

# Privación de la patria potestad en interés del menor

## Comentario a la STS de 30 de enero de 2024

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

castoparamo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

El artículo 170 del 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. 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. 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. La privación no implica la extinción de la relación paterno-filial y el demandado continúa ostentando el deber legal de velar por su hijo y prestarle alimentos, contenido de la filiación y no de la patria potestad. 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.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 29 de febrero de 2024).

## 1. Patria potestad

En los procedimientos de familia en los que se deciden medidas referidas a los hijos menores, la atribución de la patria potestad es la primera de las medidas que se decide y que en muchos casos puede suponer la atribución de del ejercicio exclusivo a uno de los progenitores, bien la suspensión o la privación de patria potestad, siempre que concurren elementos que impidan su ejercicio normal y que puede venir determinada por supuestos muy diferentes, como pueda suceder cuando uno de los progenitores tiene una enfermedad grave que le impide realizar las funciones, que conlleva la ausencia del progenitor en la vida del menor, por estar residiendo en un país diferente, y no pueda decidir aquellas cuestiones que exijan su intervención, o bien no mantenga contacto o relación con sus hijos ni les atienda ni se preocupe por su situación personal, escolar o económica, ni mantenga contacto telefónico ni por correo electrónico o por cualquier otro medio.

El procedimiento, en este caso, se inició mediante una demanda interpuesta por la madre contra el padre, interesando a través del procedimiento ordinario que se le privara de la patria potestad. El padre demandado no compareció, por lo que se declaró en rebeldía, dictándose sentencia por el juzgado de 1.ª instancia en la que se acordó que el ejercicio exclusivo de la patria potestad fuese atribuido a la demandante, manteniéndose la titularidad por ambos progenitores. Dicha resolución fue recurrida en apelación por la actora, dictándose por la audiencia provincial sentencia desestimatoria de la apelación y confirmando la sentencia apelada.

La sentencia de la audiencia fue recurrida en casación, por entender que se vulneraban los artículos 154 y 170 del Código Civil, privando de manera total la patria potestad al demandado.

Es importante constatar que en el supuesto de la sentencia el demandado reconoció al hijo en el momento del nacimiento, pero que desde ese reconocimiento de la filiación no se preocupó de él, no teniendo contacto con su hijo, ni le visitó nunca ni contribuyó a su bienestar material ni personal.

## 2. Regulación

La patria potestad está regulada en los artículos 154 y siguientes del Código Civil.

El artículo 154 dispone que:

Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º Representarlos y administrar sus bienes.
- 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Asimismo, el artículo 170 establece que:

Cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

En materia de patria potestad la jurisprudencia ha declarado que «la patria potestad está configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación». La STS de 12 de julio de 2004, en su fundamento jurídico segundo, señaló:

El artículo 170 del CC vincula al incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad la privación total o parcial de la misma, respecto del padre o madre incumplidor. Dicha privación, sin embargo, no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino solo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor (Sentencia de 31 de diciembre de 1996).

Ese carácter discrecional de la medida, que reduce el ámbito del control casacional de su aplicación por los Tribunales de instancia (Sentencias de 11 de octubre de 1991, 20 de enero de 1993 y 5 de marzo de 1998), no es, sin embargo, absoluto, ya que la norma establece unos límites que la decisión ha de respetar. De un lado, la medida ha de adoptarse en beneficio de los hijos. Así lo establece el 39, 2.º de la Constitución Española, en cuanto impone a los poderes públicos una actuación que asegure la protección integral de aquellos. Lo propio hacen los artículos del Código Civil art. 154, en cuanto exige un ejercicio de la patria potestad en interés de estos, y el art. 170.2, que condiciona la recuperación de la patria potestad al beneficio de ellos. De otro lado, la privación de la patria potestad, total o parcial no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persisten-

cia de la causa que la motivó, como establece el art. 170.2.º del CC al regular la recuperación de aquella.

El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor.

El desinterés del progenitor por el hijo menor y la actitud mantenida por el mismo al haber permanecido en situación procesal de rebeldía, no compareciendo al acto de la vista, constata la ausencia del padre y su falta de interés en el devenir cotidiano del hijo menor, dificultando el ejercicio conjunto de la potestad, por lo que el ejercicio exclusivo de las funciones derivadas de la patria potestad en la madre, quedando en suspenso la patria potestad del padre, es en ocasiones la mejor solución, valorando el interés del menor.

