

SENTENCIA 5/2023, de 20 de febrero

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6808-2019, promovido por don P.M.P., representado por la procuradora de los tribunales doña Susana Hernández del Muro y asistido por el letrado don Guzmán García Arrillaga, contra la providencia de 21 de agosto de 2017 y el auto de 13 de septiembre de 2017, dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Majadahonda, en los autos de jurisdicción voluntaria núm. 421-2017 y contra el auto de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de octubre de 2019, recaído en el rollo de apelación núm. 595-2018, que desestimó el recurso de apelación. Han intervenido doña A.A.F., representada por la procuradora de los tribunales doña Francisca Inmaculada Izquierdo Labella y asistida por la letrada doña María Luz Ruiz Villanueva y el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don César Tolosa Tribiño.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 25 de noviembre de 2019, la procuradora de los tribunales doña Susana Hernández del Muro, en nombre y representación de don P.M.P. y con la asistencia letrada de don Guzmán García Arrillaga, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones indicadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) El 24 de mayo de 2017, el ahora recurrente, representado por la procuradora de los tribunales y asistido del letrado que firman la demanda de amparo, presentó escrito de iniciación de procedimiento de jurisdicción voluntaria, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda, por el que, al amparo de los arts. 87 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV) y 158 del Código civil (CC), y con cita del art. 39.3 y 4 CE, solicitó que se requiriera a la demandada, con la que se encontraba incurso en procedimiento de divorcio a fin de que “se abst[uviera] de llevar a misa al menor, [...], así como [de] hacerle partícipe de actos religiosos, en especial la realización del sacramento del bautismo, sin el consenso y consentimiento del progenitor no custodio” y que el menor “continúe estudiando la asignatura ‘valores cívicos y sociales’ en el colegio” en el curso 2017-2018.

De acuerdo con lo que narra el recurrente en su escrito de demanda, el 26 de julio de 2002 contrajo matrimonio con la demandada. Fruto de ese matrimonio nació, el 16 de septiembre de 2010, el hijo común. Tras el cese de la convivencia el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda dictó un auto de medidas provisionales coetáneas. En esta resolución judicial se atribuía a la madre la guarda y custodia del menor y se reconocía al padre un régimen de visitas con estancia en fines de semana alternos y la tarde de los miércoles, desde la salida del menor del centro escolar y hasta el comienzo de las clases del día siguiente. La patria potestad se continuaría ejerciendo conjuntamente por ambos progenitores.

El recurrente indica que ambos cónyuges habrían acordado no bautizar al hijo, y que no asistiera a misa, ni a catequesis, ni recibiera la primera comunión, y una vez alcanzada la mayoría de edad tomara de forma consciente y libre sus propias decisiones en el ámbito espiritual. Así le educaron, no asistiendo a misa salvo en celebraciones familiares puntuales y matriculando al menor en la asignatura de “valores cívicos y sociales”.

Afirma que la madre obliga al menor a acudir a misa en contra de la voluntad de este y pese a su resistencia. Añade, que el menor ha expresado su voluntad de no asistir a ningún rito religioso ni a catequesis, y solicita que se respete su voluntad. Refiere que es voluntad del menor seguir estudiando “valores cívicos y sociales” en el centro educativo en el que está matriculado, en el que está contento con sus compañeros de clase y los docentes de la asignatura y que sería traumático psicológicamente un cambio para él. Sostiene que está muy motivado con la asignatura y que tiene una calificación de sobresaliente.

Añade que el comportamiento de la madre vulnera los derechos del demandante como titular de la patria potestad y perjudica el bienestar e interés del menor, yendo contra su voluntad, y que contraviene los consensos alcanzados por los que el menor cursó sus estudios en un colegio laico en el que no asistió a las clases de “religión” sino a las de “valores cívicos y sociales”.

b) Por decreto de la letrada de la administración de justicia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda, de 21 de julio de 2017, se admitió a trámite la solicitud, incoándose procedimiento de jurisdicción voluntaria, que se registró con el núm. 421-2017. En el mismo, se citó a las partes para la celebración de la comparecencia que tendría lugar el 29 de agosto siguiente a las 12:00 horas. Entre otras circunstancias, se advertía en el mismo que: “4) Debe comparecer a la vista con los medios de prueba de que intenten valerse (art. 16.3 LJV)” y en el punto 5 de las prevenciones legales se refería que en el plazo de los tres días, siguientes a la citación, debe indicar al órgano judicial qué personas han de ser citadas por el mismo para que asistan a la vista, pudiendo aportar dictámenes elaborados por peritos, caso de que no los hubiera podido aportar con el escrito de demanda, para su traslado a la parte contraria, y, en todo caso, cinco días antes de la vista.

c) Por escrito de fecha 25 de julio de 2017, la representación del recurrente en amparo solicitó la citación del menor para la comparecencia a través de la madre, toda vez que el 29 de agosto de 2017 el menor estaría con su madre en el periodo de visitas que le correspondía.

d) Mediante providencia de 26 de julio de 2017, se dio traslado de la solicitud al Ministerio Fiscal, a fin de que informara sobre la necesidad de que el menor declarase en dicha comparecencia. Dicho informe no consta que se llegara a emitir. Unos días después, a instancia de la representación de la madre del menor, quien argüía que las medidas solicitadas no eran urgentes e indicaba que su procuradora y su abogada se encontraban fuera de Madrid en la fecha señalada, por diligencia de ordenación de 31 de julio, se suspendió la comparecencia señalada. En esa misma diligencia de ordenación se señaló nuevamente la comparecencia para el 17 de enero de 2018.

e) Por escrito presentado el 31 de julio de 2017, A.A.F., con la misma representación y defensa con la que ha comparecido en el presente proceso constitucional, manifestó su oposición a la solicitud de medidas en relación con su hijo.

En el escrito de oposición refiere que las partes contrajeron matrimonio canónico, al ser ella católica practicante. Niega la existencia del consenso afirmado por el solicitante en torno a no educar al hijo en la religión católica. Tras el nacimiento, su marido se negó a bautizarle, pese a que había jurado educar a sus hijos en la fe católica. Sin embargo, afirma que el niño siempre ha acompañado a su madre a misa los domingos en cuya celebración desea colaborar activamente pasando la cesta o siendo monaguillo.

Refiere que escogieron el colegio porque ofrecía la posibilidad de adquirir una formación religiosa y recibir los sacramentos dentro de la vida escolar. Añade que, con carácter previo al planteamiento de la demanda de divorcio, y pese a que el menor comenzó a asistir a clase de religión en el colegio, el padre, de modo unilateral y sin conocimiento ni consentimiento de la madre, cambió al niño a la asignatura de valores cívicos y sociales, con una autorización firmada solo por él.

Discrepa del padre y sostiene que no intenta apuntar al niño a la clase de religión pues entiende que este aspecto debe ser consensuado. Afirma que el menor no rechaza la religión, la ve normal en su vida.

Sostiene que es el único niño de su clase que asiste a la asignatura de valores cívicos, por lo que el niño se siente desplazado y diferente a su entorno, ya que sus compañeros de clase tienen dos años más. Considera que cursar dicha asignatura no es la mejor opción para su hijo, pero ha preferido no oponerse para no aumentar la conflictividad. Indica que podría acceder a que curse esa asignatura siempre que el demandante

autorice a que el menor, en el tiempo en que esté con ella, pueda recibir también formación religiosa y, en su caso, recibir el bautismo y hacer la primera comunión como el resto de sus compañeros de clase.

En suma, concluye que no puede prohibirse que la madre lleve al niño a misa o a acontecimientos religiosos familiares ya que es positivo para la formación integral del menor y dice que, aunque en el colegio pueda asistir a la clase de valores cívicos, pueda también recibir educación católica.

Por lo expuesto suplica que teniendo “por presentado este escrito se sirva admitirlo, y en su virtud acuerde tener a esta parte por opuesta a la solicitud de medidas formuladas de adverso, y tras los trámites oportunos dicte en su día resolución desestimando las mismas y con expresa imposición de costas”.

f) La representación procesal del solicitante, mediante escrito de 4 de agosto de 2017, señala que ante el cambio de señalamiento se personó en el juzgado, donde fue informado de la posibilidad de adelantar la fecha de juicio para el mes de octubre de 2017. A efectos de evitar coincidencias de señalamientos informó al juzgado que su letrado tenía señalados juicios los días 2, 4 y 24 de octubre de 2017, por lo que, atendida la naturaleza del proceso, las pretensiones interesadas en la demanda y que el comienzo de las clases y de la asignatura “valores cívicos y sociales” estaba prevista para el mes de septiembre, solicitó que se adelantara la fecha de celebración de la vista a principios de septiembre.

g) Por providencia de 21 de agosto de 2017, que no consta notificada al recurrente hasta el 4 de septiembre de 2017, se acordó que: “[a] la vista de las dificultades de las partes para concurrir a vista los días que se señalaron (29 de agosto, y más tarde en octubre), resultando que no es obligatoria la celebración de vista en los incidentes del art. 156 CC, y habiendo ambas partes expresado ya su parecer por medio de sendos escritos (teniendo por cumplido el trámite de audiencia), y no resultando necesaria la comparecencia del menor (vista su edad), dese traslado urgente al Ministerio Fiscal (en vista de que efectivamente el curso comienza en fechas muy próximas) y queden los autos para resolver” (*sic*).

h) El fiscal emitió informe por escrito fechado el 31 de agosto. El Ministerio Fiscal, en primer lugar, identifica la pretensión ejercitada y la posición de las partes. Refiere que el padre pretende que se requiera a la madre para que no lleve al hijo común a misa, ni le haga participar en actos religiosos, así como que no asista a clase de religión en el colegio. Indica que la madre es católica practicante, colabora como catequista en su parroquia y que el matrimonio se celebró ante la Iglesia, circunstancias que el solicitante conocía y aceptó. Y, concluye, que “el hecho de que el menor no fuera bautizado y hasta el momento no haya cursado la asignatura de religión en el colegio, [...] no es vinculante para que la situación no pueda modificarse, si el deseo del padre es que al alcanzar la mayoría de edad el hijo pueda decidir por sí mismo, el conocer los valores que la religión católica conlleva no puede considerarse perjudicial para el menor por lo que la educación en la religión católica que quiere compartir la madre con su hijos se estima enriquecedora y debe ser aceptada”.

i) Mediante otro escrito presentado el 4 de septiembre de 2017, el solicitante interesó nuevamente la celebración de vista urgente en el mes de septiembre de 2017 antes del comienzo de las clases o, en su caso, en la fecha que inmediatamente quedase libre en caso de suspensión de otro proceso, recordando que había cursado esa misma petición mediante escrito de 4 de agosto de 2017.

j) El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda dictó auto el 13 de septiembre de 2017, en el que acordaba “conceder a la demandada la facultad de matricular a su hijo en la asignatura de religión católica y de tramitar lo necesario para que le sea administrado el sacramento del bautismo. Siendo facultad de cada progenitor el llevar [o] no a celebraciones religiosas al menor cuando esté en su compañía y exponer libremente a su hijo razonadamente la doctrina que entiendan más conforme con sus valores y sus criterios”.

