

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ067143

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Sentencia 26/2024, de 14 de febrero de 2024

Pleno

Rec. de amparo núm. 4958/2021

(BOE de 22 de marzo de 2024)

**SUMARIO:**

**Vulneración del derecho a que los hijos reciban una formación acorde con las convicciones de los padres. Escolarización que no puede entenderse justificada en el interés superior de la menor.**

Las resoluciones judiciales han soslayado el verdadero conflicto de derechos fundamentales de los padres y, ante el desacuerdo entre ellos, no han identificado correctamente el objeto del debate, que no era otro sino el **conflicto entre los derechos fundamentales de ambos progenitores** reconocido en el art. 27.3 CE, que ha quedado desplazado por una comparación entre las prestaciones ofrecidas por cada centro educativo, ni tampoco se ha acertado al identificar el interés superior de la menor, principio de necesaria observancia siempre. En este caso, vista la todavía inmadurez de la afectada para el pleno ejercicio de la libertad religiosa, su **interés superior** debió identificarse con la obligación de atender a que sus convicciones religiosas pudieran formarse o adquirirse sin predeterminaciones escolares, esto es, en un entorno docente neutral desde una perspectiva religiosa. En su lugar, los órganos judiciales en atención a criterios ajenos al señalado interés superior de la menor se han decantado por atribuir la facultad de elegir centro escolar al progenitor favorable a la educación en un concreto sistema de creencias religiosas (educación católica). Esta decisión no puede entenderse justificada en el interés superior de la menor a que, en el seno de una familia con convicciones religiosas divergentes, pueda ir desarrollando sus propias convicciones y creencias en un **contexto escolar libre de adoctrinamiento**. Los razonamientos anteriores conducen a la estimación del recurso de amparo, al haber sido vulnerado el derecho de la recurrente a que su hija reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

Votos particulares.

**PRECEPTOS:**

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 18.1, Protocolo núm. 1, art. 2.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 18.4.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, art. 13.

Convención sobre los derechos del niño de 1989, arts. 3.1 y 14.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, art. 14.

Constitución Española, arts. 10.2, 16.1, 27 y 39.4.

Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), art. 86.3.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del menor), art. 2.

Ley 15/2015 (jurisdicción voluntaria), arts. 85 y ss.

Ley Cataluña 25/2010 (Libro segundo del Código civil, relativo a la persona y la familia), arts. 233-8 y 236-13.

**PONENTE:**

*Doña Inmaculada Montalbán Huertas.*

ECLI:ES:TC:2024:26

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado:

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 4958-2021, interpuesto por la procuradora de los tribunales doña María Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de doña N.C.R., bajo la dirección letrada de doña Eva Lucena Soldado, contra el auto de 23 de julio de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona en procedimiento de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad núm. 355-2019 y contra el auto de 21 de mayo de 2021 de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 1-2020, confirmatorio del anterior. Han intervenido don D.H.R., y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas.

**I. Antecedentes**

1. Doña N.C.R., representada por la procuradora de los tribunales doña María Isabel Afonso Rodríguez, ha interpuesto recurso de amparo contra las resoluciones indicadas en el encabezamiento de esta sentencia mediante escrito presentado en el registro de este tribunal con fecha 19 de julio de 2021.

2. Los antecedentes relevantes para resolver el recurso de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Escrito de don D.H.R., solicitando la intervención judicial por desacuerdo de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad –al amparo del art. 86 de la Ley de la jurisdicción voluntaria (LJV) y el art. 156 Código civil– frente a doña N.C.R., de la que se hallaba divorciado, en relación con el centro en el que escolarizar a la hija común, quien entonces tenía cuatro años de edad y se encontraba en régimen de guarda y custodia compartida por semanas alternas y mitad de vacaciones.

(i) El padre proponía un colegio religioso y concertado en el mismo barrio de su residencia, con base a los siguientes argumentos: reconocida tradición escolar, amplias instalaciones, imparte todos los ciclos de enseñanza y variedad de clases extraescolares; situado en uno de los barrios más seguros de la ciudad, en el que había vivido la menor desde su nacimiento, y a escasos metros de su residencia; su coste sería análogo al del colegio público; y el carácter religioso del centro se correspondía con su firme creencia religiosa, de su familia y de la menor y permitiría garantizar el derecho fundamental a la educación religiosa de la menor conforme a el art. 27.3 CE y normativa internacional e interna que cita. Añade que, en contraposición, el colegio público y laico, elegido por la madre se encontraba en un barrio en el que la menor no tenía arraigo, con adoctrinamiento en otras cuestiones de interés solo para la madre y nada beneficiosas para la menor, de reciente creación, que no incluía todas las etapas escolares, con un programa educativo mucho más básico y nada tradicional, menos oferta de extraescolares e instalaciones más sencillas.

(ii) Doña N.C.R., se opuso a lo solicitado por don D.H.R., sosteniendo la conveniencia del colegio de carácter laico frente a una educación religiosa, que ella rechazaba, además del proyecto educativo y pedagógico del centro, las actividades extraescolares, la cercanía a su vivienda, las dificultades para trasladarse hasta el colegio propuesto por el padre y las dificultades de asumir el coste económico del colegio concertado, cuyas tarifas sobrepasan sus posibilidades económicas.

b) El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona dictó auto el 23 de julio de 2019 estimando la solicitud formulada por don D.H.R. Teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 236.11 apartado cuarto y 236.13 apartado primero del Código civil catalán, el auto considera que, al existir un régimen de custodia compartida, no puede tomarse una decisión en atención a la distancia respecto de la vivienda, ni puede atenderse al arraigo o círculo de amistades de la menor, pues existen dos círculos de influencia. Aunque reconoce las ventajas del sistema educativo seguido en el colegio propuesto por la madre, aprecia algunas deficiencias en su oferta educativa. Y en relación con la cuestión religiosa, considera que la opción de un progenitor no puede primar sobre el otro, por lo que debe atenderse a otras cuestiones de la enseñanza, donde el colegio propuesto por el padre ofrece mayores ventajas. En concreto, valora positivamente su cercanía respecto de la casa del padre, al permitir que la menor pueda comer en la vivienda, cuenta con el apoyo familiar del padre y, aunque el coste es más elevado, no es desorbitado. Concluye, en atención al beneficio de la menor, que el centro más adecuado es el centro concertado religioso y autoriza la inscripción en este centro; pero, para conjugarlo con educación laica que pretende la madre, se deberá inscribir a la menor en la asignatura alternativa a religión, si así lo manifestara la madre, ya que los valores y ritos religiosos que pretende el padre los podría adquirir perfectamente fuera del horario escolar.

c) Recurso de apelación: frente a la anterior resolución doña N.C.R., presentó recurso de apelación por considerar que vulneraba el derecho a la dignidad de la persona (art. 10 CE), el derecho a la libertad ideológica (art.

16 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la menor y de la madre, con base a los siguientes argumentos:

(i) Existió un procedimiento anterior en el que, por auto de 11 de diciembre de 2018, el mismo juzgado acordó que la niña permaneciera en el colegio público durante ese curso, recomendando a las partes alcanzar un acuerdo para el curso posterior mediante mediación, pero que antes de iniciarse el curso siguiente, el padre instó este procedimiento en el que se le ha atribuido la facultad de decidir a él, debiendo inscribir a la menor en la asignatura alternativa a la religión si así lo manifestara la madre. Sin embargo, ella prefería un centro laico. Afirmaba también que, en el colegio propuesto por el padre, la enseñanza de religión era de carácter curricular y no había una alternativa laica para su hija, que el colegio era de formación religiosa y todo el proyecto educativo se basaba en los principios de la religión católica, y que existían imágenes religiosas en todo el centro y en las actividades que se realizaban.

(ii) La decisión judicial vulnera los arts. 10 y 16.1 CE porque la asignatura de religión era de carácter curricular en este colegio, tal y como figuraba en el folleto del centro escolar que aportaba con el recurso, en el que además se indicaba que, dentro del horario escolar, se practicaba la oración y se recibía formación religiosa explícita, y la propia publicidad del colegio indicaba que se propiciaba la catequesis, los sacramentos, la oración y las clases de religión de forma activa por parte del colegio. Añadía que, en una reunión con la directora del centro, esta le informó de que no se ofrecía alternativa alguna a las asignaturas de contenido religioso, y que el elemento religioso impregnaba el centro y el proyecto educativo del colegio, todo lo cual se acreditaba a través de las fotografías del folleto, que reflejaban a niños de corta edad en un contexto explícitamente religioso, aparte de las constantes referencias del folleto a la espiritualidad cristiana. Señalaba también que el derecho a la libertad religiosa comprende el derecho a no profesar religión alguna y que la recurrente no profesa ninguna religión ni está de acuerdo con la educación religiosa, apuntando además que la escuela laica respeta las creencias de ambos progenitores, mientras que el auto recurrido vulnera los arts. 16 y 27.3 CE. Cita la STC 101/2004, de 2 de junio y el ATC 359/1985, de 29 de mayo.

(iii) La decisión judicial vulnera el art. 24.1 CE porque el auto resultaba de imposible cumplimiento, dado que en el centro escolar no existía asignatura alternativa a la religión, por lo que no cabía que la resolución se ejecutase en sus propios términos, de acuerdo con la STC 211/2013, de 16 de diciembre. Indicaba, por otra parte, que la comparación entre los centros educativos es un falso debate porque ambos cumplen con las exigencias del Departamento de Enseñanza y su proyecto educativo es apto para cualquier menor. Cada uno de los progenitores matriculó inicialmente a la niña en un colegio distinto, y el Consorcio de Educación de Barcelona dictaminó que la opción más idónea era el colegio público porque, en otro caso, se dejaría a la madre y a la menor en situación de extrema vulnerabilidad. Destacaba también el gravamen económico que supone el colegio concertado para la madre y que su coste real es superior al consignado en el acto de la vista porque en él no se incluían todos los conceptos, a lo que añade la distancia desde su vivienda al colegio y las dificultades para compatibilizar horarios, apuntando finalmente las ventajas del colegio propuesto por ella en relación con el proyecto educativo y la implicación de las familias.

De otro lado, don D.H.R., formuló oposición al recurso de apelación alegando, en síntesis, que la menor no está cursando la asignatura de religión, sino otra actividad distinta con otros menores; que el auto recurrido permitía a la madre optar por que la menor no cursara la asignatura de religión; que desde su nacimiento, la menor participó en actos religiosos y había sido bautizada, y el cambio ideológico de la madre no podía conllevar que la hija se fuera adaptando al mismo sin tener en cuenta el derecho del padre a mantenerse firme en su ideología religiosa, garantizando además una mayor estabilidad en la educación ideológica de la menor. Cuestionaba la falta de flexibilidad en el trabajo de la madre, el mayor gravamen que podía suponer este desplazamiento para la niña y negó el mayor coste económico del colegio propuesto.

d) Auto desestimatorio del recurso de apelación, dictado por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 21 de mayo de 2021. Declara que la motivación del magistrado de instancia es suficiente y completa, valorando las circunstancias del caso, tales como la edad de la menor, régimen de custodia compartida y domicilio de los progenitores. En particular, la oferta educativa de ambos centros; apreciando determinadas deficiencias en el sistema curricular del colegio propuesto por la madre en comparación con el propuesto por el padre, quien cubre todos los ciclos formativos, la enseñanza de un segundo idioma extranjero tras finalizar primaria, la impartición de varias clases en inglés y actividades como natación; valorando también la cercanía del domicilio paterno y el apoyo familiar que este tiene, a lo que se suma la oferta de instalaciones y de actividades extraescolares y que el coste económico es moderado. Ello justificaba la atribución al padre de la facultad de elección del centro escolar. Respecto de la alegación de la recurrente al no desear que su hija cursase la asignatura de religión y mostrar su preferencia por un centro laico, considera acreditado que el hecho de cursar o no la asignatura de religión depende de la elección de los padres y que, en este caso, la menor está realizando una actividad distinta en compañía de otros menores. Las actividades extraescolares y complementarias de carácter religioso son voluntarias, y no pueden desvirtuar las cualidades que pone de manifiesto el auto recurrido para atribuir al padre la facultad de decidir. En cuanto al mayor coste económico, considera que la diferencia entre ambos colegios, en caso de existir, no justificaría por sí sola la elección del colegio en este caso.