Por tanto, la situación de rebeldía no puede suponer necesariamente la privación de la patria potestad, sino que se ha de estar al supuesto concreto, tomando en consideración, en su caso, si es posible, por razón de su edad, la audiencia del hijo menor.

Es fundamental en estos supuestos oír a los menores en estos procedimientos, y así lo expresa el Tribunal Constitucional en la sentencia 64/2019, de 9 de mayo (NormaCEF NCJ064064), que explica la transcendencia del derecho del menor a ser oído, y su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y nos enseña al respecto que:

El derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, NormaCEF NCJ051961). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5, NormaCEF, NCJ047815; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7, NormaCEF NCJ040472; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, NormaCEF NCJ040673, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5, NormaCEF NCJ04112).

Esta sala se ha ocupado, igualmente, de la importancia y trascendencia que encierra tal derecho, siendo manifestación, al respecto, la contenida en las sentencias 413/2014, de 20 de octubre (NormaCEF NCJ058939); 157/2017, de 7 de marzo (NormaCEF NCJ062301); 578/2017, de 25 de octubre (NormaCEF NCJ062853); 18/2018, de 15 de enero (NormaCEF NCJ063081); 648/2020, de 30 de noviembre (NormaCEF NCJ065252); 548/2021, de 19 de julio (NormaCEF NCJ065666), y 577/2021, de 27 de julio (NormaCEF NCJ065720), entre

otras, de las que cabe extraer, en lo que ahora nos interesa, a modo de líneas directrices, las dos siguientes premisas:

- a) La audiencia del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal.
- b) Aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescindiera de su audiencia o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto.

### 3. Interés del menor

El interés del hijo menor es el que ha de prevalecer también en estos supuestos de privación de patria potestad, y es el principio rector del derecho a mantener relaciones paternofiliales en las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del artículo 10.2 de la CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5, Norma CEF NCJ062467). A ello se añade que, de modo expreso, el artículo 39.4 de la CE, que dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», de tal modo que este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 30 de noviembre de 1990, consagra el «interés superior del menor» como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial por los Estados parte. Así, el art. 3.1 de la indicada convención establece que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"» (STC 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.C, Norma CEF NCJ065538). En su artículo 9.3 se establece que «los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño». Y en el artículo 19.2 establece que «los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido

o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

También el convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales (en adelante, CDFUE) reconoce que la opinión del menor será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Afirma que el «interés superior del menor» es «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones. Reconociendo el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses» (art. 24 CDFUE).

La sentencia del Tribunal Supremo 514/2019, de 1 de octubre de 2019 (Norma CEF NCJ064395), establece que:

1. El artículo 170 del Código Civil 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.

La patria potestad es una función con un amplio contenido, 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.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 junio 2014, rec. núm. 718/2012, nos dice 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 artículo 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 de octubre de 1996; 10 de noviembre de 2005).

Por ello 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, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho.

El artículo 170 del Código Civil establece una cláusula general que ha de ser aplicada al supuesto concreto, habiendo indicado el Tribunal Supremo en la sentencia 183/1998, de 5 de marzo, que la amplitud del contenido del artículo 170 del Código Civil 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.

Por ello, 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, no es suficiente con la sola constatación de un incumplimiento, aún grave, de los deberes paternofiliales, 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. Así se exigiría:

1. La existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla.
2. La razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor.

#### 4. Conclusión

En el supuesto del caso que se comenta concurren los dos presupuestos mencionados para apreciar la privación de la patria potestad. En primer lugar la causa grave con entidad suficiente, como es la ausencia permanente del padre desde el reconocimiento del hijo tras su nacimiento, con el que no se ha comunicado ni ha mantenido visitas ni se ha ocupado de su bienestar material ni personal, no se ha interesado por ningún aspecto de su hijo, con una ausencia permanente, equivalente a la ausencia total de progenitor, por lo que mantener respecto del progenitor la patria potestad no es de interés para el hijo menor, para

quien el padre es un desconocido, y desde luego no le reporta ningún beneficio, ni sería bueno para su estabilidad emocional, lo que no extingue la relación paterna de velar por su hijo y prestarle alimentos, que deriva de la relación de filiación, y que en su caso el padre podría intentar recuperar si se dieran las circunstancias que supondrían un cambio, dando lugar al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y el beneficio del hijo, de acuerdo con las circunstancias existentes, por lo que la sentencia dictada sigue la doctrina existente mencionada.