El auto comienza su argumentación refiriendo que la solicitud interpuesta por la vía del art. 158 CC debió inadmitirse, pues la decisión de asistir a clase de religión, ir a misa o tomar el sacramento del bautismo no son propiamente actos de los que derive un riesgo o perjuicio para el menor en el sentido del indicado precepto.

Pese a ello, el auto entra en el fondo de lo que encuadra como discrepancia entre los litigantes referente a un derecho fundamental de su hijo, al considerar que las opciones sobre las que los progenitores mantienen su discrepancia afectan a la libertad religiosa del art. 16.1 CE y a ciertos aspectos del derecho a la educación del

art. 27 CE. El auto refiere que en caso de desacuerdo cabe la posibilidad de hacer uso del expediente previsto en el art. 156 CC.

Tras recordar la posición sostenida por el recurrente en amparo, resalta, con cita de las SSTC [141/2000](#), de 29 de mayo, y [154/2002](#), de 18 de julio, de los apartados primero y tercero del art. 14 de la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y del apartado primero del art. 6 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, Ley Orgánica 1/1996), que los menores son titulares del derecho a la libertad religiosa. Recuerda el contenido del art. 27.3 CE y del art. 2.1 c) de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (en adelante, LOLR), en que se reconoce el derecho que asiste a los padres para adoptar que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Finalmente, refiere con referencia al art. 2.1 a) LOLR, a la STC [46/2001](#), de 15 de febrero, que el derecho a la libertad religiosa comprende el derecho a no profesar religión o creencia alguna.

Entiende que la Constitución dista mucho de alinearse junto a concepciones que consideran el hecho religioso como nocivo o perjudicial para la formación y el desarrollo integral de la persona. Razona que la Constitución parece ver que el hecho religioso es positivo, puesto que el art. 16 CE expresa el compromiso del Estado de mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas.

Argumenta, con referencia a la sentencia núm. 74/1980 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 27 de febrero, y a la STC [141/2000](#), que se admite con naturalidad que cada progenitor pueda dar a sus hijos, en situaciones de crisis matrimonial, la educación religiosa que tenga por conveniente, que se encuentra íntimamente ligada a la formación integral y religiosa del menor. Si bien, tratándose de niños de corta edad, respecto de los cuales no cabe imaginar todavía un posible ejercicio de su libertad religiosa, el ejercicio de la potestad indicada por parte de padres y tutores no encuentra más límite que el respeto de la integridad moral de los menores, quedando prohibidas conductas que redunden en perjuicio del menor, o con las que se postergue su superior interés.

El razonamiento del auto proyecta tales consideraciones sobre la cuestión que se plantea, e indica que, por una parte, no se acredita que la pretensión de la madre de “educar a su hijo en la fe católica”, resulte perjudicial para el menor, o pueda constituir un peligro para su formación integral, ni, por otra, que se pretenda “involucrar al menor en determinado tipo de movimientos católicos de proselitismo agresivo o caracterizados por su intolerancia o fanatismo”, o que se puedan lastrar o imposibilitar decisivamente “las iniciativas que el padre pueda tener en orden a transmitir a su hijo las enseñanzas y orientaciones religiosas que tenga por conveniente y que comportan, obviamente la exposición de su parecer en esta cuestión y su opción en su caso por el laicismo, el ateísmo o cualquier otra”.

Finalmente, afirma que lo importante es que la conducta de los padres venga presidida “siempre por el buen sentido y por el designio de dispensar protección preferente del superior interés del menor”, a lo que añade que de ser así “no nos cabe duda que la pluralidad de educaciones religiosas, o de educaciones para acercar al menor al hecho religioso o en su caso al laicismo, no puede dejar de ser beneficiosa y enriquecedora para el menor”.

k) El recurrente en amparo interpuso recurso de reposición el 11 de septiembre de 2017 frente a la providencia de 21 de agosto de 2017, que según refiere le fue notificada el 4 de septiembre de 2017. Tras mencionar los artículos 85, 87, 88 y 89 LJV, el artículo 24.2 CE, los art. 281 y 283 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), el art. 92 CC, el art. 3.1 y 12 de la Convención de derechos del niño; los arts. 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y los art. 24 y 30 [por 39] CE, refiere que se ha quebrado “el principio básico que debe determinar la adopción de medidas que afecten al menor, es decir, oírle”. Argumenta que, conforme al art. 85 LJV, admitida la solicitud el secretario judicial citará a la comparecencia al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, pudiendo el juez acordar de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas. Afirma que la providencia ha vulnerado el derecho a proponer los medios de prueba que considere oportunos, causando indefensión (art. 24.2 CE).

Tras oponerse el Ministerio Fiscal a que el recurso de reposición fuera estimado, y la sucesión de diversas incidencias procedimentales —incidente de recusación incluido—, mediante auto de 26 de enero de 2018, se desestimó el recurso, argumentando que la no celebración de la vista se debió a la premura del solicitante a la vista del comienzo del curso escolar. Señala que “no hablando el art. 90.4 y 5 de vista sino de comparecencia y dación de audiencia a la Fiscalía, las partes aportaron la prueba que tuvieron por conveniente y solicitaron

la que tuvieron también por oportuno, no generándose indefensión alguna. Por lo demás no resulta relevante (vista la naturaleza de lo solicitado) la declaración del menor, que contaba con seis años de edad. Incluso partiendo de la base de su total disconformidad con recibir el sacramento, ir a misa o asistir a clase de religión, su parecer no es a su edad decisivo en materias relativas a sus preferencias educativas y además no es exigible (conforme al art. 92 CC)”.

l) El demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra el auto de 13 de septiembre de 2017, por el que solicitó que se declarase la nulidad de la resolución recurrida y de las actuaciones desde la providencia de 21 de agosto de 2017 y subsidiariamente se estimase la demanda planteada en su integridad.

Desde el prisma procedimental, relata los aspectos relevantes del procedimiento seguido, y reprocha al órgano judicial (i) por una parte haber resuelto el procedimiento sin celebrar la preceptiva comparecencia. Dicha omisión imposibilitó proponer y practicar prueba, como prevén los arts. 17, 18 y 85 LJV, y que se practicara la audiencia al menor, máxime cuando el fiscal se pronunció en el procedimiento de divorcio sobre la obligatoriedad de oír a los menores. Refiere que el menor tenía una madurez clara sobre la cuestión debatida, pudiendo practicarse dicha audiencia de modo directo o indirecto; (ii) por otra parte, censura que el auto recurrido ha incurrido en incongruencia *ultra petitum*, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al apartarse del objeto del proceso, pues ninguna de las partes solicitó la matriculación del menor en la asignatura de religión o que le fuera administrado el sacramento del bautismo.

En segundo lugar, considera que la resolución recurrida vulnera los arts. 16 y 27 CE, pues la madre rompió unilateralmente el consenso alcanzado entre los progenitores, imponiendo al menor sus creencias contra la voluntad del padre. Añade que, en situaciones de crisis familiar, ha de procurarse ante todo el interés del hijo menor de edad en cuyo favor se reconoce ese derecho de libertad religiosa.

Por otro lado, solicita la celebración de vista, y la práctica como prueba de: (i) el interrogatorio de la demandada; (ii) la audiencia del menor al no haberse practicado en la instancia; y (iii) la documental consistente en una comunicación del colegio de 13 de septiembre de 2017, por la que el menor estaba matriculado en la asignatura de “valores cívicos y sociales”, y el informe del Ministerio Fiscal emitido el 21 de septiembre de 2017, en los autos del procedimiento de divorcio núm. 798-2016, por el que se pronunciaba a favor de la conveniencia de oír directamente al menor, dada su edad, y refería que los menores han de ser oídos por el juez en todos los procedimientos judiciales que afecten a sus intereses, siendo dicha audiencia obligada, conforme al apartado primero del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

m) El fiscal se opuso a la estimación del recurso de apelación, al igual que la demandada, quien acompañó certificado de que el menor había sido bautizado el 2 de diciembre de 2017 y que asistía a la catequesis desde septiembre en orden a la preparación de su primera comunión.

n) La Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, por auto de 6 de abril de 2018, rechazó la prueba propuesta y la celebración de la vista, con cita de los arts. 460 y 270 LEC, y argumentó que examinadas las actuaciones remitidas no se consideraba necesario ni conducente el recibimiento del pleito a prueba para la práctica de la que propone la representación procesal de la parte apelante, al contarse en la causa con suficientes elementos de juicio y no concurrir los presupuestos del art. 460 LEC.

