

Derecho Privado y Constitución



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO REGISTRADORES DE ESPAÑA

LUCÍA MOLINA MARTÍNEZ

Propiedad privada y derecho a la vivienda: la función social de la propiedad como respuesta a la crisis habitacional en España

MARI CARMEN PLANA ARNALDOS

Filiación derivada de la gestación por sustitución

RAFAEL ARNAIZ RAMOS

El establecimiento de derechos de tanteo y retracto como instrumento de intervención pública en el mercado de viviendas. Su alcance sobre la protección constitucional del derecho de propiedad y consecuencias notariales y registrales (STC 8/2023, de 22 de febrero)

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

Personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y derechos conexos, desde el ecocentrismo de la Ley 19/2022 y la STC 142/2024

LETICIA ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA

Dimensión del derecho de libertad religiosa, de asociación, de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2024, de 4 de noviembre de 2024

47

Madrid
julio/diciembre
2025

La Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología ha otorgado a la revista *Derecho Privado y Constitución* el certificado de «Revista Excelente» hasta el 24 de julio de 2025.

The Spanish Foundation for Science and Technology has awarded the journal *Derecho Privado y Constitución* its certificate of “Excellence” until July 24, 2025.

Consejo de Redacción

Director:

Manuel Jesús Marín López
Universidad de Castilla-La Mancha

Secretaría:

Henar Álvarez Álvarez
Universidad de Valladolid

Vocales:

Francisco de Paula Blasco Gascó
Universidad de Valencia

Ana Fernández-Tresguerres
Consejo General del Notariado

María del Carmen García Garnica
Universidad de Granada

Isabel González Pacanowska
Universidad de Murcia

José Javier Hualde Sánchez
Universidad del País Vasco

María Elena Lauroba Lacasa
Universidad de Barcelona

Juan José Marín López
Universidad de Castilla-La Mancha

Juan Antonio Moreno Martínez
Universidad de Alicante

Rocio Perteguer Prieto
Colegio de Registradores

Ángel Rebolledo Varela
Universidad de Santiago de Compostela

Consejo Asesor

Manuel Aragón Reyes
Universidad Autónoma de Madrid

Markus Artz
Universidad de Bielefeld

Ángel Bonet Navarro
Universidad de Zaragoza

José Manuel Busto Lago
Universidad de A Coruña

Ángel Carrasco Perera
Universidad de Castilla-La Mancha

María Emilia Casas Baamonde
Universidad Complutense, Madrid

Mario E. Clemente Meoro
Universidad de Valencia

José Antonio Cobacho Gómez
Universidad de Murcia

Encarna Cordero Lobato
Universidad de Castilla-La Mancha

Jesús Delgado Echeverría
Universidad de Zaragoza

Silvia Díaz Alabart
Universidad Complutense, Madrid

Guilherme Freire Falcão de Oliveira
Universidad de Coimbra

Eduardo Galán Corona
Universidad de Salamanca

Liborio Hierro Sánchez-Pescador
Universidad Autónoma de Madrid

Jean-Jacques Lemouland
Universidad de Pau et des Pays de l'Adour

Ángel López López
Universidad de Sevilla

Lorenzo Mezzasoma
Universidad degli Studi di Perugia

Noemí Lidia Nicolau
Universidad de Rosario

María Ángeles Parra Lucán
Tribunal Supremo

Miguel Pasquau Liaño
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

António Pinto Monteiro
Universidad de Coimbra

Encarna Roca Trías
Tribunal Constitucional

Álvaro Rodríguez Bereijo
Universidad Autónoma de Madrid

Jean Christophe Saint-Pau
Universidad de Burdeos

Juan José Solozabal Echavarria
Universidad Autónoma de Madrid

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

Derecho Privado y Constitución

47

AÑO 33

julio/diciembre

2025

ISSN-L 1133-8768

CEPC | CENTRO DE
ESTUDIOS POLÍTICOS
Y CONSTITUCIONALES



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Registradores
DE ESPAÑA



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Los contenidos de DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN están
disponibles en acceso abierto en las direcciones:

Revistas electrónicas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
<https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion>

Catálogo General de Publicaciones Oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Dialnet
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=409>

SUSCRIPCIONES

Para suscribirse y adquirir números sueltos debe dirigirse a:

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid (España)
Tel. (34) 91 4228 972/91 4228 973
email: suscripciones@cepc.es
<https://www.cepc.gob.es/tienda>

PRECIOS AÑO 2025 (SIN IVA)

- Suscripción en papel: 30 €
- Número suelto en papel: 18 €
- Acceso electrónico gratuito

ISSN-L: 1133-8768
Depósito legal: M. 1206-1994

Doi: 10.18042/cepc/dpc

NIPO: 145-24-042-X (PAPEL)
NIPO: 145-24-040-9 (HTML)
NIPO: 145-24-041-4 (PDF)

Fotocomposición: Composiciones RALI, S.A.



PAPEL RECICLADO
LIBRE DE CLORO

SUMARIO

Año 33. Núm. 47, julio/diciembre 2025

ESTUDIOS

LUCÍA MOLINA MARTÍNEZ

Propiedad privada y derecho a la vivienda: la función social de la propiedad como respuesta a la crisis habitacional en España . . . 15-62

MARI CARMEN PLANA ARNALDOS

Filiación derivada de la gestación por sustitución. 63-99

RAFAEL ARNAIZ RAMOS

El establecimiento de derechos de tanteo y retracto como instrumento de intervención pública en el mercado de viviendas. Su alcance sobre la protección constitucional del derecho de propiedad y consecuencias notariales y registrales (STC 8/2023, de 22 de febrero) 101-132

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

Personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y derechos conexos, desde el ecocentrismo de la Ley 19/2022 y la STC 142/2024 133-166

LETICIA ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA

Dimensión del derecho de libertad religiosa, de asociación, de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2024, de 4 de noviembre de 2024 167-195

TABLE OF CONTENTS

Year 33. Issue 47, July/December 2025

STUDIES

LUCÍA MOLINA MARTÍNEZ

Private property and the right to housing: the social function of the property as a response to the housing crisis in Spain 15-62

MARI CARMEN PLANA ARNALDOS

Legal parentage and surrogacy arrangements 63-99

RAFAEL ARNAIZ RAMOS

The regulation of pre-emptive real estate rights as a tool for public intervention in homes real estate market; its effects on constitutional protection of property rights and its consequences on public notary and land registry functions (Constitutional Court Judgement 8/2023, of February 22th). 101-132

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

Legal personality of the Mar Maenor lagoon and related rights, from the ecocentrismo of Law 19/2022 and STC 142/2024 . . . 133-166

LETICIA ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA

Dimension of the right to religious freedom, association, equality and non-discrimination on the basis of sex, regarding the Judgment of the Constitutional Court 132/2024, of November 4th, 2024 . . 167-195

CARTA DEL DIRECTOR

La revista *Derecho Privado y Constitución* nació en 1993 como una iniciativa del profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. De todos era conocida la enorme influencia que la Constitución, primera norma del ordenamiento jurídico, tenía (y sigue teniendo) en el derecho privado. A pesar de ello, no existía hasta esa fecha un foro institucional, específico y permanente para el análisis de las relaciones entre la Constitución y el derecho privado. La Revista surgió para cubrir esa laguna, con la finalidad de convertirse en el lugar adecuado para el estudio del derecho privado desde la Constitución y de la Constitución desde el derecho privado.

Después de treinta y dos años, la Revista se ha convertido en un referente absoluto en la materia. Ello se debe esencialmente a la labor realizada por quien ha sido su director desde el inicio. El profesor Bercovitz siempre tuvo claro que la utilidad de la Revista dependía de la calidad de los estudios publicados. Para conseguir ese objetivo era imprescindible que la Revista recogiera trabajos de insignes juristas, que analizaran con rigor las cuestiones más relevantes relacionadas con el derecho privado y la Constitución. Basta consultar los primeros números de la Revista para comprobar que así se hizo desde el principio.

Desde 2010 vengo ejerciendo de secretario de la Revista. Puedo dar fe del buen trabajo de Rodrigo Bercovitz y de la magnífica gestión de la Revista. Particularmente fructíferas han sido las reuniones del Consejo de Redacción, que él dirigía con una prodigiosa combinación de cariño, amabilidad y autoridad. Recuerdo con agrado las comidas que compartíamos después de cada reunión, invitados por Rodrigo, en las que mostraba su lado más humano, y en las que inevitablemente acabábamos hablando de cómo seguir mejorando la calidad de la Revista.

Rodrigo Bercovitz ha tomado la decisión de dejar la dirección de la Revista. Quienes formamos parte del Consejo de Redacción recibimos la noticia con profunda tristeza. Estoy seguro de que hablo en nombre de todos al expresar nuestro sincero agradecimiento al profesor Bercovitz por su generosidad, por el tiempo y el esfuerzo dedicados a conseguir que la Revista haya alcanzado el prestigio del que ahora disfruta, por su ejemplar liderazgo intelectual y por haber sabido generar, dentro del Consejo, un ambiente de colaboración y compromiso que ha sido clave para el buen funcionamiento de la Revista.

En octubre de 2025 he sido nombrado nuevo director de *Derecho Privado y Constitución*, a propuesta del profesor Bercovitz, cuya confianza agradezco profundamente. Es un honor sucederle en esta labor, consciente de la alta exigencia que conlleva. Confío en estar a la altura del reto.

ESTUDIOS

PROPIEDAD PRIVADA Y DERECHO A LA VIVIENDA: LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD COMO RESPUESTA A LA CRISIS HABITACIONAL EN ESPAÑA

Private property and the right to housing:
the social function of the property as a response
to the housing crisis in Spain

LUCÍA MOLINA MARTÍNEZ
Universidad de Alicante
lucia.molina@ua.es

Cómo citar/Citation

Molina Martínez, L. (2025).

Propiedad privada y derecho a la vivienda: la función social de la propiedad
como respuesta a la crisis habitacional en España.

Derecho Privado y Constitución, 47, 15-62.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.47.01>

(Recepción: 11/9/2025; aceptación tras revisión: 7/10/2025; publicación: 18/12/2025)

Resumen

La presente investigación analiza el acceso a la vivienda en España a la luz de la actual crisis habitacional, marcada por un modelo residencial frágil y una dependencia estructural del mercado privado. En este contexto, se examina el art. 47 CE, destacando su configuración como principio rector y las limitaciones que ello comporta, al tiempo que se confronta con los estándares internacionales y europeos que reclaman una tutela más efectiva de la vivienda. El estudio se detiene también en la Ley 12/2023, primera norma estatal en la materia, que opta por una regulación de la dimensión objetiva del derecho a la vivienda y proyecta su garantía sobre la dinámica del mercado privado. Finalmente, se aborda el recurso a la función social de la propiedad como herramienta de intervención, señalando las tensiones constitucionales que plantea respecto de la preservación del contenido esencial del derecho de propiedad, así como la necesidad de atender al juicio de proporcionalidad para valorar la constitucionalidad de las restricciones impuestas a los propietarios.

Palabras clave

Derecho a la vivienda; derecho de propiedad; crisis habitacional; Ley 12/2023; función social de la propiedad.

Abstract

This research analyses access to housing in Spain in light of the current housing crisis, marked by a fragile residential model and structural dependence on the private market. In this context, Article 47 of the Spanish Constitution is examined, highlighting its configuration as a guiding principle and the limitations that this entails, while also comparing it with international and European standards that call for more effective protection of housing. The study also focuses on Law 12/2023, the first state regulation on the subject, which opts for a regulation of the objective dimension of the right to housing and projects its guarantee onto the dynamics of the private market. Finally, it addresses the use of the social function of property as a tool for intervention, pointing out the constitutional tensions it raises with regard to the preservation of the essential content of the right to property, as well as the need to consider the proportionality test in order to assess the constitutionality of the restrictions imposed on property owners.

Keywords

Right to housing; property rights; housing crisis; Law 12/2023; social function of property.

SUMARIO

I. EL ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA: CRISIS HABITACIONAL Y GESTIÓN DEL PARQUE RESIDENCIAL POR LOS PODERES PÚBLICOS. II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA: CONTENIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 47 CE: 1. Parámetros internacionales y europeos sobre la tutela del derecho a la vivienda. 2. Naturaleza y configuración del derecho a la vivienda digna y adecuada en la Constitución española: obligaciones de los poderes públicos y exigibilidad judicial de la garantía de acceso habitacional. III. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA: AUSENCIA DE GARANTÍA DE ACCESO HABITACIONAL Y PROYECCIÓN EN EL MERCADO PRIVADO DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA. IV. LA CRISIS HABITACIONAL Y EL RECURSO A LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA DE LA VIVIENDA: 1. Evolución del derecho de propiedad: de la visión liberal a la concepción estatutaria. 2. Contenido esencial del derecho de propiedad y proporcionalidad en la garantía del derecho a la vivienda. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. EL ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA: CRISIS HABITACIONAL Y GESTIÓN DEL PARQUE RESIDENCIAL POR LOS PODERES PÚBLICOS

España enfrenta una crisis habitacional de carácter estructural que, por su magnitud y persistencia, se ha consolidado como uno de los principales retos sociales, económicos y legislativos del país¹. Las dificultades para acceder a una vivienda digna y asequible afectan de manera creciente a amplias capas de la población, alimentadas por un mercado inmobiliario tensionado y por la implementación de medidas legislativas que han tenido un impacto modesto o, incluso, contraproducente en favorecer el acceso a la vivienda de los colectivos más necesitados de protección². Los indicadores del sector evidencian un

¹ El Defensor del Pueblo viene señalando desde hace años la relevancia del problema en sus informes anuales. En el más reciente (2024: 95) advierte que la crisis habitacional continúa profundizando las desigualdades entre la ciudadanía y afectando a su bienestar, e insta a los poderes públicos a adoptar con determinación las medidas normativas necesarias para su corrección.

² García Teruel y Nasarre Aznar (2022: 185-208) han analizado exhaustivamente las medidas legislativas adoptadas hasta ahora en materia de vivienda en nuestro país,

deterioro sostenido en la asequibilidad de la vivienda, con un aumento acelerado de los precios de compra y alquiler muy por encima del crecimiento de los ingresos medios. Esta dinámica ha ampliado la brecha entre el coste de acceso a la vivienda y la capacidad económica de los hogares, obligando a destinar una proporción creciente de la renta a este bien de primera necesidad³. La situación se ve agravada por la restricción en el acceso al crédito hipotecario derivada de estrictos requisitos de solvencia⁴, así como por la insuficiencia de ayudas o subsidios habitacionales efectivos, lo que conlleva que un número ascendente

ofreciendo conclusiones, respaldadas en la evidencia empírica, que ponen de manifiesto su escasa efectividad y la necesidad de replantear en profundidad las políticas públicas en este ámbito.

³ Según datos de Eurostat, entre 2015 y 2023, el precio de adquisición en España se incrementó un 42 % —casi el doble que los salarios—, mientras que el de los alquileres aumentaba un 58 %. Esta misma estadística refleja que los hogares españoles con vivienda en régimen de arrendamiento dedican más del 40 % de sus ingresos al pago de la renta, diez puntos porcentuales por encima de la media de la Unión Europea. Apenas un 35 % de los hogares en España dedica menos de la cuarta parte de sus ingresos al pago del alquiler, muy por debajo de la media de la Unión Europea (48 %), y lejos de países como Alemania (56 %). La situación en 2025 no parece que haya mejorado, pues, según fuentes oficiales, a julio de 2025 el precio de la vivienda había subido un 14,7 % con respecto al año anterior, mientras que el de los alquileres lo hacía un 10,9 %; cifras muy por encima de la inflación, que se sitúa en un 2,4 %.

⁴ A juicio del Defensor del Pueblo (2024: 95), los criterios de solvencia exigidos para la concesión de financiación hipotecaria desplazan a un gran número de personas hacia el mercado del alquiler, afectando especialmente a quienes tienen trabajos precarios o una escasa capacidad de ahorro. En la misma línea, García Teruel y Nasarre Aznar (2022: 193-194) señalan que estas restricciones, derivadas del marco normativo aprobado tras la burbuja inmobiliaria, han excluido a las familias con menos recursos del acceso a la propiedad, dejándoles como única alternativa el arrendamiento, lo que, a su vez, ha contribuido al incremento de su precio. La literatura internacional respalda esta relación entre los criterios de acceso al crédito y la desigualdad en la tenencia de vivienda. Estudios recientes en Suiza (Bolliger *et al.*, 2025) y Noruega (Aastveit *et al.*, 2022) muestran que límites como el *loan-to-value* (LTV) o el *loan-to-income* (LTI) dificultan el acceso a la propiedad para los hogares con menores recursos. Cabe, por tanto, interpretar con cautela los datos más recientes del Instituto Nacional de Estadística, que muestran un incremento del 31,7 % en la constitución de hipotecas respecto al mismo período del año anterior, pues dicho aumento no implica una mejora homogénea en el acceso a la propiedad. Su impacto varía de manera significativa según el perfil socioeconómico de los hogares y la localización geográfica de la vivienda. Así, los hogares con menores ingresos y aquellos situados en determinadas áreas urbanas continúan enfrentando barreras sustanciales para acceder al crédito hipotecario. Véase

de personas, sobre todo pertenecientes a los segmentos de renta baja y media que residen en áreas urbanas, vea limitada o directamente comprometida su capacidad para acceder a una vivienda. Paralelamente, persiste y se intensifica la desigualdad intergeneracional, tanto en el ámbito familiar como en el tejido social, lo que se refleja en un aumento de la divergencia entre la distribución de la renta y la riqueza dentro de los hogares. Esta desigualdad radica, en buena parte, en la revalorización exponencial experimentada por el parque inmobiliario durante los últimos cincuenta años, de manera que las generaciones anteriores —abuelos y padres de los jóvenes actuales— no solo lograron acceder a la vivienda en propiedad, sino que los activos inmobiliarios que adquirieron acumulan en la actualidad plusvalías latentes que revierten en un incremento de su patrimonio⁵. En contraste, la solución habitacional de sus hijos y nietos descansa principalmente en el arrendamiento en el mercado libre, y no porque este sea más asequible, sino como respuesta a la imposibilidad de afrontar el esfuerzo financiero que exige la adquisición de vivienda en propiedad, así como a la necesidad de hallar flexibilidad adaptativa en forma de pisos compartidos, habitaciones subarrendadas u otras fórmulas precarias para distribuir las cargas⁶.

Instituto Nacional de Estadística (2025). *Estadística de hipotecas de julio de 2025*. Disponible en: <https://tinyurl.com/3su8kk4> (último acceso: 13-8-2025).

⁵ Resulta de interés, al respecto, el estudio de Ezquiaga Domínguez (2024: 312 y ss.).

⁶ Según el último informe del Observatorio de Emancipación del Consejo de la Juventud de España (2025: 15-38), únicamente el 15,2 % de las personas de entre 16 y 29 años reside fuera del hogar familiar, lo que constituye el registro más bajo para un segundo semestre desde 2006. La principal barrera a la emancipación sigue siendo el coste de acceso a la vivienda: el precio del alquiler medio ha alcanzado un récord histórico de 1080 euros mensuales (+11,6 % interanual), lo que implica que un joven asalariado que aspire a vivir de forma independiente deba destinar el 92,3 % de su sueldo al pago de la renta. La adquisición de la vivienda tampoco ofrece un escenario esperanzador, ya que el precio medio de la compraventa (192 210 euros) equivale a 14 años de salario juvenil, mientras que la entrada requerida (59 163 euros) exigiría destinar a ella cuatro años de sueldo completamente íntegro. Ante este panorama, ni siquiera la formación educativa y el empleo garantizan en la actualidad el acceso a condiciones de vida independiente temprana, y mucho menos a la propiedad, lo que ha dado lugar a lo que ya se conoce como la «generación inquilina»: el 57,9 % de los jóvenes emancipados vive en régimen de arrendamiento y casi un tercio de ellos comparte piso para poder asumir los gastos. Ahora bien, debe advertirse que los precios de arrendamiento y compraventa presentan variaciones significativas según la región, el tipo de núcleo poblacional y factores como la turistificación o la despoblación, lo que indica que la asequibilidad depende de manera sustancial del contexto territorial. Esta heterogeneidad territorial resulta fundamental para comprender la diversidad de trayectorias de emancipación y las desigualdades en el acceso a la vivienda entre los jóvenes.

La progresiva pérdida de asequibilidad de la vivienda desde la crisis de 2007-2008, pese a la existencia de un sistema financiero teóricamente ya ajustado y reformado, revela, a nuestro entender, deficiencias estructurales e incoherencias internas del modelo residencial español. Este modelo se caracteriza por una escasa atención a su parque de titularidad pública, situado en torno a las 318 000 viviendas, y que vendría a ofrecer cobertura a tan solo el 1,72 % de los hogares españoles⁷, predominantemente a través del régimen de arrendamiento⁸. La presencia de vivienda social en nuestro país es manifiestamente reducida dentro del parque total de vivienda, que se estima actualmente en unos 27 millones de unidades, de los que 19,28 millones son viviendas principales y los 7,71 millones restantes, viviendas secundarias o no permanentes⁹. Casi la totalidad del parque es, pues, de titularidad privada (98,28 %) y pertenece mayoritariamente a personas físicas (90,8 %), quienes suelen concentrar habitualmente uno o dos inmuebles (70,9 %)¹⁰. Asimismo, conviene destacar que aproximadamente 3,8 millones de las viviendas secundarias se encuentran vacías, lo que supone alrededor del 14 % del total de viviendas españolas¹¹.

⁷ Así lo reflejó el Instituto Nacional de Estadística en 2021 y esta es, actualmente, la última cifra de la que se dispone oficialmente. Pueden consultarse los datos en: Instituto Nacional de Estadística (2021). *Censo de Población y Viviendas de 2021*. Disponible en: <https://tinyurl.com/ycy29ez9> (último acceso: 13-8-2025).

⁸ Pese a esta apuesta por el arrendamiento, debe advertirse que el parque de vivienda en alquiler social, entendido en sentido amplio —es decir, incluyendo, junto con las de titularidad pública, las viviendas de titularidad privada gestionadas por entidades sociales y organizaciones del tercer sector—, apenas representa en torno al 3,4 % de los hogares o viviendas principales en España; porcentaje claramente inferior a la media de la Unión Europea, que se sitúa casi cinco puntos porcentuales por encima (8 %), llegando a alcanzar las dos cifras en territorios como Países Bajos (29 %), Austria (24 %), Dinamarca (20 %) o Francia (18 %). Los datos se extraen del Observatorio de vivienda y suelo del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana (2024: 56). Ahora bien, conviene señalar que en España no existe un censo completo de vivienda social ni un concepto equivalente al de otros países europeos, por lo que las cifras proporcionadas deben interpretarse con cautela.

⁹ Estimación del Parque de Viviendas del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Disponible en: <https://tinyurl.com/yey9u4nw> (último acceso: 13-8-2025).

¹⁰ Observatorio de Vivienda Asequible. Disponible en: <https://tinyurl.com/ytt5pp2y> (último acceso: 13-8-2025).

¹¹ Los datos de viviendas vacías, entendidas estas como aquellas que carecen de contrato de suministro eléctrico o tienen un consumo eléctrico inferior al umbral mínimo establecido, se extraen del Instituto Nacional de Estadística (2021). *Censo de Población y Viviendas de 2021*. Disponible en: <https://tinyurl.com/ycy29ez9> (último acceso: 13-8-2025).

Si ponemos el foco en el régimen de tenencia de las viviendas principales, advertimos que la modalidad mayoritaria es la propiedad (73,6 %), frente al arrendamiento, que representa el 20,4 % —el 17 % de mercado libre y el 3,4 % social—, y la cesión gratuita, con un 6,1 %¹². Con estas cifras, España vendría a ocupar el segundo lugar en la Unión Europea con más porcentaje de viviendas en régimen de propiedad, únicamente superada por Italia (Observatorio de vivienda y suelo del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana, 2024: 59). La propiedad, de hecho, ha constituido históricamente la principal forma de tenencia promovida por los poderes públicos en España desde 1960, tendencia que a partir de 1980 se alineó con la financiarización global de la economía, en la que la hipoteca adquirió un papel central en la adquisición de la vivienda. En este contexto, la inversión pública comienza a orientarse a reducir el esfuerzo financiero de los hogares mediante ayudas directas, beneficios fiscales y bonificaciones de los tipos de interés (Pareja Eastaway y San Martín, 1999: 699-714), al tiempo que la construcción de vivienda protegida se consolidaba como un instrumento clave para garantizar el acceso a la vivienda a los sectores con menos recursos. Según registros oficiales, durante la década de los ochenta, la producción de vivienda protegida se mantuvo en torno a las 100 000 unidades anuales, superando en 1985 incluso a la de vivienda libre (Observatorio de vivienda y suelo del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana, 2024: 5-6). A partir de la década de los noventa, sin embargo, el peso relativo de la vivienda de protección oficial comienza a descender paulatinamente frente al impulso decidido por la vivienda libre, consolidando la centralidad de la propiedad privada en el modelo residencial español.

La fragilidad de este modelo se evidenció con el estallido de la burbuja hipotecaria, la cual derivó en una crisis habitacional aún vigente y que se ha visto agravada, en los últimos años, por los efectos de la covid-19¹³. Esta crisis financiera fue interpretada por las autoridades gubernamentales como una crisis de déficit. La reacción de los países occidentales fue la implementación de políticas de austeridad orientadas a la contención de la deuda, lo que supuso un freno notable a la promoción de soluciones habitacionales asequibles. En España, estas medidas se tradujeron en un desplome de la vivienda oficial: de las 68 587 unidades construidas en 2008 se pasó a 17 059

¹² Instituto Nacional de Estadística (2024). *Encuesta de Condiciones de Vida de 2024*. Disponible en: <https://tinyurl.com/mwb34y7h> (último acceso: 13-8-2025).

¹³ Adviértase que, entre 2008 y 2021, se registraron oficialmente 670 635 desalojos, que afectaron a cerca de dos millones de personas, y que en 2010 se iniciaron más de 248 ejecuciones hipotecarias diarias. Consejo General del Poder Judicial, *Efecto de la crisis en los órganos judiciales*. Disponible en: <https://tinyurl.com/26sp7wda> (último acceso: 13-8-2025).

en 2013 y a tan solo 4938 en 2017 (Observatorio de vivienda y suelo del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana, 2024: 6). Paralelamente, el gasto social en vivienda, que inicialmente aumentó un 25 % entre 2008 y 2011, sufrió una caída de casi el 50 % entre 2011 y 2017 (*ibid.*: 57). Por su parte, el Plan Estatal de Vivienda 2013-2016 vino a limitar el número de programas, los tipos y las cuantías de las ayudas, así como los colectivos beneficiarios, promoviendo el alquiler como modalidad preferente de tenencia (Vaquer Caballería, 2016: 21). Los planes estatales que le han seguido (2018-2021 y 2022-2025) han continuado reforzando esta orientación mediante la concesión de ayudas al alquiler a ciudadanos en situación de vulnerabilidad, así como incentivos a promotores y adquirentes de inmuebles con rentas asequibles para incrementar el parque de viviendas en alquiler social. En ninguno de estos tres planes se ha contemplado un mecanismo de financiación crediticia ni se han fijado objetivos para la construcción de viviendas protegidas¹⁴. Todo ello ha derivado en un desplazamiento progresivo al mercado del alquiler de los estratos sociales con menor capacidad económica, quienes enfrentan de manera especialmente significativa los efectos de la crisis de asequibilidad habitacional. Dichos efectos se han visto intensificados por un marco normativo insuficiente, caracterizado por la ausencia de reformas estructurales capaces de transformar de manera sostenible el modelo habitacional (García Teruel y Nasarre Aznar, 2022: 185-208). Así, en el ámbito estatal, las sucesivas reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos (1994) —en 2013, 2015, 2018, 2019 y 2023— se han producido al margen de los estándares europeos en materia de estabilidad y seguridad en el alquiler, mientras que algunas legislaciones autonómicas, como la catalana¹⁵, han tolerado de forma implícita la precarización de la vivienda como respuesta a las dificultades de acceso, consolidándose así un marco regulatorio incapaz de garantizar soluciones duraderas¹⁶.

¹⁴ Según el Observatorio de vivienda y suelo del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana (2024: 6), de hecho, la construcción anual de vivienda protegida ha oscilado, en el período que va desde 2018 a 2023, entre 5191 y 10 637 unidades.

¹⁵ El art. 2.6 del Decreto Ley 50/2020, de 9 de diciembre, introdujo durante la pandemia la figura de los denominados «alojamientos colaborativos», permitiendo la obtención de la cédula de habitabilidad para pisos de 24 m², siempre que dispongan de 12 m² de espacios comunes complementarios.

¹⁶ Resulta ilustrativo que, en 2024, se hayan registrado un total de 27 564 desahucios, con un 74,6 % atribuibles al impago del alquiler, y que únicamente en el primer trimestre del año se hayan producido ya 7334 desahucios. Consejo General del Poder Judicial, *Efecto de la crisis en los órganos judiciales*. Disponible en: <https://tinyurl.com/26sp7wda> (último acceso: 13-8-2025).

La crisis habitacional no solo ha revelado la trascendencia para el bienestar personal y social de la vivienda, sino que ha expuesto las costuras de un sistema históricamente caracterizado por la desatención y la desinversión del parque público de vivienda, así como por la ausencia de estructuras jurídicas sólidas que proporcionen una respuesta habitacional a aquellos sectores de la población en situación de vulnerabilidad económica. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados, sensibles a este contexto, han venido impulsando, desde hace ya algunos años, una interpretación más garantista del derecho a la vivienda, que ha tenido una cierta acogida en nuestro país a través, principalmente, de los estatutos de autonomía y las normas autonómicas. Desde 2013, de hecho, los legisladores autonómicos vienen aprobando medidas dirigidas a los propietarios sobre la base de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), con el fin de reforzar la seguridad en la tenencia de los colectivos más afectados por la crisis habitacional. No obstante, las objeciones competenciales planteadas por el Tribunal Constitucional (TC) a buena parte de estas iniciativas han obligado a un replanteamiento en clave estatal, que ha cristalizado en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV), primera norma de alcance general aprobada en este ámbito a nivel nacional. Su aprobación se enmarca en un contexto normativo, político y jurisprudencial particularmente intenso, en el que confluyen, por un lado, la creciente presión derivada de las dificultades en el acceso a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), y, por el otro, la necesidad de compatibilizar la garantía de acceso habitacional con la salvaguarda del derecho a la propiedad privada (art. 33 CE). La LDV proyecta esa inevitable fricción entre ambos derechos, lo que ha reactivado debates de honda raigambre dogmática sobre la eficacia jurídica del derecho a la vivienda y la legitimidad de la intervención del legislador en relación con el derecho a la propiedad privada.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA: CONTENIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 47 CE

1. PARÁMETROS INTERNACIONALES Y EUROPEOS SOBRE LA TUTELA DEL DERECHO A LA VIVIENDA

La tutela del derecho a la vivienda ha ido permeando progresivamente el derecho internacional desde su primera aparición en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, cuyo art. 25, de manera solemne y singular, dota a la vivienda de un carácter basal para alcanzar un «nivel de vida adecuado», erigiéndola en el mínimo existencial indispensable

para el ejercicio efectivo de otros derechos reconocidos a la persona, como los relativos a la intimidad personal y familiar o la protección de la salud. De manera análoga, el derecho a la vivienda es incorporado en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en 1966, donde los Estados parte asumen, además, el compromiso de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de este derecho. Treinta años después, se codificará en la versión revisada de la Carta Social Europea, en la que se proclama un derecho autónomo a la vivienda (art. 31), integrando su tutela tanto en el marco de la protección social de las personas con discapacidad, las familias y las personas mayores (arts. 15, 16 y 23) como en la garantía frente a la pobreza y la exclusión social (art. 30). Desde entonces, la presencia de este derecho en informes, recomendaciones y resoluciones de autoridades internacionales, así como en dictámenes de órganos de interpretación y supervisión de tratados, no ha dejado de intensificarse¹⁷.

En las últimas décadas, el derecho a la vivienda, tradicionalmente encuadrado dentro de los derechos sociales de carácter exclusivamente prestacional y, por ende, de eficacia más limitada frente a los derechos civiles y políticos, ha experimentado una notable consolidación en la doctrina internacional, impulsada especialmente por la labor exegetica del TEDH del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH). Pese a que el derecho a la vivienda no es proclamado explícitamente en este Convenio, la jurisprudencia ha configurado su tutela implícita mediante su conexión con otros derechos del Convenio y, en particular, con los contemplados en el art. 8, donde se protege el derecho al respeto a la vida privada y familiar y al domicilio¹⁸. Dicha protección se ha articulado principalmente a través de una interpretación extensiva del concepto de domicilio (*home*), concebido como una noción autónoma dentro del Convenio, independiente de las legislaciones nacionales. En el seno de esta línea interpretativa, se ha producido el desarrollo del concepto de «hogar»,

¹⁷ Sin ánimo de exhaustividad, pueden señalarse algunos ejemplos de dicho reconocimiento, como la declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, que considera la vivienda un derecho humano fundamental y base para el disfrute de otros derechos (apdo. 11.1, Comunicación núm. 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, de 13 de octubre de 2015), o el objetivo 11 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, que establece como primera meta garantizar el acceso de todas las personas a viviendas adecuadas, seguras y asequibles.

¹⁸ Resultan ilustrativas, a este respecto, las SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 (asunto *López Ostra c. España*), de 4 de mayo de 1999 (asunto *Marzari c. Italia*), y de 2 de octubre de 2001 (asunto *Hatton y otros c. Reino Unido*).

entendido como aquel espacio abstracto en el que tiene lugar la vida privada y familiar, estrechamente vinculado a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, y que trasciende, por tanto, la noción estrictamente material de domicilio o vivienda¹⁹. En consonancia con esta conceptualización, la jurisprudencia del TEDH ha transitado desde la concepción originaria del art. 8 CEDH como un derecho civil de libertad negativa, orientado a proteger al individuo frente a injerencias de los poderes públicos, hacia una interpretación más amplia que impone obligaciones positivas a los Estados, consolidando así un estándar de tutela activa del hogar²⁰.

Ahora bien, pese a las ampliaciones operadas, no puede afirmarse que el TEDH haya consagrado un derecho subjetivo a ser provisto de vivienda por el Estado²¹, aunque sí parece desprenderse una obligación de proporcionar algún tipo de solución habitacional en casos excepcionales de personas especialmente vulnerables²², como aquellas que padecen problemas de salud graves y no disponen de medios para costearse una vivienda²³. En cualquier caso, como ha declarado el propio Tribunal, la obligación del Estado de proporcionar una alternativa habitacional a quien carece de hogar es una obligación de medios, y no de resultado, y debe interpretarse de forma restringida²⁴. El Estado cumple, de hecho, con esta obligación cuando emplea todos los medios a su alcance para cubrir esta necesidad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las posibilidades económicas de las que dispone.

¹⁹ Como ha concluido Simón Moreno (2014: 164-165), el hogar es, en la jurisprudencia del TEDH, una categoría esencialmente fáctica, definida independientemente del lugar físico o de la naturaleza material del inmueble —se ha atribuido tal condición incluso a una caravana o la habitación de un piso—, así como de la legalidad de la ocupación conforme al derecho nacional, de la naturaleza jurídica del derecho sobre este —propiedad, arrendamiento, etc.— y de su ocupación efectiva.

²⁰ Una evolución de esta jurisprudencia puede verse en Macho Carro (2024: 185-219).

²¹ Sí existen, por el contrario, resoluciones que explícitamente niegan este derecho. Véase, a título de ejemplo, la STEDH de 18 de enero de 2001 (asunto *Chapman c. Reino Unido*).

²² STEDH de 24 de septiembre de 2012 (asunto *Yordanova y otros c. Bulgaria*).

²³ Así se deriva de las decisiones de inadmisión de 4 de mayo de 1999 (asunto *Marzari c. Italia*) y de 26 de junio de 2001 (asunto *O'Rourke c. Reino Unido*), en las cuales se afirma que, si bien el art. 8 CEDH no impone a las autoridades estatales la obligación de resolver los problemas de vivienda de las personas, sí exige que realicen esfuerzos encaminados a prestar asistencia habitacional a quienes padecen una enfermedad grave, en la medida en que la carencia de vivienda tiene un impacto significativo en el desarrollo de sus vidas privadas.

²⁴ STEDH de 26 de junio de 2001 (asunto *O'Rourke c. Reino Unido*).

La tutela activa del hogar por el TEDH, si bien un tanto voluble, ha alcanzado su mayor solidez en materia de desalojos forzosos, donde se ha desarrollado una verdadera doctrina jurisprudencial que entiende que el desalojo de la vivienda habitual es una de las injerencias más graves que una persona puede sufrir en el derecho al respeto de su domicilio del art. 8 CEDH, incluso si su derecho de ocupación, conforme a la legislación nacional, se hubiera extinguido²⁵. En coherencia con ello, cuando la pretensión de obtener o recuperar la posesión del bien proviene de manera directa o indirecta de un poder público, el TEDH exige que un tribunal independiente evalúe la proporcionalidad procesal y sustantiva de la medida y que el Estado haya cumplido con sus obligaciones positivas²⁶. Ahora bien, si la controversia se plantea entre particulares, el Tribunal reconoce la importancia de salvaguardar las relaciones jurídicas fundadas en la autonomía de la voluntad y exige conciliar los derechos en conflicto de ambas partes, ocupante y propietario, mediante una ponderación equilibrada del art. 8 CEDH con los arts. 1 y 6, referidos, respectivamente, al derecho de propiedad y a la tutela judicial efectiva²⁷.

²⁵ El desarrollo de esta doctrina jurisprudencial se remonta a las sentencias del TEDH de 27 de mayo de 2004 (asunto *Connors c. Reino Unido*) y de 13 de mayo de 2008 (asunto *McCann c. Reino Unido*), que marcaron un punto de inflexión en la protección frente a los desalojos.

²⁶ De conformidad con estas exigencias, la adopción de una medida de desalojo no se limita a la mera observancia de las garantías procedimentales, sino que requiere un examen sustantivo de las circunstancias concretas del caso. En este marco, debe valorarse si la decisión de lanzamiento cuenta con una justificación adecuada y suficientemente motivada, tomando en consideración factores como el tiempo de permanencia en la vivienda, los vínculos personales y sociales que los ocupantes hayan podido consolidar en el inmueble y, de manera prioritaria, la especial situación de vulnerabilidad en la que puedan encontrarse. Asimismo, resulta indispensable ponderar las consecuencias que el desalojo puede generar en los afectados, en particular el riesgo de que queden en situación de desamparo. A tal efecto, corresponde a las autoridades acreditar que la medida de lanzamiento constituye la opción más idónea y necesaria, habiendo descartado motivadamente otras alternativas menos gravosas. Del mismo modo, ha de tenerse en cuenta si se han previsto y facilitado soluciones habitacionales adecuadas, destinadas a mitigar los efectos negativos derivados de la expulsión y a garantizar, en la mayor medida posible, el respeto efectivo de los derechos fundamentales de las personas afectadas. Para profundizar sobre ello, puede verse el estudio de Macho Carro (2024: 167-219).

²⁷ Para un análisis más detallado de esta cuestión, se recomienda el esclarecedor estudio de Martínez Escribano (2025: 10-20) sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de la vivienda en las relaciones entre particulares.

En lo que respecta al ámbito de la UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tutelado la vivienda a través de su jurisprudencia en materia de protección de los consumidores, la cual ha mostrado una notable apertura hacia los desarrollos alcanzados en el plano internacional. En este contexto, y siguiendo la doctrina del TEDH, el derecho al respeto de la vida privada y familiar y al domicilio, proclamado también en el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), ha servido de base al TJUE para reconocer un derecho fundamental a la vivienda²⁸. En la misma línea se inserta la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, en la que se insta a la Comisión y a los Estados miembros a garantizar el reconocimiento y la exigibilidad del derecho a una vivienda adecuada como derecho humano fundamental, asegurando la igualdad de acceso de todos los ciudadanos.

2. NATURALEZA Y CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: OBLIGACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS Y EXIGIBILIDAD JUDICIAL DE LA GARANTÍA DE ACCESO HABITACIONAL

La aspiración a la vivienda llega de manera clara y contundente a la Constitución española en su art. 47, el cual proclama que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada». La fórmula difícilmente podría ser más expresiva. No faltan juristas que hubieran preferido una definición más precisa de lo que debe entenderse por «vivienda digna y adecuada»²⁹, pero el art. 10.1 CE habla previamente de la dignidad del ser humano y del desarrollo de su condición personal como «fundamento del orden político y de la paz social», por lo que bastaría con remitirse a este paradigma para entender que el constituyente alude a un espacio vital que permita el pleno desarrollo de la persona, y que no desdiga de su dignidad³⁰.

²⁸ STJUE de 10 de septiembre de 2014 (*Kušionová*, C34/13) y STJUE de 9 de noviembre de 2023 (*SP*, C598/21).

²⁹ Véanse, por todos, Muñoz Castillo (2000: 152) y Muñoz Pérez (2019: 51-55), quienes tratan de delimitar este «concepto jurídico indeterminado».

³⁰ La estrecha vinculación entre el derecho a la vivienda (art. 47 CE) y la dignidad humana (art. 10 CE) ha sido ampliamente reconocida por la doctrina; véanse, entre otros, García Cantero (2014: 33) y Castillo Martínez (2025: 24). En esta línea, cabe sostener que los calificativos «digna y adecuada» no constituyen una fórmula retórica vacía, sino que deben interpretarse como exigencias sustantivas, especialmente en un contexto de crisis habitacional como el actual, caracterizado por la proliferación de formas de infravivienda —desde espacios hacinados hasta inmuebles desprovistos de

El precepto ofrece, además, y con todo acierto, bastante elasticidad sobre la fórmula jurídica que puede servir de soporte a la instalación donde desarrollar la vida cotidiana, pues no prejuzga una única y cerrada titularidad de acceso a la vivienda, siendo múltiples las soluciones habitacionales, más allá de la propiedad y el arrendamiento, que tendrían cabida en esta vaporosa amplitud —derecho de superficie, arrendamiento con opción a compra, tenencias intermedias, etc.—³¹.

La imposibilidad de un ciudadano de acceder por sus propios medios a una vivienda digna lo coloca, en palabras de Prats Albentosa (2022: 136), en un «estado de penuria», lo que evidencia los límites de su autodeterminación y subraya la necesidad de la intervención de los poderes públicos. En respuesta a esta situación, el art. 47 CE encomienda a dichos poderes promover «las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes» para garantizar efectivamente el derecho al disfrute de la vivienda. La relevancia de este derecho para la dignidad y la calidad de vida de las personas se refleja también en la vinculación explícita de la regulación del suelo con su efectividad, mediación que queda de manifiesto cuando el precepto señala, seguidamente, que los poderes públicos harán efectivo este derecho «regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». Asimismo, sigue diciendo, «la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». El derecho urbanístico, en consecuencia, emerge en la norma como una herramienta esencial para la efectividad de este *derecho*.

Cabe advertir, con todo, que pese a la solemne proclamación del derecho a la vivienda en la norma suprema³², este no se sitúa en el espacio privile-

condiciones mínimas de habitabilidad, seguridad y salubridad—, que evidencian que no basta con garantizar la mera cobertura física de un techo, sino que es imprescindible asegurar un espacio vital plenamente compatible con la dignidad humana.

³¹ Martín-Retortillo Baquer (2017: 380) valora positivamente esta amplitud porque, según cree, ello permite al legislador atender a las variadas soluciones existentes en cada momento para garantizar el disfrute de este derecho. Ciertamente es así, pero dicha flexibilidad solo adquiere verdadero valor si el legislador la utiliza de manera efectiva, promoviendo otras formas de tenencia alternativas a las tradicionales, capaces de adaptarse a los desafíos que plantea el contexto actual. Sobre la existencia de vías alternativas de tenencia, que no solo superan la dicotomía vivienda en propiedad-vivienda en alquiler, sino que se muestran más eficaces para hacer frente a la crisis habitacional, véase Nasarre Aznar y Simón Moreno (2013: 3063-3122).

³² Es importante matizar en este punto que la consagración del derecho a la vivienda en el texto constitucional no se traduce necesariamente en una mayor eficacia protectora real, pues la experiencia comparada muestra que numerosos ordenamientos han desarrollado

giado de los derechos fundamentales de efecto automático y de garantía inmediata ante los tribunales, sino en el capítulo III del título I CE, entre los principios rectores de la política social y económica. Dicho derecho hay que entenderlo, por tanto, en conexión con el art. 53.3 CE, el cual establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», precisando que tales principios «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Por tanto, y pese a las dudas jurídicas que pueda generar la ubicación sistemática de este precepto entre los principios rectores, resulta innegable que el art. 47, con la modulación que le otorga el art. 53.3, está llamado a orientar e impulsar toda la legislación y actuación de los poderes públicos en materia de vivienda, definiendo la finalidad a alcanzar y los criterios de interpretación. No se trata de una mera norma programática, de pura retórica³³, sino de un verdadero mandato constitucional que exige una actuación de los poderes públicos para hacerlo efectivo a través de las políticas correspondientes, pues la dimensión objetiva del derecho los compromete a promover las condiciones necesarias para su plena realización³⁴.

La doctrina científica, en un prolongado e inacabado debate sobre la naturaleza jurídica del art. 47 CE, ha discutido si este precepto, además de contener un mandato a los poderes públicos en su dimensión objetiva, posee también una dimensión subjetiva que permite a los ciudadanos exigir de estos la efectiva realización de este derecho ante los tribunales, es decir, si consagra un auténtico «derecho subjetivo». La tesis mayoritaria, que atiende a un criterio sistemático de interpretación, considera que el art. 53.3 CE impide dar reconocimiento y tratamiento de «derecho subjetivo» a cualquiera de los principios contenidos en el capítulo III, en la medida en que establece expresamente que estos solo pueden «ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Por tanto, desde

políticas públicas orientadas a garantizar el acceso a la vivienda —ya sea mediante normas específicas dirigidas a las personas en situación de sinhogarismo o a través de la regulación del mercado del alquiler— sin que dichas medidas se fundamenten en una previsión constitucional expresa. Puede verse el estudio comparado de Balaguer Pérez (2018).

³³ Postura que adoptaron algunos juristas en los primeros años de vigencia de la Constitución y que puede entenderse superada, pues, como declaró con rotundidad García de Enterría (2001: 69), por aplicación del art. 9.1 CE, toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo.

³⁴ Esta es una exigencia constitucional inequívoca que no se cuestiona en la doctrina; véanse, por todos, Jiménez Campo (1999: 131), Muñoz Castillo (2000: 16) y, más recientemente, Arnaiz Ramos (2016: 223-224).

esta postura, el derecho a la vivienda solo puede reconocerse como facultad de la persona, es decir, como derecho subjetivo, en la medida en que se configure expresamente como tal por el legislador³⁵.

Frente a la postura mayoritaria, ha emergido en los últimos años una corriente doctrinal que defiende que el art. 47 CE configura un verdadero derecho subjetivo a disfrutar de una vivienda digna y adecuada³⁶. Esta interpretación se fundamenta en una lectura literal del art. 47 CE, que al emplear expresamente el término «derecho», en lugar de «principio», reconoce una prerrogativa jurídica concreta y exigible. Según esta corriente, dicho derecho escapa a la limitación de justiciabilidad prevista en el art. 53.3 CE, la cual se proyecta únicamente sobre aquellos preceptos configurados estrictamente como principios³⁷. En cuanto al carácter exigible de este pretendido derecho, se ha subrayado la necesidad de identificarlo como una obligación de los poderes públicos de proveer de los medios necesarios para garantizarlo, lo que implica la adopción de normas, planes y otras actuaciones que definan su contenido, organización y procedimientos. Este enfoque se apoya en la clásica distinción civil entre obligaciones de medios y de resultados, de manera que el derecho a la vivienda no debe concebirse como la entrega efectiva de una vivienda, sino como la implementación de los mecanismos que permitan a los poderes públicos cumplir de manera diligente con sus funciones constitucionales³⁸.

Coincidimos con Gavara de Cara (2024: 64) en que las diferencias de eficacia normativa derivadas de la adopción de una u otra postura son, en realidad, bastante limitadas, puesto que, frente al legislador, una eventual

³⁵ Dentro de esta corriente doctrinal se distinguen dos posiciones. Por un lado, quienes atribuyen a este principio rector una eficacia mínima, limitada a fundamentar la intervención del legislador, el cual goza de una amplísima discrecionalidad no susceptible de control de constitucionalidad. Por otro, quienes sostienen una concepción maximizadora de su eficacia, reconociéndole pleno valor tanto como canon de constitucionalidad de las leyes como en la resolución de litigios concretos. Según esta segunda postura, el legislador no dispone de libertad absoluta para interpretar y aplicar el art. 47, de modo que el TC podría declarar la inconstitucionalidad de una norma que lo contraviniera, e incluso, en caso de inactividad legislativa, enjuiciar y suplir dicha omisión. Referencias doctrinales en Macho Carro (2024: 279-283).

³⁶ Algunos autores han llegado incluso a considerar el derecho a la vivienda como un derecho fundamental. Véase, en esta línea, Jimena Quesada (2013: 1744), quien estima superado el argumento de la fundamentalidad basado en el tipo de garantías previstas por el ordenamiento, sustentando su tesis en la «indivisibilidad, interdependencia e igual importancia de todos los derechos humanos».

³⁷ López Ramón (2014: 62) constituye un referente destacado de esta corriente.

³⁸ Este enfoque ha sido desarrollado particularmente por Ponce Solé (2017: 168-169).

vulneración del derecho a la vivienda únicamente podría hacerse valer a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad; frente a la actuación administrativa, su protección en calidad de derecho subjetivo se articularía mediante los mecanismos de control de legalidad y de verificación del cumplimiento del deber de buena administración; y, finalmente, frente a la actividad jurisdiccional, mediante la interposición de los recursos procesales previstos para su control. Además, debe advertirse que ni siquiera la corriente doctrinal que propugna la configuración del art. 47 CE como un auténtico derecho subjetivo admite, sin mayores previsiones normativas, la exigibilidad judicial de prestaciones materiales o dinerarias frente a los poderes públicos en supuestos de carencia de vivienda³⁹. Esta limitación evidencia que, en la práctica, ambas posturas interpretativas convergen en la necesidad de una ordenación jurídica, articulada en distintos niveles, que contemple la pluralidad de ámbitos en los que la intervención pública resulta necesaria en materia habitacional.

La necesidad de recurrir a normas que desarrollen la dimensión subjetiva del derecho a la vivienda para la efectividad de su disfrute se explica, precisamente, por la falta de concreción de dicha vertiente en el texto constitucional. El constituyente configuró el art. 47 CE como un principio rector, dotado de eficacia esencialmente objetiva, pero sin reconocimiento directo de facultades exigibles por el individuo. Por ello, la efectividad de su dimensión subjetiva queda condicionada a la intervención del legislador mediante normas de desarrollo que establezcan los mecanismos concretos de protección. Esta es la razón que ha llevado a calificar tradicionalmente el derecho a la vivienda como un derecho de configuración legal⁴⁰. Si atendemos al contenido concreto que se presupone del derecho a la vivienda, es posible identificar cuatro facultades jurídicas principales: el derecho de acceso a la vivienda para quienes no puedan satisfacer esta necesidad en el mercado; el derecho a un mercado regulado que evite la especulación; el derecho a la conservación de la vivienda, y el derecho a la calidad de la vivienda⁴¹. Adviértase que los tres últimos derechos difícilmente permiten articular posiciones subjetivas de protección, dado que se inscriben principalmente en la dimensión objetiva del derecho a la vivienda orientada a prevenir la especulación y a definir las obligaciones materiales del Estado respecto de los estándares mínimos de habitabilidad, seguridad y

³⁹ El mismo razonamiento alcanza Macho Carro (2024: 291) tras el análisis de las distintas posturas existentes en la actualidad en torno a la naturaleza jurídica del art. 47 CE.

⁴⁰ En la misma dirección, Gavara de Cara (2024: 62) afirma que el derecho a la vivienda es un derecho con «un contenido constitucional inexistente».

⁴¹ Se sigue, a este respecto, el planteamiento sobre las facultades integrantes del derecho subjetivo de López Ramón (2014: 69).

calidad de la vivienda que se extraen del propio concepto «digna y adecuada». Esto permite deducir normas objetivas con destinatarios generales, pero no un derecho subjetivo propiamente dicho, pues no parece posible identificar un obligado específico a satisfacer su contenido ni la facultad del individuo de exigir directamente su cumplimiento.

El principal derecho subjetivo vinculado al derecho a la vivienda es, por tanto, la garantía de acceso a la vivienda para quienes no puedan satisfacer esta necesidad en el mercado. Dicho derecho se configura como un derecho de prestación frente a los poderes públicos, que deberá ser satisfecho en función de los medios disponibles del Estado y de la situación económica del ciudadano. Para una parte de los ciudadanos, su efectividad requerirá de políticas de protección orientadas a garantizar precios asequibles de acceso a la vivienda, ya sea a través de mecanismos de protección pública —como los planes de vivienda— o mediante la regulación del mercado de alquiler. Sin embargo, existe también un sector más vulnerable de la población que solo puede satisfacer este derecho mediante prestaciones directas económicas o la puesta a disposición de vivienda de titularidad pública. La infracción, por consiguiente, de este derecho prestacional, sin una concreción normativa, se va a producir frecuentemente por la omisión de una acción positiva que corresponde al poder público, es decir, por la falta de desarrollo normativo de la previsión constitucional, lo que difícilmente puede redundar en sanción o consecuencias ante la jurisdicción constitucional⁴². En definitiva, en ausencia de concreción normativa respecto de su configuración y de las medidas positivas de protección, el derecho a la vivienda, como derecho prestacional, no desarrolla su potencial contenido prescriptivo ni delimita el alcance de la protección, lo que impide la efectividad de este y su tutela judicial. En la medida en que el desarrollo legislativo resulte insuficiente o indeterminado, el derecho a la vivienda carecerá también de operatividad, pues su justiciabilidad exige la previa concreción normativa de sus elementos esenciales y contenidos

⁴² Ello se debe a que, como ha señalado Gavara de Cara (2024: 53-54), en nuestro sistema no existe un control de constitucionalidad por omisión. Tanto el recurso como la cuestión de constitucionalidad requieren la existencia de una ley, lo que imposibilita un control omisivo absoluto y dificulta considerablemente la supervisión de insuficiencias normativas. De hecho, según ha afirmado el TC con firmeza en sentencias como la STC 45/1989, de 20 de febrero (RTC 1989, 45), o la STC 7/2010, de 27 de abril (RTC 2010, 7), el control de las deficiencias de la norma resulta prácticamente inviable en el caso de los principios rectores como el art. 47 CE, dada la dificultad de determinar si una ley incumple un mandato abstracto, poniendo en riesgo el derecho de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

mínimos, sin que pueda el juez suplir tal omisión mediante la determinación de dichos contenidos.

La limitada virtualidad jurídica que se predica, sin concreción normativa, del art. 47 CE como garantía de acceso habitacional puede y debe ser matizada a partir de una interpretación hermenéutica del art. 10.2 CE, cláusula de apertura al derecho internacional que exige interpretar nuestros derechos constitucionales conforme a la DUDH y los tratados internacionales suscritos por España⁴³. Sin embargo, hasta ahora, los cambios que se estaban produciendo en el ámbito internacional habían tenido una recepción muy limitada en el TC, donde existe una extendida línea jurisprudencial que considera el art. 47 CE como un mero mandato constitucional orientado a guiar la actuación de los poderes públicos. Esta línea, trazada inicialmente en la STC 152/1988, de 20 de julio (RTC 1988, 152), se ha visto reforzada en años recientes por pronunciamientos como la STC 93/2015, de 14 de mayo (RTC 2015, 93), o la STC 32/2019, de 28 de febrero (RTC 2019, 32). Así, pese a reconocer la máxima relevancia del derecho a la vivienda por su vinculación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad⁴⁴, el Tribunal ha privilegiado su dimensión objetiva como mandato, por encima del desarrollo dogmático del derecho a la vivienda. Solo en pronunciamientos aislados lo ha calificado como un derecho subjetivo⁴⁵, pero, de manera general, su jurisprudencia se ha centrado en la determinación de los objetivos de la política económica, es decir, en su dimensión objetiva.