**3. Demanda de amparo.** La recurrente considera que se han vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y el derecho fundamental a que su hija reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), porque el derecho a la libertad religiosa también comprende el derecho a no profesar religión alguna y el colegio propuesto por el padre practica el proselitismo y adoctrinamiento religioso, teniendo en cuenta la propia información proporcionada por el centro en su folleto informativo y en la web, que no son compatibles con la libertad religiosa de la madre.

Apoya su pretensión en el art. 18 de la Declaración universal de derechos humanos, el art. 18 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el art. 9.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) reconocen el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, lo que incluye el derecho a no profesar religión ni creencia alguna (STEDH de 18 de febrero de 1999, asunto *Buscarini y otros c. San Marino*). Además, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos habría que determinar si se ha producido una interferencia del Estado o de los tribunales, y en tal caso, si estaba justificada en atención a los parámetros del art. 9.2 del Convenio: seguridad pública, protección del orden, de la salud o de la moral públicos o la protección de los derechos y libertades de los demás. En este caso, no concurre ninguno de estos parámetros. En la STEDH de 29 de junio de 2007, asunto *Folgerø y otros c. Noruega*, se estimó la demanda porque, aunque se trataba de una asignatura de educación religiosa no confesional, el tribunal entendió que era adoctrinadora. El límite que no puede sobrepasarse es el adoctrinamiento, pero en este caso se ha sobrepasado porque la religiosidad del proyecto educativo impregna el centro escolar y todos y cada uno de los actos y actividades que se realizan. En la STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, se establece que el art. 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Concluye que el proselitismo y adoctrinamiento religioso del colegio propuesto por el padre vulnera la libertad religiosa de la madre. Como indicaba la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8, la elección de centro docente es un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral.

Añade que los menores de edad son también titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso el derecho a la libertad de creencias y a su integridad moral, y su ejercicio no puede quedar por entero al criterio de los titulares de la patria potestad, como reconoce la STC 141/2000, de 29 de mayo. Esta potestad debe modularse en función de la madurez de los menores, pero en este caso, atendida la edad de la niña (seis años al tiempo de interponerse el recurso de amparo), no se apela a la libertad religiosa de esta, si bien destaca que la educación fragmentaria, sesgada y adoctrinadora del colegio elegido por el padre puede afectar negativamente a su desarrollo personal. Concluye que resulta indiferente que la menor curse una asignatura alternativa a la religión si diariamente se reza al inicio de las clases y los símbolos y el contenido religioso forman parte del paisaje escolar.

En atención a que las resoluciones judiciales han pasado de soslayo por los derechos fundamentales alegados y el interés superior de la menor, o lo han identificado con otras circunstancias, –sin tener en cuenta estos derechos fundamentales– solicita que se declare vulnerado el derecho de la recurrente a su libertad religiosa (art. 16.1 CE) y a que su hija reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), y que se restablezca a la recurrente en la integridad de sus derechos y, en consecuencia, se declare la nulidad de los autos contra los que se solicita el amparo, retro trayéndose en las actuaciones al momento previo al dictado del auto de 23 de julio de 2019, a fin de que se dicte nueva resolución respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

**4.** Mediante providencia de 12 de septiembre de 2022, la Sección Segunda del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; LOTC) 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, de 25 de junio, FJ 2 a)].

Recibido el testimonio de actuaciones de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona y del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona, la misma providencia acordó, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación al Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona a fin de que procediera al emplazamiento en el procedimiento de intervención judicial por desacuerdo en ejercicio de patria potestad núm. 355-2019, y que pudieran comparecer en el plazo de diez días, si lo desearan, en el presente recurso de amparo, quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

**5.** Mediante providencia de 12 de septiembre de 2022 se acordó, a solicitud de la parte actora, la formación de la correspondiente pieza separada de suspensión, que, tras su tramitación, fue resuelta por el ATC 136/2022, de 24 de octubre, que denegó la suspensión cautelar del auto núm. 218/2021, dictado por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 21 de mayo de 2021, por el que se desestimaba el recurso de apelación

interpuesto por la recurrente en amparo contra el auto núm. 264/2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona el 23 de julio de 2019.

6. Por diligencia de ordenación de 14 de octubre de 2022, la Secretaría de Justicia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional acordó tener por personada y parte en el procedimiento a la procuradora de los tribunales doña Paloma Rubio Peláez, en nombre y representación de don D.H.R., acordándose entender con ella las sucesivas actuaciones, y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

7. Doña N.C.R., presentó escrito el 15 de noviembre de 2022 reiterando lo alegado en el recurso de amparo respecto de la vulneración de sus derechos fundamentales.

8. Escrito de alegaciones de don D.H.R. Negaba que se hubieran vulnerado los derechos fundamentales invocados, considerando que se estaba haciendo un uso instrumental y oportunista de los mismos para obtener una resolución favorable a sus intereses porque la recurrente, hasta su ruptura matrimonial, profesaba la religión católica y ambos progenitores habían decidido educar a su hija conforme a sus creencias religiosas, habiendo sido bautizada, por lo que sus alegaciones no se corresponderían con sus comportamientos anteriores, y tampoco había solicitado la apostasía, que sería coherente con la laicidad que ahora alega. La elección del colegio público por parte de la madre se basa en su menor coste económico y la proximidad a su domicilio. En este sentido, en el anterior procedimiento ante el Consorcio de Educación de Barcelona no alegó la cuestión religiosa como motivo de su rechazo al colegio propuesto por el padre. Y el derecho de cambiar de creencia religiosa no puede ser ilimitado, no puede pretender alcanzar con ello a la libertad de otros, en este caso al otro progenitor y a la menor.

Considera, en cualquier caso, que la madre puede transmitir a su hija los principios de laicidad, pero no puede limitar o perturbar al padre y a la menor por su decisión, porque ello vulneraría el derecho fundamental de estos últimos. Y las resoluciones judiciales, en realidad, priorizan los derechos de doña N.C.R., ya que se excluye la posibilidad, por la sola decisión de esta, de que la menor curse la asignatura de religión y se eduque en la laicidad, y tratan de conjugar y salvaguardar los derechos de ambos progenitores facultando, por otra parte, al padre para que, en respeto a su libertad ideológica, prosiga con la educación religiosa de su hija fuera del colegio.

Señala, por otra parte, que, en contra de lo alegado por la madre en el recurso de apelación, el auto de primera instancia sí podía cumplirse porque, tal y como se acreditó, la niña no estaba cursando la asignatura de religión y no era una asignatura curricular, sino que era una opción voluntaria. Niega que la religión impregne todos los aspectos del colegio, sino que se ofertan actividades totalmente voluntarias y de carácter extraescolar de forma complementaria al programa curricular obligado, siendo algunas de contenido religioso, pero que no sustituyen la programación curricular ni son obligatorias, ni la menor participa en ellas por petición expresa de la madre, considerando en este sentido que la parroquia es solo una instalación más del colegio. La única actividad religiosa en horario escolar es la asignatura de religión, que la menor no está cursando, y niega que el colegio tenga un carácter acentuadamente religioso, con independencia de que existan algunas actividades voluntarias y complementarias de carácter religioso. Considera que es el derecho del padre a la libertad religiosa y a educar a su hija conforme a sus creencias el que ha quedado conculcado porque es la madre la que impone la educación laica de su hija. Alega finalmente el arraigo actual de la menor en el colegio y que, por su condición de concertado, está sujeto a la misma normativa que los colegios públicos y al control e inspección por parte del Estado.

9. Escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal. El 1 de diciembre de 2022, la fiscal presentó su escrito de alegaciones, en el que solicitaba la desestimación del recurso de amparo. Partiendo de la jurisprudencia constitucional establecida en las SSTC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3, y 141/2000, de 29 de mayo, FFJJ 4 y 5 en relación con el derecho fundamental a la libertad religiosa; en las SSTC 81/2021, de 19 de abril, FJ 2, y 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, respecto del interés superior del menor, y la STC 133/2010, de 2 de diciembre, FFJJ 5 y 8, en relación con el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas, y teniendo en cuenta la normativa aplicable en este caso (arts. 233-8 y 236-13 del Código civil de Cataluña, art. 86 LJV y arts. 2 y 6 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor), concluye que no se habría vulnerado el derecho fundamental de la recurrente a su libertad religiosa y a educar a su hija conforme a sus convicciones religiosas y morales.

La cuestión, indica la fiscal, no puede limitarse a una ponderación de los derechos de los progenitores, sino que debe centrarse en la repercusión sobre el interés superior de la menor, que es titular del derecho a la libertad religiosa, derecho que debe modularse en atención a su edad, cuatro años al inicio del procedimiento y siete años en la actualidad. En este caso, las resoluciones judiciales fundamentan su decisión en el interés de la menor, ponderado en relación con las circunstancias concurrentes; y teniendo en cuenta las opciones religiosas de ambos progenitores, han moderado la atribución de la elección del centro al padre con el respeto a la preferencia por la

enseñanza laica de la madre. Considera la fiscal que las alegaciones realizadas por la madre en relación con el ideario del centro no han sido suficientemente acreditadas porque no consta que la menor haya participado en ningún acto de culto, oración o cualquier otro que tenga la virtualidad de contrariar su opción de que no reciba formación religiosa en el centro de enseñanza. Además, el derecho de la demandante a la formación espiritual y moral de su hija menor no se agota con la elección del centro, sino que queda incólume su libertad de formar a su hija en los valores que estime acordes con sus convicciones fuera del horario escolar, al igual que se ha considerado para el padre en la primera de las resoluciones recurridas. Concluye sus alegaciones indicando que, cuando la menor vaya adquiriendo las condiciones de madurez necesarias, debe poder optar por sí misma en cuanto titular del derecho fundamental a la libertad de creencias.

**10.** Por providencia de 15 de enero de 2024, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó proponer la avocación por el Pleno del recurso de amparo de conformidad con el art. 10.1 n) LOTC.

**11.** El Pleno, por providencia de 30 de enero de 2024, de conformidad con lo establecido en el art. 10.1 n) LOTC, a propuesta de la Sala Segunda, acordó recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

**12.** Por providencia de 13 de febrero de 2024 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 14 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso de amparo y posiciones de las partes.

El recurso de amparo tiene por objeto el auto de 23 de julio de 2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona –dictado en procedimiento de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad núm. 355-2019– por el que se atribuye a don D.H.R., la facultad de elección del centro escolar de la hija menor común de ambos litigantes (colegio concertado religioso) permitiendo a la madre decidir que la hija se inscriba en la asignatura alternativa a la de religión católica. También es objeto del recurso de amparo el auto de 21 de mayo de 2021 de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 1-2020, confirmatorio del anterior.

La recurrente alega que las resoluciones judiciales han vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) en relación con el derecho, como madre, a que su hija reciba la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Sostiene que las decisiones judiciales han soslayado sus derechos fundamentales y el interés superior del menor –o lo han identificado con otras circunstancias ajenas a los derechos fundamentales en conflicto– ya que el centro docente propuesto por el padre tiene un proyecto educativo en el que la religión y moral católica impregnan todas sus actividades, resultando por ello indiferente que la menor curse una asignatura alternativa a la de religión católica.