ñ) Por otro auto de fecha 1 de octubre de 2019, la referida Sección desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente en amparo. En el fundamento primero se pronuncia sobre las pretensiones de las partes en los siguientes términos:

“Las pretensiones reclamadas por el demandante, ahora recurrente, deben ser desestimadas, y ello, debido a que la nulidad solicitada por falta de comparecencia previa, carece de trascendencia alguna en el presente caso, ya que las partes, ni en sus escritos unidos de solicitud y oposición, ni posteriormente, habían interesado la práctica de prueba alguna, como tampoco la necesidad de celebrar una comparecencia ni la prueba de audiencia al menor, carece de sentido dada la edad del menor en aquellos momentos, ni la resolución dictada puede ser tachada de incongruente por exceder de lo pedido por la parte solicitante; al carecer actualmente de toda trascendencia, porque el menor no está matriculado en la asignatura de religión en el colegio donde recibe su formación, y además por autorización judicial el menor se encuentra bautizado y ser una circunstancia religiosa que carece de trascendencia alguna en su estado.

Y, respecto la cuestión de fondo, cada uno de los progenitores del menor, una vez disuelto el vínculo matrimonial, no puede condicionar a que no pueda transmitir sus propios valores a su hijo, pues ello excede de la facultad de la patria potestad, y máxime cuando estos valores no atentan a la integridad del menor, ni son contrarios al orden público existente”.

3. El recurrente en amparo, atribuye a las resoluciones impugnadas diversas vulneraciones.

a) Entiende que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la libertad ideológica y religiosa, de la que son titulares los menores de edad (art. 16.1 y 2 CE). A tal fin, cita el art. 14 de la Convención de derechos del niño, el art. 6 de la Ley Orgánica 1/1996, y refiere que ningún menor puede ser obligado por sus padres a ser adscrito a una determinada confesión religiosa. Es el menor el sujeto protagonista de las decisiones sobre opciones religiosas, sin que puedan abandonarse a sus progenitores, como decidió el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda. Los órganos judiciales deben velar por que el ejercicio de la patria potestad se realice en interés del menor. Sostiene que los derechos del menor han sido conculcados por la madre, que rompió el principio de continuidad, los consensos previos, abandonando la neutralidad y obligando a participar al menor en actos religiosos.

Alude a que el art. 27.3 CE garantiza también el derecho que asiste a los padres “para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, en relación con los arts. 16.1 y 14 CE, a la luz de los principios constitucionales del art. 10.1 CE, sin que las creencias de los menores puedan quedar a merced de uno solo de los titulares de la patria potestad. Las medidas acordadas por los tribunales violan “los derechos fundamentales del hijo y del padre, se han visto afectados directamente sus derechos a la libertad ideológica y a su libertad de elegir”.

Insiste, en apartado separado, sobre la vulneración del art. 27.3 CE. Refiere que el menor tiene derecho a recibir una educación religiosa y tiene derecho a no ser adscrito a una religión determinada. Los progenitores así lo decidieron durante siete años y en tanto no tenga suficiente juicio para decidir por sí mismo. Dicho precepto, en relación con el art. 2.1 c) LOLR, determina que no se habilita a un progenitor a imponer sus creencias al otro o hacer proselitismo una vez acordada neutralidad al respecto. Considera que las decisiones judiciales, al imponer una opción religiosa al menor, han quebrantado el derecho fundamental a que los poderes públicos garanticen el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Considera que en los supuestos en que hay discrepancia de criterio entre los titulares de la patria potestad y la voluntad del menor, el conflicto se resuelve atendiendo a la decisión del menor si ha alcanzado un grado suficiente de madurez y si no ha alcanzado esa madurez atendiendo a los acuerdos alcanzados durante el matrimonio.

b) También considera que se ha vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 CE) como resultado de la opción plasmada en las resoluciones judiciales impugnadas en favor de la religión católica y de la administración a su hijo del sacramento del bautismo frente al criterio del demandante, pese a que ninguno de los dos progenitores tiene mejor derecho a controlar, dirigir o influir en la vida religiosa y creencias del hijo menor.

c) Finalmente, alega que se le ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Considera que las resoluciones han vulnerado el derecho de defensa, causando indefensión. No se celebró la preceptiva comparecencia prevista en la Ley de jurisdicción voluntaria, se impidió la posibilidad de proponer, practicar y utilizar los medios de prueba oportunos, así como la audiencia al menor. Con la finalidad de sustentar dichas vulneraciones recuerda las diversas resoluciones recaídas en el procedimiento en orden a la celebración y suspensión de la comparecencia, así como el tenor literal del art. 85 LJV. Añade que las diversas resoluciones dictadas han incurrido en contradicción y han incumplido la regulación del procedimiento de jurisdicción voluntaria, privando de la posibilidad de aportar prueba complementaria de los hechos básicos, de la audiencia del menor, de la posibilidad de presentar testigos, pedir periciales o presentar informes, entre otros medios de prueba. Los arts. 17, 18 y 85 LJV establecen la preceptiva comparecencia no pudiendo resolverse la demanda únicamente con los documentos presentados.

Finalmente, sostiene que la resolución judicial, refiriéndose a la decisión del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda, es claramente incongruente, modificando la causa de pedir, y alterando de oficio la acción ejercitada, al autorizar expresamente el bautismo del menor y su inscripción en la asignatura de religión católica que nadie había pedido. Alega que se ha modificado el objeto procesal, con la

consiguiente indefensión y quiebra de los arts. 24.1 y 2 CE, produciéndose un fallo extraño a las pretensiones de las partes.

El demandante de amparo dedica el apartado VI del recurso a justificar la especial trascendencia constitucional de la demanda. Sostiene que “estamos ante una cuestión jurídica de especial relevancia y general repercusión social, puesto que, en un Estado aconfesional, los poderes públicos salvo cuestión de orden público, no deben entrar a valorar las creencias religiosas de los ciudadanos o posicionarse a favor de una u otra creencia obligando a su adscripción a un menor de edad [...]”.

[...] la sensibilidad que presenta el asunto en nuestra sociedad, multicultural, no solo ya en nuestro caso, sino en los cada vez más frecuentes matrimonios entre nacionales con distintas creencias o confesiones o en ausencia de ellas, incluso entre distintas nacionalidades y distintos acervos culturales [...].

[...] Es de evidente trascendencia e interés constitucional en este sentido por cuanto la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad religiosa del art. 16 CE en relación con la libertad ideológica y de creencias, incluso en su vertiente negativa, opera como una cláusula de indemnidad frente a los actos de los poderes públicos españoles, aconfesionales.

[...] el menor se encuentra con plena capacidad para ser escuchado y manifestar sus opciones religiosas e ideológicas, siendo por tanto sus manifestaciones vinculantes que no perjudican a sus intereses, lo cual ha sido impedido por un tribunal de justicia.

Incluso en el Derecho canónico, a medida que el menor crece, la potestad de los padres disminuye gradualmente; de ahí que se reconozcan al menor una serie de ámbitos en los que no está sujeto a la potestad de los padres o tutores, canon 1478 § 3.

Asistimos también a una vulneración del principio de continuidad en la educación de un menor de edad, que con ocasión de una separación matrimonial ha sido adscrito a una confesión religiosa por imposición judicial.

Y asistimos a una intromisión de un poder público (judicial) imponiendo una confesión religiosa al menor sin haberlo solicitado ninguna de las partes, en clara extralimitación de sus funciones”. Efectuando con posterioridad referencias a la propia tramitación del proceso y a las decisiones adoptadas por los órganos judiciales.

4. Por providencia de 17 de septiembre de 2020, la Sección Tercera de este tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)] porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC [155/2009](#), FJ 2 a)], y da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 51 LOTIC.

5. Mediante escrito registrado en este tribunal el 30 de diciembre de 2020, la representación de doña A.A.F., interesó la inadmisión de la demanda de amparo y subsidiariamente su desestimación.

Como cuestión previa, solicita que no se hagan públicos ni el nombre ni apellidos del menor ni de su madre, al contener el recurso de amparo referencias a sus creencias religiosas lo que afecta a su vida privada.

Tras exponer los antecedentes de los procedimientos civiles seguidos entre las partes indica que el demandante carece de legitimación para interponer una demanda en nombre del menor, por lo que debe estarse únicamente al recurso de amparo interpuesto por el demandante en su propio nombre y enjuiciar sus quejas, como supuestas vulneraciones de sus derechos fundamentales.

Añade que el recurso de amparo carece de objeto, al haber sido bautizado el menor y haber finalizado el curso 2017-2018, consistiendo la pretensión efectuada en el proceso de jurisdicción voluntaria en una ilegítima intromisión del padre en la vida privada y creencias religiosas de la madre, así como en el derecho que asiste a la madre para que su hijo reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Sostiene que es por primera vez en el recurso de amparo cuando invoca la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), y que la demanda de amparo incurre en abuso de derecho al pretender restringir o

limitar los derechos de A.A.F., sin que en la misma se justifique la especial trascendencia constitucional.

Censura, por ilógicos e irracionales, los argumentos del demandante, al entender que no dar formación religiosa al menor hasta la mayoría de edad supone limitar la formación del menor, y considera que lo que pretende el recurrente es impedir a la madre el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 27.3 CE, con menoscabo del principio de igualdad entre los progenitores.

En relación con las vulneraciones procedimentales que el recurrente reprocha a la actuación de los órganos judiciales, rechaza que se haya producido incongruencia con el objeto debatido, y justifica la ausencia de vista por la urgencia de la decisión dado el inicio del curso escolar. Reprocha al recurrente que no haya justificado la indefensión sufrida y califica la cuestión controvertida como de naturaleza jurídica, por lo que considera que las pruebas eran innecesarias. Justifica la omisión de la audiencia al menor, atendida la edad que tenía en aquellos momentos.