Ahora bien, ha sido a partir de la promulgación de la LDV —y en particular en la STC 79/2024, de 21 de mayo (JUR 2024, 167648), que resuelve el primero de los ocho recursos de inconstitucionalidad hasta ahora admitidos a trámite— cuando el TC ha declarado de forma expresa que, aun cuando el art. 47 CE conserva su naturaleza de principio rector de la política social y económica, despliega simultáneamente eficacia como derecho constitucional. Con esta y otras declaraciones se apunta a la existencia de un derecho

⁴³ En los últimos años ha emergido una corriente doctrinal más sensible al contexto internacional que aboga por la relectura del art. 47 CE a la luz de los valores y mandatos internacionales en materia de derechos humanos. Véanse, entre otros, Quintiá Pastrana (2022: 122) y Macho Carro (2024: 291). Esta doctrina sostiene —posición que compartimos— que el mandato interpretativo del art. 10.2 resulta también aplicable a los principios rectores de la política social y económica —cuestión doctrinalmente controvertida—, lo que se fundamenta especialmente en la conexión de la vivienda con otros derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad humana.

⁴⁴ STC 93/2015, de 14 de mayo (RTC 2015, 93).

⁴⁵ Véase, a modo de ejemplo, la STC 89/1994, de 17 de marzo (RTC 1997, 89), que alude a la existencia de un «derecho constitucionalmente garantizado».

a la vivienda, más allá de la visión meramente programática, lo que parece suponer un paso adelante en la conformación de su dimensión subjetiva. Un derecho a la vivienda que había permanecido en la penumbra para el intérprete de la Constitución durante décadas y cuya existencia viene refrendada —en palabras del propio Tribunal— por los compromisos internacionales de España en materia de derechos humanos. No obstante, como se ha puesto de relieve en el análisis precedente, aunque los desarrollos normativos internacionales evidencian un avance indiscutible en la tutela de este derecho, lo cierto es que tal evolución no ha cristalizado en su consolidación como un derecho subjetivo exigible judicialmente. En consecuencia, resulta pertinente interrogarse sobre la manera en que dicho derecho ha sido incorporado y articulado en la nueva normativa estatal, así como examinar críticamente las razones que llevan al alto tribunal a sostener dicha afirmación, en lo que podría interpretarse como una evolución doctrinal de su jurisprudencia y también como una respuesta a las tensiones que caracterizan a una población atravesada por una crisis habitacional que, sin duda alguna, demanda la efectiva operatividad del derecho a la vivienda.

III. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA: AUSENCIA DE GARANTÍA DE ACCESO HABITACIONAL Y PROYECCIÓN EN EL MERCADO PRIVADO DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA

Transcurridas más de cuatro décadas desde la promulgación de la CE, la LDV constituye el primer intento del legislador estatal por concretar, al amparo del art. 47 CE, el contenido del derecho de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada. Hasta entonces, los avances normativos estatales orientados a la protección de este bien de primera necesidad habían sido escasos⁴⁶. Las

⁴⁶ Sobre las medidas estatales adoptadas para proteger este derecho, puede consultarse Busto Lago (2023: 11-16). Entre ellas cabe mencionar la protección de los consumidores de crédito inmobiliario, articulada a través de normas de regulación, transparencia y supervisión en la contratación, y las disposiciones dirigidas a arrendatarios vulnerables durante la crisis de la covid-19, que introdujeron moratorias, prórrogas contractuales y medidas de fomento del alquiler social, así como los instrumentos orientados a deudores hipotecarios, que incluyen mecanismos de reestructuración de deuda y otras fórmulas de protección frente a la pérdida de la vivienda. Ahora bien, se trata en su mayoría de medidas temporales o coyunturales, cuyo impacto sobre el acceso efectivo a la vivienda ha resultado limitado: más que garantizar un acceso estable y generalizado, se han centrado en evitar la pérdida inme-

iniciativas más relevantes en la materia hasta la fecha habían correspondido a los legisladores autonómicos, quienes, ejerciendo la competencia exclusiva en materia de vivienda prevista en el art. 148.1.3.º CE, han adoptado numerosas políticas y normas orientadas a paliar la crisis habitacional. En algunos casos, como en el de País Vasco⁴⁷ y la Comunidad Valenciana⁴⁸, se ha producido la concreción normativa de la dimensión subjetiva del art. 47 CE, positivizándose un auténtico derecho subjetivo de acceso a la vivienda exigible judicialmente por quienes acrediten situaciones de vulnerabilidad o riesgo de exclusión social.

diata del hogar en situaciones de vulnerabilidad, revelando así un carácter reactivo y parcial que atiende a problemas urgentes sin abordar las causas estructurales que dificultan el pleno ejercicio de este derecho.

⁴⁷ La Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, establece en su art. 7 que «todas las personas con vecindad administrativa en cualesquiera municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible», regulando un derecho subjetivo a favor de «quienes no dispongan de domicilio habitable o, disponiendo de él, resulte inseguro o inadecuado a sus necesidades». La satisfacción de dicho derecho, según dispone en su art. 9.1, será realizada por parte de las Administraciones públicas vascas competentes «mediante la puesta a disposición, en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre en caso de su disponibilidad por causa de programas de intermediación u otros, con la renta o el canon que corresponda en cada caso». En defecto de vivienda o alojamiento, el art. 9.2 recoge una regla subsidiaria de satisfacción, consistente en el establecimiento de un sistema de prestaciones económicas. En el art. 6, además, se regula una acción subjetiva para reclamar ante el Gobierno Vasco este derecho, así como una acción pública de carácter administrativo para exigir la observancia de dicho derecho. También se había previsto una acción pública jurisdiccional, pero esta fue declarada inconstitucional por la STC 97/2018, de 19 de septiembre (2018, 97), en tanto se entendió que debía regularse a través de una ley estatal.

⁴⁸ La Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana, reconoce, en su art. 2, el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo de la ciudadanía valenciana con un mínimo de residencia de un año y que no pueda acceder por sus ingresos u otras circunstancias contempladas en la ley a una vivienda en condiciones de mercado. Las Administraciones autonómicas y locales garantizarán la efectividad de dicho derecho mediante la puesta a disposición para sus titulares de una solución habitacional, ya sea a través de una vivienda libre o protegida o de un alojamiento dotacional. En cuanto a la exigibilidad de este derecho, se reconoce expresamente legitimación activa a los titulares del derecho para exigirlo ante las Administraciones valencianas, así como una acción pública de carácter administrativo, pues la jurisdiccional fue también declarada inconstitucional por exceso competencial mediante la STC 80/2018, de 5 de julio (RTC 2018, 80).

Sin embargo, el grueso del impulso legislativo autonómico se ha centrado en la dimensión objetiva del art. 47 CE, articulando un esquema de intervención en el mercado inmobiliario fundamentado en la función social de la propiedad privada de la vivienda (art. 33.2 CE). Ello ha permitido legitimar una mayor intervención pública en las relaciones jurídico-privadas, restringiendo las facultades dominicales para asegurar un uso socialmente adecuado de la vivienda. La mayor parte de estas iniciativas ha puesto el acento en el gran número de viviendas desocupadas, consideradas paradigmáticas del incumplimiento de la función social, frente a las cuales se han articulado medidas como gravámenes específicos, cánones, cesiones obligatorias, alquileres forzosos o incluso expropiaciones temporales del uso. Otras medidas, de menos alcance, se han vinculado a supuestos de incumplimiento derivados de la falta de conservación o rehabilitación, así como de la sobreocupación. Asimismo, algunas comunidades autónomas han introducido obligaciones adicionales, como la oferta previa del alquiler social en procedimiento de ejecución, o la ampliación de los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración⁴⁹. Particularmente destacable resulta el caso de Cataluña, que ha incorporado instrumentos de control de rentas para frenar incrementos desproporcionados y mitigar las tensiones sobre la oferta disponible. Se trata, en definitiva, de respuestas normativas innovadoras, situadas en los márgenes de la tradicional *summa divisio*, que han suscitado un intenso debate doctrinal en torno a su viabilidad y encaje constitucional, especialmente por su afectación al derecho de propiedad privada. No obstante, la paralización en la práctica de muchas de estas medidas ha obedecido principalmente a cuestiones competenciales derivadas del complejo entramado propio del Estado de autonomías⁵⁰. En lo sustantivo, el TC ha avalado la constitucionalidad de la gran mayoría de ellas, aunque ha venido subrayando la necesidad de contar con una norma básica común que sirva de parámetro para evaluar la constitucionalidad frente a la extensa y prolija regulación autonómica en la materia⁵¹.

⁴⁹ Para profundizar sobre las medidas concretas adoptadas por cada legislador autonómico y el alcance de estas, véase el estudio de Messía de la Cerda Ballesteros (2020: 3417-3465).

⁵⁰ En el presente trabajo no se abordan las cuestiones competenciales en materia de vivienda, dado que su tratamiento excedería las pretensiones y el alcance de la investigación. Para un análisis detallado de este ámbito se recomienda el reciente estudio de Guilarte Gutiérrez y Lucas Murillo de la Cueva (2025:190-212), en el que se analiza la constitucionalidad de la LDV desde la óptica competencial.

⁵¹ Véanse, entre otras, las SSTC 16/2018, de 22 de febrero (RTC 2018, 16), 32/2018, de 12 de abril (RTC 2018, 32), 43/2018, de 26 de abril (RTC 2018, 43), y 80/2018, de 5 de julio (RTC 2018, 80), dictadas a propósito de la impugnación de algunos

En este contexto se enmarca la LDV, en cuya exposición de motivos se presenta como una solución de eficacia para garantizar el acceso efectivo a la vivienda, especialmente de aquellos a los que se presupone mayor dificultad —jóvenes y colectivos vulnerables—, corrigiendo desigualdades estructurales, afrontando la insuficiencia de vivienda pública y atendiendo a los desequilibrios del mercado. El derecho a la vivienda no solo se concibe, a tales efectos, como un «derecho constitucional», esencial para garantizar el disfrute efectivo de otros derechos reconocidos en la Constitución, sino que llega incluso a ser calificado, por referencia a los principales instrumentos internacionales y europeos en la materia, como un «derecho humano fundamental», cuya efectiva realización exige un cambio de paradigma en la consideración jurídica de la vivienda para reforzar su función como servicio social de interés general. En esta línea, la LDV se propone regular las condiciones básicas que aseguren la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda, garantizando en particular el acceso a una vivienda digna y adecuada en condiciones asequibles (art. 1.1).

En su art. 8, entre los derechos de los ciudadanos en relación con la vivienda, se reafirma la disposición constitucional que reconoce el derecho «a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», precisando la existencia de distintas modalidades jurídicas de acceso, que son la propiedad, el arrendamiento, la cesión de uso o cualquier otro régimen de tenencia. Ahora bien, dicha proclamación, y sin perjuicio de las cuestiones competenciales que su precisión pudiera suscitar⁵², no comporta el reconocimiento de un derecho subjetivo en favor de los ciudadanos que les faculte para exigir de los poderes públicos la satisfacción de la necesidad de vivienda. Así lo ha advertido de manera unánime la doctrina, dado que, a diferencia de lo previsto en las legislaciones vasca y valenciana, ni se determina el contenido concreto de este supuesto derecho, ni se identifica al sujeto pasivo de la obligación, ni se establece su exigibilidad ante los órganos jurisdiccionales⁵³. De hecho, en el propio precepto se señala que el derecho a disfrutar de una vivienda debe

preceptos de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana.

⁵² La cuestión radica en que, conforme al art. 148.1.3 CE, las comunidades autónomas han asumido competencia exclusiva en materia de vivienda, por lo que son ellas las que deben determinar el contenido concreto de las obligaciones que el art. 47 CE impone a los poderes públicos. Las competencias estatales (art. 149.1, puntos 1.º, 6.º, 8.º y 13.º, CE) solo habilitarían al legislador para regular las condiciones básicas del derecho a la vivienda.

⁵³ La doctrina coincide mayoritariamente en este aspecto, constituyendo un punto de consenso generalizado entre quienes han abordado el estudio de esta cuestión. Puede verse, entre otros, Busto Lago (2023: 32).

ejercerse en los términos dispuestos por la ley, lo que se concreta principalmente en el derecho de los ciudadanos a inscribirse como demandantes de vivienda protegida y a acceder, en su caso y de acuerdo con la normativa aplicable, a las prestaciones, programas y ayudas públicas en materia de vivienda que se puedan establecer (art. 8, letras b, c y d).

El reconocimiento del derecho a la vivienda no se concreta, por tanto, en el desarrollo de su dimensión subjetiva —cuya determinación queda implícitamente encomendada al legislador autonómico—, sino que se materializa en la regulación organizativa y normativa necesaria para garantizar la efectividad de este derecho, es decir, en su dimensión objetiva. En este marco, la ley establece medidas destinadas a asegurar la accesibilidad universal (art. 13), promueve la ampliación de vivienda social mediante reservas de suelo (disposición final cuarta), incrementa el período mínimo de mantenimiento de calificación de este tipo de suelo (art. 16.1.d, declarado inconstitucional), promueve la construcción y gestión de viviendas en alquiler social (arts. 12.4 y 33.1.b), y fija condiciones generales de acceso a la vivienda protegida (art. 16, declarado inconstitucional) o de asequibilidad incentivada (art. 17); en suma, un conjunto de medidas de planificación, estímulo o fomento dirigidas a ampliar el parque público de vivienda y facilitar el acceso a los colectivos más vulnerables.

Ahora bien, dicha dimensión objetiva no se agota en estas medidas de fomento o planificación, sino que, siguiendo el camino marcado por las comunidades autónomas, se proyecta igualmente sobre el derecho de propiedad privada, imponiendo a su titular una serie de deberes y cargas cuyo cumplimiento corresponde garantizar a los poderes públicos. A tal efecto, el art. 1.2 establece que, para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, la ley regula el contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en atención a su función social, lo que comprende, entre otros aspectos, el deber de destinar esta al uso habitacional previsto, así como la obligación de mantenerla, conservarla y rehabilitarla. La concreción de estos deberes y cargas se desarrolla de manera más detallada en el art. 11.1, donde, junto con los dos señalados en el precepto inaugural, se recoge el deber de evitar la sobreocupación y la infravivienda (c), obligaciones de información precontractual en la compraventa y el arrendamiento de vivienda (d), así como el deber de suministrar información a la Administración para la declaración de zonas de mercado residencial tensionado (e). Tales obligaciones operan, a su vez, sobre el contenido de las facultades dominicales que el legislador regula expresamente en el art. 10, en cumplimiento también de la función social de la propiedad privada, y que consisten en el uso, disfrute y disposición de acuerdo con la legislación que resulte de aplicación (a), la consulta sobre la situación urbanística (b), y la realización de obras de conservación, rehabilitación,

accesibilidad universal, ampliación o mejora (c). La LDV configura, de este modo, un estatuto jurídico en el que los derechos del titular se articulan en paralelo a deberes positivos cuya garantía corresponde a los poderes públicos. No se trata solo de una ordenación formal, sino de un régimen en el que la titularidad dominical se modula por exigencias de interés colectivo. Desde esta perspectiva, el derecho a la vivienda se erige en principio estructurador de la función social de la propiedad, delimitando su contenido cuando recae sobre la vivienda y condicionando su ejercicio al interés general, así como a la efectividad del acceso a una vivienda digna.

Con carácter general, el articulado de la LDV evidencia que esta última es la lógica que orienta la intervención normativa destinada a afrontar la crisis habitacional, pues el grueso de las medidas proyecta sobre el derecho de propiedad privada restricciones diseñadas para conciliar los intereses individuales con las exigencias colectivas. Junto con las ya señaladas, destaca la regulación de la declaración de zonas de mercado residencial tensionado (ZMRT) con limitación de renta, que distingue entre grandes tenedores y demás propietarios, con lo que se pretende impulsar a otras comunidades autónomas a controlar las rentas siguiendo el camino marcado por el legislador catalán. A estas medidas se suman otras disposiciones relevantes, como la limitación de la actualización de la renta en los contratos de arrendamiento (DF sexta), el recargo en el IBI sobre inmuebles residenciales desocupados (DF tercera), o los nuevos requisitos introducidos en la LEC para los procesos de desahucio y lanzamiento que afecten a personas vulnerables, especialmente gravosos para los grandes tenedores (DF quinta, declarada inconstitucional).

Esta arquitectura normativa refleja una apuesta clara por reforzar el arrendamiento libre⁵⁴ como una vía estable, segura y asequible de acceso a la vivienda, si bien se trata de una estrategia que enfrenta limitaciones estructurales significativas. Al inicio de este trabajo se examinó, con respaldo en datos empíricos, la configuración del modelo residencial español y el modo en que las políticas públicas implementadas desde la crisis económica han contribuido a profundizar la crisis habitacional vigente. Dicho modelo, caracterizado por la preeminencia de la vivienda en propiedad, la menor participación del arrendamiento y un parque público casi inexistente, depende estructuralmente del mercado privado, lo que lo hace intrínsecamente vulnerable a las oscilaciones inmobiliarias y financieras. Su colapso ante situaciones de crisis no constituye una anomalía, sino una consecuencia de su propia lógica estructural.

⁵⁴ Así lo han advertido ya otros autores en la doctrina científica. Es especialmente esclarecedora en este punto Martos Calabrús (2024: 9).

Lejos de abordar esta fragilidad, el legislador estatal ha centrado su actuación en la regulación del mercado privado, confiando en que la incorporación de viviendas vacías y el control de precios en las ZMRT generen efectos a corto plazo. No obstante, esta estrategia carece de eficacia real sin un parque público suficientemente sólido que absorba la demanda de los colectivos más vulnerables, mitigando la presión sobre el mercado privado y cumpliendo una función estabilizadora y redistributiva. En este sentido, la LDV introduce avances relevantes, como el aumento del suelo destinado a vivienda protegida y la prohibición de descalificar su condición, pero carece de compromisos financieros sostenidos que aseguren un incremento efectivo y sostenido del parque público. La superación de la crisis requiere, además, la adopción de otras reformas de calado, tales como la simplificación de cargas procedimentales para proyectos de vivienda asequible, el fomento de fórmulas de tenencia alternativas, la rehabilitación del parque existente, y medidas frente a la urbanización intensiva, así como la reactivación del fomento de la vivienda en propiedad mediante incentivos y promoción pública. Otro aspecto ineludible es que el precio de la vivienda se ve sustancialmente afectado por cargas urbanísticas, constructivas y fiscales, y que los estrictos requisitos de solvencia hipotecaria excluyen a jóvenes y colectivos vulnerables del acceso a la propiedad. Instrumentos como los avales públicos, los incentivos fiscales o las subvenciones directas pueden atenuar parcialmente estas barreras, pero solo alcanzan verdadera virtualidad si se enmarcan en una estrategia integral y sostenida.

En definitiva, la LDV evidencia una dependencia excesiva del mercado privado frente a un problema de naturaleza estructural y propone soluciones parciales que, aunque podrían mitigar ciertos efectos inmediatos, resultan insuficientes para abordar de manera integral las múltiples carencias del sistema habitacional. Parte de la doctrina⁵⁵ ha advertido que el conjunto normativo diseñado podría resultar incluso contraproducente, en la medida en que la estrategia seguida tenderá a fomentar incrementos en los precios de la vivienda y agravar las dificultades de acceso, afectando de manera aguda a los colectivos más vulnerables, cuya protección debería ser prioritaria en cualquier política habitacional coherente. Ahora bien, más allá de su eficacia práctica para garantizar el efectivo disfrute del derecho a la vivienda, la estrategia legislativa adoptada suscita cuestiones jurídicas de indudable relevancia. En este contexto, una parte significativa de la doctrina civilista sostiene que la LDV implica una auténtica transmutación del contenido del derecho de propiedad cuando recae sobre la vivienda y una derogación parcial de la regulación

⁵⁵ Véase, por todos, Nasarre Aznar (2023).

civil contenida en el art. 348 CC⁵⁶. Las discrepancias constitucionales con la norma hallan reflejo, asimismo, en la oposición de diversas comunidades autónomas, que han cuestionado su contenido y alcance mediante la interposición de hasta ocho recursos de inconstitucionalidad, articulados, y de manera análoga a lo que aconteció a la inversa, en torno a la complejidad del sistema de distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas. La STC 79/2024, de 21 de mayo (JUR 2024, 167648), y, posteriormente, la STC 26/2025, de 29 de enero (JUR 2025, 7178), dieron respuesta a dos de estos recursos, y puede anticiparse que las resoluciones que se dicten en el futuro reiterarán la doctrina establecida, habida cuenta de la homogeneidad de las impugnaciones formuladas⁵⁷.

Estas dos sentencias, si bien resuelven la mayoría de impugnaciones desde criterios de distribución competencial, proyectan consecuencias de gran relevancia en el ámbito del derecho civil, pues han avalado la constitucionalidad de la mayoría de restricciones impuestas al derecho de propiedad en las ZMRT, admitiendo también un tratamiento diferenciado del régimen dominical en función de la condición de su titular, es decir, si se trata de una persona física, una persona jurídica o un gran tenedor. A mayor abundamiento, la STC 79/2024, de 21 de mayo (JUR 2024, 167648), ha validado preceptos que establecen restricciones al derecho de propiedad en las zonas de mercado tensionado o que configuran un marco normativo para su ulterior desarrollo autonómico⁵⁸, particularmente en lo concerniente a los grandes tenedores⁵⁹. Sin embargo, su análisis se realiza desde una perspectiva competencial y no examina si estas restricciones afectan al contenido esencial del derecho de propiedad. Mucho más explícita ha sido la STC 26/2025, de 29 de enero (JUR 2025, 7178), que ha autorizado a las comunidades autónomas a aplicar medidas de contención de precios en sus respectivos territorios⁶⁰, declarando expresamente que estas no vulneran el contenido esencial del dominio.

En conjunto, en la intervención pública en materia de vivienda, tanto autonómica como estatal, se aprecia una tendencia progresiva a la acumu-

⁵⁶ En esta línea, Nasarre Aznar (2022: 10) sostiene que la ley prevé «la conversión de la propiedad privada de las viviendas, de todos los españoles, en una especie de tenencia tutelada por el Estado». En términos similares se pronuncian Simón Moreno (2023: 172) y Argelich Comelles (2023: 119-134).

⁵⁷ Guilarte Gutiérrez y Lucas Murillo de la Cueva (2025: 190-212) realizan un análisis de ambas sentencias, abordando tanto los aspectos competenciales como los sustantivos que se plantean.

⁵⁸ Arts. 15.1.e) y 18, apartados 2, 3 y 4, así como la disposición adicional tercera.

⁵⁹ Arts. 3.k), 11.1.e) y 19, apartado 1.

⁶⁰ Disposición final primera, apartado 3.

lación de restricciones dirigidas a los titulares de viviendas con el objetivo de garantizar el acceso habitacional. Al no apreciar vicio de inconstitucionalidad en estas medidas, el TC ha confirmado su compatibilidad con el marco constitucional, reconociendo su adecuación porque responden a la función social de la propiedad privada de la vivienda. Este reconocimiento pone de manifiesto, no obstante, una tensión estructural entre la función social de la propiedad y la preservación del contenido esencial de este derecho patrimonial. La cuestión dogmática central que se desprende de ello es la determinación del alcance con el que el legislador puede condicionar el derecho de propiedad en virtud de su función social sin comprometer su contenido esencial, teniendo siempre presente que tal condicionamiento se justifica en la efectividad del derecho a la vivienda como exigencia propia del Estado social y democrático de derecho.

IV. LA CRISIS HABITACIONAL Y EL RECURSO A LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA DE LA VIVIENDA

1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD: DE LA VISIÓN LIBERAL A LA CONCEPCIÓN ESTATUTARIA

Desde las primeras codificaciones modernas, la propiedad privada fue elevada a un estatus casi sacro. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclamó que, «siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de manera evidente, y bajo condición de una indemnización previa y justa». Este reconocimiento no solo sacralizó el derecho de propiedad, sino que contribuyó a mitificarlo, consolidando su carácter casi absoluto. El Código Civil francés de 1804 profundizó en esta visión, definiendo la propiedad como «el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la forma más absoluta, siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos», lo que anticipaba la noción de que el ejercicio de este derecho puede ser condicionado por la ley para impedir abusos o usos antisociales. El Código Civil español de 1889, en la misma línea, lo definió como el «derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (art. 348), y proclamó que «nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización» (art. 350). De este modo, en las primeras proclamaciones, la propiedad privada se presenta como un derecho inviolable e incluso sagrado, susceptible de limitación por necesidad pública mediante indemnización.

El constitucionalismo de entreguerras del siglo xx evidenció el desgaste del individualismo liberal y comenzó a perfilar una concepción distinta de la propiedad, dotada de un carácter más social, funcional y relativizado. La Constitución de Weimar de 1919 constituyó un hito en el constitucionalismo europeo al introducir por primera vez el principio de la función social de la propiedad⁶¹. Este modelo normativo, posteriormente replicado en diversas constituciones europeas⁶², reconocía el derecho a la propiedad privada, pero habilitaba al legislador para delimitar su contenido y límites sirviendo al bien general. Este giro supuso un cambio de paradigma respecto de la visión clásica, al introducir de manera expresa la idea de que el ejercicio del derecho no puede desligarse de las exigencias colectivas. La misma idea es la que aparece en la Constitución española, cuyo art. 33 reconoce el derecho a la propiedad privada, al tiempo que señala que la función social de este derecho «delimitará su contenido de acuerdo con las leyes», reflejando así la transición del Estado liberal hacia el Estado social y democrático de derecho. Bajo esta perspectiva, la propiedad deja de concebirse como un derecho absoluto e inmutable para configurarse como un derecho estatutario, integrado por un conjunto de facultades y deberes cuyo contenido viene definido por su función social y enmarcado en los términos establecidos por el legislador⁶³. Esta concepción contrasta con la visión liberal consagrada en el art. 348 CC, donde la propiedad es concebida como un derecho individual de goce y disposición sobre las cosas, limitado únicamente por las restricciones expresamente previstas en la ley.

En este contexto, y pese a la centralidad que la propiedad privada ocupa en los sistemas económicos capitalistas, es evidente que ya no la podemos

⁶¹ Artículo 153: «La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes. No puede procederse a ninguna expropiación sino por utilidad pública y con sujeción a la ley. Se realizará mediante indemnización adecuada, a menos que una ley del Imperio disponga otra cosa. Respecto a la cuantía de la indemnización, cabrá en caso de discordia el recurso ante los Tribunales ordinarios, salvo que por leyes del Imperio se ordene lo contrario. La expropiación que en favor del Imperio se realice con respecto a Países, Municipios y establecimientos de utilidad pública sólo podrá efectuarse mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general».

⁶² Otras constituciones europeas recogen de forma casi literal ese último inciso del art. 153 de la Constitución alemana, según el cual «la propiedad obliga» y «su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general». Así lo hacen el art. 14 de la vigente Constitución alemana y el art. 42 de la Constitución de la República italiana.

⁶³ La concepción estatutaria del derecho a la propiedad es asumida por la mayoría de la doctrina. Algunos de los trabajos clásicos de referencia son de García de Enterría (1958: 485-510) y Martín Mateo (1967: 101-150).

concebir de manera aislada y absoluta como aparece regulada en el art. 348 CC⁶⁴. La Constitución española, en coherencia con la evolución de la propiedad privada, ha querido en el art. 33 que la propiedad privada atienda simultáneamente los intereses de sus titulares y los intereses sociales o colectivos implicados en el uso y disfrute de los distintos bienes, lo que consigue habilitando al legislador para delimitar, en cada caso y en cada momento, el contenido de este derecho con base en su función social. Pero eso supone, naturalmente, que la función social de la propiedad no puede ser uniforme para todos los tipos de bienes, pues, como ha declarado el propio TC, «la función social de la propiedad, con arreglo a la cual las leyes han de delimitar el contenido propio de ésta, opera, en efecto, no sólo en abstracto, por así decir, para establecer el contenido de la institución constitucionalmente garantizada, sino también en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae» (STC 149/1991, de 4 de julio [RTC 1991, 149]). Desde este punto de vista, resulta incuestionable que la propiedad inmobiliaria de uso residencial cumple una caracterizada e importante función social, estrechamente vinculada con la efectividad del derecho a una vivienda digna y adecuada del art. 47 CE⁶⁵. Esta vinculación se refleja con claridad en el art. 47.2 CE, cuando se insta a los poderes públicos a regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para garantizar el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, pero también en el inciso final del art. 3.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU), que dispone que «el suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia». Se define así de manera clara la función social de la propiedad inmobiliaria destinada al uso residencial: garantizar la efectividad

⁶⁴ Esta tesis ha contado con el respaldo de destacados civilistas, entre ellos, Díez-Picazo (1991: 29), quien ha subrayado que el derecho de propiedad carece de carácter absoluto y se encuentra condicionado por su función social. En el plano comparado, el jurista italiano Rodotà (1986: 423) ha sostenido que esta función social justificaría la falta de atribución de ciertas facultades, el condicionamiento para el ejercicio de las facultades atribuidas y la imposición de la obligación o deber de ejercicio de otras.

⁶⁵ En la doctrina científica, Fernández Rodríguez (1991: 119) desarrolló la concepción de la propiedad urbana como un derecho estatutario, cuyo contenido se encuentra determinado por la legislación urbanística y los planes de ordenación aplicables en cada caso concreto. Dicha concepción ha sido ratificada por la jurisprudencia del TC en reiteradas ocasiones; véanse las SSTC 164/2001, de 11 de julio (RTC 2001, 164), 14/2007, de 18 de enero (RTC 2007, 14), y 141/2014, de 11 de septiembre (RTC 2014/141).

del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Ello, por supuesto, implica conferir un carácter prioritario a la vivienda habitual, frente a otros usos residenciales posibles —como la segunda vivienda o la destinada a fines turísticos—, que, si bien son legítimos, no gozan de la protección constitucional del art. 47 CE.

Durante los primeros años del Estado social y democrático de derecho instaurado por la Constitución española, la función social de la propiedad inmobiliaria de uso residencial se vio ciertamente limitada por la persistencia de un enfoque liberal de la propiedad privada, que priorizaba la dimensión individual del derecho frente a los intereses colectivos. En este contexto, el art. 47 CE no parecía admitir otra interpretación que la orientada al fomento de las políticas públicas de vivienda. La crisis económica, acompañada de la escasez de vivienda y la presión de un mercado alcista, precipita un esquema de intervención de los poderes públicos sobre la propiedad inmobiliaria de uso residencial, giro que se fundamenta en la función social que cumple esta particular propiedad. En este sentido, la actuación de los poderes públicos en materia de vivienda traslada su centro de gravedad desde la promoción de vivienda nueva hacia la regulación y uso de la vivienda ya existente, con el objetivo de garantizar su uso residencial por quienes no pueden proveerse una vivienda⁶⁶.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, es perfectamente plausible que los poderes públicos intervengan en la propiedad inmobiliaria de uso residencial y en su mercado para garantizar que esta cumpla su función social, es decir, para asegurar el acceso a la vivienda habitual. El art. 33.2 CE pone, de hecho, a disposición del legislador la posibilidad de «activar» o no la función social para delimitar el contenido del derecho de propiedad, de tal forma que este derecho pueda evolucionar y adaptarse a diferentes escenarios políticos, sociales y económicos. No obstante, en esta delicada tarea, los poderes públicos deben respetar el límite del *contenido esencial*, ya que la Constitución ha querido salvaguardar en todos los derechos constitucionales del capítulo II del título I —donde se encuentra la propiedad privada— un reducto indisponible por parte del legislador, inmune a cualquier intervención que pudiera

⁶⁶ Como señala Arnaiz Ramos (2016: 199-200), este giro se produjo en un contexto particular caracterizado por la escasez de recursos financieros, tanto en la iniciativa privada como en las Administraciones, que impedía continuar orientando las políticas de acceso a la vivienda hacia la promoción de nuevas edificaciones. No había fondos suficientes ni para urbanizar ni para construir. Incluso, de haber existido, tampoco habría resultado oportuno destinarlos a ese fin, puesto que la paralización del crédito —y, con ello, de la demanda— dejó terminadas o pendientes de terminar, y sin ocupar, alrededor de 389 000 viviendas, en su mayoría propiedad de las entidades financieras.

vaciarlo de contenido (art. 53.1 CE). La dificultad reside precisamente en determinar el alcance de este contenido esencial que la Constitución protege de manera directa y que constituye el límite infranqueable a la potestad de configuración legislativa. Dicho límite únicamente puede ser excepcionado en el supuesto expresamente previsto por el constituyente de privación de la propiedad mediante el instituto de la expropiación forzosa (art. 33.3 CE). En tales casos, y siempre por razones de «utilidad pública o interés social», se admite la privación coactiva del dominio, pero con la garantía esencial del pago de la correspondiente indemnización⁶⁷.

2. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA VIVIENDA

La doctrina española⁶⁸, impulsada por la interpretación que tempranamente realizó el TC⁶⁹, ha venido sosteniendo que la configuración del *contenido esencial* del derecho a la propiedad debe articular de manera equilibrada los intereses individuales y la función social. Esta última no se concibe como un mero límite externo al derecho, sino como parte integrante del propio contenido de este. En este sentido, la utilidad individual y la función social definen conjuntamente el contenido del derecho de propiedad respecto de cada categoría o tipo de bienes⁷⁰.

El mayor problema lógico de esta configuración constitucional radica en que la función social opera simultáneamente como elemento delimitador

⁶⁷ En el mismo sentido, Montés Penadés (1980: 174-187), Rodríguez de Santiago (2018: 274), López y López (2022: 27) y Verdera Server (2023: 878-879).

⁶⁸ Véanse, por todos, Leguina Villa (1994: 12) y Roca Trías (2024: 274).

⁶⁹ La STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37), estableció que «la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes». Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas sentencias: SSTC 170/1989, de 19 de octubre (RTC 1989, 170); 89/1994, de 17 de marzo (1994, 89); 204/2004, de 18 de noviembre (RTC 2004, 206); 112/2006, de 5 de abril (RTC 2006, 112); 16/2018, de 22 de febrero (RTC 2018, 16), y 168/2023, de 22 de noviembre (2023, 168).

⁷⁰ Esta es, precisamente, la tesis adoptada por el legislador estatal en la LDV, que, a través de sus arts. 10 y 11, regula una serie de facultades, deberes y cargas de los propietarios como parte integrante del contenido del derecho de propiedad de la vivienda.

del derecho de propiedad, que corresponde a la ley concretar y especificar en su contenido y alcance, y como núcleo esencial de ese mismo derecho. Dado que el derecho de propiedad es un derecho subjetivo, un poder jurídico reconocido a su titular para usar, disfrutar y disponer de su bien conforme a la ley, surge una cuestión central: ¿puede una misma situación jurídica encarnar simultáneamente un derecho subjetivo y una función social? A primera vista, esta dualidad parece contradictoria, pues mientras lo subjetivo busca unidad y certeza, lo social introduce pluralidad y relatividad. La complejidad, sin embargo, no acaba aquí, dado que, si el contenido esencial se determina a partir de la función social que le asigne el legislador en cada caso, ese contenido dejaría de ser propiamente un límite a la acción legislativa, lo que aboca a la irremediable conclusión de que el contenido esencial termina siendo lo que el legislador decide que sea en cada momento atendiendo a la transcendencia social de ese bien⁷¹. ¿No queda entonces un núcleo del derecho de propiedad intangible a la acción del legislador?

Llegados a este punto, resulta evidente que el derecho de propiedad privada no puede entenderse sin las facultades de goce y disposición que el art. 348 CC ha previsto para el *dominus*⁷², pero también que, por aplicación del art. 33.2 CE, el alcance efectivo de tales facultades queda condicionado a la activación legislativa de la función social. El problema del planteamiento descrito es que, al erigirse la función social como elemento delimitador de la propiedad privada y núcleo esencial de esta, cualquier restricción que se impusiera a las facultades dominicales resultaría constitucional, salvo, claro está, en el caso de que tales facultades fueran total y absolutamente suprimidas. En definitiva, como ha señalado Fernández Farreres (2024: 284-285), el contenido esencial deja de ser un límite efectivo a la mayor o menor intensidad de la restricción legal. A ello habría que añadir un problema aún mayor, y es que las restricciones a dichas facultades, incluso cuando suponen una auténtica privación o ablación del derecho de propiedad, no serían tampoco consideradas expropiaciones sujetas a compensación económica a tenor del art. 33.3 CE, salvo que la propia ley que las configura así lo hubiera previsto. Ello se debe a la sencilla razón de que, desde este planteamiento, tales restricciones no constituyen más que una mera delimitación del contenido mismo del derecho. El legislador queda, de este modo, habilitado a imponer todo

⁷¹ A esta idea apuntan quienes, como Nasarre Aznar (2022: 10), han entendido que la LDV convierte la propiedad privada en una «tenencia tutelada por el Estado».

⁷² Díez-Picazo (1991: 1264) sostiene que «no se puede configurar una propiedad con privación de *ius utendi et fruendi* y del *ius disponendi*», por lo que el art. 348 CC constituiría el parámetro extraconstitucional para determinar el núcleo de facultades comúnmente asignado a las relaciones de propiedad.

tipo de cargas y deberes a los propietarios sin que exista un derecho compensatorio por razón de la restricción del derecho de propiedad derivada de la concreción de la función social, pues ni encuentra el límite del contenido esencial, en tanto la propia función social lo constituye, ni estaría realmente restringiendo el derecho de propiedad, sino solo delimitándolo mediante la fijación de su contenido concreto y específico.

Las dificultades dogmáticas que plantea este enfoque, especialmente evidentes a raíz del impulso legislativo que en los últimos años ha recibido la función social de la propiedad privada de la vivienda, han llevado a parte de la doctrina a apostar por una concepción absoluta —y no relativa— del contenido esencial. Desde esta perspectiva, la función social vendría a delimitar el contenido del derecho de propiedad, pero no su núcleo esencial, que permanece invariable frente a los fines sociales o colectivos⁷³. En apoyo de esta tesis resulta decisiva la literalidad del art. 33.2 CE, que dispone que la función social de la propiedad «delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes», pero no afirma que ese «contenido» equivalga a su «contenido esencial», el cual opera como un límite infranqueable para el legislador. Bajo esta interpretación, la función social actuaría como una finalidad legítima que el legislador debe considerar al delimitar el contenido del derecho y que opera como un límite externo al contenido esencial, de tal forma que quedaría preservado un «contenido esencial mínimo indisponible» para el legislador conectado con la utilidad individual⁷⁴. Cobra aquí sentido la vieja teoría civilista de los límites y limitaciones⁷⁵.

⁷³ Entre los más representativos de esta postura cabe mencionar a Colina Garea (1997: 267), Messía de la Cerda Ballesteros (2020: 3448) y Verdera Server (2023: 910-911). Asimismo, en apoyo de esta tesis, resultan de obligada referencia, aunque aún pendiente de publicación en la fecha en la que el presente trabajo se redacta, las aportaciones de la profesora María Teresa Alonso Pérez, presentadas en calidad de ponente en las XIII Jornadas de la Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, bajo el título «La función social como elemento delimitador del contenido del derecho de propiedad de la vivienda».

⁷⁴ Esta perspectiva parece ser la adoptada por muchas legislaciones autonómicas que regulan deberes para los propietarios, considerándolos no tanto como elementos integrantes del contenido del derecho de propiedad de la vivienda, sino como instrumentos para que la propiedad de la vivienda cumpla su función social. Así, por ejemplo, ocurre con el deber de uso efectivo, el cual es solo concebido como integrante del derecho de propiedad en el art. 117 de la Ley extremeña 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda, y en el art. 1.2 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias.

⁷⁵ Teoría que, para quienes sostienen una concepción absoluta del contenido esencial —como Roca Trías (2024: 276)—, resulta ya «obsoleta».

Ahora bien, con independencia de la tesis que a este respecto se adopte, consideramos que podría ser predicable de ambas la idea de la existencia de un doble contenido esencial: por un lado, un contenido esencial común e irreductible para todos los bienes sobre los que puede recaer la propiedad; y, por el otro, un contenido esencial variable o mudable, determinado en atención a la función social específica que corresponde a cada categoría de bienes⁷⁶. Desde este planteamiento, existiría un reducto último del contenido del derecho de propiedad indisponible para el legislador, que, por ser común a todos los tipos de bienes sobre los que puede recaer la propiedad privada, deriva necesariamente de su carácter de «prototipo o paradigma de los derechos reales»⁷⁷. La dificultad radica en la fijación de ese contenido esencial indisponible, tarea que puede abordarse desde dos enfoques complementarios y, al mismo tiempo, convergentes, que coinciden con las vías que el TC identificó tempranamente para la fijación del núcleo irreductible de todo derecho. El primero, de carácter estructural, comprende «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro», esto es, las facultades inherentes al propio derecho. El segundo, de naturaleza funcional, atiende a la función o finalidad que el derecho cumple para su titular y, por ende, se vincula con los intereses jurídicamente protegidos que constituyen la esencia misma de los derechos subjetivos⁷⁸.

En lo que concierne al derecho de propiedad privada, el enfoque estructural se proyectaría sobre las facultades esenciales del dominio, que no pueden ser otras que las que recoge el art. 348 CC⁷⁹, es decir, el uso, el disfrute y la disposición del bien. El legislador dispone de un amplio margen para modular, delimitar o condicionar el ejercicio de tales facultades mediante la activación de la función social, pero lo que no puede hacer en ningún caso es excluirlas de tal manera que desnaturalice el derecho hasta hacerlo irreconocible. Desde esta perspectiva, tanto la imposición de deberes y cargas a los propietarios —previsión en el art. 11 LDV y práctica común en las legislaciones autonómicas— como la concreción normativa de facultades —art. 10 LDV—

⁷⁶ Tesis esta que empieza a ganar cada vez más peso en la doctrina. Véanse, entre otros, Aguilera Vaqués (2018: 709-710), Aragón Reyes (2024: 281) y Mas Badía (2024: 192).

⁷⁷ Así la definió Díez-Picazo (1978: 67).

⁷⁸ STC 192/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11).

⁷⁹ Dicho precepto constituye el punto de referencia indiscutible de la doctrina mayoritaria a la hora de determinar el contenido esencial del dominio; véanse, a título de ejemplo, Montés Penadés (1980: 229) y Simón Moreno (2023: 152). A *contrario sensu*, Colina Garea (1997: 227).

constituyen una modulación legítima de las prerrogativas del propietario en tanto que su derecho siga siendo reconocible. Frente a la opinión doctrinal que considera que la definición normativa de facultades excede la intervención natural del poder público y reduce el dominio a un haz de prerrogativas administrativas otorgadas por la ley⁸⁰, sostenemos que dicha previsión no erosiona, *per se*, la sustancia del derecho, pues toda facultad presupone la posibilidad de ejercitarla o abstenerse, de modo que la regulación establece solo los márgenes compatibles con el interés general. Es más, aunque la intervención natural del poder público en la propiedad a través de su función social se ha venido proyectando sobre el aspecto pasivo del derecho, mediante la imposición de deberes y cargas al propietario, convendría que el legislador explorara también el plano activo, pues las facultades del titular no solo satisfacen necesidades individuales, sino que atienden intereses generales al garantizar vivienda, generar crédito y dinamizar la economía, actuando como mecanismo de protección social⁸¹. Cuestión distinta es la idoneidad y el alcance de las facultades previstas en la LDV, que incluye las tres genéricas del art. 348 CC —uso, disfrute y disposición— y dos adicionales cuya integración en el esquema dominical resulta discutible y que, a nuestro juicio, poco o nada contribuyen a la delimitación del derecho de propiedad de la vivienda. La primera corresponde al derecho de consulta de las Administraciones públicas sobre la situación urbanística de la vivienda (art. 10.1.b), derecho que, en cualquier caso, detenta cualquier ciudadano en virtud del art. 5 TRLSRU. La segunda se refiere a la facultad de realizar obras de conservación, rehabilitación, accesibilidad universal, ampliación o mejora en las condiciones establecidas por la Administración (art. 10.1.c), facultad que se prevé también como deber del propietario (art. 11.1.b) y que, de hecho, ya se deriva de las prerrogativas de uso, disfrute y disposición. En definitiva, el contenido del art. 10 LDV confirma de forma contundente que el precepto de referencia en la materia continúa siendo el art. 348 CC⁸². Por su parte, el art. 11 LDV establece una serie de deberes y cargas —como la obligación de uso efectivo de la vivienda, su conservación, mantenimiento y rehabilitación, así como obligaciones de información— que, en principio, no parecen implicar la pérdida ni la exclusión de las facultades dominicales, sino que regulan y condicionan su ejercicio. Todo ello nos permite sostener que, aun tras las modulaciones introducidas al derecho de propiedad privada, el clásico derecho real sigue siendo reconocible en la LDV.

⁸⁰ Véase, en esta dirección, Guilarte Gutiérrez y Lucas Murillo de la Cueva (2025: 222).

⁸¹ En la doctrina, apunta a la necesidad de explorar este plano activo Messía de la Cerda Ballesteros (2020: 3451-3452).

⁸² Así lo ha subrayado también Alonso Pérez (2024: 210).

La cuestión que inmediatamente se plantea es si la mera reconocibilidad de las facultades dominicales resulta suficiente para afirmar la existencia del derecho de propiedad, incluso con independencia de la utilidad concreta que de ellas pueda derivar su titular o, en su caso, en ausencia total de beneficio. Desde esta perspectiva emerge el denominado enfoque funcional, que vendría a atender a la utilidad individual o provecho que el bien reporta a su titular. En este sentido, el legislador puede delimitar la utilidad individual de la propiedad para equilibrarla de manera proporcionada con la función social; sin embargo, como reconocen de manera unánime la doctrina y la jurisprudencia españolas, debe garantizarse un mínimo de rentabilidad o de extracción de utilidades orientadas a satisfacer los intereses del titular⁸³. La principal dificultad reside en precisar ese umbral mínimo de rentabilidad o utilidad que constituye el contenido esencial, lo que suscita cuestiones tanto sustantivas como procesales. En el plano sustantivo, el desafío consiste en determinar la utilidad que un bien reporta a su titular, atendiendo a que dicha utilidad es variable y no admite una medida uniforme o universal. Entre los criterios propuestos por la doctrina, la rentabilidad económica real o potencial neta⁸⁴ —ya sea mediante explotación directa o enajenación— constituye, a nuestro juicio, el parámetro más objetivo y aproximado para valorar tal utilidad. En esta dirección, las restricciones impuestas a la propiedad privada no pueden anular completamente esa rentabilidad, pues ello equivaldría a una privación o ablación del derecho, solo legítima a través de la expropiación con indemnización conforme a lo previsto en el art. 53.1 CE, so pena de inconstitucionalidad. Desde un prisma procesal, la dificultad es aún mayor, pues el derecho de propiedad carece de tutela mediante recurso de amparo, de modo que el criterio de la utilidad económica parece revelarse insuficiente como límite efectivo frente al legislador en el marco de un juicio abstracto de constitucionalidad, ya que no permite determinar la utilidad mínima aceptable para cada propietario. A ello se suman dos agravantes: la primera, que el criterio de la rentabilidad o utilidad económica exige al TC razonar desde una

⁸³ Dicha exigencia se vuelve especialmente evidente cuando la propiedad recae sobre la vivienda, puesto que, como señala la STC 37/2022, de 10 de marzo (RTC 2022, 37), la vivienda constituye simultáneamente el soporte y marco para el ejercicio de diversos derechos fundamentales y, a la vez, un activo patrimonial de singular relevancia. Esa doble dimensión impide concebir la vivienda como un derecho patrimonial intrínsecamente antieconómico o carente de utilidad.

⁸⁴ Seguimos aquí el criterio propuesto por Vaquer Caballería (2025: 173), de tal manera que la utilidad económica del bien vendría representada por los ingresos que efectivamente se obtienen o podrían obtenerse tras descontar todos los gastos, impuestos y costes asociados.

perspectiva económica, apoyándose en datos estadísticos o empíricos, lo cual excede su función habitual, y la segunda, que el vaciamiento de la utilidad de la propiedad rara vez se deriva de una única norma, sino de la acumulación de varias disposiciones, lo que complica la fiscalización constitucional, en la medida en que la posibilidad de integrar el conjunto normativo carece de cobertura expresa en nuestro ordenamiento y, además, la complejidad de la distribución competencial hace que dicha labor resulte en muchos casos impracticable.

Frente a las dificultades expuestas, se ha propuesto acudir a la técnica de la sentencia interpretativa, que, pese a su carácter controvertido, permitiría al TC fijar parámetros generales aplicables tanto a casos concretos como a legislación futura⁸⁵. Asimismo, se ha subrayado la conveniencia de implementar mecanismos de evaluación de la calidad normativa en materia de vivienda (García Teruel y Nasarre Aznar, 2022: 196-208). De igual modo, se ha enfatizado la necesidad de complementar el respeto al límite del contenido esencial con la aplicación del juicio de proporcionalidad articulado en los tres escalones —adecuación, necesidad y ponderación—, el cual permite evaluar la legitimidad de la intervención pública, distinguiendo las medidas delimitadoras admisibles de aquellas desproporcionadas, y señalando el límite entre la delimitación y la expropiación⁸⁶. No obstante, debe advertirse que en la aplicación de este juicio subsiste el problema procesal descrito: sin recurso de amparo, el TC no puede cuantificar de manera abstracta la merma patrimonial que cada titular podría experimentar como consecuencia de la medida. Ello no impide, sin embargo, que el TC valore de manera general si los límites impuestos al poder del propietario son proporcionales, pudiendo apoyarse para ello en la extensa jurisprudencia del TEDH sobre este juicio⁸⁷.

Las aproximaciones del TC a los problemas aquí planteados se caracterizan por una relativa falta de densidad dogmática y una tendencia *in dubio*

⁸⁵ Vaquer Caballería (2025: 173).

⁸⁶ Mas Badía (2024: 192-198).

⁸⁷ Como se desprende del estudio de Martínez Escribano (2025: 51-52), la jurisprudencia del TEDH ha desarrollado criterios destinados a equilibrar los intereses del propietario y del ocupante de la vivienda. De este modo, se admite que el propietario soporte determinadas restricciones, como la suspensión temporal del lanzamiento, siempre que sean de breve duración o vayan acompañadas de una compensación que asegure la proporcionalidad de la medida. Asimismo, se consideran proporcionadas otras consecuencias que afectan al propietario, como la pérdida de la vivienda en una ejecución hipotecaria o la limitación legal de rentas para favorecer el acceso a la vivienda de terceros.

pro-legislatoris que la doctrina no ha dejado de subrayar⁸⁸. En efecto, el TC ha sostenido una interpretación particularmente favorable a la delimitación legislativa del derecho de propiedad, lo que le ha llevado a avalar la constitucionalidad de la mayor parte de las medidas adoptadas que restringen facultades de los propietarios⁸⁹. Desde sus primeros pronunciamientos, se observa una relativización del contenido esencial del derecho, reducido a una vaporosa utilidad individual y cuya configuración queda confiada al legislador conforme a la función social. Así lo muestran decisiones paradigmáticas, como la STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37), que consideró constitucional la expropiación temporal del uso y disfrute de tierras agrícolas durante doce años porque no privaba al propietario de toda utilidad económica; la STC 227/1988, de 29 de noviembre (1988, 227), que interpretó el límite temporal de setenta y cinco años de los derechos de aprovechamiento de aguas públicas como una delimitación del contenido del derecho; la STC 89/1994, de 17 de marzo (RTC 1997, 89), que estimó la constitucionalidad de la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento urbano, unida a una congelación de la renta, entendiendo que se trataba de una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible, o la STC 164/2001, de 11 de julio (RTC 2001, 164), que vino a legitimar la intervención estatal para regular las condiciones básicas de la propiedad urbana y garantizar la igualdad entre propietarios, admitiendo que el contenido y disfrute del derecho dependa de las diversas políticas urbanísticas adoptadas en cada ciudad. Ahora bien, conviene subrayar que en tales pronunciamientos el TC se ha limitado, en lo sustancial, a formular precisiones fragmentarias acerca del contenido esencial del derecho, sin llegar a una verdadera sistematización de este y prescindiendo, con frecuencia, de un juicio de proporcionalidad. En los últimos años se advierte, de hecho, un abandono explícito de este juicio, sustituido por el denominado «canon de razonabilidad», de menor rigor, que se limita a verificar la existencia de un equilibrio justo entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁹⁰. Ello ha provocado un debilitamiento progresivo del

⁸⁸ Algunas críticas en Verdera Server (2023: 884-887) y Mas Badía (2024: 171).

⁸⁹ Baño León (2008: 1794) sostiene, en este sentido, que, «como la función social del derecho de propiedad justifica *a priori* cualquier limitación y resulta prácticamente imposible evaluar, en un juicio abstracto de inconstitucionalidad, la desproporción de una obligación o restricción, la garantía constitucional de la propiedad —excluida la garantía expropiatoria— se reduce prácticamente a cero». Messía de la Cerda Ballesteros (2020: 3446) se cuestiona por ello si esta interpretación es la que realmente se deriva del texto constitucional o si se corresponde con la intención del constituyente.

⁹⁰ Sobre el abandono del juicio de proporcionalidad por parte del TC, véase Simón Moreno (2023: 156-158).

control de constitucionalidad sobre las medidas legislativas restrictivas de las facultades dominicales, derivando en un escrutinio cada vez más tenue sobre el respeto al contenido esencial y la proporcionalidad de las limitaciones.

Esta tendencia se refleja con especial nitidez en la STC 16/2018, de 22 de febrero (RTC 2018, 16), relativa a la imposición del deber de uso de la vivienda. En dicha resolución, el TC declaró la compatibilidad de la norma con la Constitución⁹¹, si bien precisando que no se trataba de un auténtico deber jurídico impuesto al propietario, sino de un objetivo de política pública destinado a orientar la actuación de los poderes públicos en materia de vivienda. De este modo, el TC eludía pronunciarse sobre la cuestión nuclear de si la medida, en cuanto limitadora del derecho de propiedad, vulnera su contenido esencial, al tiempo que descartaba expresamente que las restricciones introducidas por el legislador a este derecho deban someterse al test de proporcionalidad. Esta interpretación resulta, cuando menos, discutible, pues si se admite que el legislador está constitucionalmente habilitado para delimitar el contenido del derecho de propiedad privada mediante la imposición de deberes y cargas, siempre que no se comprometa su contenido esencial, carece de justificación reducir este deber a un mero mandato programático. En realidad, a nuestro juicio, el eje central del debate constitucional no radica en la proclamación abstracta de un deber general de uso, sino en la intensidad con la que dicho deber se hace exigible y en las consecuencias jurídicas aparejadas a su incumplimiento. Desde este punto de vista, conviene advertir que la LDV no anuda consecuencias jurídicas concretas al incumplimiento del uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda (art. 11.2), lo que dificulta cuestionar su constitucionalidad desde la óptica del respeto al contenido esencial del derecho de propiedad. Distinta es la situación de determinadas leyes autonómicas que han previsto sanciones económicas al incumplimiento de este deber⁹², las cuales, de resultar desproporcionadas en relación con el valor del bien, podrían, a nuestro juicio, considerarse incons-

⁹¹ Este es el pronunciamiento más relevante en la materia, pero debe advertirse que otras muchas sentencias del TC han confirmado la constitucionalidad del deber de uso efectivo en la vivienda impuesto por las legislaciones autonómicas: SSTC 32/2018, de 12 de abril (RTC 2018, 32); 43/2018, de 26 de abril (RTC 2018,43); 80/2018, de 5 de julio (RTC 2018, 80); 106/2018, de 4 de octubre (2018, 106), y 8/2019, de 17 de enero (RTC 2019, 8).

⁹² Se prevén sanciones económicas exclusivamente para personas jurídicas en Navarra, que oscilan entre los 30 000 y los 300 000 euros (arts. 66.1 y 67.10.c de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra), así como en Andalucía, que pueden llegar a alcanzar hasta 9000 euros (arts. 53.1.a y 61 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía).

titucionales. Otras comunidades autónomas han optado por medidas más drásticas, como la expropiación temporal de uso⁹³ o, incluso, la expropiación plena del inmueble⁹⁴ para su destino a alquiler social. Pese a su severidad, consideramos que tales expropiaciones, siempre que estén acompañadas de la correspondiente compensación económica al titular, no implican, *stricto sensu*, una vulneración del contenido esencial; ahora bien, desde la óptica del juicio de proporcionalidad, podrían llegar a reputarse inconstitucionales cuando existan alternativas menos gravosas para el propietario capaces de satisfacer el mismo fin de interés general.