El padre niega que la religión impregne todos los aspectos del colegio, pues la única actividad religiosa en horario escolar es la asignatura de religión católica, que la menor no está cursando; y considera que la decisión de que la hija no curse la asignatura de religión prioriza el derecho de la madre, vulnerando el derecho a la libertad religiosa del padre y su derecho a educar a su hija conforme a sus creencias religiosas. Estas quejas quedan fuera del ámbito de este enjuiciamiento que se ha de ceñir al objeto del recurso de amparo presentado por la madre.

Por su parte, la fiscal ha solicitado la desestimación del recurso de amparo en atención a que la decisión judicial se basa en el interés superior de la menor, titular del derecho a la libertad religiosa, que debe modularse en atención a su edad. Y habida cuenta que el derecho de la madre a la formación espiritual y moral de su hija menor no se agota en la elección del centro, ya que fuera del horario escolar, se mantiene su libertad de formar a su hija en los valores que estime acordes con sus convicciones.

La cuestión constitucional que ha de resolver el tribunal consiste en determinar si el órgano judicial ha realizado correctamente la ponderación de los intereses en conflicto en una materia que afecta a derechos fundamentales sustantivos, teniendo en cuenta el interés superior de la menor.

Dado que los hechos a los que se refiere este recurso de amparo hacen referencia a una persona menor de edad, y con ánimo de preservar su intimidad, la presente sentencia no incluye la identificación completa de esta ni la de sus parientes inmediatos que aparecen mencionados en las actuaciones, por 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, de 27 de julio de 2015).

**2.** Doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y sobre el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

La recurrente alega la vulneración de dos derechos fundamentales estrechamente conectados: el derecho a la libertad religiosa y el derecho de los padres a que sus hijos e hijas reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Este segundo derecho fundamental puede entenderse como una proyección del primero; no obstante, aunque el art. 27.3 CE presenta mayor especificidad respecto de la cuestión constitucional planteada, un adecuado enfoque exige partir del marco general del derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el art. 16.1 CE.

a) El derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 CE).

Como punto de partida, debemos recordar que el derecho a la libertad religiosa presenta una dimensión objetiva que comporta una doble exigencia: la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; y el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias [SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4; 128/2001, de 4 de junio, FJ 2; 154/2002, de 18 de julio, FJ 6; 101/2004, de 2 de junio, FJ 3; 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3, y 203/2013 de 5 de diciembre, FJ 5 a)].

Pero el derecho a la libertad religiosa es también un derecho subjetivo de carácter fundamental que tiene, según nuestra doctrina reiterada, una dimensión interna y otra externa. Respecto de la primera, la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual». Junto a esta dimensión interna, la libertad religiosa incluye una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros con plena inmunidad de coacción del Estado (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1; 166/1996, de 28 de octubre, FJ 2; 177/1997, de 11 de noviembre, FJ 9; 154/2002, de 18 de julio, FJ 6, y 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3). Esta inmunidad se conecta con el art. 16.3 CE cuando dispone que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», estableciendo un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales», de acuerdo con el modelo de aconfesionalidad o laicidad positiva reconocido en el citado precepto constitucional (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1; 166/1996, de 28 de octubre, FJ 2; 177/1997, de 11 de noviembre, FJ 9; 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5, y 31/2018, de 10 de abril, FJ 3). Esta neutralidad en materia religiosa se configura como presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 CE; STC 177/1997, de 11 de noviembre, FJ 9), y se proyecta sobre la posibilidad de ejercicio de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa, que incluye, entre otras, la enseñanza religiosa (SSTC 154/2002, de 18 de julio, FJ 6 y 101/2004, de 2 de junio, FJ 3).

Por otra parte, como dijimos en la STS 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4, el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le impone el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. El derecho a la libertad religiosa y libertad de creencias encuentra «su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos (SSTEDH de 25 de mayo de 1993, asunto *Kokkinakis*, § 42 a 44 y 47; de 24 de febrero de 1998, asunto *Larissis*, § 45 y 47)».

En la determinación del contenido y alcance del derecho fundamental a la libertad religiosa debemos tener presente, además, a efectos interpretativos y de conformidad con el art. 10.2 CE, lo dispuesto en la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, resultando de utilidad la interpretación del art. 18.1 de la Declaración universal, plasmada por el Comité de derechos humanos de naciones unidas en el comentario general de 20 de julio de 1993; en el que se afirma que dicho precepto «protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia; los términos creencia o religión deben entenderse en sentido amplio» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4).

Hemos advertido, también, como consecuencia de la propia configuración constitucional que reconoce la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades y al mismo tiempo la aconfesionalidad y neutralidad del Estado, que la aparición de conflictos jurídicos por razón de creencias religiosas ha dejado de ser inusual o extraña. La respuesta a estos conflictos solo puede darse desde un juicio ponderado que atienda a las necesidades de cada caso, estableciendo el alcance del derecho, que no es ilimitado o absoluto, a la vista de la incidencia que pueda tener su ejercicio sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la ley que, conforme al art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 7).

Por último, como dijimos en la STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9 a), los menores de edad son titulares también del derecho a la libertad religiosa, de acuerdo con el genérico reconocimiento del art. 16.1 CE a los individuos y comunidades, y en consonancia con la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, que expresamente lo reconoce en el art. 14.1, sin perjuicio de «los derechos y deberes de los padres y, en su caso de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» (art. 14.2). Esta libertad religiosa queda sujeta «únicamente a las limitaciones prescritas por la ley

que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás» (art. 14.3). En términos análogos se reconoce el derecho de libertad religiosa de los menores en el art. 6 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

b) El derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

Este derecho fundamental tiene una proyección en el ámbito internacional que no se limita al citado art. 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH, sino que guarda conexión también con el art. 13.1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; el art. 18.4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; y el art. 14 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Sin perder de vista la neutralidad estatal en materia religiosa a la que nos hemos referido en el apartado anterior, el derecho reconocido en el art. 27.3 CE encuentra un cauce de realización a través de la inserción de la enseñanza de la religión en el sistema educativo, que, como hemos dicho de manera reiterada, «solo puede ser, evidentemente, en régimen de seguimiento libre» [SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5, y 128/2007, de 4 de junio, FJ 5 a)].

Sin embargo, más allá de esta idea, también hemos reconocido que la libertad de enseñanza consagrada en el art. 27.1 CE implica el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6 CE) y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3 CE; STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7).

Y el derecho reconocido en el art. 27.3 CE guarda estrecha relación también con el derecho a escoger centro docente, que se deriva de lo dispuesto en el art. 27.1 CE, como capacidad de optar entre los diversos centros existentes, sean públicos o privados –aunque, naturalmente, el acceso efectivo al elegido dependerá de si se satisfacen o no los requisitos establecidos en el procedimiento de admisión de alumnos– porque el ejercicio de la facultad de escoger centro docente constituye «un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8, y ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4). De manera que la determinación por parte de los padres del tipo de educación que han de recibir sus hijos se limita a la libertad de elección del centro docente y al derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones [SSTC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5 b), y 74/2018, de 5 de julio, FJ 4 a)], guardando ambos derechos una estrecha relación cuando la elección del centro docente constituya un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral.

Por otra parte, el Tribunal ha reconocido la vinculación del art. 27.2 CE con la libertad de creación de centros docentes, de la que deriva el derecho al ideario o carácter propio de aquellos centros que no son de titularidad pública (STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 3). Y el ideario puede considerarse en buena medida como punto de convergencia que posibilita el ejercicio del derecho de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, poniendo en conexión oferta y demanda educativa (STC 31/2018, FJ 4). Este derecho de los titulares de centros privados a establecer un ideario propio dentro de los límites establecidos en el art. 27.2 CE forma parte de la libertad de creación de centros en cuanto equivale a la posibilidad de dotarlos de un carácter u orientación propios. Y esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes pues, en otro caso, no sería más que una concreción del principio de libertad de empresa, también reconocido en la Constitución (SSTC 5/1981, FJ 8, y 31/2018, FJ 4).

En definitiva, como indicamos en la STC 31/2018, FJ 4, el derecho a establecer un ideario propio de los centros docentes aúna dos perspectivas: por un lado, es una faceta del derecho a crear centros docentes y, por otro lado, conecta con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque entre ambos no existe una relación de instrumentalidad necesaria, pero sí hay «una indudable interacción» entre ellos. El derecho reconocido en el art. 27.3 CE es distinto del derecho a elegir centro docente reconocido en el art. 13.3 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aunque resulta obvio que la elección del centro docente es un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral, y aunque no hay identidad entre ambos derechos, la conexión entre ellos es indudable. El ideario educativo propio de cada centro, además, no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa, sino que puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad (STC 5/1981, FJ 8).

Pero también hemos indicado [STC 74/2018, de 5 de julio, FJ 4 a)] que los derechos a crear instituciones educativas y a elegir el centro docente y la formación religiosa o moral de los hijos (art. 27.1, 3 y 6 CE) admite, como todo derecho fundamental, restricciones que respondan a un fin constitucionalmente legítimo y que sean necesarias y adecuadas para alcanzar dicho objetivo; es decir, restricciones que se ajusten al canon de proporcionalidad resultante de las normas constitucionales de protección de derechos fundamentales sustantivos conforme al triple juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de beneficios y perjuicios.

**3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho de los padres a asegurar la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas (art. 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH).**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones a propósito del derecho reconocido en el art. 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio, conforme al cual, el Estado, en el

ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

En la STEDH de 29 de junio de 2007, asunto *Folgerø y otros c. Noruega*, se abordó la cuestión relativa a la enseñanza de religión en colegios públicos y señaló que el art. 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio no distingue entre educación estatal y privada, y es una norma que pretende salvaguardar el pluralismo en la educación, lo que resulta esencial para preservar la «sociedad democrática» tal y como se concibe en el Convenio. La norma, por otra parte, no permite distinguir entre la enseñanza de religión y otras asignaturas. Corresponde al Estado respetar las convicciones de los padres, sean religiosas o filosóficas, a través de todo el programa educativo estatal. Esta obligación es amplia en su extensión, al aplicarse no solo al contenido de la educación y la manera en que se proporciona, sino también al cumplimiento de todas las «funciones» asumidas por el Estado. El deber del Estado de «respetar» el derecho de los padres va más allá de reconocerlo o tenerlo cuenta. Y así, además de una garantía negativa, implica una obligación positiva del Estado. Y las «convicciones» de los padres no se refieren a las meras opiniones o ideas, sino que comporta una visión que alcanza cierto nivel de convencimiento, seriedad, cohesión e importancia. En relación con la educación, el Estado tiene la obligación de que la información o conocimiento suministrado se transmita de forma objetiva, crítica y pluralista, estando prohibido el adoctrinamiento, que puede no respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Tal límite no se puede traspasar [§ 84 b), c) y h)].

Posteriormente, en la sentencia de 18 de marzo de 2011, asunto *Lautsi y otros c. Italia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre la presencia de un crucifijo en el aula de una escuela pública, que los recurrentes consideraban contrario al principio de secularismo. El tribunal recuerda en esta sentencia el papel de imparcialidad del Estado y, así, aunque no está impedida la enseñanza de la religión, debe hacerse de forma objetiva y sin fines de adoctrinamiento. Concretamente, indica, respecto del art. 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio, que debe leerse a la luz del art. 9 CEDH, en el que se garantiza la libertad de pensamiento, conciencia y religión, incluida la libertad de no pertenecer a una religión, y que impone a los Estados parte un «deber de neutralidad e imparcialidad». Los Estados tienen la responsabilidad de asegurar, de manera neutral e imparcial, el ejercicio de varias religiones, fes y creencias. Su papel consiste en contribuir a mantener el orden público, la armonía religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática, particularmente entre grupos contrapuestos. Esto alcanza tanto a las relaciones entre creyentes y no creyentes como a las relaciones entre personas pertenecientes a diversas religiones, fes y creencias (§ 60).