Finalmente, entiende que la interpretación que el recurrente realiza acerca de los derechos reconocidos en los arts. 16 y 27.3 CE, supone dejar sin efecto el derecho de la madre, sin que el recurrente haya refutado el fundamento del auto de 13 de septiembre de 2017, cuando afirma que la pluralidad de “educaciones religiosas o de educaciones para acercar al menor al hecho religioso o en su caso al laicismo es beneficioso y enriquecedor para el menor”. Descarta que el recurso de amparo pueda obtener sustento en las SSTC [141/2000](#), de 29 de mayo, y [154/2002](#), de 18 de julio. Ni tampoco en las SSTEDH de 23 de junio de 1993, asunto *Hoffmann c. Austria*, o de 16 de diciembre de 2003, asunto *Palau-Martínez c. Francia*, que, a su juicio, lo que ponen de manifiesto es, precisamente, que las creencias religiosas de uno de los progenitores no pueden suponer un criterio de discriminación o de limitación de sus derechos, en contra de lo que plantea la demanda de amparo.

6. El recurrente en amparo, mediante escrito presentado el 4 de enero de 2021, dio por reproducidos en su integridad los hechos y fundamentos de derecho que constan en el recurso de amparo, sobre los que insiste aludiendo a su contenido.

7. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones el 28 de enero de 2021. El fiscal solicita que se otorgue el amparo y que se declare vulnerado el derecho a la libertad religiosa del recurrente, así como la nulidad de los autos impugnados y la retroacción de las actuaciones para que por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda se dicte otro auto “en el que se subsanen las deficiencias descritas”.

El fiscal expone los hechos que considera relevantes para sustentar su razonamiento. Comienza por el examen de las vulneraciones de naturaleza procedimental, al ser aquellas cuya estimación produciría mayor retroacción, para seguidamente examinar las vulneraciones sustantivas o de fondo.

a) El fiscal descarta que se pueda reprochar incongruencia *extra petitum* al auto del juzgado. Si bien en el escrito de oposición presentado por la demandada no hay un *petitum* expresamente formulado, al tratarse de un procedimiento de gran sencillez, que no precisa la intervención de abogado y procurador, del cuerpo del escrito de oposición se desprende la solicitud para poder bautizar a su hijo, así como que se le permita matricularle en las clases específicas de religión católica.

Por otra parte, el fiscal comparte con el recurrente que se han producido irregularidades, pues el art. 17.2 a) LJV parece llevar implícita la celebración de la comparecencia, al utilizar el imperativo, “citará a una comparecencia”. Sin embargo, señala que no se privó a las partes de la posibilidad de proponer y aportar prueba, y no consta que la propusieran. Añade que la madre expresó su parecer en el escrito de oposición, sin que sea determinante para la decisión adoptada la prueba sobre los aspectos relativos a la matriculación o no del menor en la asignatura de religión o la existencia de un consenso entre las partes sobre la educación de este. Finalmente, las resoluciones justificaron no oír al menor por su corta edad. De tal modo que pese a las importantes irregularidades habidas no se ha privado a las partes del ejercicio de su derecho de defensa.

b) El resto de las vulneraciones las encuadra en el ámbito del derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE), siendo el derecho contemplado en el art. 27.3 CE una manifestación del más amplio derecho a la educación, y la invocación del principio de igualdad (art. 14 CE) se concibe como instrumental de la libertad religiosa. Por otra parte, indica que el recurrente invoca su propia libertad religiosa y no la de su hijo.

Situada la problemática constitucional en el art. 16 CE, se detiene en el examen del alcance de la libertad religiosa de los progenitores cuando se encuentran implicados menores. Reproduce la STC [141/2000](#), de 29 de mayo, FFJJ 4 y 5, y considera que las distintas confesiones religiosas se encuentran en plano de igualdad, como también lo están las distintas opciones religiosas, dando plena cobertura a los derechos de los que optan por la laicidad, el ateísmo o la simple falta de credo.

En relación con los menores señala que estos tienen pleno reconocimiento de su derecho a la libertad religiosa. Dicho derecho no queda abandonado en manos de los padres, si bien se modula en función de su madurez y atendido el superior interés de este. Recuerda que los órganos judiciales entendieron que su falta de madurez era tan evidente que ni siguiera acordaron que fuera oído, lo que no es una decisión extravagante. Añade que determinada la falta de capacidad de obrar, la solución más objetiva sería la de que permaneciera ajeno a toda decisión al respecto hasta alcanzar la madurez suficiente para pronunciarse.

La Ley Orgánica de libertad religiosa, el art. 6.3 de la Ley Orgánica 1/1996 y también el art. 14.1 de la Convención de derechos del niño conciben la intervención de los padres y tutores respecto de la libertad religiosa como un derecho-deber. Incluso se incardina en la libertad religiosa del progenitor el derecho al proselitismo y el deber a que no se inhiban de estas materias y contribuyan a su formación.

El superior interés del menor no se opone a ninguna de las opciones pretendidas por los progenitores, por lo que este no será la clave para resolver el conflicto. Refiere que el juzgador no resuelve el conflicto entre los progenitores con fundamento en una preferencia de la religión católica, sino que comparte la plena equiparación de las distintas creencias, entre las que se encuentra la de no profesar ninguna religión. El conocimiento de las diversas creencias religiosas no hace más que ampliar el bagaje cultural y mejorar las posibilidades de elección de su opción religiosa. Nada opone el fiscal a la posibilidad de que el padre y la madre pudieran hacer uso de lo que el auto denomina pluralidad de educaciones religiosas, por lo tanto, la petición del padre de que se abstenga la madre de llevar al niño a misa, o la de formarle en sus creencias, entiende que fue correctamente desatendida por el juez.

Ahora bien, ante la posición antagónica de los padres entre profesar y no profesar una religión, le sorprende al fiscal que la decisión del juez sea la de autorizar la matriculación en la asignatura de religión y, de manera más simbólica, la de autorizar el bautismo. Pues tras partir de la premisa de que las dos opciones parentales son válidas, se decanta por una de ellas y no por la otra.

El fiscal afirma que “cree acreditado, con la brevedad de aportaciones de prueba que se desplegó en este juicio y que no le fue imputable a las partes, que existió un *statu quo* que duró los primeros siete años de vida del menor, que se basó en dejar a su propia decisión, cuando adquiriera la edad de decidir por sí, la religión que quería practicar, y el cambio de esa situación sí que afecta a su integridad moral, debiendo prevalecer, en casos de igualdad entre las opciones, como aquí ocurre, el principio de continuidad, recogido en múltiples resoluciones de lo que podríamos llamar ‘jurisprudencia menor’, de diversas audiencias provinciales, véase por todas el auto 38/2017, de 7 de febrero, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos en la apelación 391-2016”.

Concluye que la decisión del juez vulnera el derecho a la libertad religiosa por la ausencia de motivación que determina al juez a una solución sin especificar las razones que le llevan a ello, pese a partir de la premisa de que las dos opciones gozaban de las mismas características, y por conceder a la madre unas atribuciones en relación con la confesión religiosa a la que va a pertenecer su hijo cambiando radicalmente el estado de cosas que hasta entonces había regido.

En relación con el auto de la Audiencia Provincial, censura su escueta fundamentación, así como la consideración relativa a la falta de trascendencia del procedimiento por haber ya sido bautizado y no estar matriculado en la asignatura de religión, pese a que este era el objeto del proceso. Destaca los errores en los que incurre la resolución cuando afirma que no se había solicitado ni prueba ni comparecencia, y cuando sostiene que no tiene trascendencia en el estado del menor el hecho de haber sido bautizado, pese a la implicación que esa decisión tiene al alcanzar rango constitucional.

Finalmente solicita que se otorgue el amparo y, en cuanto a los efectos, al afectar la decisión a la dimensión interna y más personal, cual es la pertenencia a una confesión adquirida ya por el bautismo, se ha generado un estado de cosas que de alterarse podría contravenir el interés superior del menor, al suponer una nueva modificación de su estatus “impuest[o]”. Por lo que considera que la sentencia se debe limitar a declarar la

vulneración del derecho sin tomar ninguna medida de reparación, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dicha resolución para que el órgano judicial subsane esa falta de motivación, y el juez se replantee que el niño sea oído por su proximidad a la edad de doce años, que marca la frontera legal.

8. Por providencia de 16 de febrero de 2023, se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 20 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto de la demanda, posiciones de las partes y orden de examen de las quejas

a) Con carácter previo, con el fin de preservar la intimidad del menor y en aplicación de las potestades atribuidas a este tribunal por el art. 86.3 LOTC y el acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales (“Boletín Oficial del Estado” núm. 178, del 27 de julio de 2015), debe indicarse —conforme solicita la madre del menor—, que la presente sentencia no incluye la identificación del menor ni, a estos mismos efectos, la de los ascendientes que aparecen mencionados en las actuaciones [STC [141/2012](#), de 2 de julio, FJ 8; en el mismo sentido, SSTC [182/2015](#), de 7 de septiembre; [13/2016](#), de 1 de febrero, FJ 1; [22/2016](#), de 15 de febrero, FJ 1; [34/2016](#), de 29 de febrero, FJ 1; [50/2016](#), de 14 de marzo, FJ 1, y [132/2016](#), de 18 de julio, FJ 1 c)]. De este modo el recurrente en amparo, padre del menor, aparecerá identificado como P.M.P., y la madre del menor como A.A.F.

b) De lo expuesto en los antecedentes resulta que el presente recurso de amparo tiene por objeto, en primer lugar, y por este orden, determinar si en la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria y en las resoluciones recaídas en el mismo se han vulnerado los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), por haberse omitido la celebración de la comparecencia entre las partes impidiendo las posibilidades de alegación, proposición y práctica de prueba, así como la audiencia del menor o por haberse extralimitado la resolución de primera instancia del objeto del procedimiento; y, en segundo lugar, si las resoluciones impugnadas han conculcado los derechos a la libertad ideológica y religiosa y a la igualdad (arts. 16.1 y 14 CE, respectivamente), en relación con la garantía que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

La representación de A.A.F. solicita que se inadmita la demanda por falta de legitimación del demandante para articular derechos del menor, por pérdida sobrevenida del objeto de la demanda y, finalmente, por insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional. También, que se inadmita la queja relativa al principio de igualdad (art. 14 CE), por su falta de invocación en las actuaciones previas. En cuanto al fondo del recurso, solicita su desestimación en cuanto al resto de las vulneraciones de naturaleza procedimental y sustantiva.