La misma línea interpretativa sigue la STC 26/2025, de 29 de enero (JUR 2025, 7178), sobre las medidas de contención de rentas en las ZMRT. No obstante, en esta ocasión, el análisis introduce precisiones sustantivas relevantes que, si bien no resultan concluyentes, refuerzan la consideración de la utilidad económica, real o potencial, como criterio material de delimitación del derecho. En particular, el TC sostiene que las medidas de control de rentas no inciden en el contenido esencial del derecho de propiedad, por cuanto lo que se ve afectado es una mera expectativa de beneficio económico, pero no la capacidad objetiva del bien de generar rendimiento. En apoyo de esta tesis, subraya que el límite de renta se vincula al valor de mercado de la zona y que su vigencia es temporal, lo que garantiza a los propietarios una rentabilidad acorde con la situación de la zona y evita que el derecho de propiedad resulte cercenado o irreconocible. En coherencia con su jurisprudencia más reciente, el TC recurre nuevamente al canon de razonabilidad para valorar la medida, destacando la existencia de una relación equilibrada entre los medios empleados y la finalidad perseguida, consistente en favorecer el acceso a un precio asequible. Al mismo tiempo, reconoce de forma indirecta la existencia de un parámetro de control más estricto en la jurisprudencia del TEDH, que ha considerado desproporcionadas ciertas limitaciones de rentas al imponer sacrificios excesivos a los propietarios; no obstante, el TC subraya que la LDV no reproduce tales escenarios, pues las reducciones previstas en aquellas resoluciones eran de mucha mayor entidad⁹⁵.

⁹³ En el País Vasco, la expropiación temporal del uso de la vivienda se prevé únicamente en zonas de acreditada demanda y necesidad de vivienda, sin distinción entre personas físicas o jurídicas (arts. 57 y 59 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda).

⁹⁴ Se contempla la expropiación plena de la vivienda en Cataluña exclusivamente respecto de personas jurídicas (art. 7 de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética).

⁹⁵ Así lo ha entendido también Martínez Escribano (2025: 49), concluyendo, tras el análisis de la jurisprudencia del TEDH, que la medida adoptada de contención de rentas introducida por la LDV podría considerarse proporcional.

Especial referencia merece el voto particular formulado en esta última sentencia. Frente a la posición mayoritaria, que se limita a verificar de forma tenue la razonabilidad de la medida, los magistrados discrepantes la reputan inconstitucional cuando la limitación de la renta se aplica a propietarios que no son grandes tenedores. Su argumentación no se centra en la noción de contenido esencial del derecho, sino en la quiebra del equilibrio entre la finalidad perseguida y la intensidad de la restricción impuesta a esta categoría de propietarios, reivindicando implícitamente la centralidad del juicio de proporcionalidad que el TC ha tendido a debilitar progresivamente. Este desplazamiento del eje argumental resulta, a nuestro juicio, acertado y necesario, puesto que la legitimidad del tratamiento diferenciado de los titulares de viviendas —ya sea por su condición de persona física o jurídica, o por el número de inmuebles que poseen— requiere ser evaluada mediante un examen de proporcionalidad que considere el impacto concreto de la medida respecto de cada categoría concreta de propietarios. Buena parte de la doctrina civilista se ha mostrado especialmente crítica con la diversificación de este régimen, recordando que la función social se proyecta sobre la propiedad de la vivienda con independencia de su titular, de modo que un trato jurídico diferenciado carecería de base constitucional⁹⁶. En la misma dirección, el TEDH ha señalado que la carga social y financiera derivada de garantizar el acceso a la vivienda no puede recaer de forma exclusiva sobre un grupo concreto de propietarios⁹⁷. Ahora bien, sin desconocer la complejidad técnica de la cuestión, consideramos que tales objeciones no resultan plenamente convincentes si se asume que la función social no impone una respuesta uniforme, sino que admite modulaciones razonables cuando existen diferencias relevantes en la posición económica y en la capacidad de incidencia de cada grupo sobre el mercado de la vivienda. De hecho, en tiempos de crisis, una medida que respeta el contenido esencial del derecho puede ser proporcionada para unos determinados sujetos —aquellos en condiciones de soportar restricciones más severas por su mayor capacidad de incidencia en el mercado—, y, al mismo tiempo, no proporcionada para otros⁹⁸. Esta distinción subraya la importancia del juicio de proporcionalidad como instrumento de equilibrio. Solo un análisis específico, diferenciado y contextualizado de este test para cada grupo de titulares puede garantizar que

⁹⁶ En este sentido, Verdera Server (2023: 912).

⁹⁷ STEDH de 28 de enero de 2014 (asunto *Bittó y otros c. Eslovaquia*).

⁹⁸ López y López (2022: 33) cree que es un problema clásico que las concreciones limitativas de la propiedad privada se destinen a un conjunto de destinatarios indeterminados y advierte que, en ciertos casos de la LDV, sin una más tajante discriminación, no se puede salvar la proporcionalidad ni la razonabilidad.

la medida sea verdaderamente legítima y coherente con los fines de interés general que persigue, evitando que se convierta en una mera penalización de un determinado grupo de propietarios, aspecto que, a nuestro juicio, el TC no ha abordado todavía de forma convincente.

En definitiva, el problema en la doctrina del TC no radica tanto en la mayor o menor corrección de las soluciones alcanzadas en cada fallo, sino en la carencia de un pronunciamiento sólido y sistemático sobre los dos ejes estructurales que hoy vertebran el debate doctrinal contemporáneo sobre el derecho de propiedad privada: por un lado, la determinación de su contenido esencial, elemento imprescindible para fijar su núcleo indisponible y garantizar su tutela constitucional, y, por el otro, la articulación rigurosa del juicio de proporcionalidad, cuya ausencia dificulta una evaluación precisa de la legitimidad de las restricciones legales⁹⁹. En pocas sentencias el TC ha tenido la ocasión de analizar la constitucionalidad de las medidas introducidas para hacer frente a la crisis habitacional desde la perspectiva del derecho de propiedad privada, lo que explica la situación de incertidumbre que aún predomina en la materia. La STC 26/2025, de 29 de enero (JUR 2025, 7178), introduce, aunque de manera tangencial, precisiones relevantes, y abre la puerta a un desarrollo doctrinal más consistente. Cabe esperar que el Tribunal continúe por esta línea, especialmente ante el creciente recurso del legislador a la función social de la propiedad privada de la vivienda como instrumento para afrontar la crisis habitacional.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La crisis habitacional que atraviesa España ha evidenciado no solo las fragilidades estructurales y las incoherencias del modelo residencial, sino también las limitaciones de nuestro marco jurídico-constitucional para garantizar de manera efectiva el derecho a la vivienda. Su configuración en el art. 47 CE como un principio rector, carente de eficacia directa y de una posición subjetiva exigible, relega su efectividad a la voluntad del legislador, de forma que, en ausencia de una concreción normativa sólida, este derecho permanece en gran medida como un ideal incumplido.

La LDV constituye el primer intento estatal de articular una respuesta normativa integral, pero sus avances siguen siendo insuficientes. A pesar de sus referencias a estándares europeos e internacionales y de sus loables proclamaciones, la norma se decanta por una configuración fundamentalmente objetiva del derecho, lo que se traduce en algunas medidas de fomento y de planifi-

⁹⁹ Comparte esta línea de pensamiento Mas Badía (2024: 193).

cación orientadas a la vivienda social, aunque desprovistas de compromiso presupuestario, así como, sobre todo, en una intervención sobre el mercado privado. Con ello se elude una reforma estructural del modelo residencial que lo haga menos vulnerable a la lógica del mercado y se traslada a los propietarios gran parte del ajuste de un sistema históricamente débil, apoyándose, para tal intervención, en la función social de la propiedad privada de la vivienda (art. 33.2 CE), sin fortalecer paralelamente la posición subjetiva de quienes carecen de medios para acceder a una vivienda digna.

Las restricciones al derecho de propiedad privada introducidas en la LDV, en continuidad con las legislaciones autonómicas previas, desdibujan la clásica distinción entre derecho público y privado, y plantean complejas cuestiones de encaje constitucional. El TC ha descartado vicios de inconstitucionalidad en medidas como el deber de uso efectivo de la vivienda, la contención de rentas en las ZMRT o el régimen diferenciado entre personas físicas, jurídicas y grandes tenedores, confirmando su compatibilidad con el marco constitucional al venir legitimadas por la función social de la propiedad privada de la vivienda. No obstante, este reconocimiento no resuelve la tensión estructural entre la efectividad del derecho a la vivienda y la preservación del contenido esencial del derecho de propiedad. El problema de fondo radica en la falta de una doctrina constitucional sistemática que aborde dos cuestiones fundamentales: por un lado, la determinación de ese núcleo indisponible del derecho de propiedad, para lo que aquí se propone acudir a la rentabilidad económica neta real o potencial del bien, y, por el otro, la articulación, pese a las dificultades derivadas de la falta de acceso al amparo, del juicio de proporcionalidad, lo que permitiría al TC nutrirse de una extensa jurisprudencia del TEDH en la materia.

En definitiva, la vivienda en España sigue siendo un derecho formalmente proclamado, pero materialmente insatisfecho. Mientras su garantía dependa de medidas fragmentarias que buscan efectividad a corto plazo, continuará reproduciéndose la misma vulnerabilidad estructural. La superación de esta situación exige no solo reforzar el parque público de vivienda y replantear el modelo residencial, sino también consolidar una doctrina constitucional robusta que logre equilibrar la función social de la propiedad con la preservación de su contenido esencial. Solo así podrá transformarse el derecho a la vivienda en una garantía efectiva, sin restricciones arbitrarias a otros derechos constitucionales y conforme a las exigencias propias de un Estado social y democrático de derecho.

Bibliografía

- Aastveit, K. A., Juelsrud, R. E. y Wold, E. G. (2022). *The leverage-liquidity trade-off of mortgage regulation*. Oslo: Norges Bank. Disponible en: <https://is.gd/jYxfIF>.
- Aguilera Vaqués, M. (2018). Artículo 33. En P. Pérez Tremps y S. Saiz Arnaiz (dirs.) y C. Montesinos Padilla (coord.). *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Tomo I. Libro homenaje a Luis López Guerra* (pp. 705-715). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alonso Pérez, M. T. (2024). La configuración del contenido de derecho de propiedad de la vivienda en la Ley 12/2023. En A. Gálvez Criado (dir.). *Aspectos civiles y procesales de la Ley de vivienda* (pp. 189-232). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Aragón Reyes, M. (2024). Contenido esencial y función social de la propiedad privada. En A. Betancor Rodríguez (coord.). *Instituciones del Estado democrático de Derecho, conversaciones* (pp. 279-281). Madrid: Fundación Rafael del Pino y BOE.
- Argelich Comelles, C. (2023). *Ley por el derecho a la vivienda*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Arnaiz Ramos, R. (2016). Las actuaciones legislativas sobre el derecho de propiedad por razón de la protección del derecho a una vivienda digna. En M. Vaquer Caballería, J. Ponce Solé y R. Arnaiz Ramos (dirs.). *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda* (pp. 197-242). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Balaguer Pérez, A. (2018). *El derecho a la vivienda en el Derecho constitucional europeo*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Baño León, José M.^a (2008). «El contenido esencial de la propiedad en el contexto del derecho europeo». En *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo* (vol. 2; pp. 1781-1796). Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- Bolliger, E., Bruhin, A., Fuster, A. y Ganarin, M. (2025). The effect of macro-prudential policies on homeownership: evidence from Switzerland. *Journal of Urban Economics*, 146, 10374. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.jue.2025.103749>.
- Busto Lago, J. M. (2023). Consideraciones jurídico-privadas en torno al acceso a la vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda. *Foro Galego: Revista Xurídica*, 214, 9-47.
- Castillo Martínez, C. C. (2025). A vueltas con el derecho a la vivienda y la normativa actual que lo regula: breve revisión de ciertas cuestiones y algunas consideraciones críticas. *Revista Claves Jurídicas*, 1, 22-52.
- Colina Gareta, R. (1997). *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona: Bosch.
- Defensor del Pueblo (2024). *Informe anual 2024*. Madrid: Defensor del Pueblo.
- Díez-Picazo, L. (1978). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (vol. 2). *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, L. (1991). Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución. En S. Martín Retortillo (coord.). *Estudios sobre la Constitución*

- española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (pp. 1257-1270). Madrid: Civitas.
- Ezquiaga Domínguez, I. (2024). *El sistema ya no financia burbujas: escasez de vivienda y caída del crédito: un análisis del período 1998-2023 que cuestiona el modelo residencial español*. Madrid: Fundación de las Cajas de Ahorros.
- Fernández Farreres, G. (2024). Algunas consideraciones a propósito del derecho de propiedad, su función social y el contenido esencial del derecho como límite a la ley. En A. Betancor Rodríguez (coord.). *Instituciones del Estado democrático de Derecho, conversaciones* (pp. 283-286). Madrid: Fundación Rafael del Pino y BOE.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1991). *Manual de Derecho urbanístico*. Madrid: Publicaciones Abella.
- García Cantero, G. (2014). El «escondido» derecho a la vivienda y su posible actuación por los operadores jurídicos. En M. R. Alonso Pérez. *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica* (pp. 31-58). Cizur Menor: Aranzadi.
- García de Enterría, E. (1958). La Ley del suelo y el futuro del urbanismo. *Anuario de Derecho Civil*, 11 (2), 485-510.
- García de Enterría, E. (2001). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (4.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.
- García Teruel, R. M. y Nasarre Aznar, S. (2022). Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 789, 183-223.
- Gavara de Cara, J. C. (2024). El derecho a la vivienda: un terrible derecho. Problemática de su dimensión objetiva en la Ley por el derecho a la vivienda. *Revista de Derecho Político*, 119, 41-70. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.119.2024.40410>.
- Guilarte Gutiérrez, V. y Lucas Murillo de la Cueva, E. (2025). La ley por el derecho a la vivienda: su constitucionalidad y otras cuestiones. *Derecho Privado y Constitución*, 46, 183-228. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.46.05>.
- Jimena Quesada, L. (2013). El derecho a la vivienda: la complejidad jurídica de un acceso y disfrute básicos. En F. J. Ansuátegui Roig y J. M. Rodríguez Uribes (coords.), G. Peces-Barba Martínez y E. Fernández García (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales* (vol. 4). Tomo VI (pp. 1739-1807). Madrid: Dykinson.
- Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta.
- Leguina Villa, J. (1994). El régimen constitucional de la propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*, 3, 9-28.
- López Ramón, F. (2014). El derecho subjetivo a la vivienda. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34 (102), 49-91.
- López y López, A. M. (2022). Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda. *Cuadernos de Derecho Local*, 59, 14-34. Disponible en: <https://doi.org/10.61521/cuadernosderecholocal.59.908>.

- Macho Carro, A. (2024). *Tutela multinivel del derecho a la vivienda: posibilidades y límites en el ordenamiento español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martín Mateo, R. (1967). El Estatuto de la propiedad inmobiliaria. *Revista de Administración Pública*, 52, 101-150.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (2017). El derecho constitucional a la vivienda. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 57, 375-389.
- Martínez Escribano, C. (2025). La vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión integradora del derecho a la vivienda y el derecho de propiedad. *Revista de Derecho Civil*, 12 (1), 1-56.
- Martos Calabrús, M. A. (2024). El destino preferente de la vivienda a uso habitacional como política pública de vivienda tras la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho de la vivienda. *La Ley Derecho de Familia*, 41, 1-20. Disponible en: <https://is.gd/Q047lO>.
- Mas Badía, M. D. (2024). Un «soka-tira» sobre la Ley por el Derecho a la Vivienda. Comentario a la Sentencia 79/2024, de 21 de mayo. *Revista de Derecho Civil*, 11 (5), 167-205.
- Messía de la Cerda Ballesteros, J. A. (2020). La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 782, 3417-3465.
- Montés Penadés, V. L. (1980). *La propiedad en la Constitución de 1978*. Madrid: Civitas.
- Muñoz Castillo, J. (2000). *El derecho a una vivienda digna y adecuada: eficacia y ordenación administrativa*. Madrid: Colex.
- Muñoz Pérez, D. (2019). *Reconstrucción del derecho a la vivienda en España: una nueva perspectiva constitucional*. Madrid: Wolters Kluwer España.
- Nasarre Aznar, S. (2022). *El Proyecto de Ley de vivienda 2022*. Madrid: Fedea. Disponible en: <https://bit.ly/3pj7L9G>.
- Nasarre Aznar, S. (2023). Ley de Vivienda: el Estado renuncia a cumplir con el art. 47 de la Constitución. *El Notario del Siglo XXI*, 109. Disponible en: <https://tinyurl.com/4aypkb7d>.
- Nasarre Aznar, S. y Simón Moreno, H. (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 89 (739), 3063-3122.
- Observatorio de Emancipación del Consejo de la Juventud de España (2025). *Balance General. Segundo semestre de 2024*. Madrid: Consejo y Juventud de España.
- Observatorio de vivienda y suelo del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana (2024). *Boletín especial Vivienda Social*. Madrid: Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana.
- Pareja Eastaway, M. y San Martin, I. (1999). General trends in financing social housing in Spain. *Urban Studies*, 36 (4), 699-714.
- Ponce Solé, J. (2017). El derrumbe de un mito: la vivienda es un derecho subjetivo constitucional y legalmente reconocido y exigible judicialmente: propuestas

- para su mejor regulación futura. *Revista Institucional de la Defensa Pública*, 7 (11-12), 122-174.
- Prats Albentosa, L. (2022). Derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada y derecho a la propiedad de vivienda. A Propósito del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda. *Revista Jurídica del Notariado*, 115, 131-174.
- Quintía Pastrana, A. (2022). Más allá del art. 47 de la Constitución Española: derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 6, 115-153. Disponible en: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_6_2022_989.
- Roca Trías, E. (2024). Función social de la propiedad. En A. Betancor Rodríguez (coord.). *Instituciones del Estado democrático de Derecho, conversaciones* (pp. 271-278). Madrid: Fundación Rafael del Pino y BOE.
- Rodotà, S. (1986). *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*. Madrid: Civitas.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2018). Artículo 33. En E. Arnaldo Alcubilla, J. Remón Peñalver, M. Pérez Manzano, I. Borrajo Iniesta, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M. E. Casas Baamonde (eds.). *Comentarios a la Constitución española* (vol. 1). *Tomo I* (pp. 1147-1175). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Simón Moreno, H. (2014). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivencia en relación al derecho español. *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, (16), 162-187.
- Simón Moreno, H. (2023). La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda. *Derecho Privado y Constitución*, 42, 139-177. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.42.04>.
- Vaquer Caballería, M. (2016). Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica. En M. Vaquer Caballería, J. Ponce Solé y R. Arnaiz ramos (eds.). *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda* (pp. 13-60). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Vaquer Caballería, M. (2025) La vivienda como función social y la rentabilidad como contenido esencial de la propiedad. *Teoría y Realidad Constitucional*, (55), 141-179. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.55.2025.45032>.
- Verdera Server, R. (2023). Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada. *Anuario de Derecho Civil*, 76 (3), 859-988. Disponible en: <https://doi.org/10.53054/adc.v76i3.10099>.

FILIACIÓN DERIVADA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Legal parentage and surrogacy arrangements

M.^a CARMEN PLANA ARNALDOS
Universidad de Murcia
mcarmenp@um.es

Cómo citar/Citation

Plana Arnaldos, M.^a C. (2025).

Filiación derivada de la gestación por sustitución.

Derecho Privado y Constitución, 47, 63-99.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.47.02>

(Recepción: 7/7/2025; aceptación tras revisión: 30/9/25; publicación: 18/12/2025)

Resumen

La gestación por sustitución suscita un debate ético y jurídico que tiene que ver con los derechos fundamentales de las madres gestantes y los nacidos fruto de estos procedimientos. A pesar de la declaración de nulidad del contrato, los tribunales españoles han determinado la filiación de los menores nacidos en países en que está permitido este procedimiento con los padres de intención españoles, ya sea filiación biológica, ya sea por adopción, con base en el principio fundamental de interés superior del menor. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la reciente sentencia del Tribunal Constitucional han seguido la línea marcada por las instancias internacionales, en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La instrucción de la DGSJFP de 2025 ha modificado sustancialmente la situación.

Palabras clave

Gestación por sustitución; derechos fundamentales; filiación; orden público; interés superior del menor.

Abstract

Surrogacy raises ethical and legal debates concerning the fundamental rights of surrogate mothers and children born as a result of these procedures. Despite the declaration of nullity of the contract, Spanish courts have determined the filiation of children born in countries where this procedure is permitted with their Spanish intended parents, whether biological filiation or adoption, based on the fundamental principle of the best interests of the child. Both the case law of the Supreme Court and the recent ruling of the Constitutional Court have followed the line set by international bodies, in particular the European Court of Human Rights. The 2025 DGSJFP instruction has substantially changed the situation.

Keywords

Surrogacy arrangements; fundamental rights; legal parentage; public order; best interests of the child.

SUMARIO

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: 1. La gestación por sustitución, un debate abierto. 2. Situación legislativa en España. 3. El contrato de gestación subrogada. II. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN: 1. Doctrina del TEDH: 1.1. *Determinación de la filiación cuando existe un vínculo biológico con el padre de intención*. 1.2. *Determinación de la filiación con la madre de intención*. 1.3. *Padres de intención sin relación biológica con el menor*. 2. La doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado y Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública: relato de un desencuentro y panorama actual: 2.1. *Las instrucciones de la DGRN de 2010 y 2019 y la doctrina del Tribunal Supremo*. 2.2. *La Instrucción de 28 de abril de 2025 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución*. III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 27 DE FEBRERO DE 2024: 1. Circunstancias del caso. 2. La doctrina de la sentencia y su coordinación con la del Tribunal Supremo y la legislación ordinaria. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, UN DEBATE ABIERTO

Recientes decisiones legislativas y judiciales han traído de nuevo a la primera plana de la actualidad la denominada gestación por sustitución o gestación subrogada¹. De forma recurrente podemos encontrar casos que han suscitado interés mediático, ya sea por la identidad de los implicados, o por las características del supuesto (parejas del mismo sexo, madres de intención en solitario, u otras situaciones que se alejan de la «familia convencional»). En esta ocasión, la novedad que atrae la atención sobre esta realidad viene del campo jurídico. De un lado, el Tribunal Constitucional ha dictado la primera sentencia sobre gestación por sustitución, concediendo el amparo a una madre de intención a la que se le había denegado la adopción de un menor nacido mediante este procedimiento. En esencia, el alto tribunal,

¹ «Gestación por sustitución» es el término legal en España para este procedimiento, tal como recoge el art. 10 LTRHA. Esta denominación también la utilizan tanto la DGSJFP como el TC.

como también ha hecho el Tribunal Supremo, ha seguido la línea marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Junto con ello, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha dictado la Instrucción de 28 de abril de 2025 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, que supone una modificación sustancial de la situación existente hasta el momento.

La gestación subrogada plantea una situación compleja y paradójica en los Estados en los que no está permitida, como es el caso de España. El respeto al veto, entendido como principio de orden público interno, según considera la jurisprudencia², se ha de compaginar con la defensa de los derechos fundamentales del menor fruto de tal proceso; sin olvidar la posible vulneración de los derechos de las madres gestantes. El debate ético y social planteado trasciende fronteras y tiene reflejo tanto en las opciones legislativas como en las decisiones jurisprudenciales.

La comprensión de los problemas que se plantean no puede obviar que los contratos de maternidad subrogada presentan un elemento transfronterizo³. La nulidad de estos convenios en numerosos ordenamientos jurídicos no ha impedido que ciudadanos de estos países acudan a esta práctica a través de agencias intermediarias. Estos ciudadanos de países en los que no es legal viajan a otros Estados con legislaciones permisivas para contratar la gestación por sustitución y volver a su país de origen con un menor, en relación con el cual figuran como padres conforme a la legislación del país de nacimiento. Normalmente, los padres de intención regresan a su país con el menor, con una certificación oficial registral o una sentencia del país de nacimiento, en la que consta que el menor, nacido por gestación subrogada, es «hijo» de las personas que contrataron la gestación, y no de la madre que da a luz.

Son precisamente estos supuestos de determinación de la filiación de menores nacidos por gestación subrogada en países en los que está permitido, con respecto a padres de intención españoles, los que se han planteado ante los tribunales de nuestro país. Ante la realidad ineludible de la existencia de un menor cuyo interés superior se ha de proteger, la cuestión de la determinación de la filiación se convierte en lo esencial; con todo, ello no puede hacer que perdamos de vista otros intereses y derechos en juego que también se han de proteger.

² Por todas, SSTs (Pleno) de 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833), de 31 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1190) y de 4 de diciembre de 2024 (JUR 2024/451378).

³ El derecho internacional privado ha fijado su atención en el problema y, fruto de ello, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya ha venido estudiando desde 2011 las cuestiones de derecho internacional privado relativas a la filiación legal de los niños en los contratos internacionales de gestación por sustitución. Véase: <https://is.gd/wlxF2r>.

2. SITUACIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA

Nuestro ordenamiento jurídico no ampara la gestación por sustitución. El art. 10 de la LO 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero⁴. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (art. 10.2); quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (art. 10.3). En consecuencia, un contrato de gestación por sustitución celebrado en España sería nulo y se determinaría la filiación materna por el parto, y, en su caso, la filiación paterna biológica.

En coherencia con este régimen, la Ley 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2020, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, incluye la gestación por sustitución entre las formas de violencia contra las mujeres. En el preámbulo de esta norma se declara el «compromiso de respuesta frente a vulneraciones graves de los derechos reproductivos que constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres, como la gestación por subrogación». En el capítulo III (formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva), el art. 32 reitera la nulidad del contrato y establece que «se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas». Por ello, conforme al art. 33: «En

⁴ Doctrina y jurisprudencia ofrecen diversas definiciones. Así, para Lamm (2013: 24) es una «forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente». La SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (AC\2011\1561) entiende que «consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos». Aunque podemos buscar ciertos antecedentes históricos (*vid.* Lamm, 2013: 19) y también la referencia en el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A/HRC/37/60) (2018: 6, 16), disponible en: <https://is.gd/UWm1B6>, la configuración y el auge actual de esta práctica están ligados al desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida.

coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese».

Complementando la norma anterior, la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre) considera ilícita la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución (art. 3.a, párrafo tercero, incluido por la disposición final 1.1 de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero), y el art. 6.2 atribuye legitimación en el ejercicio de las acciones contra la publicidad que promueva las prácticas comerciales de gestación por sustitución a entidades y organizaciones de defensa de la mujer y al Ministerio Fiscal.

En suma, se hace una llamada a las Administraciones públicas para divulgar la ilegalidad de la gestación por sustitución, y se prohíbe la publicidad de las agencias de mediación que ofertan esta práctica y actúan como mediadores; todo ello con base en la consideración de que constituye una manifestación de violencia contra las mujeres, atenta contra su dignidad, y vulnera los derechos y valores reconocidos en la Constitución⁵.

Estas normas ponen el foco en las agencias de intermediación, cuya función básica es poner en contacto a los padres de intención con la gestante. La intervención de estas agencias es esencial para el desarrollo de lo que se ha convertido en un gran negocio, en el que los grandes beneficiados son precisamente estos intermediarios.

Las cifras sobre el inmenso negocio que se ha creado en torno a la gestación subrogada son difíciles de obtener, pero nos puede dar una idea la referencia que se hace en la «llamada a contribuciones» para el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas sobre la gestación subrogada y la violencia contra las mujeres y las niñas⁶, donde se señala: «En los últimos años, la demanda global de gestación subrogada ha aumentado significativamente, convirtiéndola en un negocio multimillonario, con un valor de mercado estimado en más de 14 mil millones de dólares en 2022 y proyectado a alcanzar los 129 mil millones de dólares en

⁵ Aunque de forma puntual y bastante tímida, parece que el Ministerio de Igualdad inicia la senda marcada por la ley; recientemente, el Instituto de la Mujer, con base en un informe de la Abogacía del Estado, ha denunciado a varias agencias por publicar «servicios de vientres de alquiler» (véase <https://www.inmujeres.gob.es/actualidad/noticias/2025/DemandaGestacionporSustitucion.htm>).

⁶ Se presentará ante la Asamblea General en octubre de 2025.

2032»⁷. Y, como afirmaba el Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños de 15 de enero de 2018, los intermediarios suelen ser quienes perciben los mayores beneficios y crean mercados y redes nacionales y transnacionales de gestación por sustitución a gran escala⁸.

A pesar de ello, lo cierto es que se sigue ofertando y publicitando. Una simple búsqueda en internet nos devuelve multitud de resultados en los que podemos ver ofertas de servicios de gestación por sustitución que, con una apariencia idílica de «futuros padres y madres» con preciosos bebés y niños, intentan fomentar la demanda con planteamientos que se podría considerar que banalizan la gestación: «¿Qué escoger, ser madre o mantenerse en forma?». O apelan a «no perder el ritmo laboral»⁹. Las ofertas incluyen diferentes modalidades y «extras» (intentos limitados o ilimitados, tiempo de espera para el nacimiento, elección de sexo, diagnóstico genético preimplantacional...) y diferentes precios ofertados en «paquetes»¹⁰. Si la publicidad, prohibida por ley, llama la atención, el contenido de esta resulta cuanto menos perturbador, al incluir «servicios vip», como la «garantía de nacimiento de un bebe sano» o «100 % de garantía de volver a casa con un niño», además del «reembolso total en caso de resultado negativo»¹¹.

El Tribunal Supremo ha señalado expresamente que si hay algo que favorece estos contratos es la «lógica perversa de un mercado» donde, por un lado, estas agencias de intermediación actúan sin ninguna traba, haciendo publicidad de su actividad contraria a la dignidad de las personas y de los derechos reconocidos en la Constitución, en contra del art. 3 de la Ley General de Publicidad y sin que las Administraciones competentes adopten iniciativa alguna¹².

La condena de la gestación por sustitución no se extiende en nuestro ordenamiento al ámbito penal, no existe un tipo específico (para ninguno de

⁷ Véase: <https://is.gd/Krx08K>.

⁸ Véase: <https://is.gd/UWm1B6>.

⁹ Véase el informe del Observatorio de la Imagen de las Mujeres *Análisis de la Publicidad de la Gestación por Sustitución*, de 2023, en el que se hace un análisis de esta publicidad, que se lleva a cabo en internet y ferias. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/observatorios/observImg/informes/docs/AnalisisPublicidadGestacionPorSustitucion2023.pdf>.

¹⁰ Entre otras muchas: <https://biotexcom.net/servicios/#maternidad-subrogada>, <https://gestlifesurrogacy.us/>, <https://interfertility.es/>, <https://maternidad-subrogada-centro.es/> y un largo etcétera, muchas de ellas con dominio español (.es).

¹¹ Por ejemplo, <https://maternidad-subrogada.es/vip>.

¹² STS de 31 de marzo de 2022, FJ 4, apdo. 6

los sujetos que interviene, intermediarios, padres intencionales o gestante). Con todo, en los delitos relativos a la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, el art. 221 del Código Penal castiga las conductas de aquellos que, «mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación». Lo que también se aplica a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero (art. 221.2).

Lo cierto es que no existen condenas directamente derivadas de gestación subrogada. Sin embargo, la STS de 31 marzo de 2022 ha señalado que «conductas vinculadas con este tipo de contratos, en las que, mediante compensación económica se entregue a otra persona un hijo o cualquier menor, pueden ser encuadradas en el art. 221.1 del Código Penal cuando se hayan eludido los procedimientos legales aplicables a la guarda, acogimiento o adopción». En realidad, esta consideración no pasa de ser una «llamada de atención» sobre la ilegalidad de esta práctica y la posibilidad de que derive en un delito¹³.

El motivo principal que impide la condena penal es que estos procedimientos se realizan fuera de España, en países en los que esta práctica está permitida y regulada. De este modo, el principio de territorialidad de las normas penales impide, en principio, la persecución de estas conductas en España¹⁴.

Podemos encontrar en el entorno jurídico europeo un ejemplo de condena penal. La reciente reforma en Italia de la Ley 40/2004, sobre procreación médicamente asistida, incluye como delito la subrogación de la maternidad realizada en el extranjero por ciudadanos italianos. El art. 12.6 de la ley citada ya establecía dos supuestos delictivos, a los que asigna la misma pena: la realización, organización o publicidad del comercio de gametos o embriones, y

¹³ En sentido similar, Castellanos (2024: 131).

¹⁴ El principio de territorialidad tiene una excepción en relación con los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia de las mujeres y la violencia doméstica y el delito de trata de seres humanos (véase en <https://is.gd/8KvRDn>), por lo que podría plantearse la tipificación de estas conductas realizadas en el extranjero con base en su consideración como una forma de violencia contra la mujer —véase art. 23.4, apartados l) y m), LOPJ—. Pero lo cierto es que en el Convenio no se hace referencia directamente a este supuesto y, de otro lado, perseguir como delito universal esas conductas presupone que, en todo caso, son situaciones de violencia contra la mujer, lo que no está tan claro, por ejemplo, en casos en los que se recurre a la gestación altruista en un país en que está permitido y se cumplen los requisitos exigidos.

la realización, organización o publicidad de la maternidad subrogada¹⁵. La reforma legal añade un último inciso al precepto, precisando, en relación con la maternidad subrogada, que, si los hechos se cometen en el extranjero, los ciudadanos italianos serán castigados con arreglo a la legislación italiana; es decir, los actos serán punibles, aunque se realice en un Estado en que sea legal esa práctica. La doctrina ha puesto de manifiesto, entre otras consideraciones, que, desde el punto de vista disuasorio, la penalización de estas conductas puede tener un evidente efecto, pero también podría tener el efecto de disuadir a los «padres de intención» de establecer la filiación con el menor, al menos con respecto al progenitor no biológico, lo que, a la postre, perjudicaría el interés superior del menor, constitucionalmente protegido¹⁶.

Nuestra legislación, como se ha señalado, no va tan lejos. Probablemente se considera razonable excluir a los padres de intención de las reglas punitivas por la comprensión social que existe hacia su situación y su legítimo deseo de ser padres; y, en el fondo, por la protección del interés del menor¹⁷. Cuestión diferente sería plantear el reproche penal a los intermediarios que incumplan las normas prohibitivas de la publicidad o fomenten la realización de una práctica ilegal.

El debate jurídico ha llegado también a la jurisdicción social. La Sala de lo Social del TS sentó su doctrina en la Sentencia (Pleno) de 25 de octubre de 2016¹⁸, reconociendo el derecho a la prestación por maternidad, adopción o acogimiento prevista por el art. 48 del Estatuto de los Trabajadores, y preceptos que lo desarrollan, al padre de dos niñas nacidas de un proceso de gestación por sustitución¹⁹. Doctrina que mantiene tanto si el progenitor es biológico como si no. La base principal que sustenta esta decisión es el interés superior del menor, puntualizando el Tribunal que no le corresponde pronunciarse sobre la determinación de la filiación ni sobre la posibilidad de la inscripción, que ya se había producido. Esta jurisprudencia reconoce el derecho de los trabajadores que han tenido hijos (la filiación está determinada

¹⁵ Para el médico se prevé la pena accesoria de suspensión del ejercicio de la profesión por un tiempo de entre uno y tres años (art. 12.9). Y para la empresa o intermediario (*struttura*) a través de la que se realiza el procedimiento se prevé una pena de suspensión de la autorización para realizar técnicas de reproducción asistida (art. 12.10)

¹⁶ Sobre esta reforma legal, véase Di Lella (2024: 450-465).

¹⁷ Como señala Quicios Molina (2019: 5), esta tolerancia ineludiblemente conlleva la expansión de la gestación por sustitución y la demanda de regulación permisiva en los países donde no se admite, para que pueda conseguirse en casa, con todas las garantías del ordenamiento interno, lo que algunos privilegiados pueden conseguir fuera.

¹⁸ RJ 2016 6167.

¹⁹ Esta doctrina se reitera en las SSTs, Sala 4.ª, de 16 de noviembre de 2016, de 30 de noviembre de 2016 y de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2016, 6152, 6514, y 2017, 6015).

y consta la inscripción en el RC). A juicio del Tribunal, la nulidad del contrato no suprime la necesidad de la prestación, que se encuentra en el cuidado y asistencia de los hijos durante el período posterior al nacimiento por parte de cualquiera de los padres por naturaleza, adopción o acogimiento²⁰.

3. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA

El desarrollo de la gestación por sustitución se basa en un contrato entre los padres de intención y la gestante. Este contrato plantea cuestiones jurídicas que tienen que ver tanto con su contenido como con la determinación de la filiación del nacido.

Desde el punto de vista de su contenido, estos contratos presentan cláusulas que afectan claramente a la dignidad e intimidad de la gestante. Es difícil conocer el contenido de estos convenios, ya que, al no estar permitidos en nuestro ordenamiento, el acceso a ellos no es fácil. Lo que sabemos se basa en las sentencias que reflejan las cláusulas contractuales, o parte de estas, de contratos transfronterizos que despliegan su eficacia en países en que esta práctica está permitida, y también a través de la oferta publicitaria, y de los informes internacionales sobre esta materia²¹.

Así, las obligaciones que derivan de estos contratos, en los países en los que se permite, son, para la gestante, consentir en ser fecundada a través de las técnicas de reproducción asistida, seguir las instrucciones médicas durante el embarazo, gestar el feto hasta su nacimiento, entregar el recién nacido a los padres comitentes, renunciar a los derechos de filiación a favor de estos últimos y cooperar en los procedimientos judiciales dirigidos a garantizar que ella y su cónyuge (en su caso) han renunciado a la patria potestad.

En el caso de los comitentes, se obligan a asumir la paternidad o maternidad de los nacidos, así como a pagar el precio, en su caso, además de hacerse cargo de los gastos médicos del embarazo y el parto. Junto con ello, asumen, como obligación derivada del contrato conexo de intermediación, la obligación de pagar a la agencia.

Llaman poderosamente la atención las obligaciones que asumen las gestantes. Entre otras, según se deriva de la STS de 31 marzo 2022²², someterse a tantas transferencias embrionarias como sean precisas, renunciar a la confi-

²⁰ Sobre esta jurisprudencia, véase Quicios Molina (2019: 25-30).

²¹ *Vid.*, sobre el contrato de gestación por sustitución y sus efectos, Sánchez Jordán (2020: 1-31) y Múrtula Lafuente (2022b: 134-190).

²² Por el contrario, en la STS de 4 de diciembre de 2024 se señala que no se ha aportado el contrato, a pesar de estar anexo a la resolución judicial extranjera cuya validez se pretende.

dencialidad médica, no poder abortar excepto para preservar su propia vida, someterse a pruebas de diagnóstico prenatal, amniocentesis, etc., dar a luz por cesárea, salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto natural, e incluso poder ser mantenida con vida con un soporte vital médico para salvar al feto. Otras obligaciones tienen que ver con sus hábitos de vida, como seguir una dieta adecuada, abstenerse de relaciones sexuales, no consumir drogas, alcohol o tabaco, o restringir su libertad de movimiento y residencia, prohibiéndole salir de la ciudad o alejarse del hospital elegido para el nacimiento. Como ha puesto de manifiesto el TS, estas condiciones contractuales constituyen una intromisión en la dignidad y la autonomía personal de la gestante, además de en sus derechos a la intimidad y a la integridad física y moral.

Estos contratos tienen como finalidad la determinación de la filiación del nacido con los padres de intención²³. Así, la renuncia *ab initio* a la filiación (en favor de los padres de intención), presente en todos los contratos (tanto «comerciales» como «altruistas»), es, junto con la gestación, la principal obligación de la madre gestante. Esta renuncia a la maternidad, que no admite revocación, es contraria a los principios y valores protegidos en nuestro ordenamiento jurídico y no puede, sin duda, ser argumentada como título de determinación de la filiación. Precisamente sobre este aspecto, la validez del consentimiento de la gestante que renuncia a la maternidad, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de Portugal²⁴. Enfrentado a la decisión sobre la constitucionalidad de la regulación de la gestación por sustitución altruista (Ley 25/2016, de 22 de agosto, sobre gestación por sustitución), modificando la LPMA, de procreación medicamente asistida (Ley de 26 de julio de 2006), declaró la inconstitucionalidad de parte de la ley²⁵, imponiendo como límites, además de la gratuidad, la revocabilidad del consentimiento de la madre gestante en cualquier fase del procedimiento, ya que afecta a derechos fundamentales como la dignidad (el ser humano no puede ser reducido a mero objeto), tanto de la gestante como del nacido.

Como bien se ha señalado, lo que verdaderamente se somete a la consideración de los tribunales españoles no es el contrato, sino la determinación de la filiación del menor²⁶. Sin embargo, admitiendo que la determinación de

²³ En este sentido, la STS de 2014 considera que no puede disociarse el contrato de gestación por sustitución de la determinación de la filiación (fundamento de derecho tercero, 11).

²⁴ Entre los pocos países de nuestro entorno europeo que permiten la gestación subrogada, aunque solo la altruista, están Portugal, Grecia y el Reino Unido.

²⁵ SSTC portugués 225/2018, de 24 de abril, y 465/2019, de 18 de septiembre.

²⁶ Farnós Amorós (2022: 1289-1290). Según la autora, «el contrato no puede ser el objeto del reconocimiento. Ni ha de ser, por lo mismo, el obstáculo al mismo» (nota 29).

la filiación ha de ser enjuiciada sobre la base del interés superior del menor, se ha puesto de relieve certeramente que los verdaderamente irresolubles son los reparos que podríamos llamar contractuales: por su objeto y causa, el contrato de gestación por sustitución no encaja en los esquemas que conocemos, pues se instrumentaliza y patrimonializa (sea oneroso o gratuito el contrato) un atributo personalísimo de la mujer, como es su capacidad de gestación de la vida humana. En virtud del contrato, la gestante es instrumentalizada y puesta al servicio del deseo de tener hijos de los beneficiarios²⁷. La STS de 4 de diciembre de 2024 es muy clara, al afirmar: «[...] lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté “validado” por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paternofilial [...]».

Se ha mantenido por alguna doctrina que el contrato de gestación por sustitución no vulneraría la dignidad de la mujer si el consentimiento emitido fuera totalmente libre²⁸, de manera que, en la línea de lo establecido por el TC portugués, se podría plantear una regulación de la gestación por sustitución altruista con libre desistimiento de la madre gestante; sin embargo, la nulidad del contrato deriva no solo del consentimiento, sino de la propia finalidad perseguida, que es la gestación por una mujer, renuncia a la filiación del nacido y entrega a los padres de intención. Por otro lado, como se ha señalado en la doctrina, la regulación de la gestación por sustitución altruista no es una panacea, ya que aquellos padres de intención que no cumplan los requisitos o no consigan acudir a este modelo seguirán viajando a países donde se permite la gestación por sustitución comercial²⁹.

En suma, la nulidad del contrato deriva no solo del art. 10 de la TRHA, sino de la ilicitud de la causa.

La nulidad conlleva que se deshagan los desplazamientos eventualmente realizados, imponiendo el art. 1.303 del Código Civil a las partes la restitución recíproca de las prestaciones efectuadas, sin que sea posible la confirmación o convalidación del negocio. Los comitentes se verían *privados* del recién nacido, mientras que la mujer gestante quedaría obligada a restituir el precio o compensación económica que hubiera recibido, así como a quedarse con el menor, a pesar de haber renunciado a su filiación, y con independencia de cuál fuera su

²⁷ Quicios Molina (2019: 7-9).

²⁸ Vela, 2024: 3.

²⁹ Quicios Molina pone el ejemplo del Reino Unido, donde esto ocurre (2019: 10).

situación. Nos encontramos así en una situación de difícil solución: ante un contrato que es nulo y, por tanto, no susceptible de sanación por ninguna vía, que ha producido no obstante una *consecuencia material*, el nacimiento de un niño, que no puede ser eliminada, y que, además, implica la necesidad de tener en cuenta el interés del menor³⁰.

Puede suscitar dudas si la nulidad se predica solo del contrato entre la gestante y los padres de intención, o alcanza al contrato entre los comitentes y la agencia intermediaria. Algunas decisiones de las AP de Barcelona y Zaragoza han estimado las demandas de incumplimiento e indemnización de los padres intencionales frente a las agencias intermediarias, por no conseguir el resultado perseguido, sobre la base de considerar la existencia de un contrato de obra y no de servicios, al no limitarse la obligación asumida por la agencia intermediaria a la prestación de un servicio de asesoramiento, sino que se extiende a la obtención de un resultado concreto, consistente en el nacimiento de un niño o niña (para ello se fijan especialmente en la cláusula contractual de «garantía de éxito»)³¹. Esta jurisprudencia no declara la nulidad del contrato y obvia las consecuencias de esta³². Estas resoluciones se refieren al contrato con la agencia, pero parece más que razonable considerar que la unidad causal de estos contratos los convierte también en nulos por causa ilícita, lo que no se ve reflejado en estas decisiones. Si tenemos en cuenta que el «negocio» está fundamentalmente en estos intermediarios, desvincular los contratos, y no apreciar la nulidad del contrato con la agencia, supone dar carta de naturaleza a un elemento esencial de este procedimiento, cuya causa única vulnera nuestro ordenamiento y sus principios. El procedimiento de gestación subrogada es nulo de por sí, y los diferentes contratos que integran tal procedimiento, vinculados necesariamente entre sí por su finalidad, son nulos por causa ilícita.

Es probable que, como se ha puesto de relieve³³, se pretendan evitar las consecuencias restitutorias de la nulidad *ex art.* 1306 CC (nulidad por causa torpe), en virtud de lo cual las agencias podrían negarse a restituir lo recibido³⁴. Sin embargo, la SAP de Barcelona de 8 de septiembre de 2022

³⁰ Sánchez Jordán, 2020: 135.

³¹ SAP de Barcelona de 15 de enero de 2019 (JUR 2019, 255479), SAP de Barcelona de 8 de julio de 2019 (JUR 2019, 269284), SAP de Barcelona de 28 de noviembre de 2019 (JUR 2019, 335488), y SAP de Zaragoza de 15 de febrero de 2019 (JUR 2019, 185867).

³² *Vid.* el análisis de esta jurisprudencia y de los contratos de gestación por sustitución y sus consecuencias jurídicas en Sánchez Jordán (2020: 1-31).

³³ Vaquero Pinto, 2024: 8.

³⁴ La SAP de La Rioja de 29 de julio de 2022 (JUR 319156) niega el reembolso exigido por la comitente a su exmarido de lo pagado a la agencia de intermediación, entendiendo para ello que hay un contrato con eficacia vinculante.

(JUR 2022, 328502) declara la nulidad del contrato (con la agencia) y aplica el art. 1306.2.º CC, al entender que concurría culpa de una sola de las partes (la agencia de intermediación), solución más que razonable y adecuada a nuestro ordenamiento jurídico.

Las controvertidas consecuencias de la nulidad, especialmente en lo que se refiere a que la nulidad impida determinar la filiación con los padres de intención, han de tener en cuenta la realidad de la existencia de un menor cuya filiación se ha de determinar, considerando, como señalan el TEDH y los tribunales españoles, el interés superior del menor. En todo caso, la determinación de la filiación no puede derivar del contrato, porque la autonomía de la voluntad no tiene reconocido este alcance en nuestro ordenamiento jurídico³⁵.

II. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Especialmente relevante y problemática para la determinación de la filiación es la disociación entre gestación y maternidad. Es cierto que la excepción a la regla de que la maternidad se determina por el parto (*mater semper certa est*) la encontramos en la adopción, pero la peculiaridad de la gestación subrogada reside en que esta disociación se produce por un acuerdo previo entre la gestante y los padres de intención³⁶. Es precisamente la base contractual la que produce una grave distorsión, como ya se ha señalado, porque introduce un elemento que en nuestro sistema jurídico es propio del ámbito patrimonial y ajeno al ámbito de la filiación.

La disociación se produce siempre y necesariamente en relación con la mujer que da a luz, pero biológicamente el material genético femenino puede provenir de la madre comitente³⁷. Lo mismo ocurre en relación con el material genético masculino, que puede provenir del padre comitente o de un tercero (donante).

Las autoridades y tribunales españoles se enfrentan a una situación compleja, ya que han de resolver sobre «hechos consumados», situaciones en las que la filiación ha sido determinada en el país de origen y el menor se encuentra en un entorno familiar estable bajo el cuidado de los padres de

³⁵ Quicios Molina, 2019: 11.

³⁶ En este sentido, el informe del Comité de Bioética de España sobre maternidad subrogada: <https://is.gd/TYdPQ6>.

³⁷ Se distingue entre «gestación subrogada tradicional», en la que la gestante aporta sus óvulos, y la «gestacional», en que la gestante solo aporta la gestación. *Vid.* Castellanos (2024: 128) y Cabezudo Bajo (2017: 87-88).

intención. Así, lo cierto es que los menores nacidos en el extranjero fruto de un proceso de gestación por sustitución han sido reconocidos en nuestro país como hijos de los comitentes, ya sea por reconocimiento de los efectos en España de las sentencias judiciales extranjeras que declaran la filiación, ya sea por la vía de la adopción. Parece claro que de este modo se incumple de manera flagrante el art. 10.1 de la LTRHA. Pero, aún más importante, se incumple la *ratio* que motiva esta norma restrictiva en nuestro ordenamiento, explícita en la LO 1/2023, que, como se ha señalado, califica la gestación por sustitución como una vulneración grave de los derechos reproductivos, lo que constituye una manifestación de la violencia contra las mujeres.

El interés superior del menor se revela como elemento fundamental a tener en cuenta. Así, según considera la Relatora Especial de las Naciones Unidas: «Independientemente de si el Estado en cuestión adopta un enfoque prohibicionista, tolerante, normativo o de libre mercado respecto a los contratos de gestación por sustitución, el interés superior del niño debe constituir siempre la base de la adopción de decisiones»³⁸.

Es precisamente este principio de interés del menor, aplicado al caso concreto, lo único que permite explicar la determinación de la filiación de los padres de intención con el nacido fruto de la gestación por sustitución.

1. DOCTRINA DEL TEDH

El TEDH ha tenido que resolver las reclamaciones de ciudadanos de países europeos que no permiten la gestación por sustitución, ante la negativa de las autoridades de sus países a reconocer la filiación establecida en el país de nacimiento de los menores. En estos casos, tanto las reclamaciones como la decisión se han basado en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que recoge el derecho al respeto de la vida privada y familiar de toda persona.

Las pautas marcadas por el TEDH resultan bastante claras y han influido decisivamente en las resoluciones de los tribunales nacionales de los Estados³⁹.

Esta doctrina obliga a los Estados a considerar el interés superior del menor en caso de gestación por sustitución, incluso si esta práctica es ilegal en su legislación interna. La negativa absoluta al reconocimiento de la filiación

³⁸ Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas de 2019 sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A 74/162).

³⁹ Storrow (2018: 67-68) hace un análisis de la influencia de la doctrina del TEDH en la legislación y las decisiones de los tribunales de los países europeos.

entre el menor y los comitentes no es compatible con dicho interés. Sin embargo, el Tribunal no exige que el reconocimiento se realice necesariamente mediante la transcripción del certificado de nacimiento o el reconocimiento de la resolución judicial extranjera, reconociendo el margen de apreciación de cada Estado para elegir el método que entienda que mejor protege al menor.

En los casos en los que no existe vinculación biológica entre el menor y los padres de intención, se considera lícito que exista un control judicial interno por parte de las autoridades nacionales, que atienda a las circunstancias del caso concreto, a la vez que proteja el orden público interno.

Además, a pesar de tener en cuenta la existencia de una vida familiar efectiva y continuada, aclara que no existe un derecho a la maternidad/paternidad, reflejo del libre desarrollo de la personalidad, que sea protegible al amparo del derecho a la vida familiar, ya que tal derecho presupone la previa existencia de una familia⁴⁰.

1.1. *Determinación de la filiación cuando existe un vínculo biológico con el padre de intención*

Los primeros casos resueltos por el TEDH sobre gestación subrogada, fundamentales para marcar las pautas en la materia, son *Mennesson c. Francia* (as. 65192/11) y *Labassee c. Francia* (as. 65941/11), resueltos en la sentencia de 26 de junio de 2014. Tratan sobre la negativa de Francia a reconocer la filiación legal establecida en EE. UU. (las resoluciones judiciales estadounidenses estaban inscritas en el Registro Civil de aquel país) entre niños nacidos por gestación subrogada y las parejas heterosexuales que recurrieron a este método, prohibido en Francia. En ambos casos, los hombres aportaron su material genético, y los óvulos procedían de donantes.

Los demandantes alegaban que esta negativa vulneraba el art. 8 del CEDH, que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar. El TEDH consideró que la injerencia era «conforme a derecho» y perseguía fines

⁴⁰ El Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas de 2019, antes citado, declara, en el mismo sentido, que el derecho internacional no prevé un «derecho a tener un hijo». El enfoque basado en el «derecho a tener un hijo» se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos». Según Valero Heredia (2019: 430), la libertad de procreación forma parte del libre desarrollo personal, pero no debe confundirse con la existencia de un derecho a la reproducción que incluya como instrumento para hacerlo efectivo la gestación por sustitución, en la medida en que esta implica que la madre gestante se limite a aceptar, mediante el recurso a una relación contractual de carácter mercantil, las condiciones de un contrato de gestación para otros, que es distinto a decidir ejercer, en su ámbito de libertad individual, un derecho a procrear.

legítimos como la «protección de la salud» y la «protección de los derechos y libertades de los demás». Francia justificó su postura en la voluntad de disuadir a sus ciudadanos de recurrir a una práctica prohibida, con el objetivo de proteger a los menores y a las madres gestantes.

Sin embargo, al examinar si se da un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, con especial referencia al principio fundamental según el cual, siempre que estén implicados menores, debe prevalecer su interés superior, el Tribunal subrayó que debía prevalecer el interés superior del menor. Consideró que la negativa absoluta a reconocer cualquier vínculo de filiación, incluso con el padre biológico, afectaba a la identidad de los menores en la sociedad francesa y no respetaba su vida privada. Por tanto, la imposibilidad total de establecer un vínculo legal de filiación vulneraba el derecho de los menores a su identidad personal.

Así pues, la primera conclusión que podemos extraer de esta jurisprudencia es que la negativa absoluta a determinar el vínculo de filiación, cerrando la inscripción en los registros nacionales y negando también otras formas de filiación cuando existe un vínculo biológico con el padre comitente, es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH), que está asociado al derecho a la propia identidad del menor, y este, a su vez, con el establecimiento de un vínculo de filiación. El interés superior es el elemento decisivo para tener en cuenta, pero también tiene en cuenta el elemento biológico.

Con posterioridad, el TEDH ha reiterado esta doctrina en otros casos como *Foulon y Bouvet contra Francia* (sentencia de 21 de octubre de 2016) y *Laborie contra Francia* (sentencia de 19 de enero de 2017), que han sido resueltos de forma similar (art. 8 CEDH).

1.2. Determinación de la filiación con la madre de intención

El primer dictamen del TEDH en materia de gestación por sustitución, de 10 de abril de 2019, fue a raíz de la solicitud de la Cour de Cassation francesa como consecuencia de la sentencia *Menesson contra Francia*. El Tribunal considera que, reconocida la paternidad del padre biológico (a su vez, padre de intención), el derecho al respeto a la vida privada del menor (art. 8 CEDH) exige que la legislación nacional ofrezca también la posibilidad de reconocer un vínculo de filiación con la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento como «madre legal», aunque no sea su madre biológica.

El Tribunal señala que la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre la persona nacida y la madre de intención puede ser contraria al interés del menor, al tener consecuencias negativas en varios aspectos de la vida privada de este, como no tener acceso a la nacionalidad de la madre, el derecho a heredar o su relación con ella si los padres comitentes se divorcian

o el padre fallece, así como la ausencia de identificación legal de las personas responsables de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar.