Declara, además, que art. 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio persigue salvaguardar la posibilidad del pluralismo en la educación, que es esencial para preservar la «sociedad democrática» como se concibe en el Convenio. Y aunque no se prohíbe a los Estados parte impartir mediante la enseñanza o la educación información o conocimiento de carácter directa o indirectamente religioso o filosófico, debe procurarse que esta información o conocimiento se transmita de manera objetiva, crítica y plural, permitiendo a los alumnos desarrollar una opinión crítica particularmente con relación a la religión en una atmósfera en calma, libre de proselitismo. Está prohibido que el Estado persiga un fin de adoctrinamiento que pueda considerarse como no respetuoso con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite que los Estados no pueden traspasar (§ 62). Esta doctrina jurisprudencial se reitera en la STEDH de 20 de octubre de 2020, asunto *Perovy c. Rusia*.

Más recientemente, la sentencia de 19 de mayo de 2022, asunto *T.C., c. Italia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre un caso en el que había una discrepancia entre los progenitores sobre la formación religiosa de su hija. Indica el tribunal que, en este caso, debe tenerse en cuenta con carácter prioritario el interés superior de la menor, lo que implica conciliar las opciones educativas de cada padre e intentar establecer un equilibrio satisfactorio entre las concepciones individuales de cada progenitor, evitando juicios de valor y, cuando sea necesario, establecer unas mínimas reglas en las prácticas religiosas personales (§ 42). El interés superior del menor descansa en primer lugar en la necesidad de mantener y promover su desarrollo en un ambiente abierto y pacífico, conciliando en la medida de lo posible los derechos y convicciones de cada progenitor (§ 44).

#### 4. El interés superior de las personas menores de edad en la jurisprudencia constitucional.

Son muy abundantes los pronunciamientos que hemos realizado en relación con la protección del interés superior de las personas menores de edad. De manera sintética expondremos las líneas generales de esta jurisprudencia. Establece el art. 39.4 CE: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Entre estos acuerdos resalta la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y cuyo art. 3.1 declara: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Y, por aplicación del canon interpretativo del art. 10.2 CE, hemos desarrollado una profusa jurisprudencia en relación con el interés superior del menor.

De este modo, venimos afirmando de manera reiterada la obligación de los poderes públicos de proteger el interés superior de las personas menores de edad en cualesquiera actuaciones que deban entenderse con estas o hayan de afectarles de manera directa o indirecta. Deben procurarlo incluso si ello significa atemperar la rigidez de

algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros [SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 C); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5, y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3, entre otras].

Corresponde en cada caso a los jueces y tribunales ordinarios determinar cuál es el interés superior de las personas menores de edad, atendiendo para ello a los criterios generales que establece el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. E incumbe a este tribunal, por su parte, examinar la correcta aplicación de aquellos y la ponderación de intereses realizada en mayor beneficio del menor a fin de comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales [SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2 b); 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 C), y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3].

También nos hemos referido al interés superior de las personas menores de edad en relación con la libertad de creencias. Indicábamos en la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5 que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la libertad de creencias, sin que el ejercicio de este derecho puede abandonarse por completo a lo que decidan quienes tengan atribuida su guarda y custodia o su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute de los derechos fundamentales por parte de la persona menor se modulará en función de su madurez y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad jurídica. De manera que pesa sobre los poderes públicos, y de manera especial sobre los órganos judiciales, el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores se haga en interés de la persona menor y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño. Y así, concluíamos en la citada sentencia que, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, se alza como límite aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

## 5. Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso concreto.

### a) Delimitación de los derechos fundamentales afectados en la relación *inter privatos*.

El derecho a que los hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones se reconoce en el art. 27.3 CE a «los padres», y despliega toda su virtualidad cuando entre los progenitores existe un consenso o coincidencia en relación con la elección del centro escolar, lo que alcanza, entre otros extremos, al carácter religioso o no del mismo de conformidad con las convicciones religiosas y morales de los padres. Pero en una sociedad cada vez más diversa, puede ocurrir, y de hecho sucede, que las convicciones morales y religiosas de los padres no sean coincidentes, bien porque uno se sitúe en el ámbito de la laicidad y el otro participe de unas concretas creencias religiosas, bien porque cada uno de ellos pertenezca a una religión distinta. El derecho fundamental del art. 27.3 CE comprende el derecho a elegir un centro religioso para los hijos cuando se profesa esa religión, y también el derecho a optar por un centro educativo no confesional en lugar de un centro religioso cuando no se profesa religión alguna. No puede olvidarse que la menor hija de la demandante es titular del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa que enuncia el art. 16.1 CE. Mientras que carezca de madurez para ejercer dicha libertad, si los padres no se ponen de acuerdo en la elección de un centro educativo, el respeto al derecho fundamental obliga a protegerla para que pueda en su momento autodeterminarse en materia de creencias religiosas. Aunque el recurso no apela expresamente al derecho de libertad de creencia de la menor, la argumentación que desarrolla gira alrededor de la capacidad de la hija de ejercer la libertad religiosa cuando tuviere madurez y de la necesidad de preservar un ambiente favorable a la autodeterminación.

En este caso, el centro escolar elegido por el padre es un centro concertado religioso con un ideario propio, mientras que el centro escolar elegido por la madre es de carácter público y, por tanto, aconfesional. Existe una incompatibilidad entre ambas opciones educativas que dificulta o imposibilita el reconocimiento simultáneo del derecho reconocido en el art. 27.3 CE a ambos progenitores en toda su dimensión porque sus posturas no son fácilmente conciliables, hasta el punto de llegar a ser incompatibles; y por ello corresponde al órgano judicial, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria instado por unos de los progenitores, ponderar ambos derechos fundamentales con el fin de resolver el conflicto entre ambos.

A tal efecto, el art. 236-11 apartado cuarto del Código civil de Cataluña dispone: «En caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la potestad parental, cualquiera de los progenitores puede recurrir a la autoridad judicial, que debe decidir habiendo escuchado al otro progenitor y a los hijos que hayan cumplido doce años o que, teniendo menos de ellos, tengan suficiente juicio». Y el art. 236-13 apartado primero del mismo cuerpo legal determina: «En caso de desacuerdo ocasional en el ejercicio de la potestad parental, la autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los progenitores, atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos». El procedimiento a seguir en estos casos es el previsto en los arts. 85 y ss. LJV, donde se regula la intervención judicial en relación con la patria potestad.

Particularmente, el art. 86.1 LJV determina la tramitación de este procedimiento en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores.

Cuando, en este contexto, el órgano judicial atribuye a uno de los progenitores la facultad de decidir sobre la elección del centro docente debe realizar un juicio de ponderación de los bienes y derechos dignos de protección constitucional en conflicto.

b) El juicio de ponderación.

En el caso concreto, el juez ha atribuido al padre la facultad de elección del colegio y a la madre la facultad de decidir sobre la matriculación o no de la hija menor en la asignatura de religión. El resultado ha sido que la niña se encuentra matriculada en un colegio religioso, pero no participa en la asignatura de religión, desarrollando en este tiempo una actividad alternativa. Se trata ahora de determinar si una solución en estos términos pondera correctamente los derechos fundamentales en conflicto o si, como entiende la recurrente, se ha vulnerado su derecho fundamental reconocido en el art. 27.3 CE.

Si atendemos a los razonamientos de las resoluciones impugnadas, observamos que los órganos judiciales han tratado de dar una respuesta a la controversia invocando el interés superior de la menor, que es el fin que, como regla general, debe guiar la decisión judicial que afecte a un menor de edad. En este sentido, de manera reiterada hemos reconocido la obligación de los poderes públicos de proteger el interés superior de las personas menores de edad en cualesquiera actuaciones que deban entenderse con estas o hayan de afectarles de manera directa o indirecta, y deben procurarlo incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros [SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2; 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 C); 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5, y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3, entre otras]. En este caso, el interés superior de la menor podría justificar un sacrificio de los derechos fundamentales de uno de los progenitores.

Pero, como también hemos señalado, corresponde en cada caso a los jueces y tribunales ordinarios determinar cuál es el interés superior del menor, atendiendo para ello a los criterios generales que establece el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, e incumbe a este tribunal examinar la correcta aplicación de aquellos y la ponderación de intereses realizada en mayor beneficio del menor a fin de comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales [SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2 b); 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 C), y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3].

En este caso, los órganos judiciales han concretado el interés superior de la menor en una serie de ventajas que aprecian en el centro concertado religioso; en concreto, según señalaba la Audiencia Provincial, cubrir todos los ciclos formativos, la enseñanza de un segundo idioma extranjero tras finalizar primaria, la impartición de varias clases en inglés y actividades como natación, y se valoraba también la cercanía del domicilio paterno y el apoyo familiar que este tiene, la oferta de instalaciones y de actividades extraescolares y un coste económico que se consideraba como moderado.

Pero el centro concertado tenía, además, y esta era la diferencia fundamental que originó el conflicto entre los progenitores, un claro carácter religioso. Así se desprende del folleto informativo del centro escolar concertado –aportado por la madre– según el cual, entre sus valores se incluye la espiritualidad, con una referencia explícita a Dios; se autodenomina como escuela cristiana y afirma que los centros educativos de la congregación «son una obra eclesial de educación cristiana», que su «identidad está basada en el proyecto evangélico de Jesús, como propuesta alternativa y significativa para una sociedad más justa, más humana y liberadora», con referencia al humanismo cristiano, a la educación en los valores evangélicos. Define su proyecto educativo como cristiano e indica que dentro del horario escolar se educa la interioridad, «propiciando momentos de oración, de reflexión y de silencio, especialmente al inicio del día y por medio del oratorio», se ofrecen valores sociales y cívicos a través de la figura de Jesús de Nazaret. Respecto de su identidad cristiana, afirma compartir «con las familias, primeras responsables, esta identidad, los fines y valores que desarrollamos y la tarea cotidiana de educar» y añade que «compartimos también esta identidad y nuestro carisma original con todos los agentes educativos del centro, empezando por los profesores, así como con los colaboradores y todas las personas comprometidas. La participación corresponsable y generosa hace que nuestra misión sea verdaderamente compartida, profética y perenne, y que vivamos nuestra identidad como comunidad educativa fuerte». Desde el punto de vista pedagógico, se afirma potenciar, entre otros aspectos, «el carácter evangélico de nuestras obras», la pedagogía y metodología proponen valores cristianos, se define la misión del centro como «educar honrados ciudadanos y buenos cristianos», idea que se desarrolla con constantes referencias a la religión cristiana.

En definitiva, como consecuencia del ideario propio del centro, el elemento religioso trasciende de la asignatura de religión y se hace presente de manera general en el proyecto educativo, la pedagogía y la metodología del centro, a través de los profesores y esperando una implicación de las familias en este sentido.

Sin perjuicio de la valoración positiva que puedan merecer los aspectos del centro propuesto por el padre, antes mencionados, y que se tuvieron en cuenta en las resoluciones impugnadas, observamos que los órganos judiciales han soslayado en su razonamiento el conflicto de derechos fundamentales que habían planteado los padres en sede judicial; es decir, si ante una discrepancia en las convicciones religiosas y morales de los progenitores, la menor

debía acudir a un centro religioso o a un colegio no confesional, realizando, para ello, la debida ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto.