El Ministerio Fiscal, que no advierte obstáculo procesal alguno, descarta que se haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), pero considera que debe otorgarse el amparo al haberse conculcado el derecho a la libertad religiosa del demandante (art. 16.1 CE, en relación con el art. 27.3 CE).

c) El examen de tales vulneraciones se realizará, por el orden en que se han enunciado anteriormente, conforme a la doctrina de este tribunal sobre la mayor retroacción (por todas, la STC [95/2021](#), de 10 de mayo, FJ 2), compartiendo de este modo el criterio del Ministerio Fiscal. Procede conceder prioridad al examen de aquellas causas que, de prosperar, determinarían la retroacción a un momento procesal anterior, haciendo innecesario un pronunciamiento sobre las restantes (SSTC [90/2010](#), de 15 de noviembre, FJ 2, y [25/2012](#), de 27 de febrero, FJ 2, y las que en ellas se citan). Es por ello que se examinarán en primer lugar las dos quejas de naturaleza procedimental.

2. Cuestiones previas: legitimación del demandante, carencia sobrevenida de objeto, invocación del derecho a la igualdad y justificación de la especial trascendencia constitucional

a) En primer lugar, no puede sostenerse, como presupone la representación de A.A.F., que el recurrente esté ejercitando derechos del menor. Es claro que, pese a alguna referencia a los derechos del menor vinculados a

su libertad religiosa, contenidos de modo impreciso en algunos pasajes del escrito de demanda —y de los que se hace eco la indicada representación— el recurrente impetra el amparo frente a violaciones que estimas padecidas en sus propios derechos. De este modo el recurrente se queja de la vulneración de su derecho a la libertad ideológica y religiosa, en relación con el derecho que como padre tiene a dar a su hijo una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones y en condiciones de igualdad con su madre en caso de discrepancia, si bien relacionando tales derechos con la propia libertad religiosa del menor (arts. 16.1, 27.3 y 14 CE). Incluso, cuando invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por falta de audiencia del menor, —prescindiendo de disquisiciones doctrinales sobre si dicha audiencia encarna una institución, un derecho, una obligación y/o un medio de prueba, o aspectos comunes a todos ellos—, es lo cierto que el círculo jurídico y los derechos del recurrente pueden resultar perjudicados por el eventual quebranto de la exigencia de oír al menor en los asuntos que le afecten, por lo que tampoco desde ese prisma del derecho puede negarse su legitimación (ATC [232/2000](#), de 9 de octubre, FJ 1). En tal sentido, hemos afirmado que tiene interés legítimo para recurrir en amparo “toda aquella persona cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación, por obra del poder, de un derecho fundamental, aunque la violación no se produjese en su contra” (STC [221/2002](#), de 25 de noviembre, FJ 2).

b) No puede tener acogida la pérdida de objeto del recurso de amparo que la representación de A.A.F., atribuye al sobrevenido hecho de que el menor fue bautizado o que el año escolar —2017-2018—, al que se alude en el escrito de solicitud inicial del expediente de jurisdicción voluntaria, haya transcurrido. El objeto del recurso son las quejas acerca de las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales ocasionadas durante la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria y por las resoluciones que le pusieron fin. Dichas vulneraciones no pueden considerarse reparadas por las circunstancias sobrevenidas con posterioridad a la interposición de la solicitud del procedimiento de jurisdicción voluntaria —bautismo del menor o finalización del curso escolar—, por lo que el objeto de la demanda de amparo no ha decaído.

c) En relación con la alegada falta de invocación, en el procedimiento del que trae causa la demanda de amparo, de la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), debe indicarse que si bien dicho derecho, como afirma la representación de A.A.F., no ha sido formalmente invocado en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, siendo la primera vez que se cita en el recurso de amparo, sin embargo su invocación carece de autonomía y sustantividad propia y se debe entender como un apéndice, accesorio o complementario, de la vulneración del derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) y de la garantía institucional que el art. 27.3 CE conforma frente a los poderes públicos.

d) Por último, tampoco puede compartirse en el plano formal la aducida falta de justificación de la especial trascendencia constitucional, ya que, tal como reconoce la propia parte comparecida y ha sido expuesto ampliamente en los antecedentes, la demanda razona específicamente sobre la especial trascendencia constitucional del recurso. Con independencia de la valoración que las alegaciones recogidas en la demanda puedan merecer, cabe apreciar un esfuerzo argumental de la parte recurrente destinado a cumplir la carga impuesta en el art. 49.1 LOTC, al haberse disociado suficientemente en la demanda de amparo los argumentos destinados a probar la existencia de las lesiones de los derechos fundamentales de aquellos otros encaminados a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso en términos que coinciden con los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional (así, STC [89/2016](#), de 9 de mayo, FJ 2).

3. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión

Siguiendo el orden de las quejas anticipado, procede examinar en primer lugar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que el recurrente atribuye a la merma de sus posibilidades de defensa por haberse tramitado el procedimiento sin la preceptiva comparecencia, cercenando sus derechos a la proposición y práctica de prueba, así como el derecho del menor a ser oído pues, de apreciarse dicha vulneración, procedería la retroacción del procedimiento al momento previo al dictado de la providencia de 21 de agosto de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Majadahonda, en la que se acordó prescindir de la comparecencia previamente señalada.

A los efectos de pronunciarnos sobre la existencia de la vulneración denunciada, en tanto que la misma se incardina en la indefensión sufrida por la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria, es oportuno encuadrar la queja mediante: A) una referencia a la regulación del referido expediente; B) y al estatuto procesal del menor en dicho ámbito; C) para posteriormente recordar el contenido del derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24.1 CE), en supuestos en que se haya menoscabado el derecho del menor a ser oído; y D), finalmente, pronunciarnos sobre la eventual merma de los derechos invocados atendida la concreta tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria y el contenido las resoluciones dictadas en el mismo.

A) Regulación del expediente de jurisdicción voluntaria

El expediente de jurisdicción voluntaria, a cuya irregular tramitación el recurrente atribuye la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con garantías (arts. 24.1 y 2 CE), se encuentra previsto en los arts. 85 y 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, al que le son de aplicación las previsiones comunes que, con carácter general, la propia ley establece (entre otros, arts. 17 y 18 LJV).

A través de este expediente se articula el cauce procesal para la intervención judicial que el art. 156 del Código civil, tras la reforma realizada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil, prevé, a instancia de cualquiera de los progenitores, en caso de discrepancia sobre el ejercicio de la patria potestad.

Indica el párrafo tercero del art. 156 CC, en su actual redacción, que, en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos progenitores podrá acudir a la autoridad judicial, quien, “después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años”, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores.

En consonancia con dicho precepto, la Ley de la jurisdicción voluntaria regula la comparecencia en el título I, que se rubrica: “De las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria”. En el art. 17.2 LJV se establece que el letrado de la administración de justicia —aunque sigue refiriéndose al mismo como secretario judicial—, “citará a una comparecencia a quienes hayan de intervenir en el expediente siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que, conforme a la ley, debieran ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante”. Dicha comparecencia se sustancia por los trámites previstos en la Ley de enjuiciamiento civil para la vista del juicio verbal, con algunas especialidades, entre las que destaca, atendida la posición de las partes en este proceso constitucional, que en la misma el juez oír al solicitante, a los demás citados y a las personas que la ley disponga” (art. 18.2.2 LJV), pudiendo acordar que la “audiencia de la persona menor de edad [...] se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Del resultado de la exploración se levantará en todo caso, acta [...] en la que reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente [...]. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días. Tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento deberán valorar motivadamente la exploración practicada” (art. 18.2.4 LJV). Los interesados, practicadas las pruebas, podrán formular oralmente sus conclusiones (art. 18.2.5 LJV). En lo no previsto será de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, (art. 18.2.4 *in fine* LJV).

Especialmente, en los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia y en concreto en lo que a la intervención judicial en relación con la patria potestad se refiere, la Ley de la jurisdicción voluntaria determina que, una vez admitida la solicitud por el letrado de la administración de justicia, “éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores [y] al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años. [...] Se podrá también acordar la citación de otros interesados” (art. 85.1 LJV) y el “juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas” (art. 85.2 LJV).

De lo expuesto se infiere que, en el expediente de jurisdicción voluntaria seguido para dirimir las discrepancias entre los progenitores en torno al ejercicio de la patria potestad, resulta preceptivo oír a ambos progenitores y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 156, párrafo tercero, CC). La audiencia de los progenitores se materializa en una preceptiva comparecencia [art. 17.2 a) LJV] y la del menor —si tuviere suficiente madurez—, puede realizarse en esa misma comparecencia o en acto separado, anterior o posterior a la comparecencia, de la que se extenderá acta en la que se reflejarán

las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, de las que se dará traslado a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones, bien en los cinco días posteriores, si la audiencia del menor se ha producido después de la comparecencia, bien en la propia comparecencia al formular las conclusiones, una vez practicadas las demás pruebas (art. 18.2.4 y 5 LJV).

Por tanto, es la preceptiva comparecencia la que garantiza plenamente la efectividad del principio de contradicción, procediéndose —dada la escasa complejidad y simplicidad de lo controvertido—, a la máxima concentración en la misma de todas las diligencias acordadas de oficio o a instancia de las partes, en un diseño que por encontrarse inspirado en el juicio verbal —a cuya regulación llama con carácter supletorio—, se inicia con la comprobación de la subsistencia del litigio entre las partes y en caso de que las partes no hubieran llegado a un acuerdo, ni solicitaran la suspensión para acudir a la mediación, se procede a fijar los hechos sobre los que exista contradicción y a proponer las pruebas que, de ser admitidas, se practicarán en el acto (arts. 443.1 y 2 LEC y 18.2 LJV), colmando de este modo las exigencias de inmediación, publicidad y oralidad.