Ahora bien, también establece la «libre apreciación» de cada Estado para la elección de los medios por los cuales es posible permitir este reconocimiento. El interés del niño es que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible, cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica, pero no exige la inscripción en el Registro Civil nacional del certificado de nacimiento extranjero, sino que puede realizarse a través de la adopción.

En la sentencia de 16 julio 2020 (caso *D. contra Francia*) el TEDH siguió el mismo criterio, aunque existía vínculo genético entre el menor y la madre comitente. En este caso, los demandantes obtuvieron la transcripción del acta de nacimiento ucraniana en relación con la filiación paterna, pero no con la materna. Al exigir el derecho francés que la madre de intención siguiera el procedimiento de adopción para ver reconocida su filiación, los padres comitentes acudieron al Tribunal europeo. La sentencia entiende que no se vulneran los arts. 8 y 14 (igualdad y no discriminación) al obligar a la madre al proceso de adopción, ya que se garantiza un mecanismo eficaz, ágil y no discriminatorio.

Esta decisión, centrada en los derechos del menor, plantea, sin embargo, la cuestión de la posible discriminación entre el padre biológico y la madre de intención que también ha aportado su material genético. La cuestión, sobre la que no se ha pronunciado el Tribunal, es compleja, porque la realidad de la gestación por sustitución lo es: en estos casos solo hay un padre biológico y, sin embargo, hay dos posibles madres, aquella que ha aportado su material genético y la que ha dado a luz, y hay que proteger los derechos de las dos. Determinar la maternidad por el material genético de la madre supone desconocer la realidad de la existencia de la gestante y, desde un punto de vista jurídico, prescindir de la regla según la cual la maternidad viene determinada por el parto. Otra cosa es que, en interés del menor, se establezca la filiación con respecto a la madre de intención mediante la adopción.

El criterio del TEDH mantiene la regla de la maternidad determinada por el parto, al mismo tiempo que obliga a establecer un mecanismo para determinar la filiación materna con la madre de intención para salvaguardar los derechos del menor.

1.3. *Padres de intención sin relación biológica con el menor*

El caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* trata sobre la puesta en acogida por los servicios sociales de un menor de nueve meses nacido en Rusia mediante gestación subrogada contratada por una pareja italiana. La documentación presentada para la inscripción del menor había sido falseada, haciendo figurar

al niño como hijo biológico de los padres de intención, cuando no lo era. Estos denunciaron la retirada del niño y la negativa a registrar en Italia el certificado de nacimiento ruso que reconocía la filiación.

En 2015, el TEDH consideró que Italia había vulnerado el art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar). Sin embargo, la Gran Sala revocó esta decisión en 2017, concluyendo que no existía una «vida familiar» protegida por el art. 8, debido a la falta de vínculo biológico y a la corta duración de la convivencia con el menor. Además, consideró legítimo que Italia limitara el reconocimiento de la filiación a casos con base biológica o bien a la adopción legal, con el fin de proteger a los menores y reafirmar la competencia estatal en esta materia.

Cinco jueces discreparon, considerando que sí existía una vida familiar *de facto*, y que el Estado se entrometió ilegítimamente al declarar al menor en situación de abandono solo por la ilegalidad del procedimiento. A pesar de lo discutible de la solución, lo relevante de esta sentencia, como explicó el Tribunal de Justicia, es la consideración de que puede existir una vida familiar *de facto*, protegible por el art. 8 CEDH, atendiendo a los vínculos personales existentes entre los padres intencionales y el niño, el papel asumido por estos y el tiempo transcurrido juntos⁴¹.

Este mismo criterio es el que siguió el TEDH en la sentencia de 18 de mayo de 2021 (caso *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*), que no aprecia vulneración del art. 8 en la denegación de la inscripción en el Registro de la relación paterno-filial establecida en el extranjero entre el menor nacido por gestación subrogada en EE. UU. y la pareja comitente, un matrimonio de dos mujeres, con las que el menor no tenía vínculo biológico. El menor estaba en acogimiento con las dos mujeres y, en virtud de la ley islandesa, tenía la nacionalidad. Las mujeres pidieron la adopción, pero retiraron la solicitud al separarse. El art. 8, señala el Tribunal, no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. En todo caso, los derechos del menor se entendieron protegidos porque siempre estuvo al cuidado de las mujeres, luego, no se ha vulnerado el derecho a la vida familiar.

2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA: RELATO DE UN DESENCUENTRO Y PANORAMA ACTUAL

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, en la única sentencia en que se ha pronunciado sobre un supuesto de gestación por

⁴¹ En este sentido, Múrtula (2022a: 3435).

sustitución, han seguido la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, adaptando las soluciones a las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. Las instrucciones de la DGRN de 2010 y 2019 y la doctrina del Tribunal Supremo

Los primeros en conocer las cuestiones que plantea la gestación por sustitución en España han sido los registros civiles consulares, que dependen de los criterios que marca la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP).

La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue la primera que se pronunció sobre este asunto. Se trataba del caso de un matrimonio de varones españoles que acuden a la gestación por sustitución en California, utilizando material genético de uno de ellos y óvulos de donante. Tras el nacimiento, solicitan la inscripción en el RC consular de los menores como hijos suyos (presentando la certificación del nacimiento, en que constan como padres), que le es denegada. La Resolución de Dirección General, resolviendo el recurso, estimó que la simple certificación registral operaba como título para la inscripción en el Registro Civil español, que no era necesaria una sentencia judicial sobre la determinación de la filiación; y ordenó practicar la inscripción registral, considerando que el orden público internacional español no podía alegarse para negar los efectos jurídicos de la filiación californiana en España⁴².

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, fija las directrices que seguir para uniformar criterios ante estas solicitudes. Esta instrucción permite inscribir en los RC consulares del lugar del nacimiento del menor a los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, estableciendo como requisito previo la presentación de una resolución judicial dictada por un tribunal competente. La exigencia de resolución judicial tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como

⁴² *Vid.* Castellanos Ruiz (2024: 136-137). Vilar González (2023: 75) pone de relieve que esta resolución fue criticada por gran parte de la doctrina, al entender que practicar la inscripción en el RC sí es contrario al orden público internacional español y que, además, dicha inscripción propicia la comisión de un fraude de ley al dar vía libre a la posibilidad de sortear la prohibición contenida en el art. 10 LTRHA.

la protección de los intereses del menor y de la madre gestante⁴³. No se admite como título apto para la inscripción una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de la madre gestante. Estas directrices fueron ratificadas posteriormente por la instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 (*BOE* de 21 de febrero de 2019).

Así, mientras que la filiación jurídica contenida en una sentencia firme extranjera tenía acceso al Registro Civil, la que únicamente constaba en una certificación registral extranjera requería el previo ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad (art. 10.3.º LTRHA) y, en su caso, la posterior adopción del nacido por parte del otro progenitor de intención.

En cuanto a la doctrina del TS, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (Pleno)⁴⁴ es la primera en materia de gestación por sustitución. Se trata, precisamente, del recurso contra la sentencia dictada por la AP⁴⁵ que resolvía la impugnación del Ministerio Fiscal frente a la Resolución de la DGRN de 2009 que admitía la inscripción en el RC de la filiación determinada conforme a la legislación extranjera de los menores nacidos mediante la gestación por sustitución.

La sentencia del TS, coincidiendo con las resoluciones tanto de primera instancia como de la AP, desestima el recurso de casación, pero con cinco votos a favor y cuatro en contra, ajustada mayoría que refleja la complejidad de los intereses en juego.

A juicio del Tribunal, la resolución registral extranjera en la que constaba la filiación de estos menores en favor de los padres de intención con arreglo al derecho extranjero vulneraba el orden público internacional español, y no podía operar como título apto para inscribir tal filiación en el Registro Civil español (FD 3.10) por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación,

⁴³ Comprobando que la mujer gestante renuncia, mediante su libre consentimiento, a su patria potestad, y que quedase claro que el menor no había sido objeto de comercio (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015: 60). La instrucción requería la obtención del *exequatur* de esa sentencia extranjera. No obstante, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, cuando la resolución judicial derivara de un procedimiento equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, no sería necesario el requisito del *exequatur*, bastando a esos efectos el reconocimiento incidental de la resolución por parte de la persona encargada del registro.

⁴⁴ RJ, 2014, 833.

⁴⁵ SAP de Valencia, Secc. 10.ª, de 23 de noviembre de 2011 (AC 2010, 1707 y 2011, 1561).

inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia⁴⁶.

En el voto particular, por el contrario, los magistrados disidentes consideran que el interés del menor se vulnera cuando por razones de orden público se deja en el limbo jurídico al nacido como consecuencia de una gestación por sustitución legal en el país del nacimiento.

Tanto uno como otro argumento son compatibles con lo establecido en la doctrina del TEDH, que, sin embargo, exige la determinación de la filiación, lo que, en el caso de España, aplicando el art. 10 de la LTRHA, se haría determinando la filiación biológica con respecto al progenitor que ha aportado sus gametos, y la filiación por adopción, en su caso, con respecto al otro progenitor.

La Sentencia de la Sala 1.^a del TS (Pleno) de 31 de marzo de 2022 se enfrenta de nuevo a la determinación de la filiación en un caso de gestación por sustitución realizada en el extranjero. Se trata de un menor, nacido en Tabasco (México), fruto de material genético de donantes y registrado allí como hijo de Aurelia (madre de intención). Tras el nacimiento viajan a España, donde residen con los padres de ella. Aurelia solicitó en España la inscripción del menor como su hijo, pero el Registro Civil Central lo denegó, remitiéndola a la vía judicial o a la adopción. En 2018, su padre, Luis Miguel, demandó a Aurelia y al Ministerio Fiscal para que se reconociera la filiación materna, con base en el art. 131 CC, que permite ejercer la acción para declarar la filiación por posesión de estado a quien tenga interés legítimo, salvo que contradiga otra filiación legalmente determinada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, remitiendo a la adopción. Sin embargo, la AP estimó el recurso y, basándose en la posesión de estado, declaró la filiación materna a favor de Aurelia⁴⁷.

El TS estima el recurso, casa la sentencia de la AP y confirma la del juzgado. La doctrina de esta sentencia es coincidente con la de 2014, y en este caso es un fallo unánime. Pese a que el Tribunal se pronuncia de manera contundente en contra de los contratos de gestación por sustitución, permite que la filiación se establezca por la vía de la adopción⁴⁸, haciendo referencia a la doctrina fijada por el TEDH a raíz de los casos *Mennesson* y *Labassee*.

⁴⁶ Barber Cárcamo, 2013: 2905-2950.

⁴⁷ Quicios Molina (2021: 314-315) cuestiona la determinación de la filiación a partir de la posesión de estado, la legitimación activa del demandante-recuriente y la falta de representación del menor en el proceso.

⁴⁸ Como señala Farnós Amorós (2022: 1293), no se puede pasar por alto que, en el caso, el TS remite a la adopción a partir de una interpretación controvertida de la legislación que la regula, al considerar que la diferencia máxima de edad para adoptar es un obstáculo salvable (Aurelia tenía 46 años). Para ello invoca el art. 237 CC, dando a

El elemento diferencial de esta sentencia es el planteamiento de la posesión de estado como vía para reclamar la filiación. Aunque el TS no aclara que el art. 131 CC no contempla una acción de declaración de la filiación a partir de la posesión de estado, porque esta no es título de determinación de la filiación, sino un medio subsidiario y residual de *acreditar* una filiación ya previamente determinada⁴⁹, rechaza la demanda y acude a la vía de la adopción, con lo que, coherentemente con nuestras normas de filiación, cierra la vía a una «determinación de la filiación por posesión de estado»⁵⁰.

Tanto en la sentencia de 2014 como en la de 2022, tomadas como ejemplo de la doctrina del TS, el alto tribunal manifiesta el rechazo a la gestación por sustitución comercial, al considerarse contraria a la dignidad de la gestante y suponer una mercantilización del menor; pero, sobre todo, en ambas resoluciones prevalece la idea de intentar salvaguardar el interés superior del menor atendiendo al caso concreto, a través del reconocimiento de alguna forma de filiación: bien biológica (como resultó en el primer caso),

entender que la madre de intención es una guardadora de hecho, y el art. 176.2.3.º CC (FD 4.º, 13), referido al adoptando, que lleva «más de un año en *guarda con fines de adopción*» o que ha estado «bajo *tutela* del adoptante por el mismo tiempo». Al forzar al máximo la interpretación de un precepto que no está pensado para casos como el que nos ocupa, el TS evidencia su interés en salvar la situación.

⁴⁹ Hay acuerdo doctrinal en afirmar que es un medio subsidiario y residual de *acreditar* una filiación ya previamente determinada, como manifiesta el art. 113.1 CC; un medio de *prueba* para su determinación judicial, a lo que se refiere el art. 767.3 LEC (y antes, el art. 135 CC), y un *presupuesto* para ostentar legitimación activa en algunas acciones de filiación, de manera que, en presencia de posesión de estado, se facilita la reclamación y restringe la impugnación, y en su ausencia, al revés: se limita la reclamación y se favorece la impugnación. También hay acuerdo doctrinal en la obvia constatación de que la posesión de estado no es un título de determinación de la filiación, de manera que la mera acreditación de su presencia no puede establecer tal relación jurídica (Barber Cárcamo, 2023: 1382-1383).

⁵⁰ Recuerda Barber Cárcamo que la posesión de estado representa un espejo de la realidad biológica, a la que, por tanto, manifiesta: no es un medio de convertir en realidad la voluntad a partir de su reiteración (2023: 1415). Según esta autora (*ibid.*: 1396-1397), la STS a que nos referimos debería reconducir la cuestión en la jurisprudencia menor, ya que la sentencia que casa no es la única donde se ha determinado la filiación tras un contrato de gestación subrogada con fundamento en la posesión de estado y el interés del menor, tras mencionar que no cabe la vía de la adopción. Así puede verse en la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2021 (JUR 192738) y en la SAP de Islas Baleares de 27 de abril de 2021 (JUR 163294); también Vaquero Pinto considera cerrada esta vía (2024: 13). Con todo, Múrtula Lafuente (2022b: 87-137) señala que podría ser una vía útil en ciertos supuestos.

bien adoptiva (como ocurrió en el segundo), sin dar validez legal en ninguno de los dos litigios al certificado extranjero de nacimiento de estos menores, en orden a su inscripción directa en el Registro Civil⁵¹.

A la vista de lo expuesto, parece evidente que la doctrina de la DGRN y la del TS son contradictorias, ya que interpretan de manera muy diferente el límite del orden público. Y la situación no se resolvió adaptando la inscripción en el RC a las directrices establecidas por el TS en la sentencia de 2014; por el contrario, la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 declaraba vigente la doctrina de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Esta doctrina administrativa conduce a que, *de facto*, se hayan estado admitiendo inscripciones de numerosas relaciones de filiación derivadas de gestación por sustitución, en contra de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁵².

Como se ha señalado en la doctrina, la postura de la DGRN ha favorecido el «turismo reproductivo»⁵³; e incluso se ha visto esta posibilidad de inscripción como uno de los motivos de que el recurso a la gestación por sustitución supere en cifras a la adopción internacional⁵⁴.

La STS de 4 de diciembre de 2024 (JUR 2024/451378) no supone un cambio en la doctrina de las anteriores resoluciones del alto tribunal, pero sí es contundente en las apreciaciones tanto sobre la gestación por sustitución y encuadre en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁵ como en relación con las vías

⁵¹ Múrtula Lafuente, 2023: 90-91.

⁵² Podemos, sin embargo, encontrar resoluciones posteriores de la Dirección General en las que se ha matizado, considerando que no es inscribible en el RC español el nacimiento en el extranjero mediante gestación por sustitución, aun habiéndose aportado al expediente una resolución judicial en los términos establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Es el caso de la Resolución de 26 de abril de 2021 (JUR 2022, 210670), que considera no inscribible una doble filiación española, por exigencia del principio de veracidad biológica, cuando hay datos para pensar que la filiación no se ajusta a la realidad. Y también cuando considera que es posible utilizar otros medios previstos en nuestro ordenamiento jurídico para el reconocimiento de la filiación (resoluciones de la DGSJFP de 29 de septiembre de 2021, JUR 2022, 275312, y de 4 de octubre de 2021, JUR 2022, 274924, en las que deniega la inscripción de nacimiento solicitada por la madre de intención, con la que no existían vínculos biológicos).

⁵³ Por todos, Múrtula Lafuente (2023: 94). Con todo, Storow (2018: 59), haciendo un análisis de las diferentes situaciones legislativas y jurisprudenciales del entorno de los países que forman parte del CEDH, considera muy razonable la situación que existe en España.

⁵⁴ Quicios Molina, 2019: 4.

⁵⁵ Vela Sánchez (2024: 3) califica la sentencia de 2024 de «furibunda» en contra de la gestación por sustitución.

de determinación de la filiación de los menores. En este caso los padres de intención pedían el reconocimiento de la sentencia del tribunal de Texas en la que se determina la filiación con respecto a los dos padres de intención, a través del procedimiento de *exequatur*, lo que el TS les deniega. Se trata de la primera sentencia en que se deniega el *exequatur* a una resolución judicial extranjera en que se determina la filiación en una gestación por sustitución. La doctrina contenida en esta sentencia se puede resumir en torno a tres pilares⁵⁶: 1) el reconocimiento de efectos de una sentencia extranjera que determina la filiación de las personas menores de edad nacidas en virtud de un contrato de gestación subrogada es contrario al orden público español; 2) el contrato de gestación subrogada es incompatible con los derechos fundamentales que forman parte del orden público español, como son la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE) y la integridad física y moral (art. 15 CE), todos ellos tanto de la madre gestante como de la persona o personas nacidas en virtud de aquel contrato (ambos son tratados como mercancías), y 3) el interés superior del menor debe satisfacerse siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico y del orden público. Todo ello se consigue, en España, mediante el recurso a tres instituciones jurídicas: filiación biológica paterna, adopción y acogimiento.

Posteriormente, la STS de 25 de marzo de 2025 reitera similar doctrina, en este caso denegando la acción formulada por el padre impugnando la filiación materna no matrimonial de la madre gestante de una niña nacida mediante gestación subrogada. Señala el Tribunal que el legislador ha decidido que la mejor manera de proteger el interés superior del menor nacido de una gestación por sustitución es atribuyendo la condición de madre a la mujer que da a luz al menor. Considera que el contrato de gestación subrogada cosifica a los menores, haciéndolos una simple mercancía, objeto de un contrato que pretende fijar su filiación con base en el pago de un precio a una mujer, que por lo general actúa impelida por un estado de necesidad acuciante, que se somete a los riesgos asociados a un tratamiento de reproducción asistida y que renuncia a los derechos que como madre gestante le deberían corresponder. Recuerda también que, conforme a la doctrina del Tribunal, la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución es manifiestamente contraria al orden público español (citando las sentencias 835/2013, de 6 de febrero, 277/2022, de 31 de marzo, y 1626/2024, de 4 de diciembre).

Además de sus efectos clarificadores, la mayor repercusión de estas resoluciones, especialmente de la sentencia de diciembre de 2024, ha sido el

⁵⁶ Carillo Lerma, 2025: 723.

reflejo de su doctrina en la Instrucción de 28 de abril de 2025 (BOE de 1 de mayo de 2025) de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, que viene a cambiar sustancialmente el régimen de inscripción registral vigente hasta el momento de su entrada en vigor. Y es que, aunque la doctrina de fondo sobre determinación de la filiación es la misma que en resoluciones anteriores, en la sentencia de 2024 se deniega el reconocimiento de la sentencia extranjera, que es lo que, en virtud de las instrucciones anteriores, se venía haciendo en España. Es por ello por lo que la exposición de motivos de la instrucción de 2025 declara que «la situación ha cambiado a partir de la publicación de la sentencia de la Sala Primera (Pleno) del Tribunal Supremo 1626/2024, de 4 diciembre, que ratifica la denegación del reconocimiento de efectos a una sentencia extranjera en un caso de gestación subrogada».

2.2. *La Instrucción de 28 de abril de 2025 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución*

La reciente instrucción de la DGSJFP establece: «En ningún caso se admitirá por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente», dejando sin efecto las instrucciones de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019, que, como hemos visto, permitían la inscripción en el RC de la sentencia en que se establecía la filiación a favor de los padres de intención.

Estas reglas se dictan «atendiendo a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo y para asegurar la adecuación del tratamiento registral en casos de gestación por sustitución a nuestro ordenamiento y a las normas internacionales en materia de derechos de los menores y de las mujeres gestantes», a la vista de la doctrina fijada por el TS en las sentencias de 6 de febrero de 2014, de 31 de marzo de 2022 y, la más reciente, de 4 de diciembre de 2024, a las que se refiere expresamente.

De este modo, la resolución refleja en una norma la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo (STS de diciembre de 2024): el contrato de gestación por sustitución es contrario a la dignidad del menor y al orden público, la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consi-

deración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia.

Esta regulación termina tanto con la discrepancia «de hecho» entre la doctrina administrativa y la del TS como con la posibilidad de que los que acuden a la gestación por sustitución en el extranjero en países que la permiten puedan tener una vía sencilla para conseguir *de facto* la determinación de la filiación, a pesar de la nulidad del contrato *ex art. 10 LTRHA*.

Esto no significa, como sabemos, que no sea posible determinar la filiación de los padres de intención con respecto al menor nacido fruto de la gestación por sustitución, ya que sería contrario no solo a la doctrina del TEDH, sino al interés del menor. Ahora bien, el interés del menor habrá de ser ponderado en el caso concreto, atendiendo a la existencia de un núcleo familiar.

En cuanto a la determinación de la filiación, la instrucción establece, en línea con la doctrina del TEDH, y con la doctrina del TS:

Los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España y, una vez aquí, la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

Así, esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad de los nacimientos mediante esta práctica por los medios ordinarios de determinación legal de la filiación, permitiendo la inscripción de los nacidos en el Registro Civil a través del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y la de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo⁵⁷. No se refiere a la posibilidad de determinación extrajudicial de la paternidad biológica, tan solo señala:

Los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España y, una vez aquí, *la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.*

⁵⁷ Arts. 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No parece, sin embargo, que los padres de intención biológicos puedan acudir a la vía extrajudicial, ya que la instrucción deja claro que no se podrá fundar en los documentos del país de nacimiento del menor en que conste la filiación paterna del padre de intención.

Respecto a la determinación de la filiación en relación con el progenitor de intención que no tiene vínculo biológico con el menor, conforme a las reglas generales, se habrá de acudir a la adopción, con los correspondientes requisitos y la interpretación de estos que ha hecho el TS.

Como se puede observar, no se menciona expresamente la situación de la madre de intención con la que el menor tiene vínculo biológico⁵⁸. Habrá que acudir en este caso a las reglas previstas en nuestro ordenamiento, la filiación materna se determina por el parto, no es posible determinarla con la madre genética que no ha dado a luz (art. 10.3 LTRHA). Si bien el elemento biológico se tiene en cuenta para la determinación de la filiación, en el caso de la madre, la regla según la cual la maternidad se determina por el parto prevalece⁵⁹. El pacto entre las partes de un contrato de gestación por sustitución según el cual la mujer gestante entregará al nacido a los comitentes, renunciando *ex ante* a cualquier derecho sobre el nacido, choca frontalmente contra esta disposición imperativa, y por ello será inexigible y carecerá de cualquier efecto (lo que deriva de la nulidad del contrato, art. 10 LTRHA)⁶⁰.

Podría plantear problemas el supuesto en que la madre de intención no cumpla los requisitos para la adopción, sobre todo por edad. Pero el TS ha relativizado en muchas ocasiones este requisito (entre otras, en la STS de 2022) acudiendo al interés superior del menor y a la existencia de un núcleo familiar estable.

⁵⁸ En su crítica a esta resolución, Vela Sánchez (2025: 4) entiende que «[l]a razón de esta omisión radica en la declaración taxativa del artículo 10.2.º LTRHA que considera siempre como madre a la mujer que da a luz, a virtud del axioma clásico, pero todavía vigente, *mater semper certa est*. No obstante, procedería, a mi juicio, una interpretación sociológica y correctora del precepto (*ex art.* 3.1.º CC), pues la verdad biológica debería prevalecer sobre la presunción, que quiere ser *iuris et de iure*, pero que no concuerda con el principio fundamental de la preponderancia de la verdad biológica, postulado contenido expresamente en el artículo 39.2.º 2.º CE».

⁵⁹ A pesar de ello, Quicios Molina plantea cuál sería la virtualidad de la renuncia a la maternidad conforme al art. 44.II de la LRC 2011 (según la reforma de 2015). La autora no ve inconveniente, en caso de renuncia de la madre gestante, en que quede determinada judicialmente la maternidad de la mujer comitente que ha aportado el óvulo para la generación del hijo (aunque no se prevea por el art. 10.3 LTRHA, esta acción encaja sin problemas en los arts. 131 y 133 CC).

⁶⁰ Quicios Molina, 2019: 12.

Cuando la incertidumbre sobre la determinación de la filiación se prolongue es posible acudir al acogimiento, tal como ha reconocido el TEDH en los casos antes señalados.

En cuanto a las solicitudes pendientes de inscripción de la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada anteriores a la instrucción, esta prevé que no se practicarán. Ciertamente, como se ha señalado⁶¹, podría objetarse que las normas jurídicas restrictivas no deberían operar retroactivamente.

Lo cierto es con esta instrucción se establece un marco jurídico coherente, tanto con las previsiones de la LTRHA como con la doctrina del TS, reflejo de las directrices marcadas por el TEDH con base en los instrumentos jurídicos internacionales⁶², intentado evitar que se potencie la gestación por sustitución y permitiendo un control interno de la situación, que deberá tener en cuenta la protección del interés del menor, lo que obliga tanto a la apreciación de la existencia de un núcleo familiar estable como a la consideración de las circunstancias del proceso de gestación por sustitución para evitar situaciones delictivas y contrarias a los derechos del menor y de la gestante.

En definitiva, la coherencia con la doctrina del TS y la finalidad de desincentivar la gestación por sustitución aparecen como objetivos de estas nuevas reglas. La aplicación de esta instrucción conseguirá, sin duda, el primer objetivo; está por ver que se consiga, al menos en parte, el segundo.

Una finalidad similar es la que persigue la también reciente instrucción emitida en Francia para la inscripción en el Registro Civil de los nacimientos derivados de la gestación por sustitución. El 9 de abril de 2025, el Ministerio de Justicia francés emitió instrucciones a los fiscales de Nantes y Rennes, responsables del Registro Civil francés, para que inscribieran la filiación como resultado de gestaciones subrogadas extranjeras. La instrucción se basa expresamente en las sentencias de la Corte de Casación de octubre y noviembre de 2024⁶³ que dictaminaron que las sentencias extranjeras sobre gestación subrogada debían reconocerse en Francia. La instrucción exige que los registros civiles franceses indiquen en la partida de nacimiento del niño

⁶¹ Vela Sánchez, 2025: 10.

⁶² En este sentido, la nota del Ministerio de Justicia sobre esta instrucción señala: «La nueva instrucción también se alinea con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que reconoce a los países el derecho a adoptar medidas para dificultar esta práctica cuando está prohibida en su ordenamiento interno» (véase en: <https://www.mjusticia.gob.es/en/institucional/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/Instruccion-vientres-alquiler>).

⁶³ *Vid.* el comentario a las sentencias de la Corte de Casación francesa de 2 de octubre y 14 de noviembre de 2024 en Gallant (2024: 407-419).

los progenitores establecidos en la sentencia extranjera, incluso si ambos son hombres o si uno de ellos es una mujer que no dio a luz al niño⁶⁴. Así, mientras que en España, en coherencia con la doctrina de nuestro TS, se deniega la inscripción en el RC de la resolución judicial en que conste la filiación en estos casos, en Francia ocurre todo lo contrario. Sin embargo, en ambos casos la solución resulta coherente con la doctrina de los tribunales de cada uno de los países.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 27 DE FEBRERO DE 2024

En este contexto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha dictado la primera sentencia sobre gestación por sustitución, Sentencia 28/2024, de 27 de febrero (*BOE* de 3 de abril de 2024).

1. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

En esta sentencia el Tribunal Constitucional estimaba un recurso de amparo presentado por una mujer que solicitaba adoptar al hijo nacido en Ucrania en 2016 mediante gestación por sustitución, contratada junto con su marido, quien figura como padre en el Registro Civil consular. El TC admite a trámite el recurso de amparo apreciando la existencia de una especial trascendencia constitucional⁶⁵.

Aunque en primera instancia se aprobó la adopción por considerar adecuado el entorno familiar y el consentimiento de la madre gestante, la Audiencia Provincial, siguiendo al Ministerio Fiscal, anuló esta decisión al considerar que no estaba acreditada la paternidad biológica del marido, exigida por la legislación española.

Frente a esta negativa, la mujer recurrió al Tribunal Constitucional, que admitió el recurso por su relevancia constitucional. Mientras tanto, se hizo

⁶⁴ Un abogado de algunas de las parejas que obtuvieron dichas sentencias ha indicado en redes sociales que algunos fiscales se resistieron a la aplicación de las sentencias de la Corte de Casación en los registros civiles. El objetivo de la instrucción parece ser superar esta resistencia (véase en <https://www.haurro.org/2025/04/16/legislacion-el-ministerio-de-justicia-frances-ordena-a-los-funcionarios-publicos-que-registren-las-sentencias-extranjeras-de-gestacion-subrogada/>).

⁶⁵ Según el TC: «Nos encontramos [...] ante relaciones de tipo paterno-filial no consolidadas jurídicamente, sobre cuya protección al amparo del art. 39.1 CE no nos habíamos pronunciado con anterioridad».

firmó otra resolución del mismo juzgado que permitía a la mujer adoptar a un segundo hijo nacido en 2018 también por gestación subrogada en Ucrania, aunque en ese caso el Ministerio Fiscal no recurrió.

Este caso destaca por la actuación del Ministerio Fiscal y de la AP, que contrasta con la práctica mayoritaria de los tribunales españoles, que suelen permitir la adopción para proteger el interés superior del menor⁶⁶. La negativa probablemente se puede explicar por las sospechas de fraude en pruebas biológicas realizadas en el consulado de Kiev, debido a irregularidades detectadas por el Gobierno español en 2018 en procesos de gestación por sustitución en Ucrania⁶⁷. No obstante, la AP ignoró que la inscripción registral constituye prueba plena de los hechos inscritos mientras no sea impugnada formalmente (arts. 113 CC y 17.1, 16.2 y 19 LRC 2011), cosa que no ocurrió en este supuesto.

2. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA Y SU COORDINACIÓN CON LA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA LEGISLACIÓN ORDINARIA

Lo cierto es que esta sentencia no contiene una doctrina novedosa, y tampoco lo es la solución a la que se llega. Como se ha puesto de relieve en la doctrina, no se pueden extraer de esta sentencia consecuencias generales sobre la gestación por sustitución. Esto es comprensible si tenemos en cuenta que se trata de un recurso de amparo, y no es la misión del TC emitir juicios de legalidad al resolver una demanda de amparo, sino que ha de enjuiciar si se ha producido la violación de un derecho fundamental (arts. 14-30 CE) en el caso concreto⁶⁸.

Lo verdaderamente relevante es que el alto tribunal, al apreciar en la admisión especial trascendencia constitucional, reconoce que la determinación de la filiación derivada de gestación por sustitución implica sin duda derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

El núcleo central de la sentencia se refiere a la lesión del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho (art. 24 CE), en relación con el reconocimiento de la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (art. 10.1 CE), y con la protección de la familia y de los niños (art. 39 CE). Este es el derecho que el Tribunal, en su fallo, considera vulnerado y da lugar al amparo solicitado.

⁶⁶ *Vid.* esta jurisprudencia detalladamente en Vaquero Pinto (2024: 6).

⁶⁷ *Vid.* Fernández Echegaray (2020: 153-194) y Jiménez Blanco (2019: 1-8). La repercusión de esta situación se puede ver en una noticia del periódico *El Mundo*: <https://is.gd/CMOAF0>.

⁶⁸ En tal sentido, Vaquero Pinto (2024: 4).

La *ratio* fundamental de la decisión del TC va ligada al interés superior del menor; entendiendo, en este caso, que la falta de argumentación de la AP al denegar la adopción⁶⁹ vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la motivación ha de ser reforzada cuando estén en juego derechos e intereses de menores. Considera el TC que el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente en supuestos en que se invoca el interés superior del menor; y, aunque reconoce que corresponde a los tribunales ordinarios la decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor, apunta: «[...] es de nuestra incumbencia examinar si la motivación ofrecida por los mismos [...] está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales».

Por otro lado, también señala el Tribunal que la argumentación de la AP incurre en una motivación manifiestamente irrazonable al poner en tela de juicio la relación de filiación del menor con el padre, sobre la base de un posible fraude, obviando que la filiación paterna constaba inscrita en el Registro Civil, y que los datos inscritos gozan de presunción de exactitud e integridad (arts. 16 y 19 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro civil), sin que se hubiera ejercitado acción alguna dirigida a impugnar la filiación paterna.

La AP entendió que el art. 10.3 LTRHA exige que se ejercite la acción de reclamación de la paternidad biológica para poder establecer la filiación de los menores nacidos por esta vía. Es decir, a pesar de alegar la paternidad biológica, si no se inscribe con base en la documentación extranjera, hay que acudir a la vía judicial. Este es precisamente el escenario ante el que nos coloca la regla establecida en la instrucción de la DGSJFP de 2025, que no permite la inscripción de la filiación con la sentencia del país de origen de los nacidos mediante gestación por sustitución. Aunque las normas contenidas en la instrucción de la DGSJFP no afectarían a la solución a la que ha llegado el TC en este caso, los razonamientos relativos a las consideraciones de la AP parecen llevarnos a la conclusión de que, cuando no se ha determinado la filiación paterna mediante la inscripción en el Registro Civil consular (por aplicación de la instrucción), la única opción es la determinación judicial de esta.

La sentencia no es unánime, cuenta con el voto particular de la magistrada M.^a Luisa Balaguer. En esencia, la magistrada disiente del parecer mayoritario del Tribunal sobre dos aspectos: la necesidad de preservar el orden público y

⁶⁹ La AP hacía una única mención al interés superior del menor afectado, afirmando que «la denegación de la adopción en nada afecta al interés del menor dado que continúa viviendo con el padre biológico y su esposa, quienes, al parecer, según refieren en su escrito de demanda, cuentan con indudables habilidades personales y medios materiales para dispensar al menor las atenciones que precisa».

cómo se debe entender el interés del menor. Las consideraciones de este voto concuerdan con la doctrina que posteriormente se refleja en las sentencias del TS, especialmente en la de diciembre de 2024.

Según señala el voto particular, el interés del menor no puede entenderse desde una perspectiva individual y aislada, sino que hay que atender también al derecho de la infancia a no ser objeto de venta y explotación, a no sufrir abusos y a conocer sus orígenes biológicos. Por estos motivos, entiende, al igual que el TS, que el interés superior del menor no puede conducir en todos los casos a establecer la filiación a favor de «personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido».

Tal razonamiento se evidencia en la posterior sentencia del TS de diciembre de 2024, como recoge la exposición de motivos de la instrucción de la DGSJFP de 2025, que señala:

[...] la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia [...], la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes.

Por otro lado, el voto particular recuerda la obligación que impone el art. 12.3 del Código Civil de no aplicar las leyes extranjeras contrarias a nuestro orden público, entendiendo por tal los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los de la madre que da a luz y los de los menores ya nacidos. Destaca cómo es contrario al principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 CE el hecho de que el legislador español prohíba la gestación por sustitución en España y, sin embargo, no restrinja esta misma práctica cuando se realiza en el extranjero, pues con ello está legalizando *de facto* una práctica ilegal en nuestro sistema.

El límite del orden público debe articularse en torno a dos ideas fundamentales: una adecuada comprensión de lo que es el interés superior del menor, que no suponga el reconocimiento automático de los efectos de un contrato que es nulo de pleno derecho en España, y una correcta evaluación de las condiciones en las que el contrato ha sido firmado en el país de origen, y que debe implicar un control de fondo de las resoluciones extranjeras cuyo reconocimiento se solicita, al que no deben ser ajenos el enfoque de género y la garantía de los derechos de la madre gestante.

Señala en este sentido la instrucción de 2025 que en la STS de 2024 el Tribunal Supremo reitera, como ya afirmaba en sus sentencias 835/2013, de 6 de febrero de 2014, y 277/2022, de 31 de marzo, que el contrato de gestación subrogada es contrario al orden público, cosifica tanto a la mujer gestante como al menor y vulnera principios fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Alguna doctrina ha afirmado que con esta sentencia el TC confirma la validez y eficacia de los convenios de gestación realizados por españoles en país extranjero que los admita y regule⁷⁰, aunque, para otros autores, lo que se desprende de la sentencia del TC es la necesidad de valorar las decisiones caso a caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias y ponderando todos los intereses, a la espera de una decisión por parte de legislador español más contundente⁷¹, lo que parece más adecuado a la vista del contenido de la resolución y, sobre todo, de las decisiones posteriores del TS.

La decisión del TC concuerda con las pautas establecidas por el TEDH y la doctrina del TS, en el sentido de primar el derecho del menor a la determinación de la filiación, incluso en un contexto como el de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, que va en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos. Con todo, sí es cierto que, como señala el voto particular, habría sido deseable que el TC marcara algunas pautas que los tribunales pudieran seguir, en clave de derechos fundamentales y de cómo entender el límite del orden público desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales del menor y de las mujeres, en los procesos de gestación por sustitución⁷². Tanto la jurisprudencia como la legislación posterior a la sentencia han reflejado, en esencia, los razonamientos del voto particular.

Bibliografía

Barber Cárcamo, R. (2013). La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España, crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 739, 2905-2950.

⁷⁰ Vela Sánchez, 2024: 1.

⁷¹ Lara Aguado (2024: 7). Para Vaquero Pinto (2024: 5), la sentencia «no aporta nada nuevo al debate sobre la admisión/regulación de la gestación en nuestro ordenamiento».

⁷² Como bien señala Vaquero Pinto (2024: 5), habría sido diferente si el TC estuviera resolviendo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad sobre una hipotética regulación de la gestación por sustitución, porque, en tal caso, sí debería pronunciarse sobre la adecuación de la gestación por sustitución a los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y los valores protegidos.

- Barber Cárcamo, R. (2023). Situación actual del Derecho de Filiación en España. *Anuario de Derecho Civil*, 76 (4), 1375-1420. Disponible en: <https://is.gd/a1zbO9>.
- Cabezudo Bajo, M. J. (2017). Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el estado de California. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 46, 59-120.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2015). Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7 (2), 45-113.
- Carrillo Lerma, C. (2025). Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la Sentencia de España núm. 1626/2024, de 4 de diciembre (RJ 2024, 5879). *Revista Boliviana de Derecho*, 39, 720-741.
- Castellanos Ruiz, E. (2024). Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el derecho internacional privado español: el caso de Ana García Obregón. *Derecho Privado y Constitución*, 44, 125-173. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.44.04>.
- Comité de Bioética de España (2023). *Informe sobre maternidad subrogada*. Disponible en: <https://is.gd/TYdPQ6>.
- Di Lella, F. (2024). La proposta di legge italiana sulla maternità surrogata come «reato universale». Analisi e prospettive. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20 bis, 450-465.
- Farnós Amorós, E. (2022). La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la Sentencia, 1.^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. *Anuario Derecho Civil*, 75 (3), 1281-1314. Disponible en: <https://is.gd/UIbsuN>.
- Fernández Echegaray, L. (2020). Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania. *Revista de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 26, 153-194. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rduned.26.2020.29170>.
- Gallant, E. (2024). Gestación por sustitución en el extranjero y exequátur: El Tribunal de Casación francés marca la pauta. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 17 (1), 407-419. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2025.9336>.
- Jiménez Blanco, P. (2019). La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 y 18 de febrero de 2019). *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 37, 1-8. Disponible en: <https://is.gd/GD7JyC>.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Lara Aguado, A. (2024). El Tribunal Constitucional no avala los contratos de gestación por sustitución, pero salvaguarda los derechos de los menores nacidos por esta vía. *Revista Centro de Estudios de Consumo*. Disponible en: <https://is.gd/TogoIK>.
- Múrtula Lafuente, V. (2022a). La determinación de la filiación «contra legem» del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos

- atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis, 3424-3465.
- Múrtula Lafuente, V. (2022b). Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad. *Cuadernos de Derecho Privado*, 2, 134-190. Disponible en: <https://doi.org/10.62158/cdp.20>.
- Múrtula Lafuente, V. (2023). A vueltas con la gestación por sustitución y la filiación de los menores nacidos por este procedimiento. Algunas reflexiones tras la Sentencia, 1.^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022. *Derecho Privado y Constitución*, 42, 87-137. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.42.03>.
- Naciones Unidas (2018). *Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños* (Informe Naciones. Boletín Naciones Unidas; A/HRC/37/60). Disponible en: <https://is.gd/UWm1B6>.
- Naciones Unidas (2019). *Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños* (Informe Naciones. Boletín Naciones Unidas; A/74/162). Disponible en: <https://is.gd/qhFAXk>.
- Observatorio de la Imagen de las Mujeres (2023). *Análisis de la Publicidad de la Gestación por Sustitución*. Ministerio de Igualdad. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/observatorios/observImg/informes/docs/AnalisisPublicidad-GestacionPorSustitucion2023.pdf>.
- Quicios Molina, S. (2019). Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar. *Revista de Derecho Privado*, 1, 3-46.
- Quicios Molina, S. (2021). La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. El caso español. En N. González Martín (ed.). *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: perspectivas de derecho comparado* (pp. 175-208). México: UNAM.
- Sánchez Jordán, M.^a E. (2020). La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución. *InDret*, 4, 1-3. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.03>.
- Storror, R. F. (2018). International surrogacy in the European Court of Human Rights. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 43, 38-68. Disponible en: <https://is.gd/IS3R3R>.
- Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 421-440. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24433>.
- Vaquero Pinto, M.^a J. (2024). La adopción del menor nacido por gestación por sustitución: el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuando se invoca el interés superior del menor. Comentario a la Sentencia (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero (JUR 2024, 80643). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 126, 11.

- Vela Sánchez, A. J. (2024). El Tribunal Constitucional ampara a una madre de intención a quien se denegó la adopción del hijo de su marido nacido de convenio de gestación por sustitución. *Diario La Ley*, 27-2-2024.
- Vela Sánchez, A. J. (2025). Análisis atónito de la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución. *Diario La Ley*, 28-4-2025.
- Vilar González, S. (2023). Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el registro civil español. *Revista Boliviana de Derecho*, 35, 66-97.

**EL ESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE
TANTEO Y RETRACTO COMO INSTRUMENTO
DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL MERCADO DE
VIVIENDAS. SU ALCANCE SOBRE LA PROTECCIÓN
CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD
Y CONSECUENCIAS NOTARIALES Y REGISTRALES
(STC 8/2023, DE 22 DE FEBRERO)**

**The regulation of pre-emptive real estate rights as
a tool for public intervention in homes real estate
market; its effects on constitutional protection of
property rights and its consequences on public notary
and land registry functions (Constitutional Court
Judgement 8/2023, of February 22th)**

RAFAEL ARNAIZ RAMOS
Universidad Autónoma de Barcelona
rarnaizramos@registradores.org

Cómo citar/Citation

Arnaiz Ramos, R. (2025).

El establecimiento de derechos de tanteo y retracto como instrumento de intervención pública en el mercado de viviendas. Su alcance sobre la protección constitucional del derecho de propiedad y consecuencias notariales y registrales (STC 8/2023, de 22 de febrero).

Derecho Privado y Constitución, 47, 101-132.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.47.03>

(Recepción: 31/8/2025; aceptación tras revisión: 30/9/25; publicación: 18/12/2025)

Resumen

El presente trabajo realiza un comentario de la STC 8/2023 que trasciende el supuesto de hecho concreto a que se refiere y profundiza en la configuración legal de derechos de tanteo y retracto de titularidad administrativa como limitaciones del dominio dirigidas a la realización de la función social de la propiedad en materia de fomento del derecho al disfrute de una vivienda digna. Para ello, examina la naturaleza, estructura y contenido de los derechos reales regulados, y los efectos de su aplicación

respecto de las exigencias constitucionales de protección del derecho de propiedad privada, con especial consideración de las producidas sobre la formalización notarial de las transmisiones y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Palabras clave

Derechos de tanteo y retracto; derecho de propiedad; limitaciones legales del dominio.

Abstract

This paper provides a commentary on STC 8/2023 that goes beyond the specific case to which the judgement refers and delves into the legal configuration of public rights of first refusal and pre-emptive rights as limitations on private property rights that aim to fulfill the social function of property in terms of promoting the right to a decent home. To this end, it examines the nature, structure and content of the regulated rights in rem, and the effects or their application with respect to the constitutional requirements of protection to the right of private property, with special consideration of those produced on the notarial formalization of the transfers and their registration in the Land Registry.

Keywords

Right of first refusal and pre-emptive right; property right; legal restrictions on property.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SÍNTESIS DEL CONTENIDO DEL DECRETO LEY DEL CONSELL 6/2020, DE 5 DE JUNIO, DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, PARA LA AMPLIACIÓN DE VIVIENDA PÚBLICA MEDIANTE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO. III. EL ESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO DE TITULARIDAD ADMINISTRATIVA EN EL MARCO DE DEFINICIÓN DEL CONTENIDO ESTATUTARIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE VIVIENDAS REALIZADO POR LA LEY 12/2023. IV. SÍNTESIS DEL CONTENIDO DE LA SENTENCIA 8/2023: 1. En relación con la concurrencia de un presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad que habilite la regulación a través de decreto ley. 2. En relación con la posible invasión de competencias exclusivas del Estado. 3. En relación con la protección del derecho de propiedad en su vertiente de garantía patrimonial. V. COMENTARIO A LA DOCTRINA SENTADA POR LA SENTENCIA: 1. En relación con el primer motivo. 2. En relación con el segundo motivo. 3. En relación con el tercer motivo. VI. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

En la fecha en que se envía este artículo para su publicación, el Decreto Ley 6/2020, de 5 de junio, del Consell, ha sido derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 5/2025, de 30 de mayo, de medidas fiscales, de gestión financiera y de organización de la Generalitat Valenciana. Parte de la regulación contenida en la norma derogada es recogida en la nueva redacción dada a los arts. 50 a 53 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda, de la Comunidad Valenciana. Dicha parte es únicamente la referida a la regulación de los derechos de adquisición preferente en transmisiones de viviendas sujetas a un régimen de protección pública. La regulación que el Decreto Ley 6/2020 hacía de los tanteos y retractos sobre transmisiones de viviendas libres, a los que llamaba derechos de adquisición preferente en «transmisiones singulares», queda derogada, al no ser incluida en la nueva regulación. El comentario que sigue se centra, precisamente, y a la vista de los fundamentos jurídicos de la sentencia y del contenido de la norma derogada, en los problemas de constitucionalidad de tales derechos de adquisición preferente establecidos como limitaciones legales sobre el dominio de viviendas libres, no sujetas a un régimen de protección pública. Ello en la medida en que el problema de constitucionalidad de las limitaciones legales que sobre la propiedad privada supone el establecimiento de instrumentos de intervención en el mercado de

viviendas a través de derechos de tanteo y retracto de titularidad administrativa es mucho más intenso en el ámbito de la propiedad de viviendas libres que en el de las protegidas. En las primeras, el objeto inmobiliario que constituye su objeto se crea sin intervención pública y fruto de la iniciativa empresarial. En las segundas, tanto la edificación como el derecho de propiedad que recae sobre aquellas nacen a partir de una actuación pública de fomento, actividad ya de carácter directo, desarrollada mediante la actuación promotora de la propia Administración, ya de carácter indirecto, desarrollada a través de su financiación, lo cual justifica la sujeción de su dominio a un régimen especial de limitaciones que garantice su destino de carácter social.

Sin embargo, la derogación de la regulación en Valencia no priva a la sentencia y a su comentario de vigencia, dado que otras comunidades autónomas o incluso ayuntamientos tienen regulación análoga a la derogada¹. De ella cabe entresacar, para su estudio en el presente trabajo, y por su parecido con la regulación derogada en Valencia, el Decreto Ley 1/2015, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, de la Generalitat de Cataluña, cuyo ámbito de aplicación ha sido extendido a transmisiones de cualesquiera viviendas situadas en zonas de demanda tensionada realizadas por grandes tenedores personas jurídicas a partir de la redacción dada a su art. 2 por el Decreto Ley 2/2025, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de vivienda y urbanismo. La regulación de derechos de adquisición preferente de titularidad administrativa, como instrumento de intervención en el mercado de vivienda, se desarrolla también en el ámbito municipal, en virtud de habilitación legal. En este sentido, cabe referirse en el presente trabajo al todavía proyecto de Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona reguladora de la sujeción de inmuebles destinados a vivienda a derechos de tanteo y retracto en los términos previstos en la Modificación del Plan General Metropolitano para el establecimiento de áreas de tanteo y retracto, aprobada por Acuerdo de la Subcomisión de Urbanismo de 5 de diciembre de 2018.

¹ Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar, entre las regulaciones que establecen tanteos y retractos en transmisiones voluntarias de viviendas libres o de edificios plurifamiliares, además de las referidas, el Decreto Ley 3/2020, de 28 de febrero, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que modifica la Ley 5/2018, de Vivienda, introduciendo la regulación de derechos de tanteo y retracto en las transmisiones de edificios completos realizadas por grandes tenedores y de viviendas procedentes de procedimientos de ejecución hipotecaria o dación en pago, y los arts. 72 y siguientes de la Ley 1/2018, de 26 de abril, por la que se modifica la Ley 1/2010, del derecho a la vivienda en Andalucía, por la que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas y en transmisiones de vivienda procedentes de ejecuciones hipotecarias o daciones en pago.

II. SÍNTESIS DEL CONTENIDO DEL DECRETO LEY DEL CONSELL 6/2020, DE 5 DE JUNIO, DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, PARA LA AMPLIACIÓN DE VIVIENDA PÚBLICA MEDIANTE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

En la línea seguida por diferentes comunidades autónomas, y con una finalidad de fomento de la oferta pública de vivienda asequible, la Cortes Valencianas aprobaron el Decreto Ley 6/2020, de 5 de junio, por el que se establecían derechos de adquisición preferente como instrumentos de intervención en el mercado de viviendas a favor de la Generalitat. La norma regulaba derechos de tanteo y retracto tanto en la transmisión de viviendas de protección pública como respecto de determinadas transmisiones de viviendas libres o de edificios con uso principal de carácter residencial situados en áreas de necesidad de vivienda declaradas por la Generalitat, denominando a estos últimos derechos de adquisición preferente «en transmisiones singulares». La adquisición de viviendas o edificios a través del ejercicio de tales derechos suponía su calificación permanente como vivienda protegida y su posterior adjudicación con arreglo a los criterios de adjudicación de viviendas públicas vigentes en cada momento. La norma establecía la posibilidad de que los derechos de adquisición preferente que regulaba pudieran ejercerse a través de tercera persona o cederse al municipio en que radicase la vivienda, que podría, a su vez, ejercitarlos a través de cualquier ente del sector público institucional en el que hubiera delegado las competencias en materia de vivienda.

III. EL ESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO DE TITULARIDAD ADMINISTRATIVA EN EL MARCO DE DEFINICIÓN DEL CONTENIDO ESTATUTARIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE VIVIENDAS REALIZADO POR LA LEY 12/2023

En esta primera parte del trabajo resulta necesario, aunque sea de forma brevísima, fijar la situación en la que, respecto de la vigente delimitación legal del concepto y contenido del derecho de propiedad recayente sobre unidades inmobiliarias susceptibles de uso de vivienda², queda el establecimiento de

² No resulta sencillo determinar lo que por «uso de vivienda» se ha de entender. La cuestión se pone de manifiesto en relación con los llamados «cambios de uso a vivienda» y su formalización en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, donde se plantea la duda relativa a si lo que se declara e inscribe es la configuración física y descriptiva de un inmueble como susceptible de ser destinado a un uso de vivienda, de forma que a tal operación pueda serle de aplicación el régimen general de

limitaciones legales consistentes en potestades administrativas de adquisición preferente que permiten intervenir en el mercado de viviendas protegidas o libres. Debemos, para ello, referirnos a la definición del contenido estatutario que de la propiedad de viviendas establece la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda³. Y no parece que pueda caber duda de que, considerado lo previsto en el capítulo II del título I de la ley, en relación con el régimen jurídico básico del derecho de propiedad de la vivienda, debe entenderse adecuado a dicho régimen legal el establecimiento de tales potestades públicas. Cuestión distinta, como veremos a lo largo del presente trabajo, es si la configuración e imposición de la concreta limitación legal que se articula bajo el *nomen iuris* de derechos de tanteo y retracto se ajusta o no a los principios de razonabilidad, determinación y proporcionalidad que en todo caso exige el control del adecuado equilibrio entre la protección del contenido esencial del derecho de propiedad privada, por un lado, y la protección del derecho a una vivienda digna, por otro.

El art. 10.1.a de la Ley 12/2023 reconoce como facultades que integran el contenido del derecho de propiedad de la vivienda las facultades de uso, disfrute y disposición, pero establece tal reconocimiento «conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación que resulte en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación». Por tanto, el legislador estatal deja de reconocer un ámbito de facultades esencial e intangible al derecho de propiedad cuyo objeto sean inmuebles con destino de vivienda, y sujeta las facultades básicas de usar, disfrutar y disponer a lo que, en cada caso, pueda resultar no solo de la legislación en materia de vivienda, sino de actos administrativos de calificación jurídica del objeto sobre el que recae el derecho. El carácter tuitivo y funcional que se prevé para el contenido positivo o de facultades que integran el dominio en la Ley 12/2023 se hace evidente

la inscripción de declaraciones de obra nueva y, entre ellas, de las declaraciones de obra nueva por antigüedad, siendo de aplicación los plazos de prescripción de la acción de restauración de la realidad física alterada previstos por la legislación urbanística para obras no autorizadas, o si, por el contrario, debe entenderse que estamos ante la declaración e inscripción del uso de vivienda, entendido como ejercicio posesorio continuado con destino a vivienda, siendo de aplicación la regla de imprescriptibilidad que afecta a las acciones administrativas de cesación de actividades de tracto continuado. En este sentido, véanse las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 de mayo de 2024, *BOE* de 5 de julio, y de 10 de julio de 2025, *BOE* de 6 de agosto.

³ La constitucionalidad de la Ley 12/2023 ha sido revisada por la STC 79/2024, de 21 de mayo (*BOE* núm. 152, de 24 de junio de 2024), y por la STC 26/2025, de 29 de enero (*BOE* núm. 51, de 28 de febrero de 2024).

cuando acudimos al art. 11.1.a, que configura como deber o carga del derecho de propiedad de viviendas «el uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad».

Es decir, el uso y disfrute posible que al propietario atribuye su derecho sobre un objeto destinado a vivienda se configura por la ley, al tiempo, como un derecho y como un deber o carga. En definitiva, el legislador monitoriza —por utilizar una palabra algo extravagante, pero clara— el ejercicio del derecho de propiedad sobre el objeto inmobiliario cuya configuración física objetiva determina que su destino sea el de vivienda. Así, el Estado, en uso del título competencial que lo faculta para entrar a regular el contenido básico del derecho de propiedad, realiza una definición estatutaria de la propiedad de viviendas en la que la protección del derecho de propiedad parece confundirse con la protección del derecho al disfrute de una vivienda, generando un escenario en que toda limitación del dominio puede ser admisible al amparo de la función social del derecho de propiedad de viviendas, no obstante afecte a las facultades de uso, disfrute o disposición del propietario. En este sentido, Barral Viñals (2017) se refiere a una propiedad urbana como propiedad habitacional, en tanto «a imagen de la propiedad rústica, cuya función social impone que las tierras se cultiven y sean productivas, en la propiedad urbana se impone al propietario que sus pisos sirvan efectivamente como vivienda. La propiedad urbana pasa a definirse por su función habitacional».

