la adopción de decisiones importantes para el hijo menor. Y en todo caso, ¿cómo se va a discrepar de manera razonable si se desconocen las necesidades, personalidad (y quizás hasta su aspecto físico), deseos y opiniones del hijo?

Como quiera que la privación tampoco impide, que a instancias del padre interesado pueda recuperarse la patria potestad si, por un cambio de actitud estuviera dispuesto al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y ello resultara beneficioso para el hijo en atención a las circunstancias, dicha privación no cercena irreversiblemente sus derechos como progenitor. No es el caso; en el supuesto enjuiciado, el padre no ha cumplido en modo alguno ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad pues, tras la ruptura sentimental con la madre, producida durante el embarazo, se limitó a reconocer su paternidad

38 STS 23 mayo 2019 (Tol 7260577).

39 STS 30 enero 2024 (Tol 9864180).

cuando el niño nació, pero desapareció absolutamente de sus vidas a partir de ese momento (FD 4).

2. Y pese a todo.

La privación no implica la extinción de la relación paterno filial y el padre demandado continúa ostentando el deber legal de velar por su hijo y prestarle alimentos, contenido de la filiación y no de la patria potestad (arts. 39 CE y 110 CC).

La privación tampoco impide, como hemos dicho, que a instancias del padre interesado pueda recuperarse la patria potestad si, por un cambio de actitud estuviera dispuesto al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y ello resultara beneficioso para el hijo en atención a las circunstancias. Dudoso en el caso enjuiciado.

IV. EN CONSECUENCIA.

Debemos considerar la posibilidad in crescendo de estas situaciones de desapego familiar. No son escasos estos supuestos de abandono material y moral de padres a hijos pero también de hijos a padres. Por fortuna, nuestra jurisprudencia está reconsiderando algunos efectos jurídicos de esta falta de relaciones afectivo-familiares. En tal sentido, la doctrina jurisprudencial se está posicionando en la defensa de estas relaciones afectivo-familiares que de no tener lugar van a originar la pérdida de derechos reconocidos legalmente. Esta línea jurisprudencial va más allá de la privación de la patria potestad a aquellos progenitores que hacen dejación de sus funciones y deberes parentales y comprende a aquellos que reniegan incluso del reconocimiento del hijo, quedando excluido de la patria potestad el progenitor cuya filiación haya sido judicialmente determinada con su oposición. Este caso, supone la exclusión de la titularidad y ejercicio de la patria potestad como sanción al progenitor biológico que no acepta su paternidad habiendo sido determinada ésta judicialmente y habiéndose opuesto a su determinación, a diferencia de los supuestos de suspensión y privación en que sí ha existido atribución *ex lege* a los progenitores de la patria potestad, por el hecho de la filiación⁴⁰. Sin embargo, las consecuencias son similares en ambos casos: los progenitores que se niegan a reconocer a sus hijos se desentienden y desinteresan de los mismos e incumplen sus deberes paterno-filiales materiales y morales, lo mismo que el progenitor del caso comentado que, aunque sí reconoce al hijo, se comporta con absoluto desinterés incumpliendo igualmente sus deberes paterno-filiales materiales y morales.

40 Así las SSTS 2 de febrero de 1999 (Tol 2160), 12 noviembre 2008 (Tol 1401714) matizadas por la STS 16 febrero 2012 (Tol 2459427).

Así pues, la falta de interés, contacto y preocupación son causas que están siendo recogidas por nuestra jurisprudencia para la privación o suspensión de los derechos parentales. Pero no son las únicas medidas adoptadas por nuestros tribunales. En relación con la pensión de alimentos en favor de los hijos mayores de edad (arts. 142 y siguientes CC) la inexistencia de relación entre el progenitor y el hijo, esto es, la lacra del “desapego” conlleva la extinción de la pensión de alimentos. Y eso, a pesar de que el artículo 152 CC que trata las causas de extinción del derecho de alimentos, no contempla específicamente la ausencia de relaciones paternofiliales ni se formula en ningún otro precepto⁴¹ aunque puede incluirse en el art. 152.4 CC en relación con la ingratitud del alimentista. Sin embargo, la falta de relación manifiesta entre progenitor alimentante e hijo alimentista, esta ingratitud o desapego, debe ser imputable exclusivamente al hijo⁴² y no cuando esa mala relación sea consecuencia también de un mal ejercicio de las responsabilidades parentales por ese progenitor⁴³, en el sentido de entender que “no resulta equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares pueda beneficiarse de las ventajas de una institución cuyo fundamento son los vínculos parentales”⁴⁴.

En esta misma línea, extendiendo la cuestión en materia sucesoria, para adaptarla a la realidad social, se manifiestan las SSTS 24 mayo 2022⁴⁵ y 19 abril 2023⁴⁶ sobre maltrato moral al entender nuestra jurisprudencia que solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos que se puedan integrar en la causa de desheredación del art. 853.2 CC.

Luego el desinterés o “desapego afectivo familiar” cobra carta de naturaleza en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

41 Extenso trabajo al respecto de DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Extinción de la pensión de alimentos por ruptura unilateral, voluntaria y sostenida del hijo hacia el progenitor», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2021), n^o 97, núm. 788, pp. 3679-3689, en pp. 3682 y ss.

42 Es el caso de la SAP La Coruña 7 mayo 2021 (*Tol 8520824*) y la STS 19 febrero 2019 (*Tol 7083001*), pues para apreciar esa causa de extinción ha de quedar probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijo es principalmente imputable al hijo.

43 En este sentido, CAMPO IZQUIERDO, Á. L.: “Alimentos en hijos mayores de edad. Art. 93.2 Código Civil”, *Actualidad Civil, La ley*, Wolters Kluwer (2022), núm. 4 p. 14; asimismo, APARICIO CAROL, I.J.: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 30.

44 Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Extinción de la pensión”, cit., p. 3685.

45 STS 24 mayo 2022 (*Tol 8996156*).

46 STS 19 abril 2023 (*Tol 9524362*).