B) *Estatuto procesal del menor*

Es doctrina constitucional que “[c]uando 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* que la STC [120/1984](#), de 10 de diciembre, FJ 2, reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos” [SSTC [185/2012](#), de 17 de octubre, FJ 4, y [106/2022](#), de 13 de septiembre, FJ 2 B)]. Es por ello oportuno examinar los derechos procesales del menor bajo el prisma de los convenios internacionales a los que apela el art. 39.4 CE y de la normativa interna que de estos se hace eco.

a) *Disposiciones internacionales*

El citado art. 39 CE establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, quienes “gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39.4 CE), 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. Ello obliga a efectuar un breve análisis de las disposiciones internacionales relacionadas con la participación de las personas menores de edad en los procedimientos jurisdiccionales.

(i) Hace ya más de treinta años, la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990, dispuso en su art. 12.2, la obligación de dar al niño “oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

(ii) Pocos años después, el derecho de audiencia del menor fue recogido en el apartado 15 de la Carta europea de los derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992, al afirmar que “[t]oda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, este deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten”.

(iii) Posteriormente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, reconoce en su art. 24.1 que “[l]os menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez”.

(iv) En esta relación de instrumentos internacionales, debemos referirnos al Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, firmado por el Reino de España el 5 de diciembre de 1997 y ratificado mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014, en vigor desde el 1 de abril de 2015. Su objeto es promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, concederles derechos procesales y facilitarles “el ejercicio de esos derechos” de modo que “sean informados

y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial” (art. 1.2). En “los procedimientos que afecten a un niño” la autoridad judicial, “antes de tomar cualquier decisión”, deberá “consultar personalmente al niño” de una forma “apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño” y “tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño” (art. 6). Dicho convenio, se incardina en las normas procesales y es de aplicación específicamente —conforme establece la declaración contenida en el instrumento de ratificación— en “[p]rocesos que tengan por objeto resolver sobre aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores”.

b) *Disposiciones internas*

Con la finalidad de adaptar la legislación interna inicialmente a la Convención sobre los derechos del niño, el legislador español dictó la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, a la que remite el art. 18.2.4 *in fine* LJV. Dicha ley fue ampliamente afectada en los principios relativos al interés superior del menor y su derecho a ser oído por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, aprobada poco después de entrar en vigor el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños.

El art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, tras configurar el interés del menor como principio primordial en cuantas “acciones y decisiones” le afecten, consagra un principio interpretativo restrictivo de “las limitaciones a la capacidad de obrar” de los menores, pues estas “se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”. Dicho interés debe interpretarse y aplicarse “en cada caso”, “atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto” (art. 2.2) y tomando en consideración “los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior” [art. 2.2 b)].

De significativa importancia es el establecimiento en la Ley Orgánica 1/1996, tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 8/2015, de un conjunto de garantías procesales que deberán ser respetadas al adoptar cualquier medida en interés superior de la persona menor de edad (art. 2.5), en particular interesa destacar, como garantía procesal, “[l]os derechos del menor a ser informado, oído y escuchado” [art. 2.5 a)].

Este derecho a ser “oído y escuchado”, alcanza una gran proyección atendido el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños y la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, al establecerse en términos absolutos en el art. 9 de la Ley 1/1996 que el “menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad [...] en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”, añadiendo que en “los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente” (art. 9.1). El derecho a ser oído y escuchado se garantizará “cuando tenga suficiente madurez”, precisando que la “madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso” (art. 9.2). Finalmente, como reflejo de la previsión del apartado 15 de la Carta europea de derechos del niño, se indica que “[s]iempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión” (art. 9.3).

De la regulación del expediente de jurisdicción voluntaria y de la normativa internacional y nacional expuesta, resulta que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída y escuchada, con carácter preferente, de modo que se tomen en consideración sus deseos, sentimientos y opiniones, en los asuntos en que se vea concernida. Las limitaciones al ejercicio de este derecho deben ser interpretadas restrictivamente, atendiendo el interés superior del menor en cada caso, en atención a la valoración de su madurez. Dicha valoración deberá ser siempre realizada por personal especializado en el concreto asunto a tratar en cada caso. De modo que, siempre que el derecho a ser oído y escuchado se rechace, deberá efectuarse en resolución motivada en el interés superior del menor, atendido que el mismo le pudiera ser manifiestamente perjudicial. Y, del resultado de la audiencia, se levantará en todo caso, acta en la que se reflejarán las manifestaciones del menor imprescindibles, por significativas y relevantes, de las que se dará traslado a las personas interesadas para que

puedan efectuar alegaciones. Finalmente, esas manifestaciones deberán ser valoradas motivadamente por la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento.

C) Contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa (art. 24.1 y 2 CE) y su vinculación con el derecho del menor a ser oído

a) Por una parte, conforme a reiterada doctrina de este tribunal, “el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún caso pueda producirse indefensión, lo cual, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, significa que se garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un proceso en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, que se encuentran, como consecuencia lógica de la configuración constitucional del derecho de las partes a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, en la base o esencia misma de la existencia de un juicio justo” (por todas la STC [184/2005](#), de 4 de julio, FJ 3, de esta misma Sala, y las allí citadas).

b) Por otra parte, 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). 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 (STC [221/2002](#), de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC [71/2004](#), de 19 de abril, FJ 7; [152/2005](#), de 2 de junio, FFJJ 3 y 4, y [17/2006](#), de 30 de enero, FJ 5).

c) Este tribunal ha establecido la estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (art. 24.1 y 2 CE) en un expediente de jurisdicción voluntaria, sin necesidad de ahondar en si la audiencia del menor constituye un medio probatorio y, en su caso, la naturaleza de este.

En efecto, el Pleno del Tribunal, ha reconocido que la entrega a las partes del acta en que se documenta el resultado de la audiencia del menor, esto es, sus manifestaciones imprescindibles, significativas y estrictamente relevantes para la decisión del expediente, constituye “un instrumento perfectamente idóneo para procurar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión” (STC [64/2019](#), de 9 de mayo, FJ 6), y con ello para preservar la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses, residenciando en los órganos jurisdiccionales la carga de salvaguardar sus derechos de defensa y contradicción, así como de que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias (STC [12/2011](#), de 28 de febrero, FJ 3 y las que allí se citan).

Como afirmamos en la STC [64/2019](#), FJ 7, refiriéndonos específicamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria, “la entrega del acta detallada a las partes, en suma, atiende a la exigencia derivada del principio procesal de contradicción, consagrado en el art. 24 CE. Una exigencia que, en este caso, se acentúa a la luz de lo dispuesto por el art. 19.2 de la propia Ley 15/2015, que permite fundar la decisión judicial en los expedientes que afecten a los intereses de un menor en ‘cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados’”.

D) Aplicación de la doctrina constitucional a la concreta tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria y al contenido las resoluciones dictadas en el mismo

a) Sentado lo anterior hemos de iniciar nuestro enjuiciamiento precisando, atendidos los antecedentes expuestos, los términos en los que discurrió el debate procesal sustanciado en el expediente de jurisdicción voluntaria al que se atribuye la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con las debidas garantías.

(i) Por escrito de 24 de mayo de 2017, se solicitó por P.M.P., padre del menor nacido el 16 de septiembre de 2010, que se requiriera a la madre, A.A.F., para que se abstuviera de llevar a misa al menor, hacerle participar

en actos religiosos y especialmente bautizarle, y para que continúe estudiando la asignatura de “valores cívicos y sociales”. Basaba su solicitud en que existía un acuerdo entre los cónyuges acorde con el requerimiento que se formulaba y así habían educado al menor, quien ha expresado su voluntad de no asistir a ritos religiosos ni a catequesis y de seguir estudiando “valores cívicos y sociales”, al estar contento con sus compañeros y docentes, interesando el solicitante que se respetara la voluntad del menor.

(ii) Dicha solicitud fue admitida a trámite por decreto de la letrada de la administración de justicia el 21 de julio de 2017, iniciándose el expediente de jurisdicción voluntaria y se acordó celebrar la comparecencia para el día 29 de agosto de 2017, pudiendo las partes acudir a la vista con los medios de prueba de que intentaran valerse o solicitar del órgano judicial la citación de las personas para que asistieran a la misma.

(iii) El solicitante interesó en plazo la citación del menor y por providencia de 26 de julio de 2017 se dio traslado al Ministerio Fiscal, para que informara sobre la necesidad de que el menor declarara en dicha comparecencia. El fiscal no emitió informe en este expediente, pero si informó en el procedimiento de divorcio de modo favorable a que se oyerá al menor.

(iv) Por diligencia de ordenación de 31 de julio de 2017 se suspendió el señalamiento y se efectuó nuevo señalamiento para el 17 de enero de 2018. Este último señalamiento fue nuevamente suspendido por providencia de 21 de agosto de 2017, atendiendo a las dificultades de las partes para concurrir, e indicando que “no es obligatoria la celebración de vista en los incidentes del art. 156 CC”, que las partes habían expresado su parecer “teniendo por cumplido el trámite de audiencia” y que “vista su edad no era necesaria la comparecencia del menor”. El padre solicitó nuevamente la celebración de la comparecencia, antes del comienzo de las clases, recordando la petición anteriormente efectuada.

(v) Dicha providencia, fue confirmada por el auto de 26 de enero de 2018, que desestimó el recurso de reposición. El auto argumenta que la no celebración de la vista se debió a la premura del solicitante a la vista del comienzo del curso escolar. Señala que “no hablando el art. 90.4 y 5 de vista sino de comparecencia y dación de audiencia a la Fiscalía, las partes aportaron la prueba que tuvieron por conveniente y solicitaron la que tuvieron también por oportuno, no generándose indefensión alguna. Por lo demás no resulta relevante (vista la naturaleza de lo solicitado) la declaración del menor, que contaba con seis años de edad. Incluso partiendo de la base de su total disconformidad con recibir el sacramento, ir a misa o asistir a clase de religión, su parecer no es a su edad decisivo en materias relativas a sus preferencias educativas y además no es exigible (conforme al art. 92 CC)”.