Así resulta de lo establecido en el número 2 del art. 10 de la Ley 12/2023, el cual, después de establecer que corresponde a las Administraciones competentes en materia de vivienda el pleno ejercicio de los derechos de la propiedad sobre la vivienda, recoge, a tal fin, un conjunto de medidas en las que mezcla las que efectivamente tienen por objeto el fomento del acceso a la propiedad de la vivienda (ayudas y subvenciones públicas, incentivos fiscales, gestión directa o indirecta de parques públicos de vivienda) con otras que no tienen por finalidad el fomento de la adquisición o conservación de derechos de propiedad, sino el fomento de su movilización, de forma que sus propietarios acepten la celebración de contratos de arrendamiento, o la cesión de sus derechos a las Administraciones públicas para incrementar la oferta de alquiler social.

Pues bien, centrada de nuevo la mirada en los derechos de tanteo y retracto a los que nos estamos refiriendo, y admitida su inclusión dentro del marco estatutario descrito, procede considerar si su definición, establecida por la norma autonómica que los regula, contiene una delimitación suficiente de su contenido y alcance, en términos que permitan determinar su adecuación a la función social a la que sirven. Y ello a fin de evitar lo que, sin duda, provo-

caría un fracaso, tanto en el objetivo —por todos aceptado y perseguido— de ofrecer soluciones que permitan si no resolver, sí al menos aliviar el problema que genera la dificultad en el acceso y la conservación de la vivienda, como en la necesaria protección del derecho a la propiedad privada.

Exigencia que se hace más evidente si tenemos en cuenta que los derechos de tanteo y retracto establecidos como instrumentos de intervención en el mercado de viviendas afectan no solo a las sujetas a algún régimen de protección pública, en que el derecho de propiedad nace, al igual que su objeto —la edificación destinada al uso de vivienda—, como consecuencia de una actuación administrativa de fomento del derecho constitucional al disfrute de una vivienda digna, sino a viviendas no sujetas a regímenes de protección, en que la delimitación legal del dominio que supone el establecimiento de derechos de adquisición preferente de carácter administrativo se impone sobre derechos de propiedad nacidos de la actividad de promoción privada, para su incorporación a un mercado de vivienda libre⁴.

⁴ Cabe citar como ejemplo de falta de determinación de los derechos de adquisición preferente y generación de confusión en su contenido y extensión el Decreto Ley 1/2015, de medidas urgentes para la movilización de viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria de Cataluña, cuyo art. 2 establece derechos de tanteo y retracto a favor de la Generalitat sobre viviendas libres de tal procedencia, y remite, en cuanto a su ejercicio, a los procedimientos establecidos en los arts. 89 a 91 de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda, para los derechos de opción legal y retracto sobre viviendas de protección pública. Tal remisión lleva a la Dirección General de Derechos y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña a considerar que los tanteos y retractos sobre viviendas libres procedentes de ejecuciones hipotecarias se aplican en casos de operaciones societarias de ampliación de capital con aportación de viviendas, olvidando que fuera del ámbito de las viviendas protegidas no existe un precio máximo cuyo pago al aportante pueda sustituir el valor de las acciones o participaciones que hubiera de recibir por razón de la aportación realizada. Así, en Resolución JUS 2800/2017 DOGC de 7 de diciembre, dicho Centro afirma: «La respuesta afirmativa se justifica en el carácter oneroso de la transmisión. Es verdad que esta respuesta se puede cuestionar si se tiene en cuenta que la contraprestación del aportante consiste probablemente en la atribución de un determinado número de acciones y no en una cantidad dineraria, cosa que, a su vez, puede dificultar la determinación de la contraprestación que tenga que satisfacer el titular de los derechos de adquisición preferente. Ahora bien, el artículo 87.4 de la Ley de la vivienda dispone que “la contraprestación que se tiene que pagar como consecuencia del ejercicio de los derechos de adquisición no puede superar en ningún caso el precio máximo de transmisión fijado normativamente”, y por lo tanto, aunque la contraprestación en aumento de capital sea la adjudicación de acciones, siempre se puede fijar el valor dinerario de la vivienda. Si negamos el derecho de adquisición preferente en las aportaciones de capital, se abre la puerta a que todas las fincas

IV. SÍNTESIS DEL CONTENIDO DE LA SENTENCIA 8/2023

1. EN RELACIÓN CON LA CONCURRENCIA DE UN PRESUPUESTO DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD QUE HABILITE LA REGULACIÓN A TRAVÉS DE DECRETO LEY

El primer motivo del recurso es el referido a la falta de concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilite la regulación de los derechos de adquisición preferente a través de un decreto ley, situación que entiende la parte recurrente que no queda justificada por el Consell, en la medida en que la exposición explícita de tal situación es discutible en cuanto al fondo —y parece realizada a efectos de anticipar posibles recursos—, y no existe una relación directa o de congruencia entre la regulación establecida y la situación que se trata de afrontar, dado que la crisis de la vivienda tiene carácter estructural y no existe conexión entre la realidad de la crisis sanitaria y la necesaria protección de la salud, por un lado, y, por otro, el establecimiento de los derechos de adquisición preferente. Frente a tal argumentación, el Consell opone la existencia del presupuesto habilitante sobre la consideración de la existencia de miles de familias que pueden encontrarse en riesgo de exclusión residencial, y la posibilidad de dar una respuesta inmediata a través del incremento del parque público de viviendas que el ejercicio de tales derechos de tanteo y retracto puede crear, atendiendo así las necesidades habitacionales de la población más desfavorecida. Por su parte, la Abogacía General de la Generalitat, tras citar normas estatales y autonómicas de urgencia dirigidas a paliar los efectos de la crisis económica sobre la vivienda, entiende que debe apreciarse que existe una adecuación entre la crisis económica generada por la pandemia y las medidas adoptadas, por lo que el Decreto Ley 6/2020 cumple con las exigencias del art. 86.1 CE. En la sentencia que comentamos, el Tribunal Constitucional, tras cita de su doctrina jurisprudencial, procede a su aplicación al caso y considera patente la relación lógica o de congruencia entre la situación que se trata de afrontar y la norma recurrida, ponderando la agilidad y rapidez con la que los derechos de adquisición preferente permiten incrementar el parque público de vivienda frente a alternativas como la promoción pública de vivienda, y añade que el recurso al decreto ley

adquiridas por este procedimiento pasen, sin ningún coste, a sociedades de gestión de los bancos o de las entidades financieras, de manera que el derecho queda en simple declaración sin efectos. Por otra parte, el derecho de adquisición preferente otorgado a la Generalidad de Cataluña es de interés público y eso permite defender tajantemente su existencia en el caso de aportaciones de capital».

para establecer un derecho de adquisición preferente a favor de la Generalitat permite dar una respuesta más rápida para colmar las necesidades de vivienda de los colectivos vulnerables que mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley en el Parlamento valenciano. Por todo ello, desestima el motivo.

2. EN RELACIÓN CON LA POSIBLE INVASIÓN DE COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ESTADO

El recurso considera que la regulación de los derechos reales de adquisición preferente tanto sobre vivienda protegida como sobre vivienda libre invade la competencia del Estado en materia de legislación civil, que la regulación de estos derechos en relación con los procedimientos de ejecución conculcaría la competencia estatal en materia de legislación procesal, que la regulación en relación con la transmisión de acciones y participaciones invade la competencia en materia mercantil, y que la imposición de requisitos a notarios y registradores invade la competencia del Estado en legislación civil e hipotecaria, conforme a las competencias en las bases de las obligaciones contractuales, apoyando tales pretensiones en doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, con cita de sentencias. Frente a ello, las Cortes Valencianas formularon alegaciones negando tales invasiones competenciales, con apoyo también en doctrina del mismo Tribunal y partiendo de la consideración de que el decreto ley no regula los derechos de adquisición preferente, sino que prevé la utilización del régimen propio de estas instituciones en un sector material en el que tiene competencia exclusiva, la vivienda. En relación con la imposición de requisitos a notarios y registradores, alegan las Cortes, con cita de la STC 207/1999, FJ 8, que este tipo de obligaciones no deriva solo de la expresa exigencia de la norma autonómica, sino también y más propiamente del deber general de observancia de la legalidad de notarios y registradores en su función pública. Se niega igualmente que la proyección de los derechos de adquisición preferente sobre viviendas adquiridas con ocasión de un procedimiento de ejecución judicial o extrajudicial hipotecaria suponga invasión de competencias en materia procesal, toda vez que no se establece regulación procesal alguna. Idéntico criterio es seguido para justificar la constitucionalidad de la proyección de los derechos de adquisición preferente regulados sobre las transmisiones de acciones o participaciones sociales.

Por su parte, el abogado general de la Generalitat Valenciana defiende la constitucionalidad de la regulación señalando que los derechos de adquisición preferente que establece son de naturaleza administrativa y no civil, y quedan incardinados en la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. En relación con la imposición de requisitos

a notarios y registradores, señala que la previsión establecida en el decreto ley se ajusta a lo previsto en los arts. 22 y 254 de la Ley Hipotecaria, y contradice igualmente cualquier invasión en materia procesal, toda vez que la regulación impugnada no regula el procedimiento de ejecución hipotecaria ni prevé ninguna actuación en este, sino que el tanteo y retracto se refieren a la subsiguiente transmisión. En materia mercantil se alega que el contenido de la norma impugnada no afecta a la regulación mercantil de acciones o participaciones, o al régimen de su venta o transmisión, sino que solo se prevé su posible adquisición en ejercicio de un derecho de tanteo o retracto por la Administración.

La sentencia comentada resuelve acerca de la posible invasión de competencias exclusivas del Estado, estableciendo, en síntesis, sobre la base de su propia doctrina anterior, que no existe invasión competencial en ninguno de los ámbitos a que se refieren los recurrentes, en la medida en que la regulación impugnada se incardina en la competencia de la Comunidad Valenciana en materia de vivienda, por lo que no cabe apreciar la invasión en la competencia del Estado en materia de legislación civil. Tampoco en materia de legislación procesal, indicando que la norma invocada no es una norma de carácter procesal ni incide siquiera sobre el procedimiento de ejecución, pues el derecho de adquisición preferente no se establece respecto de la adquisición de una vivienda dentro del proceso de ejecución hipotecaria, sino que afecta a las posteriores transmisiones de viviendas y sus anejos cuando estas hayan sido previamente adquiridas a través de una ejecución hipotecaria. Y el mismo criterio sigue en relación con la posible invasión de competencias estatales en materia mercantil, en la medida en que considera que la posible adquisición de acciones o participaciones de una sociedad mercantil privada por la Generalitat como consecuencia del ejercicio del derecho de tanteo o retracto, en cuanto en nada altera la naturaleza de la sociedad y su sujeción al derecho privado, no supone invasión alguna del Estado en legislación mercantil. Tampoco considera el TC que la posibilidad de que en ejercicio de los derechos de adquisición preferente pueda la Generalitat adquirir tales acciones o participaciones invada competencias de otras comunidades autónomas —lo que en criterio de los recurrentes ocurriría en caso de que la sociedad mercantil fuera titular de inmuebles sitos en otras comunidades autónomas—, en la medida en que, aunque la empresa pueda tener activos en otras comunidades, los derechos de adquisición van ligados a las viviendas radicadas en la Comunidad Valenciana y, además, la norma impugnada en caso alguno impide que las demás comunidades autónomas establezcan una norma similar respecto de las viviendas situadas dentro de su territorio. Finalmente, en relación con la posible invasión de competencias en materia notarial y registral, desestima igualmente el recurso a partir de la consideración de que

las obligaciones impuestas a notarios y registradores de exigir —para autorizar escrituras y para proceder a la inscripción— justificación de haber sido realizadas las notificaciones precisas para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente forman parte del deber de controlar la adecuación a la legalidad de los negocios jurídicos traslativos que tanto la legislación notarial como la registral imponen a unos y otros funcionarios.

3. EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN SU VERTIENTE DE GARANTÍA PATRIMONIAL

Entienden los recurrentes que la regulación impugnada produce una vulneración de la protección constitucional del derecho de propiedad en su vertiente de garantía patrimonial, por razón del hecho de que la regulación impugnada no establece un mecanismo de compensación de los perjuicios patrimoniales que el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto pueda causar a las partes vendedora o compradora, en la medida en que solo atiende al pago o reembolso del precio pactado o pagado, y no al reintegro de los costes de transacción en que se haya podido incurrir en la preparación del negocio jurídico traslativo. Costes transaccionales que, según indican los recurrentes, pueden incluir «asesoramiento técnico y jurídico, funciones de auditoría, notarios, etc.». Razona el recurso que, dado que el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, singularmente en las operaciones de cierto volumen, se realiza con posterioridad a los desembolsos necesarios para alcanzar el acuerdo que posteriormente se somete a conocimiento de la Administración, y dado que los servicios contratados a través de tales desembolsos permiten fijar un precio generalmente más bajo —que será el que haya de pagar la Administración al ejercitar su derecho—, la falta de previsión de un mecanismo que compense al propietario por el importe de tales desembolsos supone una privación patrimonial para quien haya incurrido en ellos y un beneficio para la Administración. Frente a tal argumentación, las Cortes Valencianas, en sus alegaciones, consideran que tal planteamiento supone entender producida una inconstitucionalidad por omisión, dada la falta de regulación específica de una indemnización, omisión que queda solucionada, en caso de existir, a través de la vía de la responsabilidad del Estado legislador o de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En términos análogos argumenta la Abogacía General de la Generalitat Valenciana.

Planteada así la cuestión, la sentencia comentada, tras cita de la doctrina constitucional sobre la garantía patrimonial del art. 33.3 CE y en una interpretación sistemática de lo previsto en los arts. 2.6 y 11.3 del decreto ley impugnado, considera que la norma no vulnera la garantía patrimonial reconocida en el art. 33.3 CE. Interpretación sistemática que pone en relación

con lo previsto en los arts. citados, que solo aluden genéricamente al precio, en relación con lo establecido en los arts. 7.3 y 8.4 del mismo decreto ley — en que se prevé de forma expresa que en caso de ejercicio de los derechos de tanteo o retracto sobre vivienda pública a favor de tercera persona o de cesión de tales derechos al municipio en que radique la vivienda los gastos que genere la transmisión serán de cuenta de la tercera persona o entidad adquirente—, y con lo previsto en la legislación civil, en concreto los arts. 1525 y 1518 CC, conforme a los cuales la obligación de pago no se restringe al precio, sino que incluye los gastos.

Cabe finalmente referirse al voto particular de carácter concurrente formulado por la magistrada Laura Díez Bueso, en el que especial interés, a los efectos del presente comentario, tienen los números 2 y 3. En el primero de ellos la magistrada puntualiza el criterio mayoritario señalando que una cosa es que las normas autonómicas puedan, en materia de su competencia, crear derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración pública y regular las peculiaridades que conlleva la atribución de tales derechos y otra, muy distinta, es que estas normas puedan establecer su régimen jurídico. En el número 3 de su voto particular expresa su criterio en relación con la posibilidad de que la falta de regulación del reembolso de los gastos derivados del ejercicio del retracto en la normativa impugnada no respete la garantía patrimonial que establece el art. 33 CE.

V. COMENTARIO A LA DOCTRINA SENTADA POR LA SENTENCIA

1. EN RELACIÓN CON EL PRIMER MOTIVO

Según ha quedado expuesto, el TC desestima la alegación de los recurrentes relativa a la falta de presupuesto de urgencia y extraordinaria necesidad que justifique la utilización del decreto ley para el establecimiento de derechos de tanteo y retracto, y considera, frente a ello, que tal herramienta normativa permite dar una respuesta más rápida para colmar las necesidades de vivienda de los colectivos vulnerables que mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley. Sin entrar a discutir tal afirmación, parece inevitable poner de manifiesto hasta qué punto la crisis financiera que comienza en el año 2007, y la subsiguiente crisis inmobiliaria, generó una paralización de la actividad de promoción, tanto pública como privada, que dio lugar, al comenzar el período de recuperación, a una insuficiencia manifiesta del parque de vivienda. La falta de oferta de vivienda, unida a la restricción del crédito inmobiliario que impuso la regulación bancaria tras la crisis, la posterior tendencia inflacionista producida tras la pandemia, y

la falta de movilización de grandes parques inmobiliarios pertenecientes a entidades financieras o sociedades patrimoniales de estas, ha dado lugar a un escenario en el que la dificultad de acceso a la vivienda se ha convertido en un problema estable y duradero, casi endémico, lo que hace difícil entender la frecuencia con la que el legislador autonómico recurre al decreto ley para el establecimiento de medidas de intervención en el mercado de suelo que permitan un incremento de la oferta pública de vivienda. La urgencia en la atención política al problema de la vivienda y en el establecimiento de tratamientos legales no puede estar reñida con una actuación legislativa meditada y de calidad, sobre todo en aquellos ámbitos en los que la regulación que se establezca imponga limitaciones legales sobre el derecho de propiedad, a fin de cumplir el mandato de injerencia mínima y proporcionada, y dada la necesidad de evitar que las limitaciones que puedan ser establecidas generen «daños colaterales» en el tráfico de titularidades jurídico reales que pueda tener consecuencias negativas que anulen o disminuyan los beneficios pretendidos por su establecimiento. En este sentido, sería deseable que las regulaciones que establezcan instrumentos de intervención en el mercado inmobiliario introduciendo limitaciones sobre las facultades dispositivas de los propietarios, aunque sean de baja intensidad, vayan precedidas de un estudio que permita determinar la incidencia real del ejercicio de tales derechos de adquisición preferente tanto respecto del total de las transmisiones que quedan sujetas a éste como respecto del total de viviendas asequibles ofrecidas por la Administración. Ha transcurrido un número de años suficiente, desde que comenzaron a implantarse derechos de tanteo y retracto sobre transmisiones de viviendas libres para fomento de la oferta pública de vivienda asequible, como para haber tratado los datos relativos, por un lado, al número de casos de ejercicio de tales derechos respecto del total de las transacciones sujetas y notificadas a la Administración, y, por otro, al número total de viviendas adquiridas por la Administración y ofertadas en condiciones asequibles respecto del total de las integrantes de los parques públicos de vivienda. Datos que deben ser publicados y utilizados para fijar un criterio que permita determinar la utilidad de tales derechos de adquisición preferente y, con ello, diseñar 1) su ámbito territorial, fijando las áreas en las que procede su ejercicio y dejando fuera todas aquellas en que el ejercicio efectivo será escaso o nulo⁵, 2) su ámbito objetivo,

⁵ Cabe señalar, como ejemplo de falta de precisión en tal delimitación, lo previsto para tanteos y retractos sobre transmisiones de edificios plurifamiliares por el Ayuntamiento de Barcelona, en la Modificación Puntual del Plan General Metropolitano aprobada por Acuerdo de la Subcomisión de Urbanismo de 5 de diciembre de 2018, por la que se declaraba todo el término municipal de Barcelona como área en la que las transmisiones de viviendas vacías, edificios plurifamiliares y terrenos sin edificar

de forma que sea posible precisar el tipo concreto de transmisiones sobre las cuales se aplica y los precios máximos de venta por metro cuadrado que darían lugar al ejercicio de derechos de adquisición preferente por la Administración, 3) su ámbito subjetivo, concretando de manera más precisa qué titulares dominicales deben quedar sujetos a este, y 4), finalmente, su ámbito temporal, en la medida en que son instrumentos que tienen por objeto actuar en coyunturas de escasez de oferta de vivienda asequible, pero que fuera de tal escenario pierden su utilidad y, por tanto, su justificación. En este sentido, no existen datos publicados por la Generalitat Valenciana acerca del número de derechos de tanteo y retracto ejercidos según lo previsto en el Decreto Ley 6/2020, ni la relación entre el número de casos en que notificada la intención de transmitir se ha procedido al ejercicio del tanteo y aquellos en que no se ha ejercitado, en términos que permitan determinar cuál ha sido la utilidad de tal herramienta y su incidencia sobre los costes implícitos de transacción, y, con ello, si su establecimiento como limitación legal del dominio estaba o no justificado o, al menos, si más allá de la dificultad de conocer su utilidad futura en el momento de su establecimiento, han resultado o no herramientas útiles. Otro ejemplo de falta de datos para evaluar la utilidad del establecimiento de derechos de adquisición preferente a favor de la Administración, y, con ello, la necesaria proporcionalidad entre dicha utilidad pública y la limitación que imponen sobre la propiedad privada, es la observable en la comunidad autónoma de Cataluña, donde la Generalitat, tras diez años de vigencia del Decreto Ley 1/2015, por el que se establecen derechos de tanteo y retracto sobre transmisiones de viviendas procedentes de procedimientos de ejecución hipotecaria o de daciones en pago, no ha publicado dato alguno del que resulte si los

quedan sujetas al ejercicio de derechos de tanteo y retracto. Dicho acuerdo fue en parte anulado por la STSJC 4679/2021, de 2 de diciembre, en relación con el tanteo y retracto establecido sobre terrenos sin edificar, por falta de la habilitación legal en la Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, al no haberse cumplido los requisitos que para el establecimiento de tales derechos de adquisición preferente resultan de los arts. 172 a 174 de la Ley de Urbanismo de Cataluña y de la legislación hipotecaria, que impone, entre otros requisitos, la inscripción previa en el Registro de la Propiedad del acuerdo que establece la sujeción a los tanteos y retractos, con identificación de las fincas registrales afectadas. Cabe añadir que la práctica registral pone de manifiesto que, incluso fuera de tal supuesto, y aunque la legislación de vivienda autorice para declarar área sujeta a tanteos y retractos todo el término municipal, sería deseable que la Administración titular precisara e hiciera públicos, aun sin inscripción registral previa, los ámbitos territoriales concretos en los que tales derechos se ejercitarán, a efectos de evitar la imposición de trabas al tráfico inmobiliario que no se traduzcan en una utilidad pública efectiva.

costes tanto explícitos como implícitos que su regulación ha generado sobre el tráfico inmobiliario encuentran o no justificación en la utilidad de la medida⁶.

Igualmente, la regulación de urgencia a través del decreto ley, en el que la elaboración de la norma se sujeta a una confrontación mucho menor, aun siendo evidentemente más rápida, presenta con más facilidad carencias en la delimitación precisa de los supuestos de hecho a que se ha de aplicar y a su régimen de ejercicio, que dificultan su efectiva aplicación, reduciendo, con ello, su utilidad. El caso del Decreto Ley 6/2020 objeto de impugnación es claro, en la medida en que, como la propia sentencia comentada recoge, hubo de ser no solo aclarado, sino completado, por la posterior Circular 1/2020, de la Dirección General de Vivienda y Regeneración Urbana, posteriormente derogada por la Circular 1/2021, de la misma Dirección General, en las que se precisa el difuso concepto de «transmisión» sujeta a tanteos y retractos, y, con ello, los casos en los que procede, o no, la notificación notarial o registral a la Administración previa a la autorización de la escritura de compraventa o a su inscripción registral. Y, como ya se ha indicado, finalmente derogado por la Ley 5/2025, sin que el preámbulo de la norma recoja explicación alguna de las razones que llevan a suprimir los derechos de adquisición preferente de la Administración sobre transmisiones de viviendas libres⁷.

Cabe, igualmente, señalar la necesidad de velar por que la regulación de los derechos de tanteo y retracto de ámbito local se lleve a cabo por ayuntamientos a través de ordenanzas, a partir de la habilitación establecida en leyes autonómicas de vivienda y urbanismo, y se desarrolle en términos que no introduzcan contenido sustantivo que carezca de soporte legal o no se ajuste al contenido civil básico de la institución regulada⁸.

⁶ Como afirma Ponce Solé (2016: 188): «En términos generales, se aprecia una ausencia de evaluación *ex ante* de la normativa de vivienda, como en general también ocurre, respecto de impactos futuros de su aplicación, en la línea de la *better* o *smart regulation*. Asimismo, cuando estas obligaciones de resultado existen, y en términos generales también con las obligaciones de medios, carecemos de una evaluación *ex post* de la normativa de vivienda que nos permita conocer su real funcionamiento y mejorarla».

⁷ Debe ponerse de manifiesto que desde el ejercicio práctico de la profesión de registrador de la propiedad es fácil percibir hasta qué punto el establecimiento de obligaciones de notificación previa a la Administración en operaciones inmobiliarias, cuyo ámbito tanto subjetivo como objetivo no está definido por el legislador con la precisión deseable, y lo va siendo de forma escalonada a través de circulares o instrucciones, o vía resolución de recursos gubernativos contra calificaciones registrales, genera costes de transacción, tanto explícitos como implícitos, que no se traducen en utilidad pública alguna.

⁸ En este sentido, cabe citar la anulación parcial que de la modificación del Plan General Metropolitano para declarar la ciudad de Barcelona área de tanteo y retracto y definir

2. EN RELACIÓN CON EL SEGUNDO MOTIVO

El segundo motivo de impugnación de la norma alega invasión competencial en materias que son de competencia exclusiva del Estado, de legislación civil, procesal, mercantil y reguladora de los instrumentos y registros públicos.

En materia de legislación civil, se plantea la cuestión relativa a si el establecimiento de derechos de tanteo y retracto como herramientas de intervención pública en el mercado de viviendas, con la finalidad de fomentar una oferta pública de vivienda asequible, se encuadra dentro de la competencia autonómica en materia de vivienda o si, por el contrario, supone el establecimiento de una regulación civil de los derechos reales de adquisición preferente. La sentencia sostiene el primero de los dos criterios y desestima el motivo. Y tal desestimación, en los términos en que se plantea el recurso, parece inevitable, en la medida en que es necesario establecer una clara distinción entre, por un lado, la regulación civil por la que se fija el contenido típico de los derechos reales de adquisición preferente como limitativos del dominio ajeno, y, por otro, la regulación administrativa que tiene por objeto establecer instrumentos que permitan la intervención sobre el tráfico de derechos reales inmobiliarios con una finalidad de fomento de políticas públicas de suelo o de vivienda, y que a tal efecto hace uso de estructuras previamente definidas por la legislación civil. Así, los llamados «derechos de tanteo y retracto», en tanto que establecidos a favor de la Administración para posibilitar la realización de fines de utilidad pública, no son verdaderos derechos —entendibles como derechos subjetivos de naturaleza real—, o, según parte de la doctrina civil, derechos potestativos o de modificación jurídica ejercitables *erga omnes*⁹. Son, por el

los plazos de edificación aprobada por acuerdo de la Subcomisión de Urbanismo de 5 de diciembre de 2018 se lleva a cabo por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso, 4679/21, de 2 de diciembre, ROJ 12573/2021, por la que el Tribunal estima parcialmente la demanda y estima la «la nulidad de la figura de planeamiento impugnada tan sólo en cuanto se contempló en la misma a los terrenos no edificados y en cuanto se ha tratado de evitar las garantías de los artículos 174.1 y 2 del decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el texto refundido de la ley de urbanismo de Cataluña y 226.2 y 3 del decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la ley de urbanismo».

⁹ Señala Díez Picazo y Ponce de León (2018:120) que «los derechos de tanteo y retracto son derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no hace posible la calificación de estos derechos como derechos reales, por cuanto en ningún caso confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa». Por su parte, Valle Muñoz (2017: 1254) define los derechos de tanteo y retracto de carácter voluntario como derechos potestativos de carácter

contrario, potestades públicas ejercitables en los casos previstos expresamente en la norma y para la consecución de fines de utilidad pública. Estamos, por tanto, en la evidente distinción entre derechos reales *in re aliena*, que constituyen limitaciones voluntarias del dominio y que lo gravan, derogando su contenido normal en virtud de un acto o negocio jurídico voluntario, y potestades públicas cuyo establecimiento delimita el contenido ordinario y normal del derecho de propiedad por razón de su función social. El hecho de que los llamados derechos de tanteo y retracto voluntarios y legales compartan el *nomen iuris* no debe dar lugar a una identificación en su naturaleza jurídica. Algo similar ocurre con los derechos reales de servidumbre —consideración aplicable a las llamadas servidumbres voluntarias o a las forzosas exigibles a un particular contra el pago de una indemnización—, y las limitaciones legales impuestas directamente por la norma sobre el dominio de determinadas fincas, que delimitan su contenido ordinario por razón de las relaciones de vecindad, de la protección del dominio público, o de cualquier otro interés de carácter público. Por tanto, es criterio de la sentencia comentada que la norma autonómica no establece una regulación civil de determinados derechos reales limitativos del dominio ajeno, sino que utiliza estructuras civiles para fijar limitaciones legales del dominio del derecho de propiedad en ejercicio de sus competencias en materia de vivienda.

La crítica a tal consideración de la sentencia exige poner de manifiesto que la regulación como «derechos de tanteo y retracto» de las potestades públicas establecidas debe ajustarse, si utiliza dicho *nomen iuris*, a la estructura civil esencial que delimita su contenido y que permite identificarlos como tales. Lo contrario provoca una situación de contradicción interna en la delimitación del contenido de la limitación impuesta, en cuanto, por un lado, recibe una denominación civil a la que corresponde un contenido legal típico, y, por otro, determina unas potestades cuyo diseño no se ajusta a dicho contenido, generando con ello falta de claridad en su definición y dificultades prácticas en su aplicación¹⁰. La falta de precisión en la adecuación de la estructura civil básica de los tanteos y retractos y el contenido real de las potestades establecidas es perceptible con mayor claridad en el ámbito de las viviendas de protección pública, en las que el dominio nace ya sujeto a un conjunto

impropio, en cuanto requieren no solo de la voluntad de adquirir por parte del titular de estos, sino también de la voluntad de disponer del bien por parte del concedente de tales derechos.

¹⁰ Un estudio más extenso del problema derivado de la falta de adecuación de la limitación legal impuesta al tipo de derecho real cuya denominación se le atribuye es el que realizamos en Arnaiz Ramos (2022: 585).

de limitaciones legales que afectan a las facultades de uso y de disposición necesarias para la consecución de la finalidad social para la que fue creado el objeto inmobiliario sobre el que recae el derecho de propiedad. Ocurre así que en dicho ámbito la transmisión del dominio no implica solo un acto de carácter voluntario, desarrollado por el propietario en ejercicio de su derecho, sino también una actuación administrativa, a la que corresponde fiscalizar que el cambio de titularidad jurídico real se realiza en condiciones tales que el objeto del derecho de propiedad seguirá sirviendo a la finalidad social para la que se creó. Es por ello por lo que la realización de actos dispositivos sobre vivienda protegida queda sujeta a un régimen de fiscalización administrativa que incluye tanto una autorización previa en forma de visado como la posible adquisición preferente por parte de la Administración, ya a través de una suerte de opción legal por el precio máximo establecido en el régimen, ya a través de un retracto si la transmisión fue realizada sin fiscalización previa.

Lo expuesto obliga a poner de manifiesto la necesidad de evitar que bajo el paraguas de la competencia autonómica en materias tales como vivienda o urbanismo, o su desarrollo en el ámbito municipal, se establezcan normas que alteran el contenido civil típico de los derechos de adquisición preferente que se definen como de tanteo y retracto, en términos a los que nos referiremos con detalle al comentar el tercer motivo del recurso.

En materia procesal, no cabe sino compartir el criterio del Tribunal, en la medida en que los derechos de adquisición preferente que se regulan no lo son en el seno del procedimiento judicial, sino que afectan solo a la transmisión posterior que pueda realizar quien se adjudicó el bien en la subasta realizada en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Parece, por tanto, claro que la mera procedencia de la titularidad afectada por el derecho de adquisición preferente no puede dar lugar a entender que exista invasión competencial alguna en materia procesal. Cuestión distinta habría sido si la transmisión sujeta a derechos de adquisición preferente fuera aquella que tiene lugar en el propio procedimiento, es decir, la resultante del decreto de adjudicación, bien a favor de quien haya presentado la mejor postura en la subasta celebrada, bien a favor del acreedor que se haya adjudicado la vivienda por haber quedado desierta la subasta. Esto último es exactamente lo que se establece en el art. 2.2 del Decreto Ley 1/2015 de la Generalitat de Cataluña, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, introducido por el Decreto Ley 2/2025, que modifica el anterior y establece nuevas medidas urgentes en materia de vivienda, en el que se sujeta a tanteo y retracto de la Administración de la Generalitat «la adjudicación de cualquier vivienda que proceda de una subasta administrativa o judicial». Es inevitable entender que dicha adjudicación es la aprobada por el órgano judicial o administrativo a favor del rematante de

la subasta celebrada, y ello en la medida en que no se refiere a «transmisión» o «compraventa», sino a «adjudicación», que es el título material en cuya virtud se adquiere como consecuencia de la venta forzosa realizada en un procedimiento de apremio judicial o administrativo. Parece posible entender que dicha norma sí invade competencia estatal exclusiva en materia procesal y de procedimiento administrativo común, en la medida en que impondría actuaciones para desarrollar en el seno del procedimiento de apremio judicial o administrativo.

En materia mercantil, entiende el TC que no existe invasión, en la medida en que la adquisición por la Generalitat de acciones o participaciones, y, con ello, su adquisición de la condición de socia de una sociedad de capital, no genera interferencia en la legislación mercantil. Resulta, sin embargo, que la posibilidad de ejercicio de los derechos de adquisición preferente en casos de ventas de acciones o participaciones sociales está prevista por el decreto ley para el caso de que el objeto social de la sociedad «esté vinculado con la actividad inmobiliaria», es decir, en términos genéricos que no precisan en qué ha de consistir tal vinculación. Ciertamente, cabría exigir mayor precisión en la determinación del supuesto objetivo desencadenante de la posibilidad de adquisición preferente, dado que el establecimiento de los tanteos y retractos sobre la venta de acciones o participaciones encuentra justificación en la finalidad perseguida por el Decreto Ley 6/2020 solo en aquellos casos en que la sociedad sea titular de viviendas o edificios que cumplan los requisitos objetivos previstos en su art. 10.1 para que su transmisión quede sujeta a tales derechos de adquisición preferente, y la venta de las acciones o participaciones suponga la adquisición por el comprador de capacidad decisoria suficiente como para determinar el destino que haya de darse a tales viviendas o edificios.

En materia notarial y registral considera la sentencia comentada que el ejercicio tanto de la función notarial como de la función registral incorpora un juicio de legalidad que se extiende no solo a las formalidades a que queda sujeta la documentación del acto o negocio jurídico, sino al fondo, de manera que no podrá autorizarse la escritura ni practicarse la inscripción sin previa comprobación de la legalidad del acto o negocio de que se trate. Por tanto, la observancia de la legalidad —en el caso resuelto de la normativa reguladora de los derechos de tanteo y retracto y, muy especialmente, del cumplimiento del requisito esencial de la notificación fehaciente de la transmisión de los inmuebles sujetos a tales derechos— no deriva solo de la expresa exigencia contenida en los preceptos de la norma impugnada, sino también, y más propiamente, del deber general que, en sus respectivas funciones públicas, notarial y registral, les viene impuesto a estos profesionales por las normas estatales por las que se rigen.

En el comentario a tal doctrina constitucional se ha de resaltar que, si bien nada puede oponerse a la afirmación de que a través de la función notarial y registral debe realizarse un control de adecuación a la legalidad del acto o negocio que se formaliza en escritura pública, y que luego da lugar a la inscripción del derecho real nacido de la modificación jurídico real, sí cabría profundizar en una posible inconstitucionalidad en la determinación que la norma realiza de las consecuencias que respecto de la posibilidad de autorizar la escritura de compraventa e inscribir el dominio en el Registro de la Propiedad debe tener el incumplimiento de los requisitos que establece. Por un lado, por cuanto tales consecuencias pueden no ajustarse al contenido esencial y básico que el tipo civil correspondiente a los derechos de tanteo y retracto atribuye a las limitaciones legales del dominio establecidas bajo dicho *nomen iuris*. Y, por otro, por cuanto cabe considerar que la regulación autonómica que regula las consecuencias notariales o registrales de la falta de cumplimiento de tales requisitos puede invadir la competencia estatal en materia de protección del contenido esencial del derecho de propiedad.

Así, en relación con la primera cuestión, cabe señalar que el Decreto Ley 6/2020 regula en su art. 6, de aplicación a las transmisiones no solo de viviendas protegidas, sino también de viviendas libres —por preverlo así el art. 10.5 *in fine*—, los «especiales deberes de colaboración de organismos y de funcionarios y funcionarios públicos». En relación con notarios y registradores, el principal deber impuesto es el de exigir, para autorizar las escrituras que documenten la transmisión sujeta a derechos de tanteo y retracto, y para inscribir en el Registro la transmisión realizada, que se acredite por la persona transmitente la notificación a la consellería competente en materia de vivienda de la decisión de enajenar, así como el vencimiento del plazo establecido para el ejercicio del derecho de tanteo o la renuncia expresa y motivada de la Generalitat si dicho plazo no hubiere vencido. Una lectura literal de los términos en que tales deberes son impuestos debe llevar a concluir que la exigencia de tal justificación es requisito previo para autorizar la escritura o para inscribir, de tal forma que, faltando aquella, no podrá formalizarse la operación en escritura pública —lo que impedirá completar la transmisión interpartes del dominio mediante la tradición instrumental— ni proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad, de manera que la adquisición del dominio se plenifique respecto del comprador y respecto de terceros¹¹. Y, de hecho, tal es la intención del legislador y la interpretación que se impone en la práctica notarial y registral, en la

¹¹ Acerca de los efectos que la inscripción en el Registro de la Propiedad produce respecto de la titularidad dominical, y su reconocimiento como tal por el Estado, véase Méndez González (2011: 154).

que, tratándose de transmisiones sujetas a los tanteos y retractos que establece la ley, no se autoriza la escritura sin que previamente se acrediten, de forma cumulativa, la notificación realizada y el transcurso del plazo para el ejercicio del tanteo o, no habiendo transcurrido todavía dicho plazo, el traslado de la resolución administrativa por la que la Administración expresa su decisión de no ejercer el derecho de tanteo. Requisitos que también se configuran como previos para que pueda procederse a la inscripción registral.

Pues bien, la previsión legal que impide transmitir el dominio¹² sin previamente notificar a la Administración para que esta pueda ejercitar su potestad de salir al tanteo, y sin esperar a que dicha Administración se pronuncie de forma expresa o presunta al respecto, no parece que se ajuste a la estructura civil básica configuradora del tipo de los derechos reales de tanteo y retracto, en los que la transmisión del dominio debe poder tener lugar, con eficacia real, aun en el caso de que el transmitente no notifique al titular del derecho de adquisición preferente, lo haga en términos no ajustados a la oferta o transmita antes de que transcurra el plazo para que la Administración ejerza su derecho de tanteo, pues, de otra forma, deja de tener sentido y utilidad el establecimiento de un derecho de retracto complementario del de tanteo: si solo es posible la transmisión una vez la Administración ha comunicado de forma expresa su decisión de no ejercitar el tanteo, o su plazo para ejercitarlo ha transcurrido, nunca podrá surgir la potestad de acudir al retracto, pues ninguna modificación en la titularidad dominical podrá haber tenido lugar. Existe, por tanto, un contenido contradictorio en la regulación de aquella potestad a la que la norma identifica como «derecho de tanteo y retracto», pero configura como una limitación legal del dominio que impide la eficacia de la modificación jurídico-real sin la existencia de un acto administrativo previo, expreso o presunto¹³.

Y, según lo antes afirmado, tal regulación, en cuanto establece como consecuencia derivada de la falta de práctica de las notificaciones a la Administración la imposibilidad de formalizar la escritura pública y proceder

¹² Es relevante poner de manifiesto que el efecto jurídico real de transmisión del dominio de la cosa vendida se produce, en la generalidad de las transmisiones de viviendas, como consecuencia de la tradición instrumental a que da lugar el otorgamiento de la escritura pública, según lo previsto en los arts. 609 y 1462 del Código Civil, y, en el ámbito de la comunidad autónoma de Cataluña, de conformidad con lo previsto en los arts. 531, apartados 1 y 4.2.a, del Código Civil de Cataluña.

¹³ La exigencia de previa notificación para la autorización de la escritura o para la inscripción también está prevista en otros tanteos y retractos legales, como los arrendaticios (art. 25 LAU). No obstante, en tales casos la necesidad de notificar nace de la preexistencia de un contrato de arrendamiento celebrado por voluntad del propietario transmitente.

a la inscripción en el Registro de la Propiedad, puede invadir competencia estatal en relación con la protección del contenido esencial del derecho de propiedad o, de forma más precisa, en relación con la regulación de actuaciones registrales necesarias para que se complete, con plena eficacia real, el proceso traslativo de los derechos de propiedad.

Para considerar tal problema resulta necesario diferenciar entre, por un lado, la regulación autonómica que establece requisitos de legalidad administrativa cuya concurrencia ha de ser comprobada por notarios y registradores —en este caso la realización de la notificación a la Generalitat y comprobación de que esta ha decidido no ejercitar el tanteo o ha dejado transcurrir el plazo que establece la ley para su ejercicio— y, por otro, las consecuencias notariales o registrales que la falta de cumplimiento de tales requisitos haya de producir. La importante STC 61/1997, de 20 de marzo (*BOE* de 25 de abril), ya estableció que, «ciertamente, corresponde al Estado en exclusiva, por virtud del precepto constitucional últimamente mencionado (art. 149.1.18.c CE), determinar los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, los efectos y las operaciones registrales»¹⁴. Es decir, no puede haber duda de que en cumplimiento de su deber de controlar la legalidad, y dentro de ella la legalidad autonómica establecida en ejercicio de las competencias autonómicas en materia de urbanismo o vivienda, los notarios o registradores han de exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma autonómica para

¹⁴ Desarrolla tal criterio la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en múltiples resoluciones, entre las que cabe citar la de 20 de marzo de 2014, *BOE* de 25 de abril de 2014, que señala: «la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992, fundándose en que se habían invadido las competencias que, en materia de urbanismo, se hallan transferidas a las Comunidades Autónomas, esta misma sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular materias que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución Española. Así ocurrió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (*cf.* artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española), de lo que se sigue que corresponde a las Comunidades Autónomas [...] determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por éstas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo (*cf.* Resoluciones de 22 de abril de 2005, 4 de mayo y 24 de agosto de 2011 y 17 de enero y 3 de abril de 2012)».

garantizar la eficacia de los derechos de adquisición preferente que establece para hacer efectiva la función social de la propiedad en materia de vivienda. Lo que resulta discutible es la posibilidad de que la misma norma autonómica regule las consecuencias notariales o registrales que, en relación con la autorización del instrumento público o la práctica de la inscripción, deba producir la falta de justificación de cumplimiento de tales requisitos.

A la luz de tal doctrina constitucional, el art. 6 del Decreto Ley 6/2020 u otras normas autonómicas de carácter similar que no establezcan de forma expresa el cierre registral deberían ser interpretados en el sentido de que cuando se establecen los especiales deberes de colaboración de los notarios y registradores, y ciertos requisitos «para autorizar escrituras» o «para inscribir en el Registro de la Propiedad», no pueden estar regulando cuál haya de ser la consecuencia que, respecto de la autorización de la escritura y práctica de la inscripción, haya de tener el incumplimiento de tales requisitos. Ni, por tanto, están resolviendo acerca de si la falta de notificación o de espera a que la Generalitat decida expresa o tácitamente no ejercitar su derecho debe provocar la denegación de la autorización de la escritura y de la práctica de la inscripción, o si, por el contrario, y pese a la falta de cumplimiento de tales requisitos, podrá procederse al otorgamiento de la escritura y a la inscripción del dominio adquirido en el Registro de la Propiedad, eso sí, con la realización de las advertencias oportunas para que tanto el adquirente en la compraventa sujeta a tanteo como eventuales terceros adquirentes tengan conocimiento de la sujeción de la transmisión ya realizada al posible ejercicio por la Generalitat del derecho de retracto¹⁵.

Cabría, justificada en los términos expuestos la falta de competencia autonómica para establecer el cierre registral, entender que el sistema que mejor cohesiona la protección de los intereses públicos en la eficacia de los instrumentos de intervención en el mercado de suelo establecidos y la protección de los derechos de propiedad y de su tráfico es aquel que permite, de acuerdo con la estructura civil típica de los derechos de tanteo y retracto, autorizar la escritura de venta e inscribir el derecho en el Registro de la Propiedad, no obstante la falta de cumplimiento de los requisitos de

¹⁵ Contrario a tal criterio es, en el ámbito de los derechos de tanteo y retracto establecidos en Cataluña por el Decreto Ley 1/2015, el establecido por la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña de 29 de marzo de 2022, RES/JUS/906/2022, *DOGC* de 6 de abril de 2022, en la que dicha Dirección General sostiene que la falta de notificación previa a la Administración debe provocar el cierre registral, aunque no haya sido previsto de forma expresa por la norma que establece los derechos de adquisición preferente.

notificación, garantizando, a través de los deberes impuestos a notarios y registradores, la posibilidad de que la Administración que no pudo acudir al tanteo pueda, si lo considera conveniente, ejercitar su potestad de retraer. Tal interpretación, en el caso concreto del Decreto Ley 6/2020, parece, además, inevitable, dado lo establecido en el párrafo segundo del número 1 de su art. 6 y en el párrafo segundo del número 2 del mismo artículo, que recoge el deber, tanto de notarios como de registradores, una vez autorizada la escritura y practicada la inscripción, de comunicar la transmisión realizada e inscrita a la consellería competente en materia de vivienda, mediante la remisión de la copia simple de la escritura y del acta de inscripción registral. Y es que, de seguir la interpretación contraria, y considerar que la falta de una decisión administrativa previa sobre el ejercicio o no del derecho de tanteo impide el otorgamiento de la escritura, pierde toda su utilidad la imposición a notarios y registradores del deber de comunicar en los términos expuestos, pues la Administración ya fue notificada con carácter previo al otorgamiento de la escritura y decidió no ejercer su derecho de tanteo. Solo si la transmisión ha sido realizada con omisión de la notificación previa, o sin esperar a la decisión de la Administración, puede entenderse justificada la norma que impone a notarios y registradores el deber de comunicarle el contenido íntegro de un negocio jurídico privado de compraventa y de su inscripción en el Registro de la Propiedad. En caso contrario, no parece que pueda justificarse el deber impuesto a notarios y registradores en la realización de control alguno de legalidad autonómica.

3. EN RELACIÓN CON EL TERCER MOTIVO

El tercer motivo del recurso alega vulneración del derecho de propiedad en su manifestación de garantía patrimonial. Expuesto con anterioridad el criterio sostenido por la sentencia comentada, que excluye tal vulneración sobre la base de una interpretación sistemática del contenido del decreto ley, debe realizarse una consideración crítica del criterio del Tribunal, en la medida en que entiende que solo para el caso del retracto, y no para el caso del tanteo, es procedente determinar si el decreto ley contraviene el art. 33.3 CE respecto del adquirente retraído porque solo se contempla el pago del precio, sin incluir el abono de los gastos en que se haya incurrido con la transmisión. Entiende el TC que, respecto del transmitente, y frente a la posibilidad de que la Administración ejercite el tanteo, no cabe hablar de un derecho a una indemnización, en la medida en que el establecimiento de tanteos y retractos a favor de la Administración «no da derecho, *per se*, a una indemnización, sino al pago del precio cuando el propietario decide enajenar y la Administración ejerce su derecho de adquisición preferente». Sin embargo, cabe plantear la

posibilidad de que el establecimiento del derecho de tanteo, pese a tratarse de una delimitación del contenido normal del dominio del transmitente que, según la propia doctrina constitucional establece, no tiene más alcance que el de la elección del adquirente¹⁶, pueda provocar pérdidas patrimoniales en quien tiene intención de transmitir si, como ocurre con la regulación contenida en el Decreto Ley 6/2020 y en otras disposiciones autonómicas, la transmisión no puede llevarse a cabo sin seguir previamente una actuación frente a la Administración, que exige la notificación de las condiciones en que la venta se habrá de producir y la espera del período de tiempo necesario para que aquella, bien resuelva de forma expresa sobre el ejercicio de su potestad, bien deje transcurrir el plazo legal sin hacerlo. No es posible desconocer que la incertidumbre resultante de si el derecho de adquisición preferente existe o no, o la de si, para el caso afirmativo, se ejercitará o no, la necesidad de esperar a la resolución que se dicte para llevar a cabo la transmisión, o la posibilidad de que existan factores en la relación contractual *inter privatos* que justifican un precio más reducido y que no concurren en la posible relación del vendedor

¹⁶ Así lo establece la STC 154/2015, FJ 4, citada en la sentencia comentada. Frente a tal criterio, determinadas regulaciones configuran el derecho de tanteo como generador de la posibilidad de una transmisión forzosa producida por la voluntad unilateral de la Administración para el caso de que el oferente decida no celebrar finalmente la compraventa. Así, la regulación contenida en el proyecto de Ordenanza reguladora de los derechos de tanteo y retracto del Ayuntamiento de Barcelona, disponible en: <https://is.gd/sgVBi6>, cuya última redacción mantiene en su art. 16.4 la posibilidad de que, una vez decidido por el Ayuntamiento el ejercicio del derecho de tanteo, y para el caso de que el propietario no compareciera en tiempo a la formalización de la escritura de compraventa, la transmisión del dominio pueda acordarse de forma unilateral por la Administración, lo cual convierte el derecho del tanteo en una venta forzosa, cuyo establecimiento carece de base legal, en la medida en que ni la regulación civil catalana de los derechos de tanteo y retracto (véanse arts. 568.1 y siguientes del CCCat) ni la regulación de los tanteos y retractos de titularidad administrativa establecida por la Ley de Urbanismo o por la Ley de Vivienda de Cataluña, establecen la posibilidad de que la compraventa en que el Ayuntamiento comparece como parte compradora en ejercicio de su derecho de tanteo pueda perfeccionarse y generar efectos reales sin consentimiento del vendedor. En este sentido, la previsión contenida en el art. 135 de la Ley del derecho a la vivienda, que establece que el acto administrativo de ejercicio de los derechos de adquisición preferente es título suficiente para que la Administración pública correspondiente efectúe la inscripción de la adquisición, no puede interpretarse más que en el sentido de que el consentimiento del Ayuntamiento para adquirir podrá constar, a efectos de la inscripción registral, en documento administrativo que formalice el acto administrativo, pero no en el sentido de que dicho acto administrativo pueda, por sí solo, sustituir el consentimiento de la parte vendedora.

con la Administración, pueden generar costes de transacción explícitos e implícitos que la Administración no habrá de soportar, ya ejercite el tanteo —caso en el que se limitará a pagar el precio—, ya decida no ejercitarlo. En todo caso, y más allá de la cuestión relativa a si tales costes, impuestos por la necesidad de garantizar la efectividad de una limitación legal del dominio, pero de carácter generalmente implícito, difícilmente valuables y no siempre existentes, sean indemnizables en los términos previstos por el art. 33.3 CE, parece igualmente claro que es exigible de la regulación que establezca tales limitaciones permita minimizar tales costes y, a tal efecto, delimite de la forma más precisa posible los supuestos objetivos en que tales derechos de adquisición preferente nacen, fije criterios en relación con el ejercicio de estos, prevea su publicidad y permita la mayor rapidez en la decisión sobre su ejercicio o no. Solo de esta manera cabrá entender que la limitación del dominio ha sido establecida de forma razonable, en función de su adecuación a la finalidad perseguida.

Cabe en este sentido citar la reciente STC 25/2025, de 29 de enero, recurso 4038/2022, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 1/2022, en cuyo fundamento jurídico el TC recuerda su doctrina y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el control de las injerencias sobre el derecho de propiedad privada, resaltando que el canon de control de las limitaciones legales del derecho de propiedad no es el juicio de proporcionalidad, sino el control de razonabilidad, que impone enjuiciar que las limitaciones establecidas, como ya exigió la STC 37/1987, FJ 2, no van «más allá de lo razonable». La misma STC 25/2025 cita la STEDH de 13 de octubre de 2020, asunto *Kothencz c. Hungría*, que establece que toda injerencia de una autoridad pública en el disfrute pacífico de las posesiones solo puede justificarse si sirve a un legítimo interés público o general, y añade que tal injerencia debe alcanzar «un justo equilibrio» entre las demandas de interés general de la comunidad y las necesidades de protección de los derechos fundamentales del individuo.

Así, a la vista de tal doctrina, en la consideración de la regulación de los derechos de adquisición preferente establecida en el derogado Decreto Ley 6/2020 y en normas autonómicas análogas, cabe entender que su control de constitucionalidad pasa por que su contenido alcance un justo equilibrio entre la finalidad perseguida de ampliar la oferta de vivienda asequible y la limitación legal que impone sobre el contenido del derecho de propiedad privada¹⁷. Y si bien está fuera de toda duda la posibilidad de que tal finalidad

¹⁷ En este sentido, Tornos Más (2017:156) señala: «[...] de acuerdo, pues, con la función social del derecho de propiedad, el legislador debe modular el derecho de propiedad en razón de su objeto y su diversa vinculación con finalidades de interés

se busque a través del establecimiento de derechos de adquisición preferente a favor de la Administración sobre transmisiones privadas de viviendas, el carácter razonable de la limitación impuesta la deja sujeta a ciertos requisitos de determinación y adecuación de sus consecuencias al contenido típico de tales derechos, garantizando, a través de las normas que regulan su ejercicio, la incidencia menor posible sobre la libertad de contratación en el ámbito inmobiliario, lo que exige, a su vez, una definición precisa de los supuestos en que tales derechos surgirán, cierta previsibilidad en relación con la decisión futura de su ejercicio, y la máxima reducción posible de los plazos durante los cuales queda en suspenso la posibilidad de llevar a cabo la transmisión a la espera de la decisión administrativa. Exigencias, todas ellas, que no se daban en el Decreto Ley 6/2020, como tampoco lo hacen en el Decreto Ley 1/2015 de Cataluña. Y ello por cuanto:

- La determinación del supuesto de hecho que provoca la aparición de los derechos de adquisición preferente carece de precisión suficiente, en la medida en que solo se refiere a «transmisiones», sin precisar el tipo de transmisiones a que se refiere (gratuitas, onerosas, con contraprestación en dinero, entre particulares, integradas en operaciones societarias, consecuencia de las relaciones familiares...). La dificultad de fijar el ámbito dentro del cual se aplican las limitaciones legales establecidas dio lugar a la Resolución Circular 1/2021, que tiene que fijar de manera casuística cada uno de los tipos de transmisiones sujetas y no sujetas a la limitación legal. Ocurre así, por un lado, que en el tiempo que media entre la entrada en vigor del decreto ley y su interpretación a través de la circular se produce una situación de incertidumbre que carece de toda razonabilidad, y, por otro, que la definición precisa o el ajuste fino del alcance la limitación legal del dominio se realiza a través de una norma de rango muy inferior, que adopta la forma de resolución circular dictada por un departamento del Gobierno valenciano.
- La exigencia de previa manifestación expresa o presunta de la Administración como requisito previo para realizar la transmisión puede considerarse que carece de razonabilidad, si tenemos en cuenta

general en el caso concreto. Esta actuación del legislador tiene como límite en todo caso infranqueable el respeto al contenido esencial de este derecho, y la justificación de la intervención limitativa, esto es, la delimitación del derecho debe responder a una necesidad social efectiva y debe ser congruente y proporcionada con el fin que se persigue».

la estructura de los derechos de tanteo y retracto, en los que la validez y eficacia de la transmisión realizada sin cumplimiento de la exigencia de notificación previa o con notificación deficiente es presupuesto para que pueda existir y ejercitarse con eficacia el derecho de retracto. Ciertamente, el justo equilibrio exigible entre la protección de las facultades dispositivas del propietario y la libertad de contratación, por un lado, y la necesidad de adquirir viviendas para su oferta pública asequible se ve alterado si tal limitación va más allá de lo necesario para que tal finalidad pueda realizarse con una exigencia de diligencia mínima para la Administración. Y parece claro que es así, desde el momento en que, además de la notificación previa cuya falta impide la autorización de la escritura y la inscripción en el Registro, el decreto ley impone a notarios y registradores comunicar el otorgamiento y la inscripción ya realizados, lo que garantiza en todo caso el conocimiento de la transmisión por la Generalitat y la posibilidad de ejercitar su derecho de retracto.