Partiendo de que ambos centros escolares cumplen con las exigencias establecidas por las autoridades educativas y que la diferencia fundamental residía en el elemento religioso o no confesional de cada colegio, el interés superior de la menor debe determinarse en relación con la enseñanza en un centro no confesional o religioso. Para dar respuesta a esta cuestión, en principio debería haberse atendido a las propias creencias de la menor, porque el respeto a las mismas constituye el respeto a su interés superior y podría justificar el sacrificio de los legítimos intereses de terceros, en este caso, sus progenitores. Como ya hemos tenido ocasión de indicar, el interés superior del menor en relación con el derecho fundamental a la libertad de creencias, del que también es titular el menor de edad, determina que el ejercicio de este derecho no puede abandonarse por completo a la decisión de los padres, sino que debe modularse en función de la madurez del menor. Y los poderes públicos, de manera especial los órganos judiciales, tienen el deber de velar por que el ejercicio de estas potestades por sus padres o tutores se haga en interés del menor y no al servicio de otros intereses (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

No obstante, en este caso, la edad de la menor al iniciarse el procedimiento (cuatro años) impedía, atendido su grado de madurez, entender que sus propias creencias religiosas pudieran actuar como límite al derecho fundamental de los padres y que el interés superior de la menor se hubiera concretado en el respeto a su propia libertad de creencias.

En un contexto de divergencia sustancial e irreconciliable entre los progenitores en cuanto a sus creencias religiosas, del que deriva el desacuerdo en cuanto al tipo de formación escolar que debe proporcionarse a la menor, lo más acorde al interés superior de esta es que la decisión que se adopte procure que esa formación escolar se desarrolle en un entorno de neutralidad, con el fin de que pueda formar sus propias convicciones de manera libre. Como indicó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 19 de mayo de 2022, asunto *T.C., c. Italia*, el interés superior del menor descansa en primer lugar en la necesidad de mantener y promover su desarrollo en un ambiente abierto y pacífico, conciliando en la medida de lo posible los derechos y convicciones de cada progenitor (§44). La decisión judicial, en estos casos, debe participar del deber de neutralidad del Estado como principio derivado del art. 16.3 CE. Al establecer el citado precepto constitucional que ninguna confesión tendrá carácter estatal, se reconoce la aconfesionalidad por parte del Estado, lo que determina una delimitación o separación entre funciones religiosas y estatales (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1; 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5, y 31/2018, de 10 de abril, FJ 3). Esta neutralidad estatal en materia religiosa es, además, presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones en materia religiosa existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 CE; STC 177/1997, de 11 de noviembre, FJ 9). Y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce la obligación del Estado de que en materia de educación, la información o conocimiento se transmita de forma objetiva, crítica y pluralista, estando prohibido el adoctrinamiento, que puede no respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres (STEDH de 29 de junio de 2007, asunto *Folgerø y otros c. Noruega*), teniendo en cuenta también la responsabilidad del Estado de asegurar, de manera neutral e imparcial, el ejercicio de varias religiones, fes o creencias, y que, aunque no se prohíbe a los Estados impartir mediante la enseñanza o la educación información o conocimiento indirectamente religioso o filosófico, debe procurarse que se transmita de manera objetiva, crítica y plural, permitiendo a los alumnos desarrollar una opinión crítica particularmente con relación a la religión en una atmósfera en calma, libre de proselitismo (SSTEDH de 18 de marzo de 2011, asunto *Lautsi y otros c. Italia*, y de 20 de octubre de 2020, asunto *Perovy c. Rusia*).

Frente a la opción de un colegio religioso, cuyo proyecto pedagógico global está explícitamente dirigido a la formación en una concreta fe, el colegio público no confesional resulta más acorde para favorecer el libre desarrollo de las convicciones de la menor desde una posición de neutralidad con respecto a las divergentes posiciones de sus progenitores. De este modo se atiende al interés superior de esta a formar sus propias creencias en materia religiosa a través de una información y un conocimiento transmitidos de manera objetiva, crítica y plural, permitiendo que pueda desarrollar una opinión crítica en el seno de una familia caracterizada por la diversidad en esta materia.

Fuera del entorno escolar, cada uno de los progenitores puede hacer partícipe a su hija de sus propias convicciones morales y religiosas dentro del respeto a los derechos y convicciones del otro progenitor hasta que la menor adquiera la suficiente madurez para tener sus propias convicciones y creencias, que podrían ser diversas a las de sus padres.

En definitiva, las resoluciones judiciales han soslayado el verdadero conflicto de derechos fundamentales de los padres y, ante el desacuerdo entre ellos, no han identificado correctamente el objeto del debate, que no era otro sino el conflicto entre los derechos fundamentales de ambos progenitores reconocido en el art. 27.3 CE, que ha quedado desplazado por una comparación entre las prestaciones ofrecidas por cada centro educativo, ni tampoco ha acertado al identificar el interés superior de la menor, principio de necesaria observancia siempre. En este caso, vista la todavía inmadurez de la afectada para el pleno ejercicio de la libertad religiosa, su interés superior debió identificarse con la obligación de atender a que sus convicciones religiosas pudieran formarse o adquirirse sin predeterminaciones escolares, esto es, en un entorno docente neutral desde una perspectiva religiosa. En su lugar, los órganos judiciales en atención a criterios ajenos al señalado interés superior de la menor se han decantado por atribuir la facultad de elegir centro escolar al progenitor favorable a la educación en un concreto sistema de creencias

religiosas (educación católica). Esta decisión no puede entenderse justificada en el interés superior de la menor a que, en el seno de una familia con convicciones religiosas divergentes, pueda ir desarrollando sus propias convicciones y creencias en un contexto escolar libre de adoctrinamiento.

Los razonamientos anteriores conducen a la estimación del recurso de amparo, al haber sido vulnerado el derecho de la recurrente a que su hija reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

### 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 el recurso de amparo interpuesto por doña N.C.R., y, en consecuencia:

1. Declarar que ha sido vulnerado el derecho de doña N.C.R., a que su hija reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

2. Anular el auto de 23 de julio de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona en procedimiento de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad núm. 355-2019 y el auto de 21 de mayo de 2021, de la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 1-2020.

3. Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona, para que este órgano judicial dicte nueva resolución respetuosa con los derechos fundamentales lesionados.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a catorce de febrero de dos mil veinticuatro. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Inmaculada Montalbán Huertas. Ricardo Enríquez Sancho. María Luisa Balaguer Callejón. Ramón Sáez Valcárcel. Concepción Espejel Jorquera. María Luisa Segoviano Astaburuaga. César Tolosa Tribiño. Juan Carlos Campo Moreno. Laura Díez Bueso. Firmado y rubricado.

*VOTO PARTICULAR que formulan los MAGISTRADOS DON RICARDO ENRÍQUEZ SANCHO, DOÑA CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA Y DON CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, a la sentencia dictada en el recurso de amparo avogado núm. 4958-2021*

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulamos el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo avogado por el Pleno núm. 4958-2021, que ha estimado la demanda. Entendemos por el contrario que el recurso debió desestimarse al no haber conculcado las resoluciones judiciales impugnadas los derechos fundamentales alegados por la recurrente, y ello conforme a las razones que a continuación se expondrán. Con carácter previo es de advertir, respecto de la composición del Pleno que ha conocido de este recurso de amparo, que el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla no pudo intervenir en el acto de votación de la sentencia, aunque sí llegó a exponer su opinión en su deliberación.

1. Las resoluciones judiciales efectúan el necesario juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, del que sin embargo prescinde la sentencia de la que se discrepa:

a) La demanda de amparo solicita que se declaren vulnerados los derechos fundamentales de la recurrente a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), y a que su hija menor de edad (nacida el 10 de abril de 2015) reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones como madre (art. 27.3 CE), dada la discrepancia que mantiene con el padre en este punto. La demanda, conviene ya precisarlo, no la interpone la madre en nombre de los derechos fundamentales de la hija, pues si bien se recuerda en el escrito que conforme ha declarado este tribunal los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa, su ejercicio por estos debe modularse en función de su madurez y, en este caso, se añade, falta esa madurez por tener seis años, de modo que «esta parte no ha apelado a la libertad religiosa de la menor».

Los autos que se recurren concedieron al padre la autorización para escolarizar a su hija menor en un centro educativo religioso concertado, pero condicionando la posibilidad de que recibiera formación religiosa a la conformidad de la madre, quién se negó a ello, por lo que al ejecutarse la decisión judicial la menor fue matriculada en una asignatura alternativa a la de religión. El padre no objetó los términos de la decisión adoptada, aceptando así que su hija no recibiera formación religiosa, si bien defendió sus derechos como progenitor a que aquella permaneciera en el centro concertado debido a su mejor oferta educativa, atendiendo al interés superior de la menor. De haberse opuesto el padre a que su hija no cursase la asignatura de religión, el debate constitucional ante este tribunal se habría formalizado en otros términos (quizá con una demanda de amparo presentada por él), pero no fue así y a ello debemos de estar.

La demandante de amparo lo que sostiene es que no resulta suficiente con que la menor no reciba enseñanza religiosa, sino que en todo caso no debe ser educada en un centro religioso concertado porque ello en sí mismo «puede afectar negativamente a su desarrollo personal» e ir en contra de su interés superior porque «diariamente se reza al inicio de las clases, y los símbolos y el contenido religioso forman parte del paisaje escolar»; debiendo por ello ser escolarizada en un centro público para que no tenga ningún contacto no solo con la enseñanza religiosa sino con el hecho religioso entendido en sentido amplio. La demandante por tanto invoca el art. 16.1 CE en un sentido negativo; y el padre en sentido positivo.

b) Es doctrina constitucional reiterada que el derecho fundamental de todos a la educación (art. 27.1 CE) incluye, entre otras manifestaciones, el derecho de los padres a elegir el centro docente de sus hijos, derecho que entra en conexión a su vez con el ya mencionado derecho fundamental del art. 27.3 CE a que los hijos menores reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones de los progenitores; si bien no son derechos absolutos y pueden estar sometidos a limitaciones siempre que no sean desproporcionadas al sacrificio del derecho [SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7; 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5 b); 10/2014, de 27 de enero, FJ 3, y 74/2018, de 5 de julio, FJ 4 a) –esta última, citada por la sentencia ahora aprobada–].

Cuando ambos progenitores están de acuerdo con el centro educativo en el que escolarizar a sus hijos menores, y a recibir o no formación religiosa de algún tipo en dicho centro, el Estado no interviene en esa decisión salvo casos extremos (como la no escolarización del menor en ciclos donde la misma resulte obligatoria –STC 133/2010–), y por tanto, para entendernos, no interfiere en el la enseñanza religiosa que en su caso los menores estén recibiendo en ese centro. Esa no injerencia es una consecuencia del carácter aconfesional del Estado, proclamado por la Constitución en el art. 16.3 CE «[n]inguna confesión tendrá carácter estatal» y la ley (art. 1.3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa), así como también por la doctrina de este tribunal a la que después haremos referencia (apartado tercero de este voto particular).

Por el contrario, si los progenitores no se ponen de acuerdo sobre el tipo de enseñanza religiosa que deben recibir los hijos menores en el centro educativo o si estos no deben recibir alguna, la decisión corresponde adoptarla a los jueces, determinando cuál de las propuestas discrepantes de los padres ha de prevalecer. Esa doble elección del juez (si el menor ha de recibir o no formación religiosa durante su escolarización; y en qué centro educativo) debe fundarse en una decisión motivada y razonable en su argumentación y fallo, que ha de responder siempre al interés superior del menor, atendidas las circunstancias de cada caso [sobre qué se entiende por dicho interés, ver la STC 2/2024, de 15 de enero, FJ 2 a) y b), que sistematiza la doctrina constitucional dictada; además del fundamento jurídico 4 de la sentencia ahora dictada].

c) La sentencia de la que discrepamos reprocha a los autos de los tribunales civiles el que no hayan llevado a cabo la ponderación necesaria para resolver el conflicto entre los progenitores, en concreto desde la óptica del art. 27.3 CE. Esa afirmación de la sentencia, sin embargo, no se corresponde con lo que puede leerse literalmente de ambas resoluciones judiciales, las cuales sí han llevado a cabo esa ponderación de modo satisfactorio:

(i) En cuanto a la primera elección, la de la formación religiosa de la menor, el auto del juzgado de familia señala como principio que siendo la opción positiva de uno solo de los progenitores, «no puede primar el del otro, considerando que debe atenderse a otras cuestiones de enseñanza». Más adelante, el auto resuelve que la menor no tenga formación religiosa en el colegio: «Ahora bien, para conjugar la posición de educación laica que pretende la madre, se autoriza la inscripción en dicho centro [concertado religioso que propone el padre, que para el juzgado tiene mejor oferta educativa], debiendo inscribir a la menor en la asignatura alternativa a religión, si así lo manifiesta la madre, ya que los valores y ritos religiosos que sí pretende el padre, los puede perfectamente adquirir fuera del horario escolar». Decisión esta que se lleva al fallo.