(vi) La representación de A.A.F., por escrito presentado el 31 de julio de 2017, solicitó que se le tuviera por opuesta a la solicitud de medidas y que se dictara resolución desestimando las mismas. Negó que existiera consenso con el solicitante en no educar al hijo en la religión católica y afirmó que el niño siempre había acompañado a su madre a misa los domingos, en la que deseaba colaborar activamente pasando la cesta o siendo monaguillo. Añadió que el niño no rechazaba la religión y la veía normal en su vida. Expuso que el menor comenzó a asistir a clase de religión y que el padre unilateralmente cambió al niño a la asignatura de valores cívicos y sociales, donde se sentía desplazado y diferente, pues sus compañeros de clase eran dos años mayores que él.

(vii) Por auto de 13 de septiembre de 2017, cuyo contenido se extracta en los antecedentes, se acordó, “conceder a la demandada la facultad de matricular a su hijo en la asignatura de religión católica y de tramitar lo necesario para que le sea administrado el sacramento del bautismo. Siendo facultad de cada progenitor el llevar [o] no a celebraciones religiosas al menor cuando esté en su compañía y exponer libremente a su hijo razonadamente la doctrina que entiendan más conforme con sus valores y sus criterios”. El núcleo de la argumentación descansa en que la pretensión de la madre de educar a su hijo en la fe católica no es perjudicial para el menor, siendo beneficiosa la pluralidad de educaciones para acercar al menor al hecho religioso o al laicismo.

(viii) En el recurso de apelación, el recurrente de amparo solicitó la celebración de vista y la práctica como prueba del interrogatorio de la madre, la audiencia del menor, la documental consistente en la certificación de que el menor estaba matriculado en la asignatura de valores cívicos y sociales y el informe del Ministerio Fiscal de fecha 21 de septiembre de 2017, en el procedimiento de divorcio, informando a favor de oír directamente al menor, dada su edad y el carácter obligado de la audiencia conforme al art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, redactado por la Ley Orgánica 8/2015.

(ix) Por auto de 6 de abril de 2018 se rechazó la prueba propuesta y la celebración de la vista, al no considerarse necesaria, contarse en la causa con elementos de juicio suficientes y no concurrir los presupuestos del art. 460 LEC. Por otro auto de 1 de octubre de 2019, se desestimó el recurso de apelación. La resolución destaca en su argumentación que en los escritos de solicitud y de oposición no se había interesado prueba alguna, no siendo necesaria la celebración de comparecencia ni la prueba de audiencia al menor, dada la edad del menor en aquellos momentos. Indica en tal sentido que “[l]as pretensiones reclamadas por el demandante, ahora recurrente, deben ser desestimadas, y ello, debido a que la nulidad solicitada por falta de comparecencia previa, carece de trascendencia alguna en el presente caso, ya que las partes, ni en sus escritos unidos de solicitud y oposición, ni posteriormente, habían interesado la práctica de prueba alguna, como tampoco la necesidad de celebrar una comparecencia ni la prueba de audiencia al menor, carece de sentido dada la edad del menor en aquellos momentos [...]”.

b) De los hechos reseñados se desprende que la pretensión sustanciada en el proceso de amparo debe ser estimada y considerarse que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE) del demandante de amparo.

(i) En efecto, al menor se le vulneró su derecho a ser oído y escuchado en el expediente de jurisdicción voluntaria (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, párrafo tercero del art. 156 CC y art. 85.1 LJV). De este modo, no se pudo tomar en consideración sus deseos, sentimientos y opiniones, en aspectos tales como la asignatura que prefería cursar o su preferencia por asistir o no a oficios religiosos, a catequesis, o recibir el bautismo, pese a que las posiciones de las partes sobre la voluntad del menor en tales asuntos eran contrapuestas. No era descartable que sobre estas materias tuviera uso de razón, de entendimiento o de juicio y no se valoró por personal especializado si tenía suficiente madurez (art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996), para manifestar su predilección sobre los concretos aspectos en que los progenitores tenían posiciones encontradas.

De este modo, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda, al que se había solicitado que procediera a oír al menor, y la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, a la que se había reclamado la celebración de vista en apelación, a esos mismos efectos, no efectuaron una interpretación restrictiva de los límites al ejercicio del derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por razón de edad (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996), atendiendo el superior interés del menor (art. 2.1 la misma ley orgánica). Precisamente las resoluciones impugnadas esgrimieron exclusivamente su edad —que era de siete años cuando se decidió en primera instancia y de ocho años cuando se resolvió el recurso de apelación—, para refutar la solicitud de audiencia al menor. Con ello desconocieron exigencias legales y constitucionales de motivación (art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1996 y STC [217/2009](#), de 14 de diciembre, FJ 5).

Dicho incumplimiento tuvo su reflejo en la motivación de las resoluciones que pusieron fin al procedimiento en primera instancia y en apelación. Estas resoluciones desconocieron la opinión y preferencia del menor, por lo que no la pudieron tomar en consideración y tampoco pudo ser valorada por el Ministerio Fiscal (art. 18.2.5 LJV). De este modo, quedó marginado el interés superior del menor. Este déficit de conocimiento y de motivación se proyectó en el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa del recurrente, quien fue privado injustificadamente, en la instancia y en la apelación, de la posibilidad de defender sus derechos e intereses, y de formular alegaciones sobre el resultado de la audiencia que era determinante para acreditar los fundamentos en los que sustentaba su solicitud (la resistencia y el rechazo del menor a asistir a las celebraciones religiosas, el deseo de cursar la asignatura de valores cívicos y el principio de continuidad en la educación que el menor estaba recibiendo).

(ii) A la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa del recurrente en amparo (art. 24.1 y 2 CE), no le es ajena la irrazonable supresión de la comparecencia previamente convocada.

En efecto, el letrado de la administración de justicia en el decreto de admisión, conforme a lo dispuesto en el art. 17.2 a) LJV, acordó convocar a las partes a la preceptiva comparecencia. Sin embargo, posteriormente, de modo irrazonable, mediante la providencia de 21 de agosto de 2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda, se acordó prescindir de la misma.

En dicha providencia —no solo se desconoció la preferencia y obligatoriedad de la audiencia del menor y las garantías que al mismo se atribuyen, como anteriormente se ha expuesto—, sino que contraviniendo la literalidad del art. 156 CC, se sostuvo la no obligatoriedad de la comparecencia, confundiendo además los escritos de solicitud y de oposición de las partes con el trámite de audiencia a los progenitores.

No menor es el reproche constitucional que, desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada, razonada y no incurso en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, debemos atribuir al contenido del auto de 26 de enero de 2018, dictado por el mismo juzgado, por el que se desestimó el recurso de reposición y se confirmó la suspensión de la comparecencia.

En efecto, por una parte, la argumentación del auto al justificar en la premura del solicitante la no celebración de la vista desconoció el carácter obligatorio, no prescindible y preferente de las comparecencias o audiencias del menor (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996) pero, además, al fundamentar la no celebración de la vista en los arts. 90.4 y 5 —preceptos que aunque se omite en la resolución deben entenderse referidos al Código civil—, ignoró que el procedimiento que se seguía era un expediente de jurisdicción voluntaria de intervención judicial para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad regulado específicamente en los arts. 86 y 85 de la Ley 15/2015, de 2 de julio. No menos desacertada fue la referencia a que “las partes aportaron la prueba que tuvieron por conveniente”, “no generándose indefensión”, pues, por una parte, al no celebrarse la comparecencia no se pudo proponer prueba en ese acto, ni oír a los progenitores sobre los hechos controvertidos, ni tampoco cumplir con la exigencia de “oír y escuchar” al menor, al que —a diferencia de lo que indica el auto—, le faltaban unos días para cumplir los siete años en el momento de decidirse la no celebración de la comparecencia, edad que el menor ya había alcanzado cuando se dictó por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda el auto de 26 de enero de 2018.

Por último, no es menor el reproche de irracionalidad en el que incurre el auto de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, al inadmitir las pruebas propuestas y desestimar el recurso de apelación. La Audiencia Provincial fundamentó su decisión del carácter innecesario de la comparecencia en que las partes no habían solicitado prueba alguna, desconociendo que la audiencia de los progenitores y del menor tenía carácter preceptivo y que la audiencia del menor fue expresamente solicitada por el recurrente de amparo en las dos instancias, como también solicitó en segunda instancia, y le fue rechazado, la preceptiva audiencia de A.A.F., no practicada ante el juez.

Es por ello que las decisiones por las que se resolvió prescindir de la preceptiva comparecencia incurrieron en tal grado de arbitrariedad, irracionalidad o error que, por su evidencia y contenido, eran tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulta patente que las resoluciones carecieron de hecho de toda motivación o razonamiento (por todas, STC [104/2006](#), de 3 de abril, FJ 7).

Las consecuencias de la omisión de la comparecencia fueron que se produjo un efectivo vaciamiento de las posibilidades procesales previstas en el expediente de jurisdicción voluntaria, al prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente obligado, cercenando los derechos de defensa y contradicción de las partes. Se prescindió de la audiencia del menor —que debía haberse realizado con carácter preferente (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996), dentro o fuera de la comparecencia (art. 18.2.4 y 5 LJV)—, y también de la audiencia de los progenitores (párrafo tercero del art. 156 CC y art. 17.2 LJV), así como consecuentemente del trámite de informar y valorar las manifestaciones del menor y de formular oralmente las conclusiones sobre las pruebas practicadas.

A ello se le suma que se impidió que se fijaran los hechos sobre los que existía contradicción, así como proponer las pruebas sobre los mismos a practicar en el acto (arts. 443.1 y 2 LEC y 18.2 LJV). De este modo, se menoscabaron las posibilidades procesales del recurrente en orden a un debate contradictorio, al recaer a la postre un pronunciamiento judicial sobre temas que no pudieron ser debatidos oportunamente y respecto de los cuales no pudo ejercitar debidamente el derecho de defensa.