Estamos, por tanto, y en ello insistimos, ante una limitación legal del dominio cuyo contenido debería llevar al legislador a identificarla no tanto como un derecho de tanteo y retracto, sino como derecho de opción legal, cuya posibilidad de ejercicio se garantiza a través de la exigencia de una intervención administrativa previa, una suerte de visado, solo denegable en caso de que se decida por la Administración la adquisición preferente, de tal forma que, ejercitada la opción en sentido negativo, la transmisión *inter privatos* pueda llevarse a cabo con plena eficacia, y sin que tenga ya utilidad una posterior actuación administrativa de recompra. Tal potestad de optar puede tener un contenido análogo a la del tanteo, pero no idéntico. En primer lugar, porque en este último la transmisión debe poderse realizar pese a la omisión de los requisitos de notificación previa. Y, en segundo lugar, porque el derecho de opción establecido tiene un ámbito de aplicación más amplio que el del tanteo, dado que este, por razón de su configuración básica, precisa que quien lo ejercita pueda sustituir la contraprestación que hubiera pagado un eventual adquirente¹⁸.

¹⁸ Cabe como ejemplo citar la regulación del derecho de tanteo y retracto en el Decreto Ley 1/2015, de la Generalitat de Catalunya, en interpretación de cuyo art. 2 la propia Consejería de Justicia de la Generalitat, a través de la Resolución de su Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 21 de noviembre, RES/JUS 2800/2017, DOGC de 7 de diciembre, considera que el derecho de tanteo se aplica también a las aportaciones de bienes realizados a personas jurídicas, pese a ser esta una transmisión en la que la contraprestación que realizar por la persona jurídica —que habrá de ser necesariamente en acciones o participaciones— no puede ser sustituida por la Admi-

Incide igualmente en el juicio de razonabilidad el grado con el que la norma que establece la limitación de dominio fija criterios objetivos que permitan cierta previsibilidad en relación con la decisión administrativa relativa al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. Es decir, si debe considerarse bastante, a efectos de entender que existe un equilibrio entre la limitación impuesta y la finalidad perseguida, la determinación de los tipos objetos de transmisiones que están sujetos, o si, además, resultaría necesario fijar los criterios concretos que deben llevar a la Administración a ejercer o no su potestad, ejercicio cuyo carácter discrecional no puede obviar la necesidad de su motivación. Criterios tales como la intensidad de la demanda y la disponibilidad de vivienda en el área en que se encuentre, su precio en relación con los precios medios en aquella, el tipo de demandante de vivienda protegida al que se destinaría una vez adquirida, o su estado físico.

VI. CONCLUSIONES

A la vista de lo hasta aquí considerado, cabe llegar a las siguientes conclusiones:

- El comentario a la STC 8/2023 conserva su interés, no obstante la derogación de la norma impugnada, el Decreto Ley 6/2020 del Consell, toda vez que en diferentes comunidades autónomas continúan vigentes normas de contenido similar, de fecha anterior o posterior a la revisada, por las que se establecen potestades públicas de intervención en el mercado de derechos de propiedad de viviendas no sujetas a regímenes de protección pública, bajo la fórmula de derechos de tanteo y retracto, lo que impone la vigencia de su necesario control de constitucionalidad.
- Tanto el recurso planteado como la sentencia que lo resuelve dejan de referirse a cuestiones relevantes en la realización de un juicio de constitucionalidad de las medidas establecidas, cuya consideración permitiría profundizar en la adecuación de aquellas al texto constitucional. Tales cuestiones son las siguientes:

nistración que sale al tanteo. Ello obliga a entender que lo establecido es, en realidad, un derecho de opción legal, en el que, dada una transmisión proyectada en que la contraprestación no puede ser sustituida por la Administración, se reconoce a esta la posibilidad de optar por imponer al propietario una compraventa, cuyo precio o reglas de determinación del precio tampoco aparecen establecidas en la norma.

- La trascendencia que sobre el requisito de la urgencia y extraordinaria necesidad que para la utilización del decreto ley impone la Constitución tiene el carácter casi endémico que en nuestro país tiene la escasez de vivienda asequible.
- La necesidad de que la norma, aunque sea de urgencia, tenga una calidad normativa mínima, que permita su establecimiento sobre la base de estudios de impacto normativo y defina procedimientos de seguimiento de su eficacia, a fin de determinar su conveniencia y alcance probable.
- La necesidad de profundizar en el estudio del contenido de las potestades establecidas para determinar si la norma se limita a recoger la estructura civil típica correspondiente a los llamados derechos de tanteo y retracto para su utilización como herramienta de intervención pública en el mercado de derechos de propiedad sobre la vivienda, o si produce en dicha estructura alteraciones que afectan a su esencia y, por tanto, provocan una invasión de competencias en materia de legislación civil.
- La necesidad de considerar la diferencia entre, por un lado, la competencia autonómica para establecer requisitos de legalidad urbanística sobre los actos y negocios civiles formalizados en escritura pública e inscribibles en el Registro de la Propiedad, cuyo cumplimiento los notarios y registradores habrán de comprobar en su función de control de la legalidad, y la competencia estatal en materia de determinación de los efectos que sobre la posibilidad de otorgar la escritura pública y practicar la inscripción debe producir el incumplimiento de tales requisitos.
- La necesidad de someter la limitación legal del dominio generada por el establecimiento de los derechos de tanteo y retracto a un juicio de razonabilidad, según la doctrina establecida en relación con la protección del derecho de propiedad privada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el propio Tribunal Constitucional (STC 25/2025, de 29 de enero). Ello exige 1) determinación suficiente en la identificación de los elementos subjetivos y objetivos que conforman el supuesto de hecho que provoca la posibilidad de ejercicio de las potestades de adquisición preferente, a fin de evitar situaciones de incertidumbre sobre su ámbito de aplicación, con los efectos perniciosos que ello genera para la seguridad del tráfico de derechos de propiedad, 2) la no imposición de requisitos que carezcan de utilidad para la consecución de la finalidad perseguida, y 3) la identificación correcta del tipo de limitación establecida, de acuerdo con el contenido legal que le es atribuido, a fin de evitar

que lo identificado como derechos de adquisición preferente del tipo tanteos y retractos se convierta, en su aplicación práctica, en la sujeción de la transmisión proyectada a un visado previo que la Administración solo puede denegar si decide adquirir el derecho cuya transmisión se pretende.

Bibliografía

- Arnaiz Ramos, R. (2022). Los derechos legales de adquisición preferente como instrumento de realización de la función social de la propiedad en materia de vivienda: consideración crítica del tanteo y retracto establecido por el Decreto Ley 1/2015 para la movilización de viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria. *Revista Jurídica de Catalunya*, 121 (3), 585-626.
- Barral Viñals, I. (2017). La función social de la vivienda y la propiedad habitacional: límites impuestos a los propietarios de los pisos vacíos. En J. M. Moltó Darner y J. Ponce Solé (coords.). *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad: nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento* (pp. 92-105). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Díez Picazo y Ponce de León, L. (2018). *Fundamentos de Derecho Patrimonial III. Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión* (5.ª ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Méndez González, F. P. (2011). *Fundamentación Jurídica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- Ponce Solé, J. (2016). El derecho subjetivo a la vivienda exigible judicialmente: papel de la legislación, análisis jurisprudencial y gasto público. En J. Ponce Solé. y M. Vaquer (eds.). *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda* (pp. 61-194). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Tornos Más, J. (2017). Las viviendas desocupadas y la función social de la propiedad. En J. M.ª Moltó y J. Ponce Solé (dirs.) y A. Canals Compan. *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad: nuevas políticas en el marco del Servicio Público de alojamiento* (pp. 147-164). Cizur Menor (Navarra): Thompson Reuters Aranzadi.
- Valle Muñoz, J. L. (2017). *Derechos Reales de Cataluña: comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Atelier.

PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA LAGUNA DEL MAR MENOR Y DERECHOS CONEXOS, DESDE EL ECOCENTRISMO DE LA LEY 19/2022 Y LA STC 142/2024

Legal personality of the Mar Maenor lagoon and related rights, from the ecocentrism of Law 19/2022 and STC 142/2024

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS
Universitat Pompeu Fabra¹
angel@angelserrano.com

Cómo citar/Citation

Serrano de Nicolás, Á. (2025).

Personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y derechos conexos, desde el ecocentrismo de la Ley 19/2022 y la STC 142/2024.

Derecho Privado y Constitución, 47, 133-166.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.47.04>

(Recepción: 29/6/2025; aceptación tras revisión: 30/9/25; publicación: 18/12/2025)

Resumen

La constitucionalidad de la Ley 19/2022 aparece clara para la STC 142/2024, dado su ecocentrismo moderado, y es tal por solo reconocer personalidad jurídica a un ente natural (art. 1.1), como es la laguna del Mar Menor, y no a la naturaleza en general; además, desde la óptica del positivismo jurídico, el legislador ordinario tiene facultades para crear un nuevo sujeto de derechos, con su propia personalidad jurídica, al margen de los tipos previstos por los arts. 35 y 36 del Código Civil; si bien su única titularidad serán los derechos subjetivos que específicamente se le atribuyen por el art. 2.2, ejercidos por su Tutoría (art. 3); no hay conceptos vagos o imprecisos, en

¹ ORCID: <https://is.gd/A6mEtz>.

Este trabajo se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación Consolidado en Derecho Patrimonial de la Universitat Pompeu Fabra (2021 SGR 00946), coordinado por el Prof. Josep Ferrer Riba.

los arts. 4 y 5, sino que se está ante *standards* legales de conducta ética, determinables desde conceptos propios de buena fe, responsabilidad, etc., lo que permitirá, como norma abierta, irse ajustando paulatinamente a las necesidades del ecosistema y las exigencias ecocéntricas; y, finalmente, no hay, aunque así lo afirme la STC 142/2024, tal poder general en el art. 6, sino que la legitimación activa es para la defensa de intereses difusos.

Palabras clave

Antropomorfismo; cláusulas generales; derechos de la naturaleza; instrumentos de protección medioambiental; paradigma ecocéntrico; Mar Menor, personalidad jurídica; estándar de conducta ética.

Abstract

The constitutionality of Law 19/2022 appears clear for STC 142/2024, given its moderate ecocentrism, and this is so because it only recognizes legal personality to a natural entity (article 1.1), such as the Mar Menor lagoon, and not to nature in general; furthermore, from the perspective of legal positivism, the ordinary legislator has the power to create a new subject of rights, with its own legal personality, outside the types provided for in articles 35 and 36 of the Civil Code; although, its only ownership will be the subjective rights specifically attributed to it by article 2.2, exercised by its guardianship (article 3); there are no vague or imprecise concepts in articles 4 and 5, but rather we are faced with legal standards of ethical conduct, determinable from the concepts of good faith, responsibility, etc., which will allow, as an open standard, to gradually adjust to the needs of the ecosystem and ecocentric demands. And finally, there is no such general power in article 6, although STC 142/2024 so states, but rather the active legitimacy is for the defense of diffuse interests.

Keywords

Anthropomorphism; ecocentric paradigm; environmental protection instruments; general clauses; legal personality; legal standards; Mar Menor; rights of nature.

SUMARIO

I. PRELIMINAR: LA PERSONIFICACIÓN DE LA LAGUNA DEL MAR MENOR (LEY 19/2022) Y DEMÁS CUESTIONES CONEXAS SON RECONOCIDAS CONSTITUCIONALES (STC 142/2024). II. PRELUDIOS METAJURÍDICOS A LA PERSONIFICACIÓN DE LAS COSAS: 1. Posturas no estrictamente jurídicas justificantes de la personalidad de las cosas y de los entes naturales. 2. Ecocentrismo moderado como base para la personificación de los entes naturales. III. ENCAJE DEL NUEVO ANTROPOMORFISMO EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL Y CODICIAL: 1. Teorizaciones sobre las personas jurídicas clásicas en relación con nuestro ente natural. 2. Delimitación de los rasgos distintivos de esta nueva persona jurídica. 3. Capacidad jurídica del ente natural del Mar Menor delimitada por el fin para alcanzar. 4. Tutoría y órganos de gobernanza y representación del ente natural. IV. NUEVAS FORMAS DE DEFENSA Y CONDUCTA EXIGIBLES EN LA PROTECCIÓN DE LA LAGUNA DEL MAR MENOR: 1. *Standards* de conducta exigibles para la protección de la laguna del Mar Menor y sus características. 2. Cumplimiento de los intereses difusos a través de los *standards* de conducta. 3. Legitimación activa para la defensa de los intereses difusos de la laguna del Mar Menor. 4. Solidaridad colectiva e intergeneracional. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRELIMINAR: LA PERSONIFICACIÓN DE LA LAGUNA DEL MAR MENOR (LEY 19/2022) Y DEMÁS CUESTIONES CONEXAS SON RECONOCIDAS CONSTITUCIONALES (STC 142/2024)

El objeto central del presente estudio es la singular personificación (y cuestiones conexas) de la laguna del Mar Menor y su cuenca (art. 1, primer párrafo, y párrafos 5.º y 6.º del preámbulo, a lo que me referiré como ente natural, ya que, como precisa Bioy [2024: 71], su singularidad está en que la herramienta —la personalización— es a la vez el sujeto). Personificación declarada constitucional, como la totalidad de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, por el Pleno del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 142/2024, de 20 de noviembre de 2024 (histórica para Alenza [2025: 158], como la propia Ley 19/2022). Se completa el desarrollo parcial por el Real Decreto 90/2025, de 11 de febrero, por el que se regula el régimen de constitución, composición y funcionamiento de los órganos de representación y gobernanza de la laguna del Mar Menor y su cuenca.

La capacidad de obrar viene determinada por sus derechos subjetivos (art. 2) y el fin para alcanzar; ejercitada por sus representantes legales, o sea, los tres órganos (comités de Representantes y Científico y la Comisión de Seguimiento) que integran la Tutoría del Mar Menor (art. 3, que es el único no impugnado específicamente, aunque lo sea al serlo la totalidad de la Ley 19/2022). La delimitación de actividades sobre la laguna, arts. 4 y 5, no contiene —aunque lo pretendan recurrentes y voto particular— conceptos vagos o imprecisos, como tampoco los hay en el art. 7, al precisar las obligaciones de las Administraciones públicas², que Lozano Cutanda (2022: 5) reduce a lo siguiente: «De las cinco obligaciones que se establecen, las tres primeras son directrices genéricas, pero las dos últimas son muy concretas y suponen el ejercicio de facultades de prohibición y limitación».

Por lo demás, una norma abierta, e incluso publicitaria, como es la Ley 19/2022, debe irse ajustando paulatinamente a las necesidades del ecosistema a través de las cláusulas generales (arts. 4 y 5)³, y defendiéndose sus finalidades o intereses difusos con la legitimación activa prevista en el art. 6 (distinta de la defensa de su patrimonio económico, en que sí habrá legitimación activa y pasiva del ente natural, como inicialmente sostuvo García-Rostán, 2023: 326-327), que, desde luego, no es ni funciona como un poder general, pues no hay voluntariedad, al margen del interés que se representa.

La personificación, aunque tiene múltiples contradictores (entre ellos, García Guijarro, 2023: 113-114), puede justificarse por ser la fórmula menos invasiva de las titularidades dominicales ribereñas, cuando ejerciten sus facultades de goce y disposición. Otras posibles opciones habrían sido a) la brindada por la sentencia de «demanialización de los recursos naturales, que [afirma] es una herramienta más clásica y generalmente aceptada», lo que no comparte Martín-Retortillo (2007: 414), por considerar que cuando se ha utilizado para garantizar las exigencias medioambientales se ha hecho de forma indiscriminada e inoperante, y b) la propuesta por el voto particular —punto 4, letra f) *in*

² El motivo de impugnación primero se refiere: a) a la disposición final segunda de la Ley 19/2022 (relativa al título competencial, un clásico de las impugnaciones de inconstitucionalidad, por lo que no merece mayor consideración desde nuestra perspectiva, aunque resulta de interés García Guijarro, 2023: 107-108), y b) a su art. 7, que tiene evidente utilidad, al legitimar (art. 6) para exigir que se prohíban ciertas actuaciones detectadas (art. 7.5), que se dispongan ciertas restricciones (art. 7.4), o que se realicen estudios o campañas con el fin de lograr la finalidad de la misma ley, art. 7, números 2 y 3.

³ Conviene no olvidar que la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de enero de 2022, C-234/20, permite imponer prohibiciones de ciertos cultivos sin derecho a indemnización, pues sería un límite o redefinición del contorno del derecho subjetivo de propiedad (como podría ser de cualquier otro derecho o facultad).

fine— de declarar el Mar Menor parque nacional, con el argumento de que supondría otorgarle «la superior protección ambiental que reconoce nuestro ordenamiento para espacios naturales (*cf.* art. 31 de la Ley 42/2007, y Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de parques nacionales)». Personalmente creo que es la menos invasiva de los derechos de los propietarios y demás titularidades reales, e incluso las posibilidades de los mismos bañistas. Otra doctrina, así Soro y Álvarez (2024: 106-107), considera que, como en Francia, debería acudir a la teoría del perjuicio ecológico, en garantía de las futuras generaciones; y, desde óptica estrictamente civil, aunque no la considera la más adecuada, Alonso García (2015: 49-55) propone la teoría de las inmisiones, aunque aquí el ente natural no es el titular de las fincas, ni de las aguas, y solo como custodio podría entenderse legitimado, al ser su fin proteger la laguna.

La personificación de la laguna del Mar Menor no supone atribución de derechos a la naturaleza (o ecocentrismo máximo o radical), que es lo que hace, singularmente, el neoconstitucionalismo andino (al efecto Ferreira [2013: 403-406]), junto con ciertas normas de algunos países del *common law*. Son varias las exposiciones de antecedentes de esta norma, de forma concisa en Bioy (2024: 73-74), Rogel (2022: 717-718) y Vidal (2025: 453-455), y de forma extensa, Bachmann y Navarro (2022: 357-378), con cita de legislación y jurisprudencia, Tănăsescu (2022: 52-61), que exige que los derechos estén institucionalizados y fuera del debate político, y García de Enterría (2023: 15-22); sin que falten quienes, como Mattei (2013: 39), consideran que la tutela de los bienes comunes, o sea, el agua y la *Pachamama* (Madre Tierra o Gaia), supone «el modelo jurídico más avanzado de elaboración del concepto de bienes comunes del que la humanidad dispone hoy —si se deja de lado la arrogancia occidental— para respetar su propio modelo de desarrollo»; por su parte, Bioy (2024: 72) considera que esta personificación, vista desde la óptica de los «bienes comunes», sería «una forma de superar el egoísmo del derecho de propiedad (como uso exclusivo) para compartir los “usos”», para, posteriormente, el propio Bioy (*ibid.*: 79-81) relacionar los bienes comunes con la función social y acabar precisando que al dotarla de personalidad jurídica se hace posible el emprender acciones legales, pero sin olvidar «que estaría sujeta a un principio de especialidad que implica que su competencia se orienta y finaliza en función de su objeto social» (como se verá al tratar de la capacidad, y resulta del art. 2.1 *in fine* RD 90/2025).

II. PRELUDIOS METAJURÍDICOS A LA PERSONIFICACIÓN DE LAS COSAS

La personificación de las cosas encuentra claros preludios metajurídicos, cuando la dogmática de las personas jurídicas no estaba tan desarrollada; así,

Hattenhauer (2023 [1982]: 20-21) sostiene que «siempre se buscó y encontró la *personalidad* en otros objetos», distintos al ser humano, como sucedía en la Edad Media y siguió hasta la teología moderna con santo Tomás de Aquino (1225-1274), al no siempre ir unida la personalidad a la persona natural o física. Y, en esta línea, habla Mattei (2013: 33) de «nuevo Medievo», al tratar de la titularidad de los bienes comunes en este siglo XXI. El propio Nino (2013 [1983]: 224-225), al tratar del concepto de persona jurídica, comienza diciendo que «la cuestión reside en determinar qué tipo de “ente” son las personas jurídicas», para, acto seguido, señalar «que predicar de un individuo que es jurídicamente capaz parece ser equivalente a afirmar que es una persona jurídica», y referirse, también, al derecho medieval para destacar que había disposiciones para los animales cuando cometían determinados daños

Además, el propio Hattenhauer (2023 [1982]: 20-21) afirma: «Solamente el hombre es persona», para acabar aseverando que se «necesitó largo tiempo para que en la vida jurídica el concepto de persona quedase circunscrito al hombre», no en vano, san Francisco de Asís (1181-1226) hablaba del «hermano Sol», debiéndose situar en los siglos XV-XVI el momento de la divisoria entre el hombre y las demás criaturas, y en los siglos XIX-XX, la devaluación del concepto de persona para convertirlo en «un instrumento técnico-jurídico [teoría hoy más asentada]; y, aun cuando en este contexto nadie olvidaba que solamente los hombres, y todos los hombres, son capaces de derechos, [...] la “personalidad” es un neologismo de finales del siglo XVIII»; y es ya en este siglo XXI, con base en el normativismo jurídico, y también como preocupación de la filosofía jurídica analítica, cuando se supera la *summa divisio* entre personas y cosas, para llegar a hablarse por Rochfeld (2011: 33-35) de relativización de las fronteras sustanciales de la noción de persona, creando personas jurídicas «concretas», lo que en sí hace difícil, por no decir imposible, su categorización, salvo utilizando algún rasgo muy básico.

La persona humana es axiológicamente diferente de las cosas y los seres vivientes o sintientes (también difieren los organismos de la naturaleza de un animal, y entre estos); igual que difieren personalidad jurídica o simple sujeto de derecho, pues, como dice el propio Hattenhauer (2023 [1982]: 28-30), «[l]as palabras *persona*, *personalidad* y *Derecho de la personalidad* siguieron oscuramente entrelazadas, y podían encontrarse todas con idéntico significado», cuando procede diferenciar: a) el sujeto de derecho, o sea la persona humana, o cualquier otra realidad que así considere el legislador (así este ente natural), pues «tiene plena disponibilidad para determinar los mecanismos de atribución de la personalidad jurídica» (coincide López, 2012: 60); b) la personalidad jurídica, no por ser sujeto de derecho se tiene que ser persona jurídica o física; así, hay asociaciones sin personalidad jurídica, al efecto, Scalisi (2005: 160) y López (2012: 68-70), que lo refiere a la «comunidad

de bienes en sentido amplio», y es indudable que la propiedad sobre la cuota no es igual a la propiedad sobre el completo bien, basta pensar en el retracto de comuneros, e incluso la propiedad horizontal —no hay personificación, pero sí tiene sus órganos—; para el *common law*, Buckland y McNair (1994 [1936]: 73-73) resaltan que hay asociaciones sin personalidad, aunque sus integrantes o representantes sí pueden incurrir en responsabilidad, y, c) las cosas que se han personalizado o incluso divinizado, que tampoco es algo sumamente original, pues ya Berstein (2024: 13) señala a Spinoza como el «padre» del naturalismo moderno», al igual que lo hacen Estupiñán *et al.* (2022: 55), quienes, también, subrayan la relevancia doctrinal de Spinoza en la relación del hombre y la naturaleza o entes naturales que se humanizan (al atribuirles personalidad jurídica). Debate que se ha reabierto, como precisa Alpa (2022b: VIII), para personificar realidades que el derecho romano clásico había desechado.

La tendencia al antropomorfismo, que resalta Belliver (2023: 41-42), parece irreversible, basta observar el creciente reclamo de subjetivización para los embriones, los robots o los animales (aunque él muestre claras reticencias). Esta tendencia a la personificación, de lo que hasta ahora se consideraban «cosas», lleva a Capellani (2010: 49-109), tras un detenido examen de posiciones jurídicas y filosóficas a lo largo de los siglos, a concluir que la identidad hombre-sujeto de derechos viene contradicha por la atribución de capacidad jurídica a sujetos diversos al hombre. El límite por lo que supone de cambio de paradigma en la relación hombre-naturaleza está en el dicho neoconstitucionalismo andino, que alaban Estupiñán *et al.* (2022: 66), al aseverar que el «reconocimiento de derechos o de estas formas ancestrales de ver el mundo solamente han sido posibles gracias a sus cosmovisiones y luchas milenarias».

Nada que ver con este neoconstitucionalismo ni nuestra CE ni —al margen de lo que pueda parecer el párrafo 7.º del preámbulo— la Ley 19/2022, que se limita a personificar un ente natural, no a la naturaleza en sí; aunque sí hay los que lo alaban, como Ferreira (2013: 411), por considerar que la «Natureza de Direitos significa, então, estimular politicamente sua passagem de objeto a sujeito, como parte de um processo centenário de ampliação dos sujeitos do direito, como recordava já em 1988 Jörg Leimbacher, jurista suíço». La consecuencia de esta subjetivización, como afirma Bioy (2024: 85-86), es abolir la distancia entre cosa y sujeto, y por derivación atribuirle responsabilidad (en nuestro ente natural solo en lo que es gestión de su patrimonio económico); y, ulteriormente, Bioy (*ibid.*: 90) asevera que, como la personificación conlleva la multiplicación de los sujetos, es obvio que multiplicar los sujetos conlleva multiplicar los (nuevos) conflictos, y, por tanto, destruir el humanismo jurídico.

1. POSTURAS NO Estrictamente JURÍDICAS JUSTIFICANTES DE LA PERSONALIDAD DE LAS COSAS Y DE LOS ENTEs NATURALES

Hay una clara línea histórica, así Kurki (2023: 67) refiriéndose a Hohfeld (2004 [1968]: 27), que considera «únicamente a los seres humanos como personas jurídicas [cabe entender en nuestra terminología como dotados de personalidad jurídica] y titulares de posiciones jurídicas [o sea, sujetos de derechos]»; lo que entiendo que no excluye, en el orden teórico, las nuevas formas de personificación, que encuentran acomodo en el positivismo jurídico (así, también, Macanás, 2023:14), unido a que, en España, «la condición de persona jurídica carece de relevancia constitucional en sí misma considerada» (López, 2012: 64); y que, como precisa Guastini (1999: 64-65), no cabe la jerarquización entre derecho natural y derecho positivo, pues solo existe este último, al que es inherente la libertad de creación. Unido a que, como señala Mainardis (2024: 15-16), el derecho natural ya no es el viejo derecho natural inmutable, sino que tiene que adaptarse a la razón humana y al ideal de justicia a que todo ser humano aspira, lo que sin duda es mutable a lo largo del tiempo histórico; por ello, también cabría la nueva regulación de la Ley 19/2022 bajo una concepción iusnaturalista actual⁴.

Nuestro actual sistema jurídico no es ya iusnaturalista y la Ley 19/2022 se imbrica en lo que se conoce como *welfare state*, en el que el Estado no únicamente debe cumplir funciones de control y represión, sino que debe tener también, así Guastini (1999: 74), funciones «promocionales» e incluso ayudarse de «los instrumentos de la sociología empírica», para constatar qué reclama la población, o, más bien podría matizarse, una parte de esta, pero con capacidad para influir en la legislación. No puede ocultarse que esta Ley 19/2022 nace de una iniciativa legislativa popular (ILP)⁵, y, en consecuencia, sí podría decirse que es una ley promocional, e incluso publicitaria y de vacuo —o muy escaso— contenido sustancial⁶, pero ello no conlleva ser inconstitucional.

Por otra parte, la interpretación constitucional, para no fosilizar su texto, exige una interpretación evolutiva para adaptarse, a través de la ley ordinaria, a

⁴ En concreto, García Figueroa (2022b: punto 3) atribuye carácter iusnaturalista al art. 2.ª Ley 19/2022.

⁵ Disponible en: <https://is.gd/Ji14ep>.

⁶ El mismo voto particular, primer párrafo del punto 3, afirma que la sentencia, de la que disienten, pasa por alto que la Ley 19/2022 presenta un contenido más simbólico que normativo; junto con una marcada carga ideológica, pero esto, por sí, no la hace inconstitucional, pues siempre se legisla conforme a la ideología del bloque gobernante o dominante.

los nuevos reclamos, tendencias o teorías sociales, entre los que está la personificación de los entes naturales, cosa distinta serán las «fronteras existenciales», que para Accarion (2025: 291-292) serían a) la renovación del concepto de persona moral (embriones, animales, entes naturales, etc.) y consiguiente determinación de cuándo se es ya titular de derechos subjetivos (también habrá que reformular esta categoría); b) la colisión de derecho civil frente al penal (a este acude el preámbulo) que hace tambalear la concepción unitaria, así si se incluyen los animales (para su responsabilidad penal), la misma distinción entre el ser humano concreto y la humanidad (para los delitos de lesa humanidad), la inteligencia artificial, en relación con la propiedad intelectual o industrial, si hacen un cuadro o construyen un artefacto, etc., y c) la aptitud a la propiedad, para ser propietarios o poder disponer, esto encuentra especial relevancia en nuestro ente natural.

La Ley 19/2022 no atribuye derechos a la naturaleza (igual Soro y Álvarez, 2024: 69), sino que —art. 1, primer párrafo— los «declara» y «reconoce», lo que en pura lógica implica que ya existían antes de que la Ley 19/2022 procediera a desvelarlos. Formulación legal que ya refleja una concreta concepción ideológica (contraria a la del grupo parlamentario de Vox y las opiniones del voto particular), pero que no excluye que lo relevante es concretar si, en verdad, nace una nueva persona jurídica y cómo se configura; al efecto, Accarion (2025: 294-295) habla de realidad biológica para referirse al ser humano, y, desde luego, el ente natural también lo es, por lo que solo falta el paso siguiente de declararlo sujeto de derechos. No obstante, Braillet (2025: 42) considera que es puro idealismo, y dudosa su eficacia, aunque en su origen, refiriéndolo a la naturaleza, pudiera ser un elemento emancipador, no es a lo que parece que responde nuestra Ley 19/2022.

Como conclusión a lo que se acaba de decir, hay que destacar que este ente natural no es novedad en el derecho comparado, no en vano Kurki (2023: 1-3) cita ya el fallo de la Supreme Court, Appellate Division, Third Department, Nueva York, 2014 WL 6802767 (N. Y. App. Div. Dec. 4, 2014), en que se pretendía conceder, desde el *common law*, derechos a un animal (chimpancé), encontrándose el problema para su personalidad en que sí pueden tener derechos, pero no responsabilidad social⁷. A lo que se une, como dicen Bachmann y Navarro (2022: 375-376), que el ente natural no tiene personalidad *per se*, aunque atribuirle personalidad tiene como ventaja que los derechos serán ejercidos por un tutor o representante, con el inconveniente de que desde el antropomorfismo solo se le otorgarán los derechos que interesen al legislador.

⁷ Todo ello está disponible en: <https://is.gd/sLNCKM>.

2. ECOCENTRISMO MODERADO COMO BASE PARA LA PERSONIFICACIÓN DE LOS ENTES NATURALES

En la confrontación entre ecocentrismo moderado (se personaliza un ente natural) y neoconstitucionalismo (o ecocentrismo radical, se personifica a la naturaleza en sí), también debe tenerse presente, con Ferraris y Saracco (2023: 103), que las nociones de «naturaleza», «ecología» y «vida» son intrínsecamente antropológicas, de igual forma que son inherentes a la vida humana y a su progreso; como, también dicen, la propia dimensión ética es antropocéntrica, ya que no tiene sentido hablar de «ética» en otro contexto, so pena de volver al animismo de los bosques sagrados y a la superstición de la aruspicina.

Esto, antedicho, el debate sobre el ecocentrismo (moderado), que sería la base para la personificación, se centra en lo siguiente:

- a. Los impugnantes, segundo motivo, con base en el art. 45 CE, alegan que el medio ambiente no puede ser un sujeto protegido, por ser meramente «objeto de uno de los principios rectores de las políticas públicas (art. 45 CE)»; unido a que la STC 102/1995, de 26 de junio, ha sostenido un concepto de ambiente esencialmente antropocéntrico y relativo, lo que en sí, considero, no excluiría el ecocentrismo. Frente a esto, y lo entiendo compatible, De Ahumada (2001: 205-208) entiende que el art. 45 CE reconoce un verdadero derecho subjetivo, «cuya titularidad corresponde a todos los ciudadanos, a cada uno en particular y a todos en conjunto», y esto sería lo que refleja el art. 6⁸

⁸ Sus razones, frente a quienes defienden que no es tal derecho subjetivo, sino un simple principio rector (como sostienen impugnantes y voto particular respecto del art. 45 CE), serían las siguientes: a) el art. 45 CE habla de «derecho», que obviamente solo pueden ser subjetivo, para nuestro caso, además, se tipifica en su contenido por el art. 2.2 de la Ley 19/2022; b) la CE no es una constitución programática (hoy, puede añadirse, es unánime su reconocimiento como norma jurídica suprema), por tanto, nadie puede negar la existencia de tal derecho subjetivo; c) el art. 10.2 CE, que, añadamos, también es epicentro del debate constitucional, para Rogel (2022: 721-723), no permitiría la interpretación constitucional que se le ha dado, al igual que tampoco para Alenza (2025: 171), que censura la inadecuada justificación de que es distinta la personalidad de los seres humanos y la de las personas jurídicas, y d) la exégesis de los arts. 45 y 53.3 CE nos lleva tanto a que el art. 45 CE contiene un principio rector como a que regula un derecho de los ciudadanos. La ley —y, por tanto, aplicable a la Ley 19/2022— puede desarrollar el contenido sustantivo (que es lo que hace), pero no los requisitos de legitimación, pues los tienen todos los ciudadanos, como así reconoce el art. 6, otra posible regulación sí que habría sido inconstitucional.

(se opone a que sea un derecho subjetivo, con variados argumentos, que no están en relación directa con la personificación o esta legitimación, Alonso García [2015: 25-35]). Lozano Cutanda (2022: 7), en su total rechazo a la Ley 19/2022, sostiene que no hay un reconocimiento de «capacidad procesal al Mar Menor para que se ejerzan determinadas acciones en su nombre, sino que le confiere una serie de supuestos “derechos” que, tal como resulta de los artículos 2 y 7 de la ley expuestos, son, en realidad, obligaciones, limitaciones o mandatos dirigidos a “los gobiernos y los habitantes ribereños”»; y, por su parte, Alenza (2025: 162-163) considera que la sentencia lo trata, al art. 45 CE, como marco ilimitado, sin explicarlo, para cualquier mecanismo de protección ambiental.

- b. La sentencia resuelve, FJ 5.a, segundo párrafo, que la doctrina constitucional ha reconocido al «medio ambiente como “un concepto esencialmente antropocéntrico” (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 4)». Aseveración que no es óbice a un viraje a una visión más ecocéntrica. Lo exteriorizan el propio preámbulo (al considerar innegable la conexión entre la calidad de la vida de los ecosistemas y la calidad de la vida humana) y el texto articulado de la Ley 19/2020 (art. 1). Además, es «“un principio básico para la interpretación constitucional que el legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que esta ofrece (STC 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3)” [STC 176/2019, de 18 de diciembre, FJ único a)]», por ello entiendo justificado que se pueda optar por la personificación.
- c. El voto particular, punto 1, c), segundo párrafo, considera injustificado el viraje desde un antropocentrismo tradicional a un ecocentrismo moderado (indefinido salvo lo que pueda extraerse de la propia Ley 19/2022, que no es poco por la claridad del preámbulo, párrafo 7); igualmente considera artificioso distinguir entre atribuir derechos a la naturaleza y reconocer personalidad jurídica a un espacio natural, por ser propio de la jurisprudencia de conceptos, carente de operatividad real según la STC 136/2024, de 5 de noviembre, FJ 4.B.c.

Todo ello, considera el voto particular, implica un cambio de paradigma que no tiene encaje en nuestra Constitución, por considerarla de génesis liberal en que se atribuyen «los derechos exclusivamente a las personas». Esta

Como jurisprudencia a su favor, cita De Ahumada (2001: 208-209), la sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, y la 199/1996, de 3 de diciembre, así como la 119/2001, de 24 de mayo.

argumentación no es compartible, por sí ser trascendente diferenciar entre personificar a un ente natural o a la naturaleza (o divinizarla). Además, únicamente podría considerarse liberal nuestra CE —y este es el sentido que parece quererle dar por el voto particular— de entenderse la CE al estilo que lo refiere Mattei (2013: 62), o sea, considerándola, como todas las europeas, como epígona de la modernidad, excepto las encajables —no habría ninguna europea— dentro del nuevo neoconstitucionalismo (para su mejor conocimiento cabe acudir a Estupiñán *et al.*, 2022: 51-59).

III. ENCAJE DEL NUEVO ANTROPOMORFISMO EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL Y CODICIAL

En nuestra CE, como precisa López (2012: 70), «la personalidad jurídica en sí misma considerada, en cuanto técnica instrumental, está a plena disposición del legislador ordinario, carece de dimensión constitucional». Lo único que contempla son las dos grandes modalidades clásicas, o sea, la asociación, art. 22 (como un derecho fundamental), y la fundación, art. 34 (ahora como un simple derecho). Cuando se trate de las sociedades habrá que estar al art. 38. Por tanto, la constitucionalidad o no —de la Ley 19/2022— deberá llevarse a la vía del ecocentrismo, y lo cierto es que no se personifica la naturaleza en sí, sino un simple ente natural. Cosa muy distinta es el dicho neoconstitucionalismo andino, en que se constitucionaliza la naturaleza como divinidad (Ferreira, 2013: 406-407). Aunque no falten quienes, como García Figueroa (2023: 36-41, y ya antes, 2022a: *passim*), se opongan incluso a esta subjetivización del ente natural, por considerar que se cae en el ecoteologismo, que implica irracionalidad y resultados perjudiciales, junto con no fijarse exactamente en quién es el titular, o sea, si es la naturaleza en su totalidad o una de sus partes, lo que no puede compartirse, pues en la Ley 10/2022 queda claro —art. 1— que solo se personifica el ente natural (la laguna del Mar Menor).

Desde la óptica de las personas jurídicas clásicas —asociaciones y fundaciones— se censuró —y el reglamento de desarrollo lo viene, en parte, como se verá, a aclarar y solucionar— por Soro y Álvarez (2024: 88-89) que no se señalaba la clase de persona jurídica (como advirtió el Consejo de Estado), ni qué persona o sujeto de derechos es el que nace y cómo podrá actuar en el tráfico jurídico, aunque, para Soro y Álvarez (*ibid.*: 68), ni siquiera podrá actuar, lo que les sorprende por su personalidad jurídica global, el problema entiendo que es que no la tiene global, sino estricta y legalmente delimitada a sus fines, por tanto, inmodificable por la voluntad humana.

Otros argumentos justificantes, o contradictores, de la nueva personificación son los siguientes:

1.º El legislador, en el preámbulo, párrafo 7.º, acude a la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 1990, número 3851/1990, fundamento de derecho 17.2, que interpreta el art. 45 CE «en el sentido de que es la Naturaleza como ecosistema la unidad en que se integra el ser humano como un elemento más», y lo remacha, el propio preámbulo, párrafo 9.º, diciendo que «se debe ampliar la categoría de sujeto de derecho a las entidades naturales» (o ecocentrismo moderado, aunque para Rogel [2022: 722] no hay ningún atisbo de ecocentrismo en nuestra CE], como resulta de «una concepción del ser humano como parte integral de la naturaleza». Afirmación inasumible tanto para los impugnantes como para el voto particular; en la doctrina, Lozano Cutanda (2022: 2) consideraba que el preámbulo solo utiliza «argumentos “ecoteológicos” para justificar el cambio desde un enfoque antropocéntrico del medio ambiente a uno ecocéntrico», posteriormente parece admitir el mismo autor (2025: 1) la visión moderada; y García Figueroa (2022b: 3 *in fine*) rechaza la configuración porque no se puede imponer esta construcción en un Estado aconfesional (aunque, desde luego, me parece claro que no se está divinizando nada); desde una interpretación *in extenso*, a lo largo de todo su estudio, de este art. 45 CE, Vidal (2025: 472) concluye que sí hay un injustificable cambio de paradigma al pasarse de garantizar el medio ambiente para el bienestar del ser humano a, ahora, garantizarlo para el bienestar del ecosistema, pero creo que no se podrá negar que ello también repercute directamente en nuestro bienestar.

2.º El voto particular, punto 1, letra c), penúltimo párrafo, considera inasumible la solución de la Ley 19/2022, por situar en el mismo plano axiológico —lo que no puede aceptarse— el ser humano y su entorno, lo que, añade, no hace la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, pues ni les otorga la condición de personas ni les reconoce personalidad jurídica, lo que estimo irrelevante por ser una simple opción del legislador.

3.º En el orden doctrinal, las expresiones del art. 1, primer párrafo, de que se «declara la personalidad jurídica» y que se «reconoce como sujeto de derechos» conllevan implícito, siguiendo a Atienza (2020: 143-144), que «se está presuponiendo lógicamente que los mismos existían ya antes de que tuviera lugar ese acto de declararlos».

1. TEORIZACIONES SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS CLÁSICAS EN RELACIÓN CON NUESTRO ENTE NATURAL

Ha sido una constante doctrinal —aquí y allende, aunque en franco decaimiento teorizante— reseñar las diversas teorizaciones sobre la persona jurídica, basta acudir —para conocerlas— a cualquier manual, tratado o

comentario, nacional o extranjero, y, en especial, a De Castro (1972: 68-73), De los Mozos (1988: 240-243), Capilla (1993: 44-61) y, de forma concisa e incisiva, López (2012: 71-91), para resaltar —punto 84— que en el derecho de la Unión Europea, y en virtud de la doctrina del «poder adjudicador», las personas jurídico-privadas —lo que es nuestro ente natural— que reciban caudales públicos —subvenciones y ayudas, art. 4 RD 90/2025— están sometidas «a una supervisión y control de los Poderes públicos, para que no puedan interponerse como barreras para la efectividad y exigibilidad de las garantías ciudadanas ante estos mismos poderes», lo que se observa a lo largo del RD 90/2025.

No procede estudiar las distintas teorías (tanto por estar superadas, como por ser inaplicables a nuestro ente natural), cuya finalidad es la superación de la inicial teoría de la ficción (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 21 de julio de 1990, y sentencia del Tribunal Constitucional 117/1998, de 2 de junio); iniciada ya por la teoría de la realidad, orgánica o concepción antropomórfica (recogida por la jurisprudencia francesa, así, Cass. civ. 28 janvier 1954 [D. 1954, 217], y Cass. soc., 17 avril 1991 [JCP 1992, II, 21856]; en todo caso, de pretender encontrar alguna que dé respuesta a los constantes reclamos de nueva personificación, incluida la personificación de nuestro ente natural, hay que acudir a la teoría del expediente o realidad técnica. Pues, como dice Molina Navarrete (1995: 45-78), desde una visión realista, responde a «la personificación al servicio de concretos objetivos», con el fin de resolver el «problema de la determinación de las “condiciones de uso” de los diversos estatutos normativos relativos a los “sujetos”». O, como afirmó Carbonnier (2017 [1955]: 748), ya hace tres cuartos de siglo, la atribución de personalidad es una «una realidad o instrumento técnico» para alcanzar unas concretas finalidades, dignas de tutelarse jurídicamente (lo que sucede con nuestro ente natural cuando se personifica). Esta teoría de la realidad técnica se emparenta con la filosofía de W. James, y es totalmente contraria a la teoría de la ficción, por partir de que pueden crearse —las personas morales o jurídicas— por la ley o ante el silencio de la ley, para satisfacer un interés colectivo suficientemente consistente; el interés aquí no sería de la cosa en sí, sino de quienes lo promueven, aunque sí sea en beneficio de la cosa que se personifica y delimita, art. 1, para concretar en ella el interés digno de protección.

En nuestro ordenamiento jurídico siempre ha habido una clara inclinación a la personificación, no siempre bien entendida o aceptada, así todavía es polémico cuándo es persona jurídica la sociedad civil, debate que debería estar superado, al menos, desde la publicación de la segunda edición del Código Civil, dado que los antecedentes históricos —esenciales conforme al art. 3.1 Código Civil frente a cualquier opinión doctrinal por relevante que sea— demuestran que su personalidad no deriva de interpretar *a sensu*

contrario el art. 1669.2 Código Civil (introducido en la segunda edición), sino que el art. 1669.2 Código Civil actúa simplemente como excepción, esto lo deja claro Gamazo en respuesta a Azcárate, que reclamaba la personificación (al efecto, Serrano de Nicolás, 2013: 708-715).

Desde esta óptica no sería, pues, novedosa la inclinación de nuestro legislador en la Ley 19/2022, junto con deberse resaltar que los derechos subjetivos requieren de un sujeto de derechos, y, a la vez, que este exige de sus derechos subjetivos (por todos, Accarion: 2025: 300-310). Aunque, como precisa Scalisi (2005: 137), sujeto de derechos y persona jurídica no son coincidentes, pues se puede ser lo primero sin ser lo segundo; a lo que añade Lipari (2013: 62-67) que no pueden escindirse artificiosamente subjetividad y capacidad jurídica, aunque sí cabe, en las personas jurídicas, modular su capacidad jurídica, e incluso —como ya se ha indicado— que asociaciones no reconocidas (*ibid.*: 69-70) puedan adquirir bienes inmuebles. Distinto es que, a veces, la persona jurídica solo sea un mero expediente del lenguaje —o abuso de la personificación— a fin de limitar la responsabilidad de socios o asociados, pero ello no autoriza, como dice Lipari (*ibid.*: 70-76), a que pueda escindirse personalidad de subjetividad, por ser justo en el ámbito del medio ambiente y del consumo donde, ante la dificultad de estructurar y subjetivizar los intereses del grupo, aparecen los intereses difusos para tutelar el medio ambiente.

En todo caso, sí parece que cualquier nueva persona jurídica (y nuestro ente natural del Mar Menor lo cumple) debe tener *una mínima organización* (sería la Tutoría, art. 3, basta ver, de lo contrario, los problemas que presentaría en lo procesal [García-Rostán, 2023: 328]), *unas medidas de protección suficientes* (arts. 4 a 6), y, finalmente, *una publicidad mínima adecuada* (en este caso es la máxima por la misma publicidad de la Ley 19/2022).

2. DELIMITACIÓN DE LOS RASGOS DISTINTIVOS DE ESTA NUEVA PERSONA JURÍDICA

Con el RD 90/2025 queda aún más clara su novedad, y su ubicación en el ámbito del derecho privado (solo excluido el mercantil, en cuanto lo fuese por razón del ánimo de lucro), al precisar —art. 2.3— que serán sus normas las supletorias, cierto que no tanto las de una figura concreta, sino las de las personas jurídicas (como categoría jurídica), arts. 37 y 38 Código Civil (aunque, en cualquier caso, como precisa Macanás [2023:15], estos dos, junto con los arts. 35-36, 28 y 41, son muy incompletos para configurar un régimen de la persona jurídica); también habrá que acudir al derecho privado para la representación legal (u orgánica); el apoderamiento; los derechos subjetivos, etc., aunque a la abogacía del Estado le parecía obvio que sería «una persona jurídica de derecho pública» (por lo que habría faltado, jerárquicamente,

su dependencia ministerial), y que del conjunto del ordenamiento jurídico derivarían sus obligaciones (que parecían no existir en la Ley 19/2022) y la imputación de responsabilidades (aunque al voto particular no le parezca apropiado, punto 3, penúltimo párrafo *in fine*). No se decía, y por su desarrollo reglamentario parece obvia la causa (al situarla en el ámbito del derecho privado), qué modalidad podría ser, de las múltiples que enumera, entre otros, de forma clara y sistematizada, Fernández Farreres (2012: 114-152).

Lo que sin duda desde el primer momento quedaba claro es que esta nueva persona jurídica no era encajable dentro de las previsiones de los arts. 35 y 36 CC, ya que ni su base son las personas como colectivo o asociadas, ni tampoco es la gestión de un patrimonio dotacional, menos una corporación pública. Es, sin duda, original, y, por ello, tendrá que tener su propio régimen jurídico (o sea, el derivado del RD 90/2025), pero justo su novedad, y su pretendida vinculación con formulaciones ecológicas radicales, lleva a crítica acerba por Carrasco Perera (2022: 3), por considerar que no soluciona nada ni es la vía adecuada. No acogerse a las formulaciones tipificadas por el Código Civil no impide que pueda nacer como un expediente técnico para alcanzar una finalidad concreta, unido a que, con Kurki (2023: 5), debe admitirse que para tener personalidad jurídica bastaría con poseer al menos un derecho jurídico (en nuestro caso se los da el art. 2 Ley 19/2022), e igual podría decirse con solo ser titular de un derecho o de una obligación; en consecuencia, no sería necesario ser responsable (aunque también lo será cuando contrate, art. 2.4.b RD 90/2025). Afirmación relevante por ser la falta de responsabilidad y de obligaciones una de las alegaciones —del voto particular— para negarle la personalidad jurídica.

Admitida su posible existencia, para lo que le basta con ser titular de derechos subjetivos, art. 2.2, se trata de examinar ahora sus rasgos distintivos, que son los siguientes:

1.º El origen legal, al crearse por la Ley 19/2022, desarrollada por el RD 90/2025, lo que la sustrae a la autonomía de la voluntad en su creación y en sus elementos o rasgos básicos identificadores, y, desde luego, no puede aplicarse a otros supuestos, pues solo cabe para el previsto por su art. 1 Ley 19/2022.

2.º La autonomía de la voluntad existe, pero limitada a su finalidad, y con dicho fin se reconoce expresamente en su art. 2.7, primer párrafo *in fine* (para la contratación); como cierta autorregulación (al modo de lo que podrían ser los estatutos de sus órganos), en los arts. 2.4.d, 2.5, 3.4 y 5.1.c *in fine*, y actuará, también, por la remisión genérica al ordenamiento jurídico privado, en los arts. 2.3, para el régimen de la Tutoría del Mar Menor; 2.6, para el funcionamiento de la Gerencia; 2.7, para la contratación, y 2.8, para

el régimen presupuestario, económico-financiero y de contabilidad, todos del RD 90/2025, como los que se citen seguidamente.

3.º El carecer —cuando se crea por la Ley 19/2022— de las notas típicas de una persona jurídica (nombre, domicilio, nacionalidad, representantes, duración, aunque obviamente será indefinida, etc.). Ahora, con el RD 90/2025, se conoce el nombre que será el de «La laguna del Mar Menor y su cuenca», con el que se solicitará el número de identificación social (art. 2.4.b); su sede o domicilio no se fija (corresponderá a la Tutoría designarlo, y debería ser en alguno de los municipios que fija el art. 5.1.c; su nacionalidad obviamente es la española, y su representante, la Tutoría, art. 2 (en la forma que se verá).

4.º La singularidad de su tipo o modalidad, de «nuevo tipo de persona jurídica», de la que hablaba la STC 142/2024, y se recoge el párrafo 4 del preámbulo del RD 90/2025. Singularidad que la excluye de las modalidades tipificadas (asociación, fundación y sociedad civil) y, por ello, el RD 90/2025 regula expresamente el funcionamiento de los órganos de la Tutoría, arts. 3 y 5 a 10.

5.º La singularidad de su estructura y órganos (que no están estructurados al modo clásico de órgano de deliberación, de gobierno y representación), pues no son los clásicos, ni en su denominación ni en sus funciones, junto con tener limitadas sus funciones representativas, pues siempre tienen que tender a alcanzar el fin del art. 2 Ley 19/2022.

3. CAPACIDAD JURÍDICA DEL ENTE NATURAL DEL MAR MENOR DELIMITADA POR EL FIN PARA ALCANZAR

El segundo motivo de impugnación se centra en el art. 2 de la propia Ley 19/2022 (aunque más concretamente lo sería en el art. 2.1), en el que «[s]e reconoce al Mar Menor y su cuenca los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y, en su caso, restauración», para después —art. 2.2— delimitar su contenido de derechos subjetivos, que delimitarán su capacidad jurídica.

El RD 90/2025, en su art. 2.1, precisa que tendrá «plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines»; este matiz de que sea de obrar cobra relevancia si se entiende que a toda persona jurídica, aunque pudiera tener plena capacidad jurídica (salvo en lo que es imposible como el parentesco, posibilidad de testar o derecho de alimentos), se le puede limitar la capacidad de obrar, y así, sí podrá ser titular de derechos de crédito (en tanto que puede cobrar y pagar, art. 2.4.b RD 90/2025) y de derechos reales, sea a través de la prevista donación, como por herencia (heredera o legataria, y, desde luego, beneficiaria de un modo), e incluso puede comprar o vender

bienes inmuebles o muebles, art. 4.1 RD 90/2025 (pero no ser este su tráfico habitual). Además, con Von Thur (1999 [1946]: 466), al tener que actuar sus órganos, o sea la Tutoría (art. 2.1 RD 90/2025), su capacidad no es global, como la de cualquier persona física, sino que, siendo plena, tiene que estar teleológicamente dirigida al cumplimiento de sus fines, marcados por el art. 2 Ley 19/2022 (así, también, Carrasco Perera, 2022: 4, al entender que este objeto o fin delimita la capacidad).

El qué o cómo puede contratar se va delimitando por los siguientes artículos del RD 90/2025, así: a) art. 2.4.b, para la contratación de bienes y servicios y personas trabajadoras, pudiendo hacer pagos y cobros, y, por tanto, resultando obligaciones y responsabilidades, lo que resulta, además, de la remisión que hace el art. 2.7 al régimen de la contratación del ordenamiento jurídico privado, por tanto, con posibles vicios de voluntad, nulidades y anulabilidades, etc., y b) art. 2.7 *in fine*, imponiendo la obligación de aprobar una instrucciones internas, conformes al art. 3.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, del sector público, en coherencia con que recibe ayudas y subvenciones, art. 4 (al efecto, López, 2012: 85).

La capacidad de obrar no le permitirá hacer donaciones, pero sí dar premios como parte de las actividades previstas por el art. 4 RD 90/2025, y, desde luego, gestionar con la misma amplitud que cualquier persona jurídica su patrimonio (económico), por tanto, podrá comprar, vender o hipotecar, eso sí, directa o indirectamente, debe dirigirse siempre cualquier acto o contrato a alcanzar sus fines, pues estos delimitan su capacidad de obrar. Al igual que para aceptar donaciones o herencias —sea heredero o legatario— deberá estarse a las previsiones del Código Civil sobre la materia, y, desde luego, no le es aplicable el art. 994 Código Civil, por ser una persona de derecho privado.

4. TUTORÍA Y ÓRGANOS DE GOBERNANZA Y REPRESENTACIÓN DEL ENTE NATURAL

Como cualquier persona jurídica estará gobernada y representada —legalmente— por la «Tutoría del Mar Menor», que engloba los tres órganos, o sea, el Comité de Representantes, la Comisión de Seguimiento y el Comité Científico, que pueden autorregularse, es decir, dotarse de su propio estatuto de funcionamiento, arts. 2.3 y 5.1.c *in fine*.

Esta propuesta, y denominación, de la tutoría ya la recoge la doctrina francesa, aunque vinculándola al modo e imagen de una sociedad o asociación; así, Braillet (2020: 1) considera que la atribución de personalidad es perfectamente posible en el plano técnico, así como que «à l'image d'une entreprise ou d'une association, peut-être représentée par des tuteurs humains, et est ainsi

apte à être titulaire de droits et à agir en justice pour défendre ses intérêts. Là n'est pas le problème».

Efectivamente, no es el problema la Tutoría, pues sin órgano de gestión y representación no puede actuar ninguna persona jurídica. Y, desde luego, aunque fue polémica la distinción entre «representante» y «órgano» (Von Thur, 1999 [1946]: 467-472, y Bioy, 2024: 82), lo que se refleja en el BGB (su parágrafo 26 se intitula «Órgano de gobierno; representación»), lo cierto es que este RD 90/2025 viene a situarse en la línea de no diferenciar, ya que los órganos de las personas jurídicas cumplen la función de los representantes legales de las personas físicas.

Además, añade Von Thur (1999 [1946]: 471), «los órganos no actúan tan sólo hacia lo exterior, sino que también producen vida interna de la persona jurídica, y en esto acierta la doctrina orgánica. Junto con la representación cabe mencionar la gerencia», y respecto de esta Von Thur (1998 [1946]: 169) la estudia dentro del parágrafo destinado a los derechos secundarios (en concreto, al considerar las facultades del poder), para señalar que es habitual en el derecho de sociedades (entiendo que puede extenderse, sin duda, a otras personas jurídicas), y comprendería facultades ejecutivas, sin ser un órgano, sino representante (un apoderado), y la validez de lo que realice dependerá de cómo se ajuste a las facultades conferidas.