La ponderación por tanto del art. 27.3 CE está hecha, en el marco correcto de lo previsto en ese precepto constitucional (que habla de «la formación religiosa y moral») y respetando las creencias de cada progenitor (art. 16.1 CE). No se efectúa la ponderación, desde luego, en el marco desbordado de la Constitución que pretendía la madre y que acoge la sentencia de la que discrepamos, de que la hija esté aislada de todo contacto con el hecho religioso en su amplio sentido.

(ii) Respecto de la segunda elección, la del centro educativo, donde lo relevante es el interés superior de la menor, tras advertir el juzgado que cualquier opción implica que el centro elegido estará cerca del domicilio de uno de los progenitores y lejos del otro –atendiendo al régimen de guarda compartida que está fijado–, se centra en la oferta educativa de los dos que se proponen, afirmando que respecto del centro público «se constatan varias deficiencias en el sistema curricular [...], porque se observa[n] deficiencias en el aprendizaje de un segundo idioma, no garantizándose un aprendizaje efectivo de la lengua de inglés ni tampoco del castellano, ya que no se ha ni siquiera explicado de manera detallada, como se va a adquirir tal aprendizaje, sobre todo cuando la madre ha optado en que se enseñe a la menor en lengua catalana». Y en cuanto al centro religioso concertado que propone el padre, el auto desgrana a su vez los factores que considera adecuados para la menor, como el hecho de que quedan cubiertos todos los ciclos formativos, que se garantiza el aprendizaje de un segundo idioma extranjero y una mejor oferta de actividades extraescolares, distribuyendo el coste del colegio en el mismo porcentaje de contribución de los gastos que tienen asignados los progenitores (70 por 100 el padre). El auto de la Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la madre, afirmó que la «motivación

de la resolución recurrida no solo es suficiente y respeta los parámetros mínimos constitucionales y procesales, sino que es completa y agota la argumentación y decisión respecto a la totalidad de los hechos controvertidos fijados», tal y como se encarga de analizar a continuación.

Se trata de una valoración sobre dichas prestaciones escolares que este Tribunal Constitucional no puede cuestionar, porque corresponde a la exclusiva potestad de los jueces el valorar los hechos en que fundan su resolución (art. 117.3), salvo que la decisión judicial incurriera en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, lo que no sucede desde luego.

(iii) La sentencia de la que discrepamos, sin embargo, afirma que «las resoluciones judiciales han soslayado el verdadero conflicto de derechos fundamentales de los padres [...] el art. 27.3 CE, que ha quedado desplazado por una comparación entre las prestaciones ofrecidas por cada centro educativo, ni tampoco ha acertado al identificar el interés superior de la menor». Este aserto no es en absoluto cierto, como acaba de explicarse, pues los órganos judiciales efectuaron la debida ponderación constitucional de los dos aspectos que debían dilucidarse ante la discrepancia de los progenitores. La tesis que exterioriza la sentencia solo puede ser entendida desde una óptica que, ya sin cobertura en el mencionado precepto constitucional, propugna la prohibición no solo de que la menor reciba formación religiosa, sino que tenga cualquier contacto con lo que la sentencia define como «el elemento religioso [que] trasciende de la asignatura de religión y se hace presente de manera general en el proyecto educativo» del centro. Este aserto, que luego desarrolla la sentencia, merece una censura tanto desde el punto de vista de los hechos probados en el procedimiento de instancia, como desde aquel otro del principio de aconfesionalidad del Estado, como de inmediato se dirá.

2. La sentencia valora selectivamente las pruebas, alterando los hechos probados y no probados en la vía judicial:

a) Por tratarse el aquí interpuesto de un recurso de amparo contra resoluciones judiciales por supuesta vulneración directa de derechos fundamentales, nuestro análisis constitucional se encuentra delimitado no solo por los términos de la pretensión deducida por la parte actora y que por tanto no podemos reconstruir de oficio, sino también por el contenido de las resoluciones impugnadas y por los hechos declarados probados en la vía judicial previa, respecto de los cuales y como establece el art. 44.1 b) último inciso de nuestra ley orgánica reguladora, «en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional». Es decir, que no podemos sustituir a los tribunales ordinarios en la tarea de valorar las pruebas y declarar los hechos probados del caso de manera distinta a como estos últimos lo han hecho, ya que el recurso de amparo no es una tercera instancia.

b) Expresamente, el auto de apelación analiza la documental obrante en el expediente y declara como hecho probado que para el curso escolar 2019-2020 del centro religioso concertado, «el hecho de cursar o no la asignatura de religión depende de la elección de los padres o tutores, y en bachillerato incluso de los propios alumnos» (certificado de preinscripción), y que de acuerdo con «un mail de 22 de octubre de 2019 de la directora del centro escolar que precisa a consulta del padre que la hija común E. no cursa la asignatura de religión y realiza otra actividad distinta en compañía de otros menores que asisten al mismo centro». Ello al margen –sigue diciendo la Audiencia– de que el centro disponga de actividades extraescolares de contenido religioso; sin que el auto de apelación añada que se hubiere acreditado la inscripción de la menor en alguna de dichas actividades. Tampoco dice nada al respecto el auto del juzgado, ni la demanda de amparo, por cierto.

Por ser esto así, resulta tajante la afirmación realizada por la fiscal ante este Tribunal Constitucional en su escrito de alegaciones del art. 52 LOTC, en el sentido de que «las alegaciones efectuadas por la madre, en relación al ideario del centro, a la oferta de actividades de contenido religioso y la capacidad de que ello implique un adoctrinamiento de la totalidad de los alumnos, no han sido suficientemente acreditadas, ya que no consta, ni en el recurso de apelación ni en la demanda de amparo, que la menor haya participado en ningún acto de culto, oración, o cualquiera otro que tenga la virtualidad de contrariar su opción de que no reciba formación religiosa en el centro de enseñanza». No podemos por menos que suscribir esta observación, que es la que resulta de los hechos declarados probados –y de los no probados– por quienes tienen que valorar la prueba, que son los órganos judiciales (art. 117.3 CE).

c) La sentencia de la que discrepamos, sin embargo, prescinde de ese juicio probatorio y crea el suyo propio sustituyendo a los órganos judiciales, apreciando como único medio de prueba decisivo para dirimir en qué centro debe ser escolarizado la menor, el contenido de un programa escrito elaborado por el centro concertado en el que se expone su ideario y que aportó la madre en el recurso de apelación; documento al que ninguna relevancia probatoria otorga el auto de la Audiencia Provincial.

Dejando a un lado que ese programa escrito, al que la sentencia de la que discrepamos llama «folleto», no es demostrativo de la realidad de la educación efectivamente recibida por la hija de la recurrente una vez inscrita, porque se trata de una información del centro sobre las actividades que oferta para los diversos niveles educativos, la sentencia selecciona de dicho folleto, que tiene una extensión de veinticuatro páginas, un párrafo concreto del que viene a deducir que la hija de la recurrente realiza actividades religiosas: uno donde se menciona la asignatura de religión (la cual se ha acreditado, sin embargo, que no cursa la menor), que el centro no ofrecía ninguna asignatura alternativa a la de religión según la madre (dato igualmente desvirtuado por el correo electrónico enviado por la directora del centro), y que «se propiciaba la catequesis, los sacramentos, la oración y las clases de religión

de forma activa», sin que se haya mínimamente acreditado que la menor estuviera participando en alguna de esas actividades. Añade la sentencia que en el folleto aparecen fotografías con «niños de corta edad en un contexto explícitamente religioso» (sin explicar la sentencia qué significa tal contexto, ni si los niños son realmente alumnos), «aparte de las constantes referencias del folleto a la espiritualidad cristiana», de nuevo sin especificar qué entiende la sentencia por tal espiritualidad (volveremos sobre esta cuestión en el siguiente apartado de este voto particular).

En definitiva, la sentencia ha sustituido a los tribunales ordinarios en el ejercicio de una competencia que es exclusiva de estos, y en contra de lo previsto en nuestra ley orgánica reguladora [art. 44.1 b) *in fine*] para decir, sobre la base de un «folleto», lo que no está probado realmente. La realidad procesal es que la hija de la recurrente no ha participado en ningún acto religioso que se desarrolle fuera de la clase de religión, ni ha cursado esta, como no lo han hecho tampoco otros menores cuyos padres han optado por no matricularlos en ella (tal como precisa la directora del centro en el correo electrónico al que ya se ha hecho referencia).

3. La sentencia rompe con la doctrina constitucional pacífica sobre el carácter aconfesional del Estado, sentando una nueva doctrina de efectos peligrosos y que no satisface el interés superior de la menor en el caso:

a) En su fundamento jurídico 2 a), la sentencia de la que discrepamos hace una mención a la doctrina sentada por este tribunal acerca del contenido del derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), puesto en relación con el carácter aconfesional del Estado (art. 16.3 CE), entendido este último como cláusula de garantía de aquel derecho fundamental de los ciudadanos. En ese recorrido jurisprudencial, sin embargo, la sentencia omite recordar cuál es el significado que concede dicha doctrina a la calificada por esta última como «laicidad positiva», que es aquella en la que se sustancia el carácter aconfesional del Estado, y que se refiere no solo ya estrictamente al respeto por la impartición de enseñanzas religiosas en centros educativos sino también la no injerencia pública con el «fenómeno religioso» o «componente religioso», entendida tales expresiones en un sentido amplio. Interesa que nos detengamos aquí, porque esta es la faceta que resulta justamente afectada por la sentencia que ahora ha respaldado la mayoría del Pleno.

A este respecto, la STC 46/2001, de 15 de febrero, en su FJ 4, declaró que la dimensión externa de la libertad religiosa (las cursivas son nuestras): «se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 LOLR y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado art. 2 LOLR [...]; el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que “veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales” (STC 177/1996)».

Esta doctrina se reitera entre otras en las SSTC 128/2001, de 4 de junio, FJ 2; 154/2002, de 18 de julio, FJ 6; 101/2004, de 2 de junio, FJ 3; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5; 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3, y 31/2018, de 10 de abril, FJ 10.

Por tanto, la doctrina pacífica y reiterada del Tribunal habla, cualificándola, de una «laicidad positiva» de los poderes públicos como la única permitida por la Constitución, en cuanto asume como protegible el fenómeno o componente religioso en su amplio sentido, al estar asumido por la sociedad española. Consecuentemente, cabe reconocer a *sensu contrario* que nuestra Constitución veda la práctica de una «laicidad negativa» de los mismos poderes públicos, esto es, la promoción de lo agnóstico o ateo como pauta de vida o de adoctrinamiento en este caso de los menores en edad de escolarización.