De lo expuesto resulta que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), ha sido vulnerado en la tramitación del procedimiento de jurisdicción voluntaria núm. 421-2017, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda.

4. Efectos del reconocimiento de la vulneración

Comprobada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa de P.M.P., procede otorgar parcialmente el amparo solicitado, anular la providencia de 21 de agosto de 2017 y el auto de 13 de septiembre de 2017, dictados por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda, así como el auto de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de

octubre de 2019, que desestimó el recurso de apelación, y retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la providencia para que, por parte de ese órgano judicial, se tramite la solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria, respetando los derechos fundamentales del recurrente y del menor, actualmente mayor de doce años. Al acoger la queja examinada se hace innecesario (SSTC [221/2002](#), de 25 de noviembre, FJ 4; [152/2005](#), de 2 de junio, FJ 2, y [17/2006](#), de 30 de enero, FJ 6), e inviable, pronunciarse sobre las restantes vulneraciones atribuidas por el demandante a los autos recurridos atendidas las discrepancias existentes sobre los hechos controvertidos, sin que además este tribunal puede entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso [art. 44.1 b) LOTC] ni proceder efectuar la ponderación de cuál sea el interés del menor.

Si bien la reparación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con el derecho de defensa (art.24.2 CE), requiere normalmente, además de la declaración de la vulneración misma, la anulación de la resolución judicial causante de dicha vulneración y la retroacción de actuaciones a los efectos de la subsanación de la indefensión producida o para que el órgano judicial efectúe un nuevo pronunciamiento fundado razonablemente en Derecho, en un caso como el presente, la estimación del amparo ha de tener como efecto exclusivamente el reconocimiento del derecho de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado y la nulidad de las indicadas resoluciones [art. 55.1 a) y b) LOTC], toda vez que han transcurrido más de cinco años desde que se dictó la providencia anulada, el menor tiene actualmente más de doce años, recibió el bautismo antes de que se dictara la sentencia por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, y hace cinco años que finalizó el curso 2017-2018 en el que estuvo matriculado en la asignatura de “valores cívicos y sociales”.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar parcialmente el recurso de amparo interpuesto por P.M.P., y, en su virtud:

1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE) del recurrente.

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la providencia de 21 de agosto de 2017 y el auto de 13 de septiembre de 2017, dictados por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda, en los autos de jurisdicción voluntaria núm. 421-2017; y el auto de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de octubre de 2019, recaído en el rollo de apelación núm. 595-2018.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veinte de febrero de dos mil veintitrés.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel a la sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 6808-2019

1. Considero que la sentencia debió estimar íntegramente la demanda para declarar que las resoluciones judiciales vulneraron el derecho del hijo a la libertad de creencias en materia religiosa, que discriminaron al demandante en su derecho a que sus concepciones de vida no religiosas proyectadas sobre la educación de su hijo fueran tratadas con igual respeto y dignidad que las convicciones católicas de la madre y que infringieron el mandato de neutralidad que impone el principio de laicidad del Estado (art. 16.1 y 3 CE). La sentencia elude el verdadero problema constitucional al considerar que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión —en mi opinión, residual e íntimamente conectada al tema de fondo— le impide entrar a conocer de aquel motivo.

2. Los autos del juez de primera instancia y de la sala de la Audiencia Provincial constituyen un contramodelo de la racionalidad exigible a una resolución judicial. En la forma, al no haber escuchado al menor con la excusa de que no tenía suficiente madurez, ni haber permitido que los padres aportaran pruebas sobre la relación que hasta el momento había tenido con las creencias religiosas, en la idea de que las

medidas eran urgentes pues comenzaba el curso escolar. En el contenido de la argumentación, porque afirmaban que “parece que la Constitución ve el hecho religioso como positivo” y que no se había acreditado ni razonado que la pretensión de la madre de educar a su hijo en la “fe católica” resultara perjudicial o un peligro para la “formación integral del menor”. Y en el sentido del fallo, al haber acordado el bautizo del hijo y su inscripción en la asignatura de religión católica algo que ni siquiera había interesado a la madre.

3. El recurrente era padre de un niño de siete años y acudió al juzgado que tramitaba su divorcio para que se requiriera a la madre para que se abstuviera de llevarle a misa y de bautizarle sin contar con su consentimiento, además de solicitar que siguiera cursando la asignatura de valores cívicos. La patria potestad estaba compartida y la custodia había sido confiada a la madre, según había acordado el auto de medidas provisionales. El hijo común no estaba bautizado y venía asistiendo a dicha asignatura de valores cívicos, dos indicios poderosos acerca del consenso de los padres sobre la formación del hijo en materia religiosa antes de la separación. Como consecuencia de la decisión judicial, la madre bautizó al hijo.

4. El menor es titular de la libertad de conciencia en materia religiosa (art. 16.1 CE). En ejercicio de la patria potestad los progenitores gozan de este derecho fundamental, según ha dicho este tribunal, que les permite “hacer proselitismo” de sus creencias en la formación de sus hijos, con el límite del debido respeto a la integridad moral y a la libertad de conciencia de estos, derechos que les confieren la facultad de no compartir las convicciones de sus padres y de profesar otras (STC [141/2000](#), de 29 de mayo, FJ 5). En la práctica y en sectores de nuestra sociedad, los menores son desplazados en el ejercicio del derecho por los padres o por quienes ejercen las facultades de patria potestad, quienes deciden su adhesión a la religión católica desde el momento del nacimiento, con su bautizo —rito de iniciación en la confesión— o mediante instrucción en los valores propios de ese culto, lo que se denomina catequesis, y la comunión, que se recibe a la edad que entonces tenía el hijo del demandante.

5. La libertad de conciencia es expresión del principio de autonomía individual que reside en el libre desarrollo de la personalidad, y significa libertad para adherirse a cualquier plan de vida religioso o no religioso, libertad de elección, y facultad de materializar dicha decisión, es decir de actuar conforme a dicha conciencia. Lo esencial, y que han de proteger los poderes públicos, es la potestad de escoger entre las diversas opciones. El menor no pudo decidir en el caso que nos ocupa, fue sustituido por el juez ante el conflicto que le habían planteado los padres. La falta de audiencia del menor adquiere verdadero sentido constitucional en este punto, en contraste con la opinión de la mayoría que la considera una simple vulneración de derechos procesales. Porque el juez, en lugar de garantizar la libertad de conciencia del menor, la suprimió, quizá de manera irreversible. Si consideraba que no tenía suficiente madurez para ser escuchado al respecto, debió amparar su libertad de conciencia en materia religiosa y diferir a un momento posterior la expresión de su voluntad, en sintonía con el consenso de los padres hasta el momento de la ruptura matrimonial.

6. El art. 16.3 CE establece la aconfesionalidad del Estado: ninguna confesión tendrá carácter estatal. Por razones de nuestra historia constitucional, este mandato de laicidad del Derecho y de las instituciones jurídico-políticas no se ha visto plenamente realizado. Algo que desvela la argumentación de las resoluciones judiciales cuestionadas al priorizar una creencia religiosa: el principio no ha sido recibido de manera adecuada en nuestra cultura jurídica, ni ha permeado la práctica de los poderes públicos. Hay que reconocer la relevante aportación de nuestra doctrina a ese estado de cosas, como muestra la recepción de la categoría de laicidad positiva, laicidad sana en el discurso religioso hegemónico, que favorece —como hizo el juez al autorizar el bautizo del menor en el culto católico— una de las creencias en cuestiones religiosas, la que se corresponde con la religión mayoritaria. Laicidad significa neutralidad ideológica y demanda de los poderes públicos igual consideración y respeto de todas las concepciones religiosas, morales y culturales, incluidas las indiferentes y las contrarias a la religión, en un universo de pluralismo de ideas. La laicidad conlleva la prohibición de promover o valorar como superior o mejor una creencia, de crear jerarquías entre las diversas concepciones de la vida en materia religiosa y de discriminar a los que se adhieren a otras creencias o no se adhieren a ninguna de las que ofrecen las ideas religiosas. Por ello, la laicidad es una técnica de protección de los derechos fundamentales y un límite a la actuación de los poderes públicos, especialmente dirigido a jueces y tribunales.

7. Pues bien, los jueces justificaron su decisión de adherir al menor a la religión de la madre —mediante el bautizo y la inscripción en la asignatura de religión católica, cuando no había sido bautizado y venía asistiendo a la clase de valores cívicos mientras sus progenitores vivieron juntos— en la consideración de que

era mejor que la ausencia de creencias religiosas del padre. Y así, expresaron las razones de su decisión en que el “hecho religioso era positivo”, valoración que extendía el juez de primera instancia a la educación “en la fe católica”, que no suponía un perjuicio ni un peligro para “su formación integral”, mientras que los jueces de la apelación afirmaron que “por autorización judicial el menor se encuentra bautizado” dato que estimaba como “una circunstancia religiosa que carece de trascendencia alguna en su estado” pues los valores religiosos “no atentan a la integridad del menor”.

8. La decisión de la que discrepo no tiene en cuenta que han transcurrido cinco años y ahora el hijo cuenta trece, por lo que el ordenamiento jurídico le considera con suficientemente madurez para que sea escuchado en todo caso. Pero ya no puede decidir libremente —al margen de la creencia que profese—; lo hizo la autoridad judicial en su lugar. Y de esa manera las resoluciones judiciales vulneraron la libertad de conciencia del menor, al no proteger su libertad de elección ni escucharle. Al tiempo que discriminaron irrazonablemente al padre que no estaba adherido a una creencia religiosa y quería que su hijo fuera educado en una concepción laica y que decidiera su plan de vida cuando alcanzara la madurez, otorgando preferencia a la religión católica. E infringieron el mandato constitucional de laicidad del Estado, del Derecho y de las instituciones judiciales, al promover una creencia religiosa desalentando concepciones no religiosas o indiferentes.

Madrid, a veinte de febrero de dos mil veintitrés.