La capacidad de obrar de la persona jurídica —susceptible de limitación, así solo para alcanzar sus fines, no con carácter global, como una persona física— se ejercita a través de sus órganos, o sea, la Tutoría, que, continúa Von Thur (1999 [1946]: 471-472), actúa respecto de «sus asuntos internos (modificaciones de los estatutos, elección del directorio, instrucciones al mismo) y, en parte, a negocios jurídicos con terceros». Todo ello con la misma extensión que una persona física, aunque aquí, cabe reincidir, limitada su capacidad de obrar, no por su objeto, sino por su fin, pero, desde luego, con la posibilidad de adquirir derechos y de enajenarlos, como de asumir obligaciones, y, en consecuencia, responsabilidades. Así, dice Von Thur (*ibid.*: 471) que los órganos de las personas jurídicas en nada se diferencian de los representantes legales de las personas físicas.

Como consecuencia, de lo que se acaba de exponer, se hace imprescindible distinguir, en materia de *legitimación procesal*, un doble aspecto, así: a) *la defensa de los intereses difusos*, en que solo cabe plantearse la legitimación activa colectiva, como hace el art. 6.2 Ley 19/2022, pues la actuación será «en nombre del ecosistema del Mar Menor como la verdadera parte interesada [no como parte procesal]», es decir, se actúa en nombre de ella y directamente, incluso aunque no sean sus propios órganos los que actúen, y b) *la defensa de su patrimonio*, o sea, una legitimación, como la de cualquier otra persona jurídica, sea tanto activa como pasiva, y a través de su órgano de represen-

tación, que es la Tutoría, y aquí como, cualquier persona física o jurídica, lo será para todo lo relacionado con su patrimonio, sea exigir el cumplimiento de obligaciones, responder por el incumplimiento de contratos, tal que con sus trabajadores —art. 2.4.b— o por el contrato que se haya podido celebrar con la Gerencia (art. 2.6); e incluso de las responsabilidades en que haya podido incurrir su Tutoría al representarla. Para Von Thur (1999 [1946]: 470-471), la persona jurídica no responde por la actuación de sus órganos (como exigiría la teoría de la representación orgánica a la que se opone), «sino porque corresponde a la equidad y justicia que un patrimonio que se beneficia con cierta administración sufra también el daño que ésta ocasiona».

Distinción que es relevante, también, en materia de costas y gastos o fianzas por medidas cautelares; así, cuando se ejercita la acción popular, art. 6.2 *in fine* Ley 19/2022, estará eximida, mientras que cuando actúe en defensa de su patrimonio económico —sean obligaciones, créditos o responsabilidades— quedará sujeta al régimen general; para diversas apreciaciones que escapan a este estudio, García-Rostán (2023: 331), Cordón (2022: 6-7) y Pérez de los Cobos (2023: 1.1).

No presentaba, pues, ninguna incoherencia o inseguridad la Ley 19/2022, ni requiere de ninguna reformulación de nuestro derecho procesal, por ser ya algo más que consagrado la defensa de intereses difusos (justo en este ámbito medioambiental y en el de los consumidores), y, en lo demás, actúa como cualquier persona jurídica, que es lo que es.

IV. NUEVAS FORMAS DE DEFENSA Y CONDUCTA EXIGIBLES EN LA PROTECCIÓN DE LA LAGUNA DEL MAR MENOR

Se alega, en el motivo de impugnación tercero (que es ahora propiamente el art. 2.2, relativo a los derechos subjetivos), la infracción de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, consecuencia de la falta de «certeza y certidumbre jurídica», ya que se utilizan «conceptos vagos, difusos e indefinidos» (FJ 2, letra d), lo que podría dar lugar a la arbitrariedad. No puede aceptarse tal adjetivación, dado que se está ante cláusulas generales, y no, propiamente (como se verá *infra*), ante conceptos jurídicos indeterminados (admitidos sin problema)⁹, y, por tanto,

⁹ En lo que es la aplicación jurisdiccional, de los conceptos jurídico indeterminados, las cláusulas generales o estas normas abiertas, que también parece latir en el debate constitucional, debe recordarse que es el propio sistema jurídico el que determinará su apertura a elementos ajenos, para lo que en nuestro caso no debe haber problema,

lo que procederá es concretar cómo se aplica la cláusula general al supuesto concreto¹⁰.

Las cláusulas generales o *legal standards* tienen como finalidad permitir que la norma se vaya actualizando a cada momento y realidad (Trabucchi, 2024: 97-100), conforme a los criterios de buena fe, racionalidad, proporcionalidad, etc., permitiendo en cada momento la recepción permanente de los valores ético-sociales (incluso ecológicos) imperantes, por ser un canal normativo constantemente abierto; sin coincidir exactamente con los conocidos conceptos jurídicos indeterminados, aunque en ambos casos lo que se pretende es que la norma jurídica dé cabida a las nuevas realidades sociales (como pueden ser las ecológicas).

En el motivo de impugnación cuarto, referente a los arts. 4 y 5, los impugnantes consideran que atentan contra el art. 9.3 CE, e igualmente contra los arts. 25.1 (tipificación de los delitos, faltas o infracciones administrativas o principio de legalidad sancionadora) y 81.1 CE (ámbito o reserva de ley orgánica), concluyendo que de «entender que los preceptos no tienen carácter propio o innovador serían innecesarios, superfluos y carentes de sentido, vulnerándose entonces el art. 9.3 CE al generar confusión e incertidumbre» (antecedentes 2, letra d, *in fine*)¹¹. La impugnación es inexacta, dado que lo que hay es la fijación de un *standard* de conducta, que, como tal, no es, ni puede ser, innecesario ni superfluo, sino que permitirá aplicar la regla a cada caso concreto, y circunstancia medioambiental, local y personal.

pues se utilizarán conceptos de nuestro propio sistema (como son los de buena fe, culpa, proporcionalidad, etc.), pero es que es, además, un problema de prueba, y aquí, junto con que la indeterminación o la generalidad deben concretarse con los precedentes de los tribunales supremos, también será un problema de argumentación jurídica, que irá desde los pros y contras a la demostración de los hechos —y sobre quién recaerá la prueba o su reparto, sea que debe probar quien alega o aplicación de la responsabilidad objetiva— y sus consecuencias.

¹⁰ El voto particular —punto 4, letra a), penúltimo párrafo— entiende, igualmente, que sí debería admitirse la inconstitucionalidad, por ser el objeto del recurso la «depuración objetiva del ordenamiento mediante la invalidación de la norma inconstitucional» (así, invariablemente desde las SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 1, y 26/1987, de 27 de febrero, FJ 1).

¹¹ Los impugnantes alegan también, como recoge el FJ 4, último párrafo, y reconoce la sentencia, que, «[...] al no determinar las infracciones administrativas o penales a que se refieren, vulneran los principios de legalidad sancionadora, tipicidad, taxatividad y reserva de ley orgánica generando una absoluta inseguridad jurídica». Y, por su parte, el abogado del Estado considera que los preceptos no tipifican infracciones ni sanciones, pero tampoco son remisiones en blanco.

La sentencia (FJ 7, segundo párrafo) concluye que «puede descartarse de plano la lesión de los arts. 25.1 y 81.1 CE, dado que la mera lectura del contenido de los preceptos en cuestión evidencia que no se están tipificando infracciones, delitos, sanciones o penas»¹²; quizá, como en general, debe compararse la solución, pero no la débil o incluso desenfocada argumentación¹³.

1. STANDARDS DE CONDUCTA EXIGIBLES PARA LA PROTECCIÓN DE LA LAGUNA DEL MAR MENOR Y SUS CARACTERÍSTICAS

En cuanto a cómo deben entenderse las cláusulas generales que fijan los *standards* de conducta, deben hacerse las siguientes matizaciones:

- a. Distinguir entre «conceptos vagos, difusos e indefinidos» y las indiscutidamente admitidas categorías de los conceptos jurídicos indeterminados y de las cláusulas generales o angloamericanas *legal standards*. El propio voto particular entiende que sí estamos ante conceptos jurídicos indeterminados (punto 4, letra d, antepenúltimo párrafo); pero, personalmente, creo que se tiene que ir más allá y asumir que se está ante las angloamericanas *legal standards*. Estas son admisibles y aplicables en nuestro sistema jurídico, sobre todo, cuando se trata de una ley promocional, que pretende promocionar una nueva cultura medioambiental y ecocéntrica, por tanto, incluso parece lo normal que se utilicen cláusulas generales (así, art. 2.2, art. 5 o art. 7), y, además, parece conveniente utilizarlas al dar solución adecuada y congruente al caso concreto; de no admitirlas, sería interminable la lista de posibles actuaciones, de los particulares y Administraciones, susceptibles de rechazo o sanción.

¹² Tampoco según la sentencia (FJ 7, último párrafo) se vulnera el art. 9.3 CE (con amplia cita de su propia jurisprudencia anterior). Discrepa el voto particular —punto 4, letra c), último párrafo—, al considerar que, a pesar de la declaración de constitucionalidad, la situación sigue imprecisa, pues se pregunta: «¿Debe entenderse entonces que los agricultores del Mar Menor legalmente establecidos antes de la Ley 19/2022 han quedado incursos tras su entrada en vigor en la “responsabilidad” aludida en el art. 4 a causa de esta vulneración de los “derechos” establecidos en el art. 2 de la Ley 19/2022. Ni lo resuelve la ley, ni lo explican nuestros compañeros».

¹³ Igualmente se impugna la disposición derogatoria única, y se hace, también, por ser genérica, lo que tampoco es ninguna novedad en nuestra forma de legislar, que no siempre, ni siquiera con frecuencia, contiene una explícita tabla derogatoria, sin perjuicio de que en este caso concreto sería innecesaria, si se entiende que es una norma complementaria o simplemente promocional, como ya se ha dicho.

b. Precisar las principales características que presentan las cláusulas generales (Trabucchi, 2024: 98-100), que cuadran con la pretensión de la Ley 19/2022, así:

- 1.^a La adaptabilidad del predicamento general que hace la norma a la especificidad del caso concreto. Con lo que se logra que sean el «*polmoni della vita giuridica, organi respiratori dei Castelli murati dei Codici*» (e igualmente de la ley especial).
- 2.^a El intérprete (la autoridad judicial) tiene un poder discrecional, pero no arbitrario, al deberse interpretar la cláusula general de la forma más objetiva, en plena coherencia con el sistema normativo de referencia, o sea, nuestro sistema constitucional, con sus valores, entre otros, la solidaridad (a la que me referiré *infra*, pero que Alenza [2025: 163-164] considera que la sentencia la mezcla con el ecocentrismo de forma inadecuada y sin que se justifique el cambio de paradigma), que el que daña o contamina paga (Alpa, 2022b: III, tercer párrafo), etc., y los que emanan del Código Civil, tal que la buena fe objetiva (art. 7.1), ejercicio antisocial (art. 7.2), buenas costumbres, orden público jurídico y económico (art. 1255), equidad (art. 3.2) o importancia del incumplimiento, para así lograr que la norma abstracta —o sea, esta Ley 19/2022— se acomode al caso concreto y atempere la rigidez del dogma al caso concreto. Lo que ya descartaría la inconstitucionalidad.
- 3.^a La cláusula general debe integrarse en el contexto normativo en el que la cláusula general se inserta, y más en concreto en los principios inspiradores de la disciplina a que pertenece, o sea, el derecho privado y el del medio ambiente. Aquí es donde adquiere relevancia la interpretación ecocéntrica, que inspira la Ley 19/2022 y consagra la STC 142/2024.
- 4.^a La aplicación jurisdiccional de la cláusula general no podrá sustraerse a un control de legalidad y de legitimidad, o sea, evitando una debilitación del principio de certeza del derecho.

Con lo expuesto se devalúa la afirmación del voto particular (por otra parte, muy argumentado), pues la norma no queda por debajo del umbral mínimo (punto 4.d, segundo párrafo), por ser un supuesto de *legal standards*, que garantiza los intereses difusos¹⁴, con una legitimación activa específica.

¹⁴ Así, ya por auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Cartagena, se comunica al Comité de Representantes (entre otros entes), considerado por el juez como tutor, que puede ejercitar la acusación particular. Disponible en: <https://is.gd/FxhM0h>.

2. CUMPLIMIENTO DE LOS INTERESES DIFUSOS A TRAVÉS DE LOS STANDARDS DE CONDUCTA

La ya referida pretensión de vacuidad de los arts. 4 y 5, y su consiguiente inconstitucionalidad, debe rechazarse por las razones que se van a exponer; no obstante, García Guijarro (2023: 113-114) considera que deberían incluirse las omisiones; pero a Lozano Cutanda (2025: 2-3) le sigue pareciendo inoportuno, al igual que a Alenza (2025: 176), al entender que no aportan nada, pero entiendo que no es así, ya que:

- a. Desde la óptica de la racionalidad pragmática o relativa a la eficacia de las normas, cabe distinguir, dice Prieto Sanchís (2013: 194, que dice seguir a Ferrajoli), «entre eficacia primaria y secundaria». Y así distingue, y se ve reflejado en el contenido secuenciado de los dos arts. 4 y 5, lo siguiente: 1) en vía primaria, una norma es eficaz cuando resulta espontáneamente obedecida por todos (art. 4), ya sean poderes públicos o particulares, y 2) en vía secundaria, una norma es eficaz cuando, ante la ineficacia primaria, se ponen en marcha los mecanismos de anulación de los actos inválidos o de sanción de los actos ilícitos (art. 5). La eficacia primaria y la secundaria presentan un carácter gradual y dependen de condiciones y circunstancias complejas (como aquí pueden darse). En todo caso, sí cumplen una función complementaria de lo que es ya el ordenamiento vigente, y, por ello, no pueden reputarse sobrantes o faltas de contenido jurídico.
- b. Desde la óptica de los *standards* de conducta, queda justificada la norma, aunque no sea categoría habitual de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, soslayando la argumentación de impugnantes y voto particular, cabe acudir a Falzea (1999: 371-372), que afirma —refiriéndolo a los estudios de Roscoe Pound (de hace más de un siglo, en concreto, su *The Administrative Application of Legal Standards*, de 1919)— que, en el «confronto, tra norma ordinaria —la norma sulla responsabilità civile o penale degli operatori della giustizia— e *standard* —il criterio della responsabilità disciplinare degli stessi soggetti— apre la serie di problema posti allo studioso dalla figura degli *standards*».

Estos *standards* tendrían tres caracteres o notas distintivas; así, dice Falzea (1999: 371-372, refiriéndolo de nuevo a Pound) que serían a) la valoración moral de la conducta, en términos de lealtad, consciencia, racionalidad, prudencia y diligencia; b) el fundamento práctico del *standard*, fundado en el sentido común y la experiencia personal, y c) la relatividad en razón de la

época, lugar y circunstancias en función del caso concreto al que se tiene que aplicar.

Y así entendidos, en estos artículos no estaría determinadas la conducta (art. 4) ni la sanción o consecuencias (art. 5), pero, desde luego, sí sería determinable jurisdiccionalmente, e incluso el particular o la Administración sí sabrá a qué atenerse; al igual que de tenerse que resolver un caso concreto también podría alcanzarse razonablemente, con criterios fijos o asentados ya en nuestro ordenamiento, y no como algo discrecional, lo que es suficiente para su constitucionalidad.

Además, de estos *standards* de conducta debe decirse que son:

1.º La recepción en el derecho de la ética social (igualmente podría hablarse de la ética ecológica o ecocéntrica), como canal de permanente recepción, que no es sino lo que pretende el legislador, en razón de la evolución del ecosistema de La Manga del Mar Menor. Suponen, además, la recepción directa (y, por tanto, actualizable cotidianamente) en el modelo (o sistema) jurídico en razón de los valores ético-sociales, eso sí, con exclusión de una reformulación constitutiva —en verdad, como ya se ha anticipado, la Ley 19/2022, en su art. 1, habla de declarar—, ya que lo que se hace, por el legislador, es conformar el sistema normativo del derecho positivo, pues se trataría de «normas abiertas» (*norme a fattispecie aperte*); así, Falzea (1999: 373-374), refiriéndolo ahora a J. Esser, *Grundsatz und Norm in der rechtlichen Fortbildung des Privatrechts* (Tubingen, 1974: 150).

2.º Una norma abierta, que, en modo alguno, significa que sea una norma incompleta (Falzea, 1999: 373-374, nota 9); no lo es, pues las normas que hacen uso de un *standard* son normas completas (lo que en sí ya quita de sentido a la impugnación de inconstitucionalidad). Y son completas dado que la utilización del *standard* significa un instrumento técnico para una normatividad perfecta, por permitir acomodar la norma al caso concreto; y tampoco hay heterointegración (en el sentido de tomar elementos de derechos foráneos), sino que hay autointegración, aunque se utilicen materiales normativos extranjeros, como es este concepto del *standard* de conducta, pero los conceptos que determinarán y valorarán la conducta serán los propios de nuestro ordenamiento jurídico, tal que la conducta leal, la buena fe, la responsabilidad, etc. Se ha relacionado también (*ibid.*: 376-378) el problema de la aplicación de los *standards* de conducta con los principios generales del derecho, en cuanto se les considera que pueden conformar un sistema jurídico más sistemático y completo, y que, por tanto, en nuestro sistema jurídico serían fuente del derecho, con su carácter informador, art. 1.4 *in fine* del Código Civil.

3.º Determinables, pues hay indeterminación, pero no indeterminabilidad. La determinación en estos *standards* sería inferior a las reglas comunes

(o conceptos jurídicos indeterminados), pero superior a los principios fundamentales (Falza, 1999: 380-381), y, en cualquier caso, serían norma jurídica, y, además, se configurarían como norma jurídicamente preceptiva (de nuevo, Falza, *ibid.*: 389, nota 23); su diferencia esencial con los principios fundamentales es que estarían sujetos al control de legitimidad constitucional, que en nuestro caso lo superarían, por ser conceptos perfectamente acomodables en nuestro ordenamiento con la buena fe, la culpa, la proporcionalidad, etc.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS DE LA LAGUNA DEL MAR MENOR

La legitimación activa (art. 6) se impugna, FJ 5, primer párrafo, segundo inciso, con base en las ideas de libertad, dignidad, conciencia, voluntad y responsabilidad, aseverando los impugnantes que, frente a las personas jurídicas del Código Civil, el Mar Menor no se puede asimilar a una persona física; no obstante, ya se ha visto que para la defensa de intereses difusos es innecesario, por ser la laguna la beneficiaria y no tanto el ente como instrumento técnico para lograr los fines, que en este sentido de fin como objeto, como órgano del ente natural, tendrá legitimación activa y pasiva. Además, sobre la base de que solo el ser humano puede tener dignidad (art. 10.1 CE), y que solo él, individualmente o agrupado, es el que puede ejercer y defender sus derechos (art. 24.1 CE), se concluye que «la laguna no puede tener derechos propios, tampoco puede ser la verdadera parte procesal». Tampoco puede aceptarse, pues, junto con ser obvio que sí tiene derechos propios, art. 2, como precisa Martínez García (2023: 30), podrá hacerlo conforme al art. 11.3 LEC, unido a que, como ella anticipa (*ibid.*: 21-22), lo que sucede es que se está ante derechos de tercera generación, que defienden la solidaridad y justo encuentran su fundamento en la personificación, unida a la obligación del juez de aplicarlos al caso concreto.

Al ser indiscutible que sí tiene derechos propios, art. 2.2, lo que le sobraría ya para ser persona jurídica, lo que procede es tratar de las siguientes cuestiones de la legitimación, diferente según se defiendan intereses difusos o su patrimonio económico, así:

- a. Hay legitimación activa porque hay derechos subjetivos (art. 2.2). No procede discernir si es un derecho subjetivo público o privado, pues, como dice Martín-Retortillo (1996: 59-60), dependerá en cada caso de «las posiciones reales concretas», ya que se está ante un supraconcepto, *Oberbegriff*, sin que pueda considerarse exclusivo de ninguna de las dos ramas del derecho. Sí es conveniente, por ser un nuevo derecho subjetivo, proceder a su validación y, así, desde la teoría del

derecho, con Guastini (1999: 191), debe decirse que no bastaría con que el derecho subjetivo esté tipificado (art. 2.2), sino que, en el sentido de verdadero o falso, hay tres presupuestos para concretar si hay un auténtico derecho subjetivo, así: a) el derecho subjetivo exige como imprescindible estar garantizado, nazca de un sistema de normas morales o sea simple creación de la norma, lo que cumple el art. 6; b) el derecho subjetivo existe desde que una norma lo crea —art. 2.2—, y, además, le asegura una tutela jurisdiccional, por tanto, solo los derechos positivos pueden considerarse existentes; también lo cumple el art. 6, y c) el derecho subjetivo exigiría poder prever las decisiones judiciales futuras, lo que incluso como cláusula general ya se ha visto que también puede preverse; por tanto, sí sería un auténtico derecho subjetivo.

- b. Hay legitimación universal, reconocida por el art. 6; así, dice: «Cualquier persona física o jurídica está legitimada»; y este reconocimiento encuentra su amparo en el art. 45 CE; por tanto, no puede admitirse la alegación del voto particular, punto 1.f, párrafo quinto, al margen de que esté o no reconocido por la STJUE de 3 de octubre de 2013, asunto C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, apdos. 52 a 60 y 69 a 76, y otras, hasta la STJUE de 20 de enero de 2021, asunto C-619/19, *Land Baden-Württemberg* (Comunicaciones internas), apdos. 33, 44, 56, 58 y 69.
- c. Hay defensa de un interés difuso. Concebible con Pescara (2024: 125-126) como un «interessi che sono della comunità nel suo complesso», y ya calificado, como dice el mismo Pescara (*ibid.*: 126-127), «come diritti dell'uomo dell'ultima generazione» (tercera generación), que se distinguiría de los intereses colectivos en estar atribuido a una «vasta collettività di soggetti, interessi tutti identici rispetto ad analoghi interessi di altri membri (tipici gli interessi all'ecologia per la salubrità di un ambiente)»; podría tratarse tanto del ejercicio de una acción inhibitoria como de una tutela resarcitoria. En lo que aquí interesa, queda claro que no hay tal inconstitucionalidad.
- d. Hay defensa de un interés ajeno, como es el de la laguna del Mar Menor, lo que en sí no obsta para que también pueda darse un interés legítimo (en el que actúa); en todo caso, sí es diferente al ejercicio de un derecho subjetivo (que sería del ente natural), pues el interés legítimo suele ejercitarse frente a la Administración en defensa de un propio interés e incluso con derecho de resarcimiento (al efecto, Pescara, 2024: 124-125, y su cita de la sentencia de la Corte di Cassazione, Sz. Unite, n. 500, 22 luglio 1999).
- e. Hay la posibilidad de la acción popular (se interrogaba sobre si lo era García-Rostán, 2023: 329). Admitida ya por el derecho romano,

también se admite ahora en nuestro ordenamiento jurídico; así, Ruiz Pino (2022: 123-132), al tratar de las acciones e interdictos populares en la defensa del medio ambiente, la funda en: a) el art. 125 CE (al consagrar la participación ciudadana en la Administración de Justicia); b) el art. 24.1 CE (al contemplar la tutela judicial efectiva), y c) la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1983, de 11 de julio de 1983. Además, se ha reforzado en los últimos años, de conformidad con el Convenio de Aarhus, elaborado, como dice Ruíz Pino (*ibid.*: 124), en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, y en el que se instaura, entre otros derechos fundamentales de los ciudadanos, «el acceso a la justicia en asuntos igualmente relacionados con el medio ambiente», destacando igualmente que la legitimación de esta acción popular no es solo para las ONG ambientales, sino que se aboga por «un espectro más amplio de los sujetos legitimados procesalmente».

No hay, en suma, vulneración del art. 24.1 CE, lo que corrobora la sentencia; ni hay tampoco un tal poder general (a lo que recurre la sentencia para justificar esta legitimación universal); pero sí debe coincidirse, FJ 5.C, cuando afirma que los derechos fundamentales también rigen para las personas jurídicas nacionales, cuando por su naturaleza les sean aplicables (STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 2); al igual que todas las personas tienen capacidad para ser parte procesal (STC 19/1983, de 14 de marzo, FJ 2), y lo tendrá el ente natural cuando defienda su patrimonio económico, reclame derechos o le exijan obligaciones o responsabilidades; pero esta legitimación activa es colectiva para el ejercicio de un interés difuso.

4. SOLIDARIDAD COLECTIVA E INTERGENERACIONAL

Una de las proclamas del pensamiento ecocéntrico es la de la solidaridad colectiva e intergeneracional, que no dista de ser una versión laica de la caridad cristiana; en este caso se trataría de una solidaridad vertical, al darse entre sujetos distintos (o desiguales) y en un concreto momento histórico, si bien con proyección cronológica entre las diversas generaciones (al efecto, Lipari, 1998: 426, para el que la solidaridad horizontal sería entre iguales y al momento).

Su reconocimiento está en el art. 45.2 CE, al deberse entender no como una mera preservación del *statu quo*, sino como una obligación de solidaridad intergeneracional; unido a que no puede entenderse aisladamente, sino en relación con otros principios constitucionales; así, con De Ahumada (2001: 201-202), hay que traer a colación el art. 33.1 CE, que protege la propiedad

privada; el art. 38 CE, que reconoce la libertad de empresa (y, por tanto, la posible creación de sociedades civiles o mercantiles), y el art. 40 CE, que exige a los poderes públicos promover las condiciones para el progreso social y económico. Y dentro de estos cauces, en que debe moverse cualquier posible regulación protectora del medio ambiente, cabe y se encuentra la Ley 19/2022.

La solidaridad, para ser relevante jurídicamente, tiene que ser exigible, y así precisa Lipari (1998: 429) que la solidaridad sirve tanto de control metalegislativo ético-material, obligando al intérprete a tenerlo presente para la integración del dato jurídico, como, ya en su más estricto ámbito de «solidarietà e giuridicità» (*ibid.*: 440), para actuar como elemento delimitador de los derechos individuales. Se trata, en relación con la laguna del Mar Menor, de actuar éticamente; no sería, por tanto, adecuado fijar una lista de qué pueden o no hacer, pues todos somos conscientes de qué hacemos al actuar, y cuándo hay o no malicia o dolo. Lo antedicho es una forma de concebir no solo la naturaleza, sino, también, sus límites, y los propios del ser humano (sea propietario o bañista) al actuar. En este orden de exigibilidad jurídica, obvio que no es lo mismo la solidaridad que la fraternidad, ya que esta última ni puede imponerse ni restringirse, por lo que se diferencia de la solidaridad, en que sí podría ser impuesta.

Aplicada la concepción lipariana —perfectamente admisible en nuestra CE— a la relación entre solidaridad y CE, a la que debe sujetarse la Ley 19/2022, tampoco colisiona con el pensamiento cristiano, e iusnaturalista, pues en el art. 9.2 parece que sí se pudo tener presente la idea de solidaridad, y, además, se menciona expresamente en el art. 2 CE, aunque no en el sentido que aquí interesa; como igualmente se tiene presente la solidaridad en los arts. 138.1, 156 y 158.2 CE; pero, en cualquier caso, nuestra CE no contempla la solidaridad como uno de los valores inspiradores a que se refiere su art. 1.

En suma, y referido a la laguna del Mar Menor, con la solidaridad se pasa de los conceptos de hermandad, caridad o fraternidad propios del cristianismo, e inexigibles, por quedar a la buena voluntad de cada ser humano, a la solidaridad —entre ciudadanos—, que sí es exigible, como concepto laico, y valor inspirador, como lo pueden ser otros conceptos, tal que la buena fe en el Código Civil; y en el ámbito constitucional, como dice Alpa (2022a: 164-166), refiriéndose expresamente a nuestra CE, se está ante un Estado social (preámbulo de la CE, que no liberal), que, con artículos como los 45, 47 o 48 CE, logra un modelo constitucional moderno, en que se conjugan los aspectos políticos, económicos y jurídicos. Y así aparece la solidaridad como un principio con tendencia expansiva, transformándose de deber a derecho, aunque, eso sí, sujeta a unos límites, que deben permitir el pleno e integral desarrollo de la personalidad, en lo ético, económico o jurídico. La Ley 19/2022, hay que concluir, no impide, en modo alguno, tal desarrollo.

V. CONCLUSIONES

Primera. La Ley 19/2022 contiene un ecocentrismo moderado, perfectamente admisible en nuestra CE, pues no atribuye derechos, ni la crea sujeto de derechos, a la naturaleza, sino que atribuye derechos subjetivos concretos, art. 2.2, a un ente natural, como es la laguna del Mar Menor, que, aunque solo ostenta estos concretos derechos subjetivos, sin embargo, ello es suficiente para dotarla de personalidad jurídica (art. 1), que ejercerá a través de su Tutoría (art. 3).

Segunda. El limitado ámbito de actuación del ente natural y su singular personalidad jurídica suponen una superación de la clásica distinción entre persona física o natural y persona jurídica o moral (en sus modalidades de asociación o fundación), pues es una auténtica creación del legislador ordinario (que lo puede hacer), que es verdaderamente novedosa, pero admisible desde el positivismo jurídico, por no ser una ficción, sino una realidad instrumental para alcanzar unos fines concretos, como son la preservación, defensa y recuperación de la laguna del Mar Menor.

Tercera. El ecocentrismo moderado es totalmente ajeno a la cosmovisión indígena del neoconstitucionalismo andino, ya que entronca con la defensa de la ecología y el medio ambiente, que trae su causa de la múltiple legislación sobre medio ambiente, e incluso en lo ideológico de Spinoza, admisible en el art. 45 CE, dado que en este cabe tanto el antropocentrismo clásico como el nuevo ecocentrismo moderado; sin que los derechos del ente natural supongan ninguna postergación del ser humano y su desarrollo integral, ni incluso de su evolución socioeconómica, aunque sí supone que la naturaleza deje de ser el objeto de depredación del ser humano.

Cuarta. No hay en los arts. 4 y 5 ninguna masa inerte de conceptos vagos, difusos e indefinidos, ni son tampoco, propiamente, conceptos jurídicos indeterminados, sino que se está ante los denominados *legal standards* o cláusulas generales, que permiten, mediante la autointegración del ordenamiento español, a través de conceptos reconocidos por este, como la buena fe, el dolo, la responsabilidad, etc., adaptar la protección de la laguna del Mar Menor a cada momento histórico.

Quinta. La legitimación universal del art. 6 no es un tal pretendido poder general para actuar, ni es inadecuado que se hable de que los demandantes lo hacen en nombre del ecosistema del Mar Menor, pues lo que se está es en presencia de la defensa de intereses difusos, de ahí la universalización de la legitimación, como también la hay cuando se ejercita la acción popular, especialmente útil no solo en el ámbito penal, sino, al igual que en el urbanístico, también en el medioambiental. Cuando la Tutoría de la laguna del Mar Menor actúe en la defensa de su patrimonio económico, sí habrá legitimación activa y pasiva.

Sexta. La Tutoría es el representante legal, tanto en el orden interno de gobernanza como en el externo frente a terceros, y obliga al ente natural en cuanto se personifica y puede tener su propio patrimonio económico, que responderá, como el de cualquier persona física o jurídica, por sus obligaciones y responsabilidades. Aunque ello no afectará a los titulares de los diversos derechos reales o de crédito sobre las fincas o demás bienes que integran la cuenca.

Séptima. La solidaridad, que tiene que ser intergeneracional (y proporcional en los medios y entre las generaciones), no es la transposición a un texto positivo de los clásicos conceptos cristianos de hermandad, caridad o fraternidad, sino un concepto jurídico, propio del *welfare estate*, en el que se ubica nuestra CE, exigible jurídicamente, y susceptible en su aplicación de delimitar los derechos individuales.

Bibliografía

- Accarion, E. (2025). *La personnalité juridique en droit penal et en droit civil. Essai d'une théorie générale*. Paris: Dalloz.
- Alenza García, J. F. (2025). Sobre los aparentes derechos reconocidos al Mar Menor. A propósito de la Sentencia 142/2024 sobre la ley que reconoce personalidad jurídica al Mar Menor. *Revista de Administración Pública*, 226, 155-186. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.226.07>.
- Alonso García, M.^a C. (2015). *La protección de la dimensión subjetiva del derecho al medio ambiente*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Alpa, G. (2022a). *Solidarietà. Un principio normativo*. Bologna: Il Mulino.
- Alpa, G. (2022b). De la tutela del medioambiente al reconocimiento de la «natura» como sujeto de derecho. ¿Una revisión de las categorías del derecho civil? *Revista de Derecho Privado (Chile)*, 43, 73-90. Disponible en: <https://is.gd/730Uqk>.
- Atienza, M. (2020). *Una apología del derecho y otros ensayos*. Madrid: Trotta.
- Bachmann Fuentes, R. I. y Navarro Caro, V. (2022). Derechos de la naturaleza y personalidad jurídica de los ecosistemas: nuevo paradigma de protección medioambiental: un enfoque comparado. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 16, 357-378. Disponible en: <https://is.gd/KjJahb>.
- Bellivier, F. (2023). *Droit des personnes*. Paris: LGDJ.
- Berstein, R. (2024). *Las vicisitudes de la Naturaleza. De Spinoza a Freud*. Barcelona: Gedisa.
- Bioy, X. (2024). La personalidad jurídica atribuida a la Naturaleza, a propósito del «Mar Menor». En A. González Navarro (dir.). *Derecho, justicia y sostenibilidad ambiental* (pp. 71-91). Las Rozas: Aranzadi.
- Braillet, R. (2020) La personnalité juridique de la nature démystifiée, éléments de contre-argumentation (1/2). *Actu Environnement.com* [blogs], 13-11-2020. Disponible en: <https://is.gd/cXtD8Z>.

- Braillet, R. (2025). Personnification juridique: pour quoi faire? Étude de la structure finaliste d'une partie des discours politico-juridiques en France. En L. Gay y O. Le Bor (dirs.). *Des droits fondamentaux pour le système Terre. Approches plurielles des droits de la nature* (pp. 269-282). Aix-en-Provence: DICE Éditions. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/14463>.
- Buckland, W. W. y McNair, A. D. (1994 [1936]). *Derecho romano y «Common Law»* (2.^a ed.). Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid.
- Capellani, P. (2010). *Store di concetti giuridici*. Torino: Giappichelli.
- Capilla Roncero, F. (1993). *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid: Tecnos.
- Carbonnier, J. (2017 [1955]). *Droit civil. Tomo I. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*. Paris: PUF.
- Carrasco Perera, A. (2022). *El Antropoceno es, quién lo duda, la estación propicia para personificar ecosistemas*. Castilla-La Mancha: Centro de Estudios de Consumo. Disponible en: <https://is.gd/OTDKHL>.
- Cordón, F. (2022). *Legitimación para la defensa del Mar Menor personificado como sujeto de Derecho*. Castilla-La Mancha: Centro de Estudios de Consumo. Disponible en: <https://is.gd/pYhVoi>.
- De Ahumada Ramos, F. J. (2001). *Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Dykinson.
- De Castro y Bravo, F. (1972). *Temas de Derecho civil*. Madrid: Rivadeneyra.
- De los Mozos, J. L. (1988). *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*. Madrid: Civitas.
- Estupiñán, L., Parra, L. y Rosso, M. (2022). La Pachamama o la naturaleza como sujeto de derechos. Asimetrías en el Constitucionalismo del «buen vivir» de América Latina. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 17 (2), 42-69. Disponible en: <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2022v17n2.9264>.
- Falzea, A. (1999). *Richerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Tomo I. Teoria generale del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Fernández Farreres, G. (2012). *Sistema de Derecho Administrativo*. Cizur Menor: Aranzadi-Civitas.
- Ferraris, M. y Saracco, G. (2023). *Tecnosofía. Tecnología y humanismo para una nueva ciencia*. Madrid: Enclave libros.
- Ferreira, M. A. (2013). Pacha mama: os direitos da natureza e o novo constitucionalismo na América latina. *Revista de Direito Brasileira*, 4 (3), 400-423. Disponible en: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2013.v4i3.2644>.
- García de Enterría Ramos, A. (2023). La personalidad jurídica de los entes naturales: ¿un cambio de paradigma? *Revista del Parlamento Vasco*, 4, 8-37. Disponible en: <https://doi.org/10.47984/legal.2023.007>.
- García Figueroa, A. (2022a). Algunos reparos a la doctrina del Mar Menor. *Almacén de Derecho* [blog], 27-9-2022. Disponible en: <https://is.gd/0L5nuo>.
- García Figueroa, A. (2022b). Las falacias del Mar Menor. *Acento Local. El blog de actualidad jurídica local* [blog], 2-11-2022. Disponible en: <https://is.gd/UYRTxf>.

- García Figueroa, A. (2023). Derechos de la naturaleza, neoconstitucionalismo andino y ecopopulismo. *Parlamento y Constitución*, 24, 17-44. Disponible en: <https://doi.org/10.71206/rapc.1>.
- García Guijarro, P. (2023). El encaje jurídico-constitucional de la personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca. *Cuadernos Constitucionales*, 4, 103-121. Disponible en: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28020>.
- García-Rostán Calvín, G. (2023). Aspectos procesales de la personalidad jurídica del Mar Menor en la jurisdicción civil. En M.^a P. Díaz Pita (dir.). *Horizonte justicia 2030: reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia* (pp. 325-332). Madrid: Tecnos.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Hattenhauer, H. (2023 [1982]). *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Hohfeld, W. N. (2004 [1968]). *Conceptos jurídico fundamentales*. Buenos Aires: Fontamara.
- Kurki, V. A. J. (2023). *Una teoría de la personalidad jurídica*. Granada: Comares.
- Lipari, N. (1998). «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà». En *Studi in onore di Pietro Rescigno. Tomo II. Diritto Privato, 1. Persone, famiglia, successioni e proprietà* (pp. 417-442). Milano: Giuffrè.
- Lipari, N. (2013). *Le categorie del diritto civile*. Milano: Giuffrè.
- López y López, Á. (2012). *Fundamentos del Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lozano Cutanda, B. (2022). La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un «embrollo jurídico». *GA_P.com* [blog], 1-10-2022. Disponible en: <https://is.gd/0beB8W>.
- Lozano Cutanda, B. (2025). La personificación jurídica del Mar Menor: persiste la inseguridad jurídica tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 142/2024 y el Real Decreto 90/2025. *GA_P.com* [blog], 1-3-2025. Disponible en: <https://is.gd/bV95d1>.
- Macanás Vicente, G. (2023). Bases para la personalidad jurídica de los entes no humanos. *Derecho Privado y Constitución*, 43, 11-52. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.43.01>.
- Mainardis, C. (2024). Il diritto naturale e il diritto positivo. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. En A. Trabucchi (aut.). *Istituzioni di Diritto Civile* (51.^a ed.). Padova: Cedam.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1996). *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*. Madrid: Civitas.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (2007). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Cizur Menor: Civitas.
- Martínez García, E. (2023). La personalidad jurídica del Mar Menor. En R. Martínez Dalmau y A. Pedro Bueno (eds.). *Debates y perspectivas sobre los derechos de la naturaleza: una lectura desde el Mediterráneo* (pp. 13-31). Valencia: Pireo. Disponible en: <https://is.gd/WWx1gI>.

- Mattei, U. (2013). *Bienes comunes. Un manifesto*. Madrid: Trotta.
- Molina Navarrete, C. (1995). *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Nino, C. S. (2013 [1983]). *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Pérez de los Cobos Hernández, E. (2023). La acción popular como instrumento de garantía de la tutela judicial efectiva del Mar Menor y su cuenca. *Medio Ambiente y Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, 41. Disponible en: <https://is.gd/1T8HxW>.
- Pescara, R. (2024). Diritto soggettivo e interessi legittimi. En A. Trabucchi (aut.). *Istituzioni di Diritto Civile* (51.ª ed.). Padova: Cedam.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Rochfeld, J. (2011). *Les grandes notions du droit privé*. Paris: PUF.
- Rogel Vide, C. (2022). ¿Lagunas como sujetos de derechos? El Mar Menor y la Ley 19/2022. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4, 713-728.
- Ruiz Pino, S. (2022). *La protección jurídica de los recursos naturales y la tutela del interés general en el derecho medioambiental romano*. Madrid: Dykinson. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/jj.1866781>.
- Scalisi, V. (2005). *Categorie e istituti del Diritto civile nella transizione al postmoderno*. Milano: Giuffrè.
- Serrano de Nicolás, Á. (2013). La personalidad jurídica de la sociedad civil: su posible antecedente en el Código civil argentino. En V. Cuñat Edo, J. Massaguer Fuentes, F. J. Alonso Espinosa y E. Gallego Sánchez (dirs.), M.ª V. Petit Lavall (coord.) y M. Sánchez Ruiz. *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* (pp. 701-725). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Soro Mateo, B. y Álvarez Carreño, S. M. (2024). Derechos de la naturaleza y Constitución, a propósito del caso de la laguna del Mar Menor. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 39, 61-122. Disponible en: <https://is.gd/vBy1Pr>.
- Tănăsescu, M. (2022). *Understanding the rights of nature. A critical introduction*. Bielefeld: Verlag. Disponible en: <https://is.gd/4aqMnz>.
- Trabucchi G. (2024). L'interpretazione e le clausole generali. En A. Trabucchi (aut.). *Istituzioni di Diritto Civile* (51.ª ed.). Padova: Cedam.
- Vidal Marín, T. (2025). Personalidad jurídica del Mar Menor y cambio de paradigma interpretativo del medio ambiente: consideraciones críticas de la Sentencia 142/2024. *InDret*, 3, 451-486. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/InDret.2025.i3.14>.
- Von Thur, A. (1998 [1946]). *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán (1 vol.)*. Los derechos subjetivos y el patrimonio. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Von Thur, A. (1999 [1946]). *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán (1 vol.)*. Las personas. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

**DIMENSIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD
RELIGIOSA, DE ASOCIACIÓN, DE IGUALDAD
Y DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN
DE SEXO, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 132/2024,
DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2024**

**Dimension of the right to religious freedom,
association, equality and non-discrimination
on the basis of sex, regarding the Judgment
of the Constitutional Court 132/2024,
of November 4th, 2024**

M.ª LETICIA ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA
Universidad de Granada
lrojo@ugr.es

Cómo citar/Citation

Rojó Álvarez-Manzaneda, M.ª L. (2025).

Dimensión del derecho de libertad religiosa, de asociación, de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2024, de 4 de noviembre de 2024.

Derecho Privado y Constitución, 47, 167-195.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.47.05>

(Recepción: 1/5/2025; aceptación tras revisión: 30/9/2025; publicación: 18/12/2025)

Resumen

A lo largo de las páginas de este trabajo, se pone de manifiesto el cambio de planteamiento producido por la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional, en relación con la solicitud de una ciudadana de modificar el art. 1 de los estatutos de la Pontificia Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna, al considerar que al producirse la exclusión de las mujeres de formar parte de la citada asociación se vulneraba el derecho de igualdad, no discriminación por razón de sexo y el derecho de asociación. El Tribunal Constitucional considera que se produce una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de

género y su derecho de asociación, recogidos en los arts. 14 y 22 de la Constitución, y declara la nulidad de la Sentencia 925/2021, de 23 de diciembre, del Tribunal Supremo, y, en este sentido, procederemos a analizar los motivos aducidos por este Tribunal.

Palabras clave

Derecho de asociación; derecho de libertad religiosa; derecho a la no discriminación por razón de sexo; hermandad religiosa.

Abstract

Throughout this work, the change in approach brought about by Constitutional Court Judgment 132/2024, of November 4th, is highlighted. This judgment addresses a citizen's request to amend Article 1 of the statutes of the Pontifical Royal and Venerable Slavery of the Most Holy Christ of La Laguna. This ruling considers that the exclusion of women from membership in the aforementioned association violates the right to equality, non-discrimination based on sex, and the right to association. The Constitutional Court finds that there has been a violation of the right to non-discrimination based on gender and the right to association, as enshrined in Articles 14 and 22 of the Constitution, and declares the nullity of Supreme Court Judgment 925/2021, of December 23th. In this regard, we will analyze the reasons given by this court.

Keywords

Right of association; right to religious freedom; right to non-discrimination based on sex; religious brotherhood.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: GÉNESIS DE LA CONTROVERSIA: 1. Principales pretensiones de las partes. II. LA DIMENSIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA. III. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN: 1. Derecho de asociación. 2. Derecho a la no discriminación. IV. LOS VOTOS PARTICULARES: 1. Votos particulares concurrentes. 2. Voto particular disidente. V. CONSIDERACIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN: GÉNESIS DE LA CONTROVERSIA

Antes de adentrarnos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2024, de 4 de noviembre de 2024¹, y de su incidencia en el desarrollo de los derechos fundamentales, en concreto, del derecho de asociación, de libertad religiosa, de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, considero que debemos centrar los términos del debate, así como su *iter* procesal.

El presente caso tiene su origen en una demanda presentada contra la Pontificia Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna², asociación piadosa, que data de 1659, creada por 33 caballeros cristianos de la nobleza de Tenerife³, por parte de una ciudadana que considera que la prohibición del ingreso de mujeres en la citada asociación religiosa contemplada en el art. 1 de sus estatutos⁴ vulnera el derecho fundamental de igualdad, no

¹ Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo 1128/2022. Promovido por doña María Teresita Laborda Sanz, en relación con la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que desestimó, en casación, su impugnación de un precepto de los estatutos de la Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna (*BOE* de 6 de diciembre de 2024).

² Se trata de una «asociación religiosa constituida al amparo de Derecho Canónico en 1659, bajo la modalidad canónica de “asociación pública de fieles”, inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia de España», actualmente Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, FJ 5, Sentencia 925/2021, de 23 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Rec. 1446/2021. A partir de este momento, para referirnos a la Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de la Laguna, utilizaremos «la Esclavitud».

³ Véase el art. 2 de los estatutos de la Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de la Laguna, disponible en: <https://is.gd/UHKKfn>.

⁴ «Artículo 1.- La Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna es una asociación religiosa de caballeros, constituida para promover entre sus asociados una vida cristiana

discriminación por razón de sexo, y el derecho de asociación, recogidos en los arts. 14 y 22 de la Constitución.

Debemos precisar que el término utilizado, objeto de controversia, es el de «caballero», que, en opinión de Marañón (2024: 243), está unido «a la exposición de los orígenes de la Hermandad y su antigüedad evoca a unos tiempos donde efectivamente la utilización de los vocablos como damas o caballeros tenían como intención principal referirse al estatus y no al género de la persona».

Además, debemos mencionar que la Esclavitud, ya en sus alegaciones, pone de manifiesto que el debate sobre la inclusión de las mujeres se había iniciado, y que había quedado paralizado por la interposición del procedimiento judicial⁵.

El Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 11 de marzo de 2020⁶, declaró la nulidad de la norma estatutaria al considerar que se vulneran los aludidos derechos, puesto que, aunque se trata de una asociación privada con fines exclusivamente religiosos, ni los estatutos ni su actuación pueden vulnerar normas imperativas, y más concretamente las que regulan los derechos fundamentales.

La asociación religiosa interpuso recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 22 de diciembre de 2020⁷, y decreta que «se debe suprimir el genitivo “de caballeros” del artículo primero de los Estatutos de la asociación demandada»⁸.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de diciembre de 2021⁹, declara haber lugar al recurso de casación que interpone la asociación y revoca el

más perfecta, el ejercicio de obras de piedad evangélica y el incremento de la devoción y culto a la Sagrada Imagen de Nuestro Señor Crucificado, traída a esta isla por el Primer Adelantado Mayor de Canarias, Don Alonso Fernández de Lugo, y que desde entonces ha recibido constante veneración popular en su capilla, que fuera primer Convento de la Orden Franciscana en Tenerife, denominado San Miguel de las Victorias». Disponible en: <https://is.gd/UHKKfn>.

⁵ Véase el FJ 1 de la Sentencia 53/2020, de 11 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife, Rec. 1043/2018. Véase, para un análisis más detallado de esta cuestión, Beneyto Berenguer y Doblas y González de Aledo (2025: 5).

⁶ Sentencia 53/2020, de 11 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife, Rec. 1043/2018.

⁷ Sentencia 527/2020, de 22 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1.ª, Rec. 481/2020. Véanse, para un análisis más exhaustivo de esta resolución, Minero Alejandro (2022: 389-421) y Gas-Aixendri (2022: 182).

⁸ Fallo de la Sentencia 527/2020, de 22 de diciembre.

⁹ Sentencia 925/2021, de 23 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Rec. 1446/2021. Véanse, en relación con esta sentencia, Bercovitz Rodríguez-Cano (2022: 95-108) y Motilla (2022: 1-23).

pronunciamiento del Juzgado de Instrucción y de la Audiencia, declarando válida la norma estatutaria impugnada. Considera que la asociación demandada no puede calificarse como asociación dominante, puesto que sus actividades y fines son religiosos, ajenos a toda connotación económica, profesional o laboral. Además, estima que sus manifestaciones, públicas y festivas, tienen un inequívoco carácter religioso, y se amparan en el art. 16 de la Constitución, en el que se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos.

La Sala 2.^a del Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo interpuesto por Dña. María Teresita¹⁰ y determina que han sido vulnerados el derecho a la no discriminación por razón de género (art. 14 de la Constitución) y el derecho de asociación (art. 22 de la Constitución), declarándose la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo.

1. PRINCIPALES PRETENSIONES DE LAS PARTES

Como cuestión previa al desarrollo de esta problemática, considero relevante concretar los argumentos aducidos por las partes implicadas en este litigio y en este momento procesal.

En lo que respecta a la demandante, considera que se han vulnerado su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y su derecho de asociación, manifestando en este sentido que «las asociaciones religiosas están sujetas al ordenamiento jurídico general y que su no admisión únicamente por ser mujer choca con lo dispuesto en el art. 14 CE en relación con el art. 22 CE; en concreto, porque la Esclavitud es una sociedad dominante en el ámbito cultural y social, de modo que no le cabe promover una asociación alternativa con la que cumplir los fines que persigue»¹¹.

El Obispado de Tenerife y la Esclavitud solicitan que se desestime el recurso de amparo, al considerar que no se han vulnerado ni el art. 14 ni el art. 22 de la Constitución, y que es necesario respetar el derecho de libertad religiosa por imperativo del art. 16 de la Constitución¹².

¹⁰ Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo 1128-2022. Promovido por doña María Teresita Laborda Sanz en relación con la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que desestimó, en casación, su impugnación de un precepto de los estatutos de la Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna. Vulneración de los derechos a la no discriminación por razón de género y de asociación: ingreso de mujeres en una cofradía que ostenta una posición de dominio en la realización de los actos devocionales. Votos particulares.

¹¹ FJ 1.a de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

¹² Véase el FJ 1.b de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

Por su parte, el Ministerio Fiscal solicita que se estime el recurso de amparo, puesto que el hecho de no haber sido admitida la demandante produce una discriminación directa por razón de sexo «que no obedece a una base razonable; la actividad asociativa que la hermandad desempeña no se enmarca en los ámbitos económico o profesional, sino que tiene una innegable prevalencia en el ámbito social y cultural, basada en la exclusividad que ostenta en el ejercicio del culto de la imagen del Santísimo Cristo de La Laguna»¹³.

Partiendo de la consideración de que no estamos ante derechos absolutos o ilimitados, y la necesidad, por lo tanto, de realizar un ejercicio de ponderación entre los aludidos derechos fundamentales en conflicto, analizaremos esta problemática atendiendo a los valores o parámetros aplicables a cada uno de estos derechos, teniendo en cuenta la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional¹⁴.

Para el desarrollo de la problemática derivada de la interpretación de los derechos fundamentales en conflicto, partiremos del planteamiento realizado por el Tribunal Constitucional: «En primer lugar, si la exclusión de las mujeres prevista en sus estatutos está amparada por su autonomía religiosa (art. 16 CE), pues, si fuera el caso, resultaría ya innecesario examinar si dicha negativa viene también amparada por su derecho fundamental de asociación (art. 22 CE)»¹⁵.

II. LA DIMENSIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA

Debemos partir de la consideración de que el Tribunal Constitucional estima que, en el examen que se tiene que llevar a cabo, se debe tener en cuenta que la Esclavitud ha alegado no solo la prevalencia del derecho de autoorganización (art. 22 de la Constitución), que posteriormente será objeto de análisis, sino también el derecho a la libertad religiosa, puesto que, al tratarse de una asociación religiosa, si se la obliga a la admisión de una persona concreta, se podría producir también una vulneración del citado derecho¹⁶. Y, en este

¹³ Véase el FJ 1.c de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

¹⁴ Aunque estos estudios serán objeto de referencia a lo largo de este trabajo de investigación. Véanse, a modo de ejemplo, Alenda Salinas (2025: 1-33), Álvarez Rodríguez (2025: 1-5), Beneyto y Doblas (2025: 1-60), Meseguer Velasco (2025: 1-14) y Minero Alejandro (2022: 389-421).

¹⁵ FJ 4 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

¹⁶ Véase el FJ 3 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional. En este sentido, Fernández Farreres considera: «También las comunidades y confesiones

sentido, centraremos este apartado del estudio en los pronunciamientos de este Tribunal relativos al derecho de libertad religiosa.

La Constitución reconoce la libertad religiosa a los individuos y las comunidades, «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»¹⁷; como se establece en el art. 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, «tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática»¹⁸. En lo que respecta a esta cuestión, el Tribunal Constitucional considera que, en el supuesto que nos ocupa, «la libertad religiosa a la que apelan tanto la Esclavitud como el Obispo de Tenerife en sus respectivos escritos de alegaciones está intrínsecamente unida a la autonomía de la que gozan las asociaciones religiosas», y que «el respeto a la autonomía de las comunidades religiosas reconocidas por el Estado implica, en particular, la aceptación por parte de este último del derecho de estas comunidades a actuar de acuerdo con sus propias reglas»¹⁹.

En este estado de cosas, estimo que debemos partir de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que se «evidencia cómo se reconoce a las organizaciones religiosas un cierto ámbito de autonomía, protegido por ende de lo que podrían ser interferencias exteriores, así, de manera expresa, a la hora de fundamentar la decisión, los principios de autonomía y de independencia de las iglesias». «El Tribunal dio por válidos los criterios de derecho interno, según los cuales las Iglesias gozan de autonomía e independencia para gestionar sus propios asuntos»²⁰.

religiosas a las que alude el artículo 16 del texto constitucional deben considerarse, en mi opinión, como modalidades asociativas que, sin perjuicio de sus especialidades —dada su conexión, asimismo, con el propio derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto que reconoce y garantiza el artículo 16 de la Constitución—, son susceptibles de reconducirse al artículo 22 del mismo texto constitucional. Especialidad, sí, por tanto, pero sin que la misma sea tan sustancial que “desconecte” a esas confesiones del régimen jurídico general del derecho de asociación» (1987: 179-180).

¹⁷ Art. 16 de la Constitución. Véase, para un estudio más detallado de esta cuestión, Combalá Solís (2020: 233).

¹⁸ Art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE de 24 de julio de 1980).

¹⁹ FJ 3 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

²⁰ Martín-Retortillo Baquer (2011: 167 y 170). Véase también el FJ 2 de la Sentencia 26/2024, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional (BOE de 22 de marzo de 2024).

Además, el Tribunal Constitucional, después de analizar una serie de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹, considera que una restricción a los derechos y libertades fundamentales solo podría encontrar justificación en la autonomía religiosa si se demuestra que el riesgo es probable y serio, y no puede ser alegado de forma abusiva, con insuficiente motivación, arbitraria o con un fin distinto.

También considera que el «derecho de la Unión Europea reconoce el derecho fundamental de las asociaciones religiosas a la autonomía y su libre determinación²², [...] y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha enfatizado la necesidad de llevar a cabo un ejercicio exhaustivo de equilibrio entre los intereses contrapuestos en juego cuando colisionan el derecho fundamental de la autonomía de las comunidades religiosas y otros derechos fundamentales»²³. El Tribunal Constitucional alude a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁴ en la que se examina el derecho de una persona a no ser discriminada en un procedimiento de selección de personal²⁵, reseñando al respecto que «una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollan, dicha característica constituye un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización»²⁶. Es decir, se exige la existencia de un vínculo directo entre el requisito que se impone y la actividad que se lleva a cabo.