Ese entendimiento pacífico de nuestra doctrina ha venido a quebrarse lamentablemente y sin una explicación concreta con la sentencia de la que ahora discrepamos, al imponer a los tribunales que han dictado las resoluciones aquí impugnadas una medida de laicidad negativa, como ahora se dirá.

b) En efecto, descartado en el caso que nos ocupa que la hija menor de la recurrente esté recibiendo algún tipo de enseñanza religiosa en el centro donde ha sido inscrita en ejecución del auto del juzgado, pues tal hecho no está probado en el expediente (y sí lo contrario), resulta que la sentencia de la que discrepamos rechaza que aquella pueda ser escolarizada en un centro que tiene un ideario «cristiano». Esta premisa, que es la base sobre la que pivota la estimación de la demanda de amparo [FFJJ 2, 5 a) y b)], merece desde luego una consideración crítica:

(i) Como tiene declarado este tribunal en la STC 31/2018, FJ 4 (citado por la sentencia, pero no en el pasaje que ahora se reproduce), está permitido todo ideario religioso en los centros educativos de esta clase, siempre que el mismo resulte constitucionalmente admisible, es decir: «el carácter no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el centro tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia, y a los derechos y libertades fundamentales en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar cualquier modelo educativo, público o privado».

La sentencia no demuestra mínimamente por qué el ideario cristiano del centro concertado, bien sea el recogido en el «folleto» que toma como base de sus apreciaciones, o bien por evidenciarlo otro elemento de prueba, incumple alguno de los requisitos de nuestra doctrina para ser constitucionalmente válido, que es lo que tendría que argumentar la sentencia y no lo hace, para poder alcanzar de manera razonable la conclusión de que el Estado-Poder Judicial (ya no los padres, pues discrepan en ese punto), deben prohibir en este caso que la menor sea escolarizada en aquel centro.

Sobre el ideario cristiano, de hecho, procede recordar que conforme a lo establecido en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos culturales (Instrumento de ratificación firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979, «Boletín Oficial del Estado» de 15 de diciembre del mismo año), que forma parte por tanto de nuestro ordenamiento jurídico: «En todo caso, la educación que se imparta en los centros docentes públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana» (art. 1); así como también que «las autoridades académicas adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar» (art. 2). Preceptos ambos que responden al principio de laicidad positiva al que hemos hecho ya referencia (art. 16.3 CE), y que nunca han sido objeto de cuestionamiento ante este tribunal.

(ii) Pero además, no puede prescindirse tampoco del hecho de que el centro educativo propuesto por el padre y autorizado por los tribunales es un centro religioso concertado, lo que implica que a cambio de los fondos que recibe de la administración autonómica competente ha de someterse a los controles que esta última ha impuesto al firmar el concierto, y durante toda su vigencia (art. 116 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación –reformado por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre–; Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos; y decreto 56/1993, de 23 de febrero, de la Generalitat de Cataluña, sobre conciertos educativos). Control lógicamente no solo sobre la calidad de sus enseñanzas, sino de la conformidad de su ideario con los valores constitucionales. Cualquiera que sea el ideario con el que el colegio se establece en el momento de su creación, cuando firma un concierto con la administración, ese ideario tiene que modularse para permitir el acceso de todo tipo de alumnos que reúnan las circunstancias objetivas señaladas en el baremo que, obvio es decirlo, no puede establecer ninguna circunstancia, favorable o negativa para la admisión, relativa a la formación religiosa que desean o rechazan los padres para sus hijos.

c) La sentencia de la que discrepamos parte de una contraposición entre escuela pública y religiosa concertada, que no puede ser aceptada. La sentencia sostiene la idea de que la simple existencia de un ambiente religioso significa una presencia tóxica del que hay que preservar a toda costa a la hija menor de la recurrente. Ya no se trata de que no reciba enseñanza religiosa alguna (decisión judicial ya adoptada), sino que no vea signos religiosos (cruces cristianas, etc.) dentro de las instalaciones, que desconozca lo que es una monja o un sacerdote y desde luego que no tenga cualquier conversación con ellos aunque se refiera a clases o tutorías de las asignaturas no religiosas. O en fin, que interactúe con otros menores que sí van a la clase de religión, rezan o sencillamente participan de las creencias de sus padres, porque todo lo que sea tener cualquier acercamiento al fenómeno religioso debe ser impedido por el juez, por el Estado.

Lo que hace la sentencia, de este modo, es mutar el objeto del debate constitucional planteado (recordemos: no si debía recibir enseñanza religiosa, aclarado en sentido negativo por los tribunales, si no en qué centro educativo formarse), por otro distinto: el del necesario aislamiento del menor de todo signo religioso. Pero eso no es lo que garantiza el art. 27.3 CE. Lo importante, en interés superior del menor, es conciliar las opciones educativas de cada progenitor e intentar establecer un equilibrio satisfactorio entre las concepciones individuales de cada uno, y esto es lo que consiguieron las resoluciones judiciales objeto de este recurso.

d) Para llegar al resultado estimatorio del recurso, el fundamento jurídico 5 a) de la sentencia de la que se discrepa reconstruye incluso de oficio la demanda de la recurrente (como se reconoce al decir que «[a]unque el recurso no apela expresamente al derecho de libertad de creencia de la menor» –en realidad, ya vimos que dicho escrito expresamente desiste de ello–), para hacer girar el juicio de ponderación en torno a lo que la sentencia denomina el derecho de la menor «a autodeterminarse en materia de creencias religiosas» siempre que «carezca de madurez para ejercer» su libertad religiosa (la sentencia se limita a apuntar que tenía cuatro años al iniciarse el procedimiento, como si desde entonces el tiempo no hubiera transcurrido) y «los padres no se ponen de acuerdo en la elección de un centro educativo». Se proclama entonces [FJ 5 b)] que el interés superior de la menor «es que la decisión que se adopte procure que esa formación escolar se desarrolle en un entorno de neutralidad, con el fin de que pueda formar sus propias convicciones de manera libre»; pero tal neutralidad consiste irreductiblemente en que el juez imponga su escolarización en un «colegio público no confesional», sin importar la diferencia de calidad de la enseñanza ofrecida entre el centro concertado y en el público; y al margen de que como igualmente reconoce la sentencia, «cada uno de los progenitores puede hacer partícipe a su hija de sus propias convicciones morales y religiosas» durante el tiempo en que se halle fuera del colegio.

Ciertamente, ya la doctrina de este tribunal había reconocido a los menores de edad la titularidad del derecho fundamental a la libertad religiosa y a que su ejercicio por estos se modulará en función de su madurez, «y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar» [SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; también 154/2002, de 18 de julio, FJ 9 a)]. Pero nunca había anudado a esa titularidad un pretendido derecho del

menor a autodeterminarse cuando ya tenga madurez, no ya sobre si quiere recibir enseñanza religiosa, sino sobre el centro educativo en el que ha de ser escolarizado, ni menos todavía conferir al Estado-Poder Judicial el deber de acordar, en caso de discrepancia al respecto de los padres, el aislamiento del menor de todo fenómeno religioso mediante su inscripción en un colegio público, al margen de la concreta oferta educativa de este, y motivado precisamente por las creencias religiosas de uno de los progenitores, con lo que de paso se estigmatiza a este.

Se trata de una afirmación de enorme gravedad. Con esta interpretación peculiar del art. 16.3 CE, el derecho de los padres del art. 27.3 CE queda materialmente abolido, en cuanto se constate que los progenitores divergen en el tipo de educación religiosa o moral a recibir. Con automatismo, se obliga al Estado-Poder Judicial a imponer la escolarización de todo menor en un centro público, alejado de toda manifestación del fenómeno religioso (no simplemente de recibir una formación religiosa).

Es evidente que a falta de acuerdo entre los padres, la solución que cabría constitucionalmente esperar de la autoridad judicial, conforme al principio de laicidad positiva reconocida pacíficamente por nuestra doctrina hasta ahora, es que no se permita el adoctrinamiento de los hijos en cualquier sentido, tanto el adoctrinamiento religioso como el agnóstico o ateo, durante su estancia en el centro educativo. Fuera de él, como precisan los autos impugnados, cada progenitor tiene la libertad de transmitir a su hijo menor las creencias de cada uno. La existencia de posiciones encontradas entre los padres se resuelve correctamente, como han hecho las resoluciones judiciales aquí impugnadas, asegurando que la hija de la recurrente no cursara la asignatura de religión ni ninguna otra actividad religiosa en el colegio concertado, más no privarle de la mejor oferta educativa de la que este dispone.

Así es como de verdad se protege el derecho de la menor a que cuando ella lo considere oportuno, y a la edad que así suceda, pueda elegir con absoluta libertad el profesar o no creencias religiosas. No ordenando a los jueces que fomenten el rechazo y el aislamiento de los menores de edad a toda expresión del hecho religioso, con total automatismo, como ha hecho la sentencia, en ejercicio de una laicidad negativa no reconocida constitucionalmente por el art. 16.3 CE.

Es contrario a la realidad pensar que un niño ajeno al hecho religioso desde que nace pueda cambiar de opinión con cuatro charlas que le dé el padre cuando tenga determinada edad, no se sabe cuándo será ese día.

La divergencia entre los padres debe ser percibida por el menor desde el comienzo de su educación. La existencia de posiciones encontradas entre los padres se resuelve, como han hecho las resoluciones judiciales, permitiendo que cada padre manifieste con claridad sus opiniones. Así es como de verdad se protege el derecho de la menor a que cuando ella lo considere oportuno, y a la edad que así lo considere, pueda elegir con absoluta libertad.

e) Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que cita el fundamento jurídico 3 de la sentencia de la que discrepamos, asientan una doctrina que sin embargo resulta contraria a la solución a la que llega esta última. Lo que se extrae de las resoluciones del Tribunal Europeo, con base en lo establecido en el art. 2 del Protocolo adicional al convenio europeo de derechos humanos «[e]l estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas», equivalente a nuestro art. 27.3 CE, y del art. 9 del propio Convenio (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), es la prohibición dirigida al Estado para que no lleve a cabo ninguna labor de adoctrinamiento que no respete las convicciones religiosas y filosóficas de los progenitores.

Y no cabe hablar de adoctrinamiento por permitir el Estado manifestaciones del fenómeno religioso en un centro educativo, como pueden ser: (i) la presencia de crucifijos en las aulas de un colegio público, cuando es un símbolo que se corresponde con la religión mayoritaria en ese país (STEDH, Gran Sala, de 18 de marzo de 2011, asunto *Lautsi y otros c. Italia*, § 71), siendo además el crucifijo colgado en la pared «un símbolo esencialmente pasivo, y este aspecto es relevante a juicio del Tribunal, en atención especialmente al principio de neutralidad» (*ibid.*, § 72; también § 74 y 77); y (ii) tampoco que un menor presencie un rito religioso, sin obligarle a participar en él, y dicho evento no forme parte de las enseñanzas del centro (STEDH de 20 de octubre de 2020, asunto *Perovy c. Rusia*, párrafos 57, 76 y 77). Como establece la STEDH de 19 de mayo de 2022, asunto *T.C. c. Italia*, en un caso de disparidad de creencias religiosas entre los dos progenitores y en el que las autoridades optaron por que prevaleciera la religión –católica– de uno de ellos, por ser aquella en la que estaba educado el menor, tal decisión no vulnera el derecho a la no discriminación entre progenitores ex art. 14 CEDH, pues el interés superior del menor supone conciliar las opciones educativas de cada uno de los padres, intentando lograr un «equilibrio satisfactorio» entre dichos intereses (§ 42 y 52).