²¹ Sentencia de 9 de julio de 2013 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sindicatul «Păstorul Cel Bun» c. Rumanía*, que versa sobre la denegación de inscripción de un sindicato integrado por personal religioso y laico de distintas parroquias ortodoxas; Sentencia de 12 de junio de 2014 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Fernández Martínez c. España*, en la que se resuelve la demanda de un ciudadano español al no haber sido renovado su contrato de profesor de Religión católica en un instituto público. Véase, para un estudio más pormenorizado de la doctrina de los tribunales europeos, Catalá (2017: 165), García-Pardo (2017: 203) y Motilla (2021: 111).

²² Véase, en lo que respecta a la normativa de derecho eclesiástico de la Unión Europea, Sánchez Llaveró (2024: 91-126).

²³ FJ 3 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

²⁴ Sentencia de 17 de abril de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Vera Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, C- 414/16, relativa a un supuesto de selección de personal.

²⁵ Véase, en este sentido, la Directiva UE 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Véase también González Ayesta (2024: 73).

²⁶ FJ 3 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

Partiendo de la consideración de que la Esclavitud es una asociación religiosa, que goza del derecho a la libertad religiosa, se precisa determinar si la exclusión de las mujeres de los estatutos está amparada por la autonomía religiosa. Son de aplicación, por tanto, el art. 6 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, en el que se reconoce de forma expresa el respeto a la autonomía religiosa de las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas, que «tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal», añadiendo, además, que «podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respecto a sus creencias»²⁷, y el art. 1 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979, en el que se reconoce que la Iglesia puede organizarse de forma libre²⁸.

Según la Sentencia 132/2024, «las exigencias de la libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa que derivan del art. 16 CE deben conciliarse con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, pues ningún derecho, ni aun los fundamentales, es absoluto o ilimitado»²⁹. Como fundamentos de estas pretensiones alude al contenido de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa en relación con las cláusulas de salvaguarda de la identidad, mencionada anteriormente, en el art. 6, y los límites recogidos en el art. 3³⁰.

Según Valero Estarellas (2022: 115):

[...] desde mediados de la década de 1990, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concibe el principio de neutralidad como un criterio de actuación estatal en materia religiosa muy ligado al elemento asociativo de las libertades contempladas en el artículo 9 del Convenio y, en concreto, a la preservación de la autonomía interna de las confesiones frente a la arbitraria interferencia del Estado [...]. Uno de los aspectos de la autonomía religiosa que ha ocupado la atención

²⁷ Art. 6 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (*BOE* de 24 de julio de 1980).

²⁸ Véase el art. 1.2 del Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano (*BOE* de 15 de diciembre de 1979).

²⁹ FJ 4 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

³⁰ «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática» (art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa).

del Tribunal Europeo, y en el que la invocación del deber de neutralidad estatal ha sido constante, es el relativo al grado de intervención o influencia permitido a los Estados en las disputas internas de las confesiones religiosas. Aplicando el criterio de inmunidad, que ve en el Estado a un organizador neutral e imparcial de lo religioso, la jurisprudencia de Estrasburgo ha recurrido a la neutralidad como barrera que impide a los poderes públicos intervenir en dichos conflictos.

En este contexto, es relevante aludir a que el Tribunal Constitucional, ya en 1982, en relación con el art. 16.3 de la Constitución, en el que se contempla que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», que este precepto «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales»³¹. Este mismo Tribunal, en reiterada jurisprudencia, entiende, respecto a este mismo precepto, que, «tras formular una declaración de neutralidad, 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 funciones religiosas y estatales»³².

Resulta necesario delimitar, en el presente caso, el carácter interno de la cuestión, vinculado a las funciones religiosas. Esta circunstancia se pone de manifiesto en sus estatutos, que constituyen un cuerpo normativo por el que se rige la institución, en los que se incluyen aspectos institucionales, espirituales, formativos y asistenciales, aprobadas por el Obispado, y que deben ser conocidos y aceptados por sus miembros. Y de otros dos reglamentos de régimen interno en los que se desarrollan cuestiones referentes al culto y la asistencia social³³.

Por este motivo, y en lo concerniente a la sentencia del Tribunal Constitucional que estamos comentando, Alenda (2025: 11) considera:

[...] debería haberse destacado más, y explícitamente, la proscripción de confusión de las funciones estatales y religiosas que representa el principio de aconfesiona-

³¹ FJ 1 de la Sentencia 24/1982, de 13 de mayo, del Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad 68/1982 (BOE de 9 de junio de 1982).

³² FJ 4 de la Sentencia 46/2001, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional (BOE de 16 de marzo de 2001). Véanse también el FJ 3 de la Sentencia 34/2011, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional (BOE de 28 de abril de 2011); el FJ 3 de la Sentencia 101/2004, de 2 de junio, del Tribunal Constitucional (BOE de 23 de junio de 2004), y el FJ 6 de la Sentencia 154/2002, de 18 de junio, del Tribunal Constitucional (BOE de 7 de agosto de 2002).

³³ Véase bit.ly/3Jnmrig.

lidad estatal y, de esta manera, se supone que el Tribunal Constitucional habría tenido que confrontar estas aseveraciones. Sin embargo, no habiéndose hecho así por el Tribunal Supremo, el máximo intérprete de la Carta Magna se limita a hacer una mera alusión a este principio de aconfesionalidad, con relación únicamente al aspecto de la neutralidad estatal y su referencia al artículo 16.3 de la Carta Magna.

El Tribunal Constitucional considera, en la sentencia objeto de este estudio, que

[...] una restricción de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación, que se fundamente en la necesidad de salvaguardar la autonomía de una asociación religiosa, en tanto manifestación del derecho a la libertad religiosa amparada en el art. 16 CE, exige, como pone de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], que exista una amenaza probable y seria de dicha autonomía y que la restricción sea proporcional y, en consecuencia, el principio de autonomía no puede alegarse de forma abusiva, insuficientemente motivada, arbitraria o con un propósito ajeno al ejercicio de la autonomía de la religión en cuestión³⁴.

Podríamos determinar al respecto que, en aras de la autonomía de las confesiones religiosas, en el caso concreto de la Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna, se refiere al derecho que tiene esta asociación de fieles a organizarse internamente según sus propios estatutos y normas religiosas, sin que se produzcan interferencias del Estado.

En este sentido, Meseguer (2025: 11) estima que «la sensación que transmite es que aborda la autonomía religiosa desde una perspectiva negativa, desde los límites que han de establecerse a dicha autonomía sobre los que las asociaciones religiosas no podrán ampararse para justificar la restricción de los derechos fundamentales de terceros»; además «olvida —es probable que deliberadamente— la posición neutral e imparcial que el Estado debe adoptar en materia religiosa. Dicha posición, como ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional, le impide entrar a valorar la legitimidad de las creencias religiosas más allá de lo que le corresponde en su función de salvaguardar el orden público español»³⁵.

³⁴ FJ 4 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

³⁵ Otros estudios se pronuncian en este sentido. Celador considera que «el derecho de autonomía interna de las confesiones religiosas también ha tenido cierto protagonismo en este terreno, en la medida en la que las confesiones deben ser libres para determinar los mecanismos de admisión y expulsión de sus miembros» (2017: 31).

Otro aspecto aludido en esta sentencia del Constitucional que debemos tener en cuenta es que ni la Esclavitud ni el Obispado de Tenerife consideran que la prohibición de formar parte de la asociación obedezca a valoraciones o motivaciones religiosas, solo manifiestan que sus fines son exclusivamente religiosos, y que es a ella a la que le corresponde decidir si procede la incorporación de las mujeres. Este Tribunal razona que estamos ante una alegación abstracta de la libertad religiosa y, por lo tanto, no se puede justificar una restricción del derecho de no discriminación por razón de sexo, puesto que la autonomía de las comunidades religiosas, objeto de protección en la Constitución, no puede ser alegada de forma abusiva³⁶.

Considero al respecto que no estamos ante una alegación abstracta, ni abusiva, puesto que estamos hablando de fines religiosos y destinatarios concretos. En el art. 1 de los estatutos —como ya se indicó— se recogen de forma detallada las pretensiones de la asociación en relación con quién puede formar parte de ella. Podríamos aludir a la posibilidad de participar, en determinados actos, sin formar parte de la asociación.

Pienso que adquiere relevancia en este momento que la Esclavitud pensaba abordar la cuestión de admitir a las mujeres en una asamblea general, que se suspendió debido al inicio de las acciones judiciales. En este sentido, Beneyto y Doblas (2025: 16) estiman que «la Cofradía no ha de justificar las razones por las que, en sus estatutos, la Asamblea General de cofrades decidió que fuera únicamente de hombres, siendo aprobado por todas las instancias eclesiásticas y civiles. Y el Estado, a través de sus órganos y poderes, es incompetente para conocer, y mucho más, para valorar si esas justificaciones son adecuadas o no, ya que estaría yendo en contra de la neutralidad del Estado frente a lo religioso».

Otro dato relevante referenciado por el Tribunal es que, al ser una asociación que se rige por el derecho canónico, este no impide —como dice el Obispado de Tenerife— que las mujeres se puedan integrar en la asociación³⁷. Debemos precisar que el término utilizado por este Tribunal es de «no impide», y si tenemos en cuenta lo que determina el *Diccionario de la Lengua Española*, lo define como «estorbar o imposibilitar la ejecución de algo»³⁸, pero en ningún caso se podría exigir la obligatoriedad.

Estos planteamientos hacen que el Tribunal Constitucional considere que es necesario examinar si dicha exclusión puede estar amparada por la facultad

³⁶ Véase el FJ 4 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

³⁷ Véase el FJ 4 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

³⁸ Véase <https://dle.rae.es/impedir>.

de autoorganización de las asociaciones privadas con base en el derecho de asociación.

III. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Estamos ante una polémica sentencia objeto de numerosos trabajos de investigación en los que se analiza de forma minuciosa el planteamiento del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en relación con el derecho de asociación y la discriminación por razón de género³⁹. Por este motivo, centraremos el desarrollo de este epígrafe en comentar la dimensión de estos derechos.

1. DERECHO DE ASOCIACIÓN

Con carácter previo a adentrarnos en la configuración de este derecho en el supuesto planteado por parte del Tribunal Constitucional, creo necesario hacer referencia a algunos aspectos relevantes que caracterizan a este derecho.

Partimos de la necesidad de dar respuesta al siguiente interrogante: ¿qué entidades se incluyen en el ámbito del art. 22 de la Constitución? No cabe duda de que estamos ante un derecho complejo, que es de aplicación a distintos y dispares ámbitos: los partidos políticos, los sindicatos, las confesiones religiosas, las asociaciones de consumidores y usuarios, las organizaciones profesionales...⁴⁰.

Debemos precisar, en primer término, que «las asociaciones permiten a los individuos reconocerse en sus convicciones, perseguir activamente sus ideales, cumplir tareas útiles, encontrar su puesto en la sociedad, hacerse oír, ejercer alguna influencia y provocar cambios»⁴¹. Lo que nos llevaría a determinar la dimensión del derecho de asociación y, por lo tanto, afirmar que los individuos se pueden asociar de forma libre, cómo y con quién quieran.

En segundo lugar, «las asociaciones constituidas para fines exclusivamente religiosos por las iglesias, confesiones y comunidades religiosas se

³⁹ Véanse, a modo de ejemplo, Alenda Salinas (2025: 1-33), Álvarez Rodríguez (2025: 1-5), Beneyto y Doblas (2025: 1-60), Meseguer Velasco (2025: 1-14) y Minero Alejandro (2022: 389-421).

⁴⁰ Véase la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (BOE de 26 de marzo de 2002).

⁴¹ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo.

regirán por lo dispuesto en los tratados internacionales y en las leyes específicas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las disposiciones de la presente Ley Orgánica»⁴². Lo que nos llevaría a afirmar que las asociaciones de fieles se rigen —en relación con el supuesto que nos ocupa— por el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979, así como por el Código de Derecho Canónico⁴³.

En opinión de Fernández Farreres (1987: 180): «Ninguna duda debe haber, en definitiva, de que el artículo 22 de la Constitución, como derecho común de las asociaciones, alcanza también a este singular supuesto de las “asociaciones religiosas”».

Motilla, por su parte, afirma: «[...] junto con el cauce común del derecho de asociación, el ordenamiento contempla la posibilidad de una tutela específica de ciertos grupos por ser manifestación del derecho de libertad religiosa y estar presentes en la sociedad, a través de un Derecho especial ya de origen unilateral o bilateral» (1999: 82-83).

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 67/1985, precisa, en lo referente al art. 22 de la Constitución, que «contiene una garantía que podríamos denominar común; es decir, el derecho de asociación que regula el artículo mencionado se refiere a un género —la asociación— dentro del que caben modalidades específicas»⁴⁴.

Llegados a este punto, comparto la opinión esgrimida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 46/2001, de 15 de febrero, en la que se afirma:

[...] la propia formulación constitucional de este derecho permite afirmar que las comunidades con finalidad religiosa, en su estricta consideración constitucional, no se identifican necesariamente con las asociaciones a que se refiere el art. 22 de la Constitución. Una comunidad de creyentes, iglesia o confesión no precisa formalizar su existencia como asociación para que se le reconozca la titularidad de su Derecho fundamental a profesar un determinado credo, pues ha de tenerse en cuenta que la Constitución garantiza la libertad religiosa «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley» (art. 16.1 CE.). Por ello mismo, como derecho de libertad, la libertad religiosa no está sometida a más restricciones que las que puedan

⁴² Art. 1 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo.

⁴³ Véase, para un estudio más detallado referente al Código de Derecho Canónico, González Díaz (1994: 227-260).

⁴⁴ FJ 3 de la Sentencia 67/1985, de 24 de mayo, del Tribunal Constitucional (BOE de 27 de junio de 1985). Véase, para un estudio más detallado de esta cuestión, Gómez Montoro (2004: 26).

derivarse de la citada cláusula de orden público prevista en el propio art. 16.1 de la Constitución⁴⁵.

En este momento, pondremos el énfasis en el planteamiento del Tribunal Constitucional, y, en concreto, en cómo en 2023 sintetiza la doctrina del Tribunal en lo concerniente al derecho fundamental de asociación:

[...] regulado en el art. 22 CE y desarrollado en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo reguladora del derecho de asociación. A partir de la aprobación de esta ley orgánica, la configuración básica del derecho se ha mantenido prácticamente invariable en la doctrina de este tribunal, que ha identificado cuatro facetas integrantes de aquel derecho: a) la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas, b) la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, c) la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, y d) una dimensión *inter privatos* que garantiza un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenezcan o a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse⁴⁶.

En este sentido, cabe destacar que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 22 de noviembre de 1988, determina que «el derecho de asociación, reconocido en el art. 22 de la Constitución, comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las leyes»⁴⁷. También señala que este derecho de autoorganización materializado en sus estatutos tiene como objetivo «evitar interferencias de los poderes públicos, incluido el judicial, en la organización y funcionamiento de las asociaciones. La intensidad —e incluso la posibilidad— del control judicial dependerá

⁴⁵ FJ 5 de la Sentencia 46/2001, de 15 de febrero. Recurso de amparo 3083/96, promovido por la Iglesia de la Unificación y otros frente a las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, que desestimaron su recurso contra la negativa del Ministerio de Justicia a su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Vulneración del derecho a la libertad religiosa: denegación de la inscripción en el Registro por meras sospechas sobre posibles comportamientos futuros de una entidad religiosa. Voto particular (BOE de 16 de marzo de 2001).

⁴⁶ FJ 3 de la Sentencia 129/2023, de 23 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 30 de noviembre de 2023). Véase también el FJ 3 de la Sentencia 42/2011, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional (BOE de 10 de mayo de 2011).

⁴⁷ FJ 1 de la Sentencia 218/1988, de 22 de noviembre, del Tribunal Constitucional (BOE de 22 de diciembre de 1988).

de múltiples circunstancias —como la afectación o no de otros derechos no estatutarios— y exigirá en cada caso una cuidadosa labor de ponderación»⁴⁸.

A partir de estas consideraciones, corresponde señalar que el Tribunal Constitucional se pronuncia, en su mayoría, sobre casos de expulsión de socios. En los supuestos relativos a la no admisión, suspensión y/o expulsión, el planteamiento se produce en colisión con otros derechos fundamentales, siendo el supuesto que estamos comentado el primero que se plantea en relación con una asociación religiosa y la no discriminación por razón de sexo en la no admisión. Podríamos plantearnos hasta qué punto podrían ser extrapolables estos planteamientos al caso que nos ocupa.

Para dar respuesta a este interrogante, debemos tomar en consideración la Sentencia 226/2016, de 22 de diciembre, del Tribunal Constitucional, referente a un litigio planteado sobre suspensión de militancia en un partido político, que determina que «en todas las dimensiones del derecho de *asociación*, que se proyecta tanto en la *libertad* de creación de partidos políticos, como en el derecho de afiliación o no afiliación, y en la potestad de autoorganización, pero particularmente en esta última, de la que deriva la facultad de autorregulación expresada a través de la aprobación de Estatutos propios y de reglamentos de funcionamiento interno, y de la que también emana la facultad disciplinaria *ad intra* del partido»⁴⁹.

Este planteamiento resulta aplicable al caso que nos ocupa, en tanto que podríamos hablar de libertad de creación de asociaciones religiosas, del derecho de formar parte de ellas o no, de la potestad de autoorganización, y la facultad de autorregulación por medio de sus estatutos y su reglamento de funcionamiento interno⁵⁰.

Llegados a este punto pienso que el imponer a una asociación una determinada organización o régimen de funcionamiento obliga a realizar un ejercicio de ponderación, puesto que iría en contra de la libertad de asociación, teniendo en cuenta que toda persona tiene derecho a agruparse, a formar asociaciones, como se pone de manifiesto en la jurisprudencia referenciada. El «imponer» una serie de condiciones podría producir una merma de la capacidad que tienen para, de un lado, crear o suprimir asociaciones, y,

⁴⁸ FJ 3 de la Sentencia 56/1995, de 6 de marzo, del Tribunal Constitucional (BOE de 31 de marzo de 1995).

⁴⁹ FJ 6 de la Sentencia 226/2016, de 22 de diciembre, del Tribunal Constitucional (BOE de 27 de enero de 2017).

⁵⁰ Véase el art. 66 de los estatutos de la Esclavitud: «Es competencia de la Junta General, previa propuesta razonada de la Junta de Gobierno, la modificación parcial o total de los Estatutos, que necesariamente ha de someterse a aprobación del Ordinario Diocesano». Disponible en: <https://is.gd/irNLFu>.

de otro, en lo que respecta a sus miembros, determinar quién forma parte, o quién deja de formar parte, en este último caso, por voluntad propia o por no cumplir o dejar de cumplir las condiciones previstas en sus estatutos. O incluso podría desvirtuar la finalidad para la que fueron creadas.

Considero al respecto que, de cara a justificar, respecto al asunto en cuestión, la diferencia de trato, bastará con acreditar que la prohibición responde a una finalidad legítima, vinculada con la libertad de asociación. Estableciendo un cierto paralelismo con lo argumentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se refiere a «un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización», podríamos aludir a la existencia de unos estatutos por los que se rige esta asociación religiosa, en los que se establecen los derechos, deberes y propósitos de los miembros, así como la organización y el funcionamiento de la entidad.

En lo referente a las asociaciones podemos precisar que existen asociaciones, que, aun siendo privadas, ostentan «de hecho o de derecho una posición dominante en el campo económico, cultural, social o profesional, de manera que la pertenencia o exclusión [...] supusiera un perjuicio significativo para el particular afectado»⁵¹.

La sentencia recurrida en amparo considera que la Esclavitud no ostenta una posición de dominio, porque las actividades que lleva a cabo son actos de culto religiosos ajenos a connotaciones económicas, profesionales o laborales. En sentido contrario, la sentencia del Tribunal Constitucional que estamos comentando considera que el término «actos de culto» no excluye que estos puedan tener una proyección social o cultural, puesto que la cultura y la religión no son compartimentos estancos, y las manifestaciones religiosas también pueden formar parte de la historia y de la cultura de nuestro país. No se niega la naturaleza religiosa, sino que también se reconoce la dimensión cultural o social⁵². Por este motivo, tendríamos que plantearnos cuál es la dimensión del derecho de asociación en este litigio y dónde está el límite.

Comenzaremos dando respuesta al primero de los interrogantes. Para ello debemos partir de la afirmación realizada por este Tribunal de que «la Esclavitud es una sociedad dominante en el ámbito cultural y social, de modo que no le cabe promover una asociación alternativa con la que cumplir los fines que persigue»⁵³.

⁵¹ FJ 6 de la Sentencia 925/2021, de 23 de diciembre, del Tribunal Supremo.

⁵² Véase el FJ 4 de la Sentencia 132/2024.

⁵³ FJ 1.a de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

Pero ¿qué es una posición de dominio? La respuesta la encontramos en un auto del Tribunal Constitucional, en el caso promovido por la Comunidad de Pescadores de El Palmar, referenciado en la sentencia que estamos comentado, que considera:

[...] no se puede amparar en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión [...] consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público [...] de modo que sólo se puede ejercer la actividad pesquera en ese lugar si se es miembro de dicha Comunidad⁵⁴.

El Tribunal Supremo precisa, al respecto, que la posición de dominio debe determinarse atendiendo a las circunstancias propias de cada caso, con especial referencia a sus fines y su objeto social⁵⁵. Esta cuestión se encuentra respaldada por lo dispuesto en el art. 1 de sus estatutos, donde se establece que la asociación está constituida «para promover entre sus asociados una vida cristiana más perfecta, el ejercicio de obras de piedad evangélica y el incremento de la devoción y culto a la Sagrada Imagen de Nuestro Señor Crucificado»⁵⁶. Con lo que quedaría excluido cualquier atisbo de actividad ajena a lo religioso, así como de incidencia en el ámbito público.

En este sentido, se podría afirmar que, en el caso de que no se demuestre la existencia de la denominada posición de dominio, las asociaciones tendrían plena autonomía y esta no podría ser objeto de limitación; ello supone, por lo tanto, la exclusión de supuestos de discriminación.

Además, la excepción contemplada, esto es, salvo que el ejercicio del derecho suponga un medio ineludible para alcanzar bienes sociales o económicos determinados, tampoco sería aplicable al caso que nos ocupa, debido a que los fines de la asociación, anteriormente referenciados, y como se pone de manifiesto en sus estatutos, son religiosos, y, así, quedarían tutelados por el derecho de libertad religiosa. No cabe duda de que no se trata de actividades económicas, ni tampoco sociales.

Como ya hemos comentado anteriormente, el Tribunal Constitucional, en el presente caso, considera que el término «actos de culto» no excluye su

⁵⁴ FJ 4 del Auto 254/2001, de 20 de septiembre, del Tribunal Constitucional.

⁵⁵ FJ 6 de la Sentencia 925/2021, de 23 de diciembre, del Tribunal Supremo.

⁵⁶ FJ 4 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional. Véase también el art. 1 de los estatutos de la Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de la Laguna, disponible en: <https://is.gd/UHKKfn>.

proyección social o cultural, considerando que la cultura y la religión no son compartimentos estancos, ya que las manifestaciones religiosas pueden formar parte de la historia y la cultura de nuestro país⁵⁷.

Tanto los bienes muebles como los inmuebles en posesión de confesiones religiosas tienen una doble vertiente: la de culto y la cultural. Es decir, cumplen funciones, por un lado, para aquellos que profesan la religión y que los observan y acuden a los actos religiosos que se llevan a cabo; hablaríamos, en este sentido, de una finalidad religiosa. Y, de otro, para los que ven en estos una forma de acceso a la cultura o a la historia⁵⁸. Ambas vertientes se pueden entender de forma conjunta, pero no cabe duda de que también pueden considerarse de forma autónoma.

En lo que respecta a esta cuestión —valor para el culto y cultura—, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2009, sostiene que, en términos generales, no existe incompatibilidad entre la función litúrgica o religiosa y aquella de carácter histórico-artístico⁵⁹ en los supuestos en que se permite compatibilizar los dos usos. El escoger entre uno u otro «sólo sería exigible cuando estuviera acreditada la absoluta incompatibilidad entre uno y otro uso»⁶⁰. Además, en los acuerdos entre las comunidades autónomas y la Iglesia católica, en los que se prevé la creación de comisiones mixtas, «se trata de conjugar, con fórmulas parecidas, el interés religioso y cultural, que ha de ser preservado y ofrecido a toda la sociedad. Algunos convenios son más diligentes en destacar el carácter religioso del bien, como hace el suscrito entre la Comunidad de Canarias y la Diócesis de Canarias y de San Cristóbal de La Laguna (Tenerife)» (Martí Sánchez, 2023: 580).

En este sentido, y en lo que atañe a la sentencia que estamos comentando, Meseguer (2025: 10) afirma que «situar el foco de atención en los aspectos culturales o sociales tanto de las festividades como de los bienes de la Esclavitud consigue su objetivo: proteger el derecho de asociación de la

⁵⁷ Véase el FJ 4 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

⁵⁸ Véase, en este sentido, Rodríguez García (2023: 603-642).

⁵⁹ Debemos precisar que, «tras cuatro siglos de historia, la Cofradía es propietaria del Santuario del Cristo de la Laguna, de una edificación anexa al Santuario (antiguo Convento Franciscano) y de la llamada Casa de la Cofradía, que junto con sus bienes muebles constituyen un patrimonio histórico y artístico a mantener» (Beneyto Berenguer y Doblas y González de Aledo, 2025: 6).

⁶⁰ FJ 4 de la Sentencia de 10 de febrero de 2009 del Tribunal Supremo. Véase el Documento sobre el marco jurídico de actuación mixta Iglesia-Estado sobre patrimonio histórico-artístico de 30 de octubre de 1980, en *Boletín de la Conferencia Episcopal Española*, n.º 14, 1987, p. 85. Disponible en: <https://is.gd/22ecet>.

demandante sin ponderar la aplicación del resto de principios y derechos fundamentales que concurren en este caso concreto».

Además, un hecho que refuerza, en opinión del Tribunal, la dimensión social y cultural de la entidad es que la Esclavitud recibe subvenciones y ayudas públicas para llevar a cabo labores de rehabilitación, en concreto de la imagen del Santísimo Cristo de la Laguna. Podríamos decir que estas subvenciones, que pueden provenir de fondos económicos, municipales o incluso estatales, están destinadas a la rehabilitación de bienes patrimoniales religiosos por su interés cultural y turístico. Debemos precisar que si se produce la restauración de un determinado bien, con independencia de su dimensión religiosa, podría suponer evitar que se pierda, deteriore, una forma de fortalecer el turismo cultural, atraer visitantes; potenciar la economía local.

El Santísimo Cristo de La Laguna presenta como principales características el ser una imagen religiosa venerada en Canarias, especialmente en San Cristóbal de La Laguna (Tenerife), que forma parte del patrimonio histórico-artístico de la comunidad. Además, podemos precisar que su valor no es solo espiritual, sino también artístico y patrimonial, siendo una pieza clave del barroco. Por ello, considero que deberíamos delimitar, por un lado, que la Esclavitud es una hermandad con siglos de historia, encargada de custodiar y promover el culto de la imagen⁶¹, y, por otro, que existe la posibilidad de visitar y contemplar la imagen acudiendo al Real Santuario donde se ubica, en cuyo caso prevalece su valor patrimonial. Esto no excluye que determinados ciudadanos puedan acudir a actos de culto o religiosos sin formar parte de la Esclavitud. Lo que se pretende por medio de las subvenciones es preservar, proteger y difundir este tipo de patrimonio, en tanto que es una forma de acceso a la cultura⁶².

Por lo tanto, en lo que respecta a posición o situación de dominio, no existe, en mi opinión, impedimento para que la demandante pueda, bien constituir una nueva asociación, cofradía o hermandad, con fines religiosos, y con unos estatutos propios en los que consigne quién forma parte de ella, cuáles son sus funciones, etc., bien acudir a los actos de la Santa Esclavitud, sin formar parte de la asociación⁶³. O como dice Beneyto (2021: 727), «pedir una modificación de los estatutos de la Esclavitud existente, pero la modificación evidentemente debe ser acordada por los órganos de la asociación, por

⁶¹ Véanse los estatutos de la Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de la Laguna, disponibles en: <https://is.gd/UHKKfn>.

⁶² Véanse, en este sentido, el art. 46 de la Constitución, y la Ley 16/1095, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE de 29 de junio de 1985).

⁶³ Meseguer Velasco, 2025: 7.

los procedimientos estatutariamente previstos, y no puede ser impuesta por los poderes públicos, pues supondría una injerencia de los poderes públicos en el funcionamiento interno de una asociación que persigue fines exclusivamente religiosos».

Del análisis llevado a cabo podemos concluir que los tribunales tienen potestad para realizar un ejercicio de modulación, en cada caso concreto, aplicando los estatutos de las asociaciones, según lo establecido en la legislación específica. En el caso que nos ocupa, atendiendo a los fines y las actividades de la Esclavitud, no estamos ante un supuesto que se pueda encuadrar en la denominada «posición de dominio», y tampoco que suponga un perjuicio significativo.

2. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

En línea de principio, y según Bercovitz (1990: 424):

[...] la eficacia del artículo 14 CE dentro de este ámbito jurídico-privado es mucho menor que frente a los poderes públicos. Es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiere y como se quiere, se dispone en testamento a favor de quien uno quiere y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera, se asocia uno con quien quiera y para lo que quiera, se constituye una fundación para lo que uno quiera y con la dotación que se quiera, se ejercen los derechos frente a quien uno quiera, naturalmente todo ello dentro de los límites marcados por las normas imperativas.

Debemos tener en cuenta que «el principio de igualdad ha de hacerse compatible con otros valores que tiene su origen en el principio de la autonomía de la voluntad. Ello significa que el juicio de constitucionalidad de la diferencia de trato ha de ser necesariamente diferente; existe un distinto trato constitucional entre la que procede de un organismo público o de una ley y la que tiene su origen en un particular, sea éste un empresario o una asociación. El margen de actuación de este último en el trato desigual es mucho mayor» (Giménez Gluck, 2010: 155).

En una sentencia del Tribunal Constitucional de 1993 se afirma:

[...] no toda desigualdad de trato legislativo, en la regulación de una materia, entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del art. 14 CE, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable. Por lo que dicho precepto constitucional, en cuanto límite al propio legislador, veda la utilización de elementos

de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable⁶⁴.

En la ponderación de derechos, tendría que predominar la libertad de asociación, salvo que el ejercicio del derecho suponga un medio ineludible para alcanzar bienes sociales o económicos determinados. En este caso, la libertad de asociación cede al derecho a la no discriminación, puesto que «en circunstancias normales las personas excluidas podrían formar asociaciones alternativas con las que cumplir los fines que buscaban con la adhesión a la que les rechaza, y ello atenúa la discriminación» (Giménez Gluck, 2010: 161).

En este contexto, le corresponde examinar a este Tribunal si queda amparada en la autonomía de la voluntad de la asociación el ingreso de mujeres⁶⁵. Tendríamos, por lo tanto, que centrar el conflicto en el derecho de asociación y el de no ser discriminada por razón de sexo.

Llegados a este punto, tendríamos que hacer referencia a la afirmación, contenida en la sentencia objeto de análisis, por cuanto resulta esencial, en lo que respecta a la posición adoptada por el Tribunal Constitucional, al considerar que, «cuando una asociación tiene una posición privilegiada, en particular, en el ejercicio de una determinada actividad profesional, en la medida en que el acceso a la misma quedara vedado si no se pertenece a la asociación, el acceso no puede regularse por normas o prácticas que, de forma directa o indirecta, discriminen a las mujeres»⁶⁶.

En este sentido, y partiendo de todo lo expuesto, podemos plantearnos la dimensión que podría tener esta afirmación en lo referente al derecho de asociación, en relación con su influencia no solo en el ámbito de las asociaciones religiosas, también en otros ámbitos. Como dice Beneyto (2021: 733):

[...] podría llevarnos a situaciones extravagantes, a saber: la posibilidad [...] de denunciar por inconstitucional el hecho de que las mujeres no puedan ser imanes o rabinos, e incluso en el ámbito civil la posibilidad de denunciar por inconstitucional el que no fuera admitida una mujer en un equipo de fútbol masculino, o un hombre en un equipo de fútbol femenino, o incluso en una asociación de amas de casa, o de

⁶⁴ FJ 4 de la Sentencia 340/1993, de 16 de noviembre, del Tribunal Constitucional (BOE de 10 de diciembre de 1993).

⁶⁵ Debemos precisar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pronuncia sobre todo en relación con supuestos de expulsión de miembros de asociaciones, y en menor medida sobre inclusión y discriminación. Véase Salvador Coderch (1997: 109).

⁶⁶ FJ 2 de la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

Mujeres Juristas, o de Mujeres empresarias, abocando a la solución de que todas las asociaciones necesariamente han de ser mixtas.

En el marco del presente análisis, puede destacarse que, «en el caso de asociaciones que excluyan el ingreso de la mujer en la organización de alguna actividad lúdica o cultural o que le den un papel diferente al del hombre, el principio de no discriminación se cumple permitiendo la constitución de una nueva asociación, formada o no íntegramente por mujeres, que den una nueva visión de esa tradición o, incluso, que desmonten el relato histórico mantenido hasta la fecha» (Minero Alejandro, 2022: 419).

En lo que respecta a la incorporación de la perspectiva de género, teniendo en cuenta el análisis realizado, la solución pasaría por propiciar el cambio atendiendo a la posibilidad que existe de modificar los estatutos o las reglas internas, cuestión esta que ya se planteó en el seno de la Esclavitud y que quedó paralizada por el procedimiento judicial.

Considero importante velar por evitar la discriminación en todos los ámbitos, pero, en determinados casos, como es el que nos ocupa, debido a que no estamos ante una posición de dominio, la recurrente tiene posibilidad de ejercer actividades de culto en otra hermandad o cofradía, por lo que no estaríamos ante una discriminación por razón de género, que queda amparada por la libertad de autoorganización.

IV. LOS VOTOS PARTICULARES

En el análisis de la presente sentencia, resulta de especial relevancia abordar los votos particulares, que reflejan posturas concurrentes y discrepantes. En ellos se pone de manifiesto la pluralidad de perspectivas que se producen dentro del órgano colegiado, y que pasaremos a reseñar.

1. VOTOS PARTICULARES CONCURRENTES

El primero de los votos particulares concurrentes, de la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas, considera que se tendría que haber tenido en cuenta el principio de transversalidad de la igualdad de género y, más concretamente, el art. 4⁶⁷ de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para

⁶⁷ «Artículo 4.- Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará

la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶⁸, en el que se eleva la igualdad de trato entre ambos sexos a principio informador del ordenamiento jurídico. Así como el marco normativo antidiscriminatorio.

Debemos precisar, en relación con la aludida ley, y como se dice en su preámbulo, que, «la mayor novedad de esta Ley radica en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad»⁶⁹. Y, en este sentido, considero relevante hacer referencia al término utilizado de «prevención», es decir, tomar medidas anticipadas, por lo que no estaríamos hablando de imposición, y sí de integrar la perspectiva de género.

Además, en lo que respecta a este voto particular, debemos precisar que el principio de igualdad es un derecho fundamental contenido en el art. 14 de la Constitución, mientras que la transversalidad de género es una estrategia metodológica, cuya función es incorporar la perspectiva de género en todas las políticas públicas, por lo tanto, estamos ante una herramienta para alcanzar la igualdad real.

Y en este sentido tendríamos que plantearnos: ¿se podría aplicar en todos los casos? Debemos precisar que esta herramienta se tendría que aplicar con cautela, y solo en aquellos casos en los que sea posible, puesto que, de no ser así, se podría desvirtuar su contenido, y colisionar con la libertad ideológica y religiosa, con aspectos históricos o culturales. Por ejemplo: estructuras jerárquicas masculinas, exclusión de mujeres del sacerdocio.

El otro voto particular concurrente lo emite la magistrada María Luisa Balaguer Callejón. En él expone una serie de argumentos ya alegados en las deliberaciones. Considera al respecto que «no se trata simplemente de estimar el amparo de una mujer que pide el acceso a determinada dimensión del ejercicio de un derecho. Se trata, en cambio, de asumir un enfoque que sitúe en el centro de la argumentación la situación discriminatoria por razón del sexo [...]. La sentencia aprobada [...] no acoge este enfoque»⁷⁰. Considera al respecto que lo que se tendría que haber realizado es una ponderación de los derechos de asociación y de libertad religiosa desde una verdadera perspectiva de género.

en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

⁶⁸ BOE de 23 de marzo de 2007.

⁶⁹ Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁷⁰ Voto particular concurrente que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de amparo 1128-2022.

Desde mi punto de vista, en la valoración que se lleva a cabo no se pueden olvidar, y se deben tener en cuenta, la idiosincrasia de la Esclavitud, en tanto que tiene raíces históricas y religiosas, y el contexto cultural y espiritual de la asociación, que pueden incidir a la hora de valorar la aplicación de criterios de igualdad.

De los argumentos aducidos en este voto particular debemos destacar el que se realiza en relación con «la justificación, desde el punto de vista constitucional, de la posibilidad de que el Estado intervenga en la selección por las asociaciones religiosas de sus miembros cuando el ejercicio de tal facultad contraría los principios y valores asociados al ejercicio de las libertades individuales, la proyección de la igualdad y la promoción de la dignidad humana. Por otro lado, redirige el foco hacia la protección de la dimensión individual de la libertad religiosa de las mujeres»⁷¹.

Como ya hemos expuesto a lo largo de este trabajo de investigación, debemos aludir a que, si se permite intervenir en el ámbito de las asociaciones religiosas, sin el establecimiento de parámetros más concretos, se abriría la puerta a que se pudiera intervenir en otras asociaciones, por ejemplo, clubes, partidos políticos y sindicatos, y vulnerar su derecho de asociación, y en muchos casos la finalidad para la que fueron creadas.

Aunque mediante este voto particular se pretende proteger derechos, se podría decir que abre la puerta a que se puedan evaluar estructuras internas de asociaciones, en el caso que nos ocupa, religiosas, lo que podría suponer una intromisión en la libertad religiosa.

2. VOTO PARTICULAR DISIDENTE

Los magistrados Ramón Sáez Valcárcel y Enrique Arnaldo Alcubilla emiten un voto disidente, alegando que el recurso de amparo debió ser desestimado, y en este sentido pasaremos a referenciar algunas de las cuestiones invocadas.

Como ya hemos puesto de manifiesto en este estudio, consideran que se tendría que haber reflexionado sobre el término «posición dominante», que es uno de los razonamientos esgrimidos para estimar la demanda, y cómo esta influye en el derecho de asociación. No cabe duda de que estamos ante un

⁷¹ Voto particular concurrente que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de amparo 1128-2022. En este sentido, Álvarez Rodríguez considera que «la perspectiva de género es un término más ideológico o político que jurídico, de ahí que sea tan difícil de acotar desde la perspectiva del Derecho Constitucional qué signifique o cómo deba hacerse operativo» (2024: 9).

parámetro que debe ser analizado atendiendo a las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta los fines y el objeto social.

Aun teniendo en cuenta esta consideración, el voto particular manifiesta el desacuerdo con la aplicación del criterio de la posición dominante y, en este sentido y en relación con las tres razones que otorgan el amparo solicitado, consideran lo siguiente:

- En lo que respecta a que ocupa una posición de dominio, puesto que no se pueden realizar actos procesionales, religiosos, culturales o sociales con la imagen del Santísimo Cristo, el voto particular afirma que estamos ante una precisión que también es de aplicación a las treinta hermandades y cofradías con sede en San Cristóbal de La Laguna, sin que se les atribuya posición dominante alguna.
- En lo que refiere a las subvenciones públicas recibidas, estas no se destinan a la realización de actos religiosos o de culto. La imagen del Santísimo Cristo de La Laguna, que data de finales del siglo XVI, se encuentra inscrita en el Registro de bienes muebles de interés cultural, y estas se otorgan en calidad de propietaria y para su rehabilitación.
- Y, en tercer lugar, y coincidiendo con la primera, relativa a la posición de dominio, se alude a los actos devocionales en relación con la aludida imagen: se podría considerar que la demandante de amparo podría participar, aunque no como miembro de la asociación.

Los autores de este voto particular consideran, en conclusión, que se tendría que haber matizado o perfilado el significado de posición dominante como límite del derecho de asociación constitucionalmente protegido. Considero al respecto que no cabe duda de que el Tribunal Constitucional tiene que actuar como garante de derechos, pero es necesario que se establezcan parámetros concretos para evitar el menoscabo de la autonomía asociativa.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, y una vez analizados el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional y la normativa aplicable al caso que nos ocupa, así como los planteamientos doctrinales, podemos llegar a las siguientes conclusiones.

Estamos ante una sentencia en la que, aunque *a priori* se podría decir que es extensa, una de las cuestiones reseñables es la insuficiente justificación del motivo por el que considera que la asociación religiosa ostenta una situación

de dominio, aspecto este relevante para determinar si se le puede aplicar o no la autonomía organizativa en relación con el derecho de asociación.

Asimismo, a lo largo de este estudio se pone de manifiesto que algunos autores han advertido de la necesidad de realizar una interpretación que podríamos denominar de alternativa de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Además, puede plantearse si en el caso de que se obligue a una asociación a incluir —como en el caso que nos ocupa— a mujeres se estaría actuando en contra de la idiosincrasia del derecho de asociación. No podemos olvidar que en España existen un número ingente de asociaciones en las que se agrupan solo hombres, solo mujeres, determinados colectivos específicos (menores, personas con discapacidad, trabajadores...); ¿se estaría produciendo en todas ellas una discriminación?

En el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, la Esclavitud tiene derecho a establecer sus propias normas de organización y régimen interno, en virtud de lo dispuesto en el art. 16 de la Constitución y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, así como en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre asuntos jurídicos. Normativa toda ella referenciada en la sentencia del Tribunal Constitucional que estamos comentado. Y en este sentido pueden establecer sus propias normas de organización y régimen interno.

Por otro lado, en virtud del derecho fundamental de asociación, las asociaciones pueden tener sus propios estatutos, que le confieren la capacidad de autoorganizarse de acuerdo con el contenido de estos, que solo quedaría limitado en el supuesto de que se encuentre en una posición de dominio.

Considero, en fin, que los conflictos que se puedan plantear en relación con las posibles discriminaciones, por razón de género, deben resolverse caso por caso, evitando generalidades, que *a priori* podrían ser peligrosas. Los conflictos se tienen que valorar atendiendo a cuestiones geográficas, históricas, es decir, teniendo en cuenta el contexto y circunstancias en las que se plantean, así como la normativa y los límites que estas presenta.

Bibliografía

- Alenda Salinas, M. (2025). Asociacionismo religioso y laicidad estatal, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2024, de 4 de noviembre. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 67, 1-33.
- Álvarez Rodríguez, I. (2024). La perspectiva de género en la jurisprudencia constitucional. *Diario La Ley*, (10475), 1-4.
- Álvarez Rodríguez, I. (2025). La irrelevancia de la perspectiva de género: comentario a la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre. *Diario La Ley*, (10666), 1-5.

- Beneyto Berenguer, R. (2021). La autonomía interna de la Iglesia católica: ¿pueden ser socios de una asociación pública de fieles únicamente los hombres? *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 37, 717-735.
- Beneyto Berenguer, R. y Doblas y González de Aledo, F. (2025). Las limitaciones en la libertad religiosa y en el derecho de asociación de una cofradía por la errónea concepción de la posición «dominante» y «privilegiada» por la aplicación de la perspectiva de la igualdad de género. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional número 132/2024, de 4 de noviembre. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 67, 1-60.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1990). Principio de igualdad y derecho privado. *Anuario de Derecho Civil*, 2, 369-427.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2022). Igualdad derecho de asociación y libertad religiosa. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 120, 95-108.
- Catalá, S. (2017). Autonomía de las confesiones, libertad de empresa y empresas de tendencia. En J. M. Martí y M. M. Moreno Mozos (coords.). *La autonomía de las entidades religiosas en el derecho. Modelos de relación y otras cuestiones* (pp. 165-202). Valencia: Dykinson.
- Celador Angón, O. (2017). El principio de neutralidad religiosa de los poderes públicos en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con el registro y reconocimiento de las confesiones religiosas. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 43, 1-32. Disponible en: <https://doi.org/10.62659/CF1600204>.
- Combálá Solis, Z. (2020). Los límites al derecho fundamental de libertad religiosa. En R. García García y J. Rossell (coords.). *Derecho y religión* (pp. 235-251). Valencia: Edisofer.
- Fernández Farreres, G. (1997). *Asociaciones y constitución*. Madrid: Civitas.
- García Pardo, D. (2017). Autonomía de las confesiones y derechos de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En J. M. Martí y M. M. Moreno Mozos (coords.). *La autonomía de las entidades religiosas en el derecho. Modelos de relación y otras cuestiones* (pp. 203-219). Valencia: Dykinson.
- Gas-Aixendri, M. (2022). La aplicación del principio de igualdad de género a las entidades asociativas de la Iglesia católica. Conflictos reales y falsos conflictos. *Ius Canonicum*, 62, 179-218. Disponible en: <https://doi.org/10.15581/016.123.009>.
- Giménez Gluck, D. (2010). Asociación, discriminación y Constitución: los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios —y aspirantes a serlo— a no ser discriminados. *Revista de Derecho Público*, 79, 143-171. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.79.2010.9132>.
- Gómez Montoro, A. (2004). *Asociación, Constitución, Ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González Ayesta, J. (2024). Tres principios básicos en el tratamiento del factor religioso en la Unión Europea: respeto del marco competencial, protección de la libertad religiosa y lucha contra la discriminación por razón de religión o convicciones. En M. M. Martín García y M. Salido (coords.). *Derecho de la*

- Unión Europea y factor religioso. Contribución a la construcción de un Derecho Eclesiástico europeo* (pp. 41-90). Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Díaz, F. J. (1994). Régimen jurídico, económico y fiscal de las hermandades y cofradías. *Revista Española de Derecho Canónico*, 51, 227-260. Disponible en: <https://doi.org/10.36576/summa.5817>.
- Marañón Gómez, R. (2024). La prohibición de discriminación de las mujeres como miembros en asociaciones de fieles que ostenten una posición dominante. Comentario a la Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 47, 237-244. Disponible en: <https://doi.org/10.59991/rvam/2024/n.47/1013>.
- Martí Sánchez, J. M. (2023). Patrimonio religioso de interés cultural: protección frente a su destrucción o degradación. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 39, 563-602. Disponible en: https://doi.org/10.55104/ADEE_00015.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (2011). *Estudios sobre libertad religiosa*. Madrid: Reus.
- Meseguer Velasco, S. (2025). Un paso atrás en la tutela de la autonomía de las confesiones religiosas, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2024, de 4 de noviembre. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 67, 1-14.
- Minero Alejandro, G. (2022). Género y asociaciones. La ponderación del derecho a la igualdad y el principio de autonomía autoorganizativa de las asociaciones religiosas al hijo de la Sentencia (Sala 1.^a) 925/2021, de 23 de diciembre. *Revista Derecho Privado y Constitución*, 41, 389-421. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.41.05>.
- Motilla, A. (1999). *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Motilla, A. (2021). *La Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de libertad religiosa*. Granada: Comares.
- Motilla, A. (2022). Autonomía de las asociaciones religiosas; control de sus actos por parte de los tribunales civiles, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 925/2021, de 23 de diciembre. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 59, 1-23.
- Rodríguez García, J. M. (2023). Turismo religioso y laicidad. Estudio jurídico de la Romería de San Marta de Ribarteme. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 39, 603-642. Disponible en: https://doi.org/10.55104/ADEE_00016.
- Salvador Coderch, P. (1997). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas.
- Sánchez Llaveró, P. (2024). Análisis de la normativa de Derecho Eclesiástico en la Unión Europea. En M. M. Martín García y M. Salido (coords.). *Derecho de la Unión Europea y factor religioso. Contribución a la construcción de un Derecho Eclesiástico europeo* (pp. 91-126). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valero Estarellas, M. J. (2022). *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la Jurisprudencia de Estrasburgo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés

La revista *Derecho Privado y Constitución* (DPyC) publica trabajos de investigación originales relativos al sistema de relaciones entre el derecho privado y la Constitución. Se distingue por el análisis de aspectos relacionados con preceptos constitucionales en materia de persona, bienes, obligaciones, contratos, familia, sucesiones, propiedad, personas jurídicas, colegios profesionales, y similares.

Envío de originales

Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en lengua española, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar por correo electrónico a la dirección evaluaciones@cepc.es, así como a la de la secretaria de la revista, henar.alvarez@uva.es. Será responsabilidad del autor informar sobre la situación de los derechos de autor. La publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad del autor.

El envío de manuscritos presupone, por parte de los autores, el conocimiento y aceptación de estas Instrucciones. Mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte de DPyC, los autores no lo presentarán para su evaluación a otras revistas.

En línea con el esfuerzo que en los últimos años viene realizando el CEPC para poner la investigación y sus resultados en acceso abierto para todo el mundo, la publicación no tendrá ningún coste para los autores, que no recibirán emolumentos por dicha publicación.

Formato

Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no superará las treinta y cinco páginas (unas 14 500 palabras). La primera página incluirá el título, el nombre del autor o autores, la filiación académica, las direcciones de correo ordinario y electrónico y el teléfono de contacto.

Título

Los estudios llevarán el título en español e inglés. Tendrá un marcado carácter informativo y reflejará fielmente el contenido del artículo. Dentro de lo posible, debe evitarse el uso de abreviaturas y acrónimos.

Resumen

Los estudios irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés, cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su alcance debe ser estrictamente in-

formativo, no puede incluirse en esta información que no figure en el texto del artículo. También deben evitarse palabras o expresiones poco significativas, perífrasis y frases excesivamente largas.

Descriptores

Se incluirá un máximo de cinco descriptores o palabras clave, en español e inglés. Para favorecer su normalización, se recomienda su extracción de tesauros y vocabularios normalizados.

Proceso de publicación

La revista *Derecho Privado y Constitución* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos, sobre la base de dos informes de evaluación emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la revista, aplicándose el método doble ciego. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación no excederá de seis meses. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de una semana. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando estos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

Normas de citación

Citas bibliográficas

Aparecerán en el cuerpo del texto. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Deben evitarse las autocitas, restringiéndose su uso únicamente a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año; página):

(Rodríguez Bereijo, 2012: 72)

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y»:
(Telles y Ortiz, 2011)

Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.*:

(Amador *et al.*, 1989)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c..., después del año.

(Mercader Uguina, 2003a)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada.

Como afirma Sesma Sánchez (2005)...

Notas

Se situarán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice.

Bibliografía

Se incluirá al final del trabajo. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto, sin posibilidad de incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema APA (American Psychological Association).

A fin de cumplir con las buenas prácticas editoriales en igualdad de género establecidas por FECYT, se recomienda incluir en el listado final de bibliografía el nombre completo de las personas autoras de los trabajos, evitando iniciales, partículas y abreviaturas. Esta práctica pasará a ser obligatoria para el primer número de la revista publicado en 2026.

A continuación adjuntamos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

Artículos de revistas científicas

García de Enterría, Eduardo (1989). Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 61, 5-18.

— *Dos o más autores*

Arroyo Gil, Antonio y Giménez Sánchez, Isabel (2013). La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 149-188.

— *Revistas electrónicas*

Pifarré, María José (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 16, 40-43. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882_8864004.

— *Revistas electrónicas con DOI*

Díaz-Noci, Javier (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: <https://doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

Monografías

— *Un autor*

García Ruiz, José Luis (1994). *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*. Madrid: Consejo Económico y Social.

— *Libro en línea*

Rodríguez de Santiago, José María (2015). *Responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho Europeo*. Disponible en: <http://almacende-derecho.org/responsabilidad-del-estado-por-leyes-inconstitucionales-o-contrarias-al-de-recho-europeo/>.

Capítulos de monografías

Zea, Leopoldo (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

Informes

— *Autor institucional*

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid: IDEA.

— *Autor personal*

Caruso, Julie, Nicol, Aurore y Archambault, Eric (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf.

Congresos

— *Actas*

Cairo, Heriberto y Finkel, Lucila (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

— *Ponencias publicadas en actas*

Codina Bonilla, Lluís (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

— *Ponencias y comunicaciones en línea*

Durán Heras, María Ángeles (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a*

personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados. Disponible en: http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf.

Tesis

— Publicadas

Llamas Cascón, Ángel (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material* [tesis doctoral]. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/15829>.

— Inéditas

De las Heras, Beatriz (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España. Madrid, 1936-1939* [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

Artículos y noticias de periódicos

Bassets, Marc (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html.

— Sin autor

Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo*, 25-9-2015, p. 15.

Blogs

Escolar, Ignacio (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html.

Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, Juan Antonio (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las Administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e>.

DOI

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, Shoon (2006). Private Polls and Presidential Policymaking. Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/poq/nfl022>.

Derechos de autor

Quienes publiquen en esta revista conservarán sus derechos de autor, pero garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la licencia de reconocimiento de Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional, que permite a terceros compartir la obra siempre que se indiquen su autor/a y su primera publicación en esta revista, pero no hacer uso comercial de esta ni tampoco de obras derivadas.

Los/as autores/as también permitirán a *Derecho Privado y Constitución* la comunicación pública de sus trabajos para su difusión y explotación a través de intranets, internet y cualesquiera portales y dispositivos inalámbricos que decida el Centro, mediante la puesta a disposición para consulta en línea de su contenido y su extracto, para su impresión en papel y/o para su descarga y archivo, todo ello en los términos y condiciones que consten en la web donde se halle alojada la obra.

Los/as autores/as podrán adoptar otros acuerdos de licencia no exclusiva de distribución de la versión de la obra publicada (p. ej.: depositarla en un archivo telemático institucional o publicarla en un volumen monográfico) siempre que se indique la publicación inicial en esta revista.

También se permite y se recomienda a los/as autores/as la publicación de la versión *preprint* (versión original antes de la evaluación) de sus trabajos en sus páginas electrónicas personales e institucionales, en redes sociales científicas, en repositorios, etc., antes de la publicación de la versión definitiva (*postprint*) del trabajo. El *preprint* debe incorporar la mención al número de *Derecho Privado y Constitución* donde va a ser publicado.

La autoría declarada en el manuscrito debe limitarse a quienes hayan hecho una contribución significativa al concepto, diseño, ejecución o interpretación de la investigación o estudio. Cada persona que haya hecho una contribución significativa al trabajo debe figurar como coautor/a. Si hay otras personas que han participado de manera significativa en el proyecto de investigación, deben ser reconocidas o enumeradas como colaboradores. El autor o la autora correspondiente debe revisar y confirmar que los coautores están incluidos en el trabajo, y que todos los coautores han visto, aprobado y aceptado la versión final del trabajo.

Política de acceso abierto

La revista *Derecho Privado y Constitución* facilita el acceso sin restricciones a todo su contenido inmediatamente después de su publicación. La publicación no tiene ningún coste para los autores.

Promoción y difusión del artículo

Quienes publiquen en esta revista se comprometen a participar en la máxima difusión de su manuscrito antes y después de que sea publicado a través de su participación activa

en redes sociales (Facebook, Twitter, LinkedIn), listas de contactos, redes sociales científicas (ResearchGate, Academia.edu, Kudos) y webs personales e institucionales (Google Scholar, ORCID, ResearchID, ScopusID, Dimensions, PlumX, etc.).

Buenas prácticas en materia de financiación

Todas las personas que firmen un trabajo deben revelar en su manuscrito cualquier conflicto de intereses financiero o de otro tipo que pueda entenderse que influye en los resultados o la interpretación de su trabajo. También se deben reconocer adecuadamente todas las fuentes de apoyo financiero para el proyecto de investigación.

Plagio y fraude científico

A efectos de lo estipulado en la Ley de Propiedad Intelectual respecto a las acciones y procedimientos que puedan emprenderse contra quien infrinja los derechos de propiedad intelectual, la publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad de los autores, quienes, en consecuencia, asumirán los eventuales litigios por derechos de autor y fraude científico. Se entiende por **plagio**:

- a. Presentar el trabajo ajeno como propio.
- b. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
- c. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
- d. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.
- e. El parafraseo de una fuente sin mencionar la fuente.
- f. El parafraseo abusivo, incluso si se menciona la fuente.

Las prácticas constitutivas de **fraude científico** son las siguientes:

- a. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
- b. Publicación duplicada.
- c. Conflictos de autoría.