Justo lo que no ha hecho la sentencia de la que discrepamos. La escolarización en un centro público no se debe a su mejor oferta educativa, o a la falta de recursos económicos de los progenitores, sino que se impone al juez que satisfaga la creencia agnóstica o atea de uno de los padres. No hay equilibrio alguno entre ellos.

f) Finalmente, además de las graves consecuencias que acarrea en cuanto a la fijación de la doctrina que respalda la sentencia de la que se discrepa, hay que añadir que ni siquiera la solución adoptada es coherente con los propios postulados que la sustentan, ni desde luego satisfacen el interés superior de la menor en este caso. Los efectos de la estimación del recurso que concreta el fallo, no es solo la indebida nulidad de los autos impugnados (insistimos: el recurso de amparo debió ser desestimado), sino la retroacción de las actuaciones «al momento

inmediatamente anterior a dictarse el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona, para que dicho órgano judicial dicte nueva resolución respetuosa con los derechos fundamentales lesionados», es decir, en el colegio público elegido por la madre. La sentencia no ordena repetir el procedimiento y en concreto la vista oral, sino que directamente el juzgado ha de dictar nuevo auto de fondo sobre el conflicto planteado.

El automatismo es tal que, yendo contra su propia fundamentación fundada en el derecho de autodeterminación de la menor, el fallo permitiría que esta no fuera oída en el procedimiento pese a que a la fecha de dictarse esta sentencia la hija de la recurrente cuenta ya con casi ocho años y diez meses de edad (habiendo transcurridos más de cuatro años desde que se celebró la comparecencia de los padres ante en el juzgado de familia de Barcelona). Edad suficiente para que sea oída por el juez «si tuviere suficiente madurez», tal y como exige el art. 85.1 de la Ley de jurisdicción voluntaria (y en todo caso si fuere mayor de doce años), precepto aplicado al procedimiento, así como en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Esto es, por cierto, lo que también tiene dicho este Tribunal Constitucional por ejemplo en su reciente STC 5/2023, de 20 de febrero, en cuyos fundamentos jurídicos 3 y 4, con cita de otras resoluciones anteriores, califica dicho trámite como preceptivo y otorga el amparo por haberse prescindido injustificadamente de él, recordando por ello el fundamento jurídico 4 que el efecto natural inherente a esa estimación supone retrotraer las actuaciones para que el menor sea oído (si bien en ese caso no se acuerda así, porque el asunto objeto de controversia entre los progenitores –si el hijo debía o no ser bautizado– ya se había producido).

De esta manera, en el caso que ahora nos ocupa y donde el conflicto entre los progenitores sigue vigente (se trata de la escolarización de la hija común, en sus distintos niveles) se impediría al juzgado pueda valorar algo que resulta capital en las medidas referentes a menores, y es la importancia que tiene el paso del tiempo en el desarrollo de estos.

Y en tal sentido emitimos nuestro voto particular.

Madrid, a catorce de febrero de dos mil veinticuatro. Ricardo Enríquez Sancho. Concepción Espejel Jorquera. César Tolosa Tribiño. Firmado y rubricado.

*VOTO PARTICULAR concurrente que formula el MAGISTRADO DON JUAN CARLOS CAMPO MORENO a la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado al Pleno núm. 4958-2021*

Con el máximo respeto a mis compañeros, me veo obligado a expresar mediante el presente voto concurrente mi disconformidad con el texto aprobado por la mayoría del Pleno. Mi discrepancia no se refiere al fallo estimatorio, que comparto, sino a la argumentación en que dicho fallo se apoya.

He de aclarar, en primer lugar, que estoy de acuerdo con la línea de argumentación de la sentencia aprobada en uno de sus puntos cruciales, relativo al modo en que, en un caso como el ahora enjuiciado, se ha de determinar el interés superior del hijo o hija menor de edad. Entiendo, en efecto, que el juez civil debe proteger la capacidad potencial del niño o niña de autodeterminarse en relación con el hecho religioso una vez que alcance la madurez suficiente. Como la mayoría de mis compañeros, asumo que el modo más idóneo para lograr ese objetivo, hasta tanto llega ese momento y vista la discrepancia existente entre los padres, consiste en la selección de un centro de enseñanza que resulte suficientemente neutral en el ámbito de las creencias religiosas. Comparto, igualmente, que esa condición o atributo de «neutralidad» solo estaba presente, en el caso concretamente enjuiciado, en el centro de enseñanza (no confesional) elegido por doña N.C.R. (madre de la menor y demandante de amparo), no tanto porque en el colegio elegido por el padre contemplase, dentro de la ruta curricular, la enseñanza de la asignatura de religión, sino porque dicho centro estaba caracterizado por un proyecto educativo profundamente imbuido de convicciones religiosas, que impregnaban, en definitiva, todo el desarrollo de la vida escolar.

Ahora bien, aunque, como he dicho, comparto la esencia del razonamiento relativo a la satisfacción del interés superior del menor, discrepo de la construcción iusfundamental que ha llevado a mis compañeros a considerar que estamos, en el presente caso, ante un conflicto entre derechos fundamentales propios de los padres de la menor afectada.

Resumidamente, la argumentación de la sentencia se basa, en ese concreto punto, en los razonamientos siguientes: (i) Cuando los progenitores pretenden escolarizar al hijo o hija común en colegios de ideario distinto, siguiendo sus respectivas convicciones ideológicas o religiosas, se produce un conflicto en el ejercicio del derecho fundamental que a ambos progenitores corresponde, conforme al art. 27.3 CE, para elegir una enseñanza acorde con las propias convicciones morales; (ii) el juez civil debe resolver dicho conflicto mediante una ponderación que satisfaga el interés superior del hijo o hija menor de edad (interés que se concreta del modo que ya ha sido expuesto); (iii) si el juez civil yerra al realizar esa ponderación y da primacía, de un modo no acorde al interés superior del hijo o hija menor, al derecho fundamental de uno de los dos progenitores vulnera necesariamente el paralelo derecho fundamental del otro (cuya pretensión se ha visto rechazada).

Según expresé en la deliberación del Pleno, esta construcción no me parece convincente por las siguientes razones:

(i) La idea misma de que nos encontramos ante un conflicto de derechos fundamentales de titularidad de los progenitores me parece muy discutible. Para vislumbrar la debilidad de semejante planteamiento teórico basta, en realidad, con alejarse, haciendo un pequeño ejercicio de abstracción, del caso concretamente enjuiciado y preguntarse lo siguiente ¿a qué derecho fundamental de los padres habría debido dar primacía el juez civil si el interés del menor no hubiese coincidido con ninguna de las pretensiones ejercitadas por estos? Piénsese en el siguiente supuesto: dos progenitores profesan convicciones religiosas diferentes y pretenden la escolarización del hijo o hija común en dos colegios con fuerte, pero divergente, ideario religioso. Probablemente, la protección de la capacidad potencial de autodeterminación religiosa (de la capacidad decisoria futura) del hijo o hija (como elemento determinante de su interés superior) debería llevar al juez civil, en ese caso, a ordenar la escolarización en un centro distinto al elegido por cada uno de los progenitores, que guardase unas mínimas condiciones de neutralidad frente a las divergentes pretensiones proselitistas de los padres. Tal decisión no coincidiría, en el supuesto aludido, con ninguna de las pretensiones ejercitadas por los progenitores litigantes. No podría darse, pues, primacía al supuesto derecho fundamental de uno de ellos en su relación horizontal con el otro. Se habría de adoptar una decisión que, simplemente, protegiese el interés superior del menor.

La tesis sostenida por la mayoría pasa por alto, en definitiva, que hay casos en los que el juez civil puede verse excepcionalmente obligado a resolver este tipo de conflicto de un modo que no resulte acorde a una de las pretensiones ejercitadas por los padres, si ambas resultan perjudiciales para el interés superior del menor. No está de más recordar que, de acuerdo con la doctrina de este tribunal, hay situaciones en que los menores deben ser protegidos incluso frente a pretensiones proselitistas de sus propios padres (STC 141/2000, de 29 de mayo). Esto se corresponde mal con la idea de un conflicto entre derechos propios de los progenitores, en el que el derecho de uno deba ceder ante el derecho del otro.

(ii) Tampoco me parece convincente que el pretendido conflicto horizontal entre los derechos fundamentales de los padres tenga su concreto anclaje jurídico en el art. 27.3 CE. A mi modo de ver, en la doctrina del Tribunal Constitucional y en la propia formulación contenida en la letra de la Constitución «[l]os poderes públicos garantizan 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» el art. 27.3 CE ha de entenderse como una garantía que protege a los padres frente a la injerencia indebida del poder público. Se protege a los padres frente a un adoctrinamiento ideológico estatal contrario a las propias convicciones. Conforme a esa naturaleza de garantía constitucional frente al proselitismo del Estado, a la que incluso se ha referido a veces el Tribunal como «garantía institucional» [STC 5/2023, de 20 de febrero, FJ 2 c)], entiendo que la pretendida eficacia o efecto horizontal del art. 27.3 CE en el ámbito de las relaciones entabladas entre los propios progenitores carece de sustento jurídico suficiente. Es más, considero que tal planteamiento conduce a una cierta cosificación de los hijos e hijas menores, como si estos no fueran titulares plenos de los derechos fundamentales (incluida la libertad religiosa) y fueran, más bien, el mero objeto sobre el que los padres proyectan sus propias convicciones morales.

(iii) Lo dicho no significa que no puedan existir supuestos de conflicto parental sobre la educación religiosa del hijo o hija común con incidencia en los derechos fundamentales de los propios padres. Ahora bien, parece razonable entender que esa afectación de los derechos fundamentales de los padres solo se produce cuando hay una merma o menoscabo de la posición jurídica que es privativa de estos, es decir, cuando se afecta a sus propias facultades de autodeterminación personal.

Así resulta, en mi opinión, de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Conforme a esta, si se prohíbe a uno de los progenitores manifestar, sin justificación suficiente, sus propias convicciones religiosas en presencia del menor, puede existir una indebida restricción del derecho a la libertad religiosa del progenitor afectado. Asimismo, si se restringe la comunicación de uno de los padres con el hijo o hija menor por razón de las creencias religiosas que dicho progenitor profesa (por ejemplo, si se le niega la custodia compartida o se reducen las visitas), también puede existir una restricción indebida del derecho a la vida familiar, tal y como viene configurado en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos. Ahora bien, si como ocurre en el caso presente, la decisión sobre la educación religiosa concierne exclusivamente a la esfera del menor (a su escolarización en un determinado centro y al influjo que esta decisión puede tener en la formación de sus convicciones personales), no hay afectación de la libertad religiosa del padre o la madre (STEDH de 19 de mayo de 2022, asunto *T.C., c. Italia*, § 46).

En definitiva, parece razonable entender que solo se vulneran derechos propios de los progenitores, en su relación horizontal, si es la esfera propia de estos la que se ve restringida: bien porque se le impide manifestar sus convicciones religiosas, bien porque se restringen las comunicaciones que puede tener con su hijo o hija menor de edad, con menoscabo, en este segundo caso, del libre desarrollo de su vida familiar.

Por las razones expuestas, considero, en definitiva, que en el supuesto que ha sido objeto de nuestro enjuiciamiento no estaba en juego ningún derecho fundamental de titularidad de los padres. Antes bien, la única titularidad iusfundamental que se veía realmente concernida, en un contexto de conflicto en el ejercicio de las funciones tuitivas parentales, era la propia libertad religiosa de la hija menor. En mi opinión, el Tribunal debió entender, como ha hecho recientemente con motivo de los recursos de amparo relativos a las vacunaciones de menores de edad, que doña N.C.R., no actuaba en el presente supuesto en defensa de un derecho fundamental propio (pues considero que el art. 27.3 CE no opera en las relaciones horizontales entre los padres) sino en defensa

de la libertad religiosa de su hija, que la menor no podía ejercer por sí misma por razón de su corta edad. La libertad religiosa de la menor solo podía salvaguardarse, en el concreto contexto de conflicto entre los padres, con la escolarización en un centro educativo que guardase una mínima neutralidad en relación con el hecho religioso, requisito que, como ya se ha explicado, no cumplía el colegio propuesto por el padre.

Madrid, a veintidós de febrero de dos mil veinticuatro. Juan Carlos Campo Moreno. Firmado y rubricado.