

EL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION  
Y LA INMUNIDAD CIVIL DE LOS AGENTES  
DIPLOMATICOS EXTRANJEROS

(A propósito de la STC 140/1995)

CARLOS D. ESPOSITO MASSICCI  
FRANCISCO J. GARCIMARTIN ALFEREZ

*SUMARIO:* I. LA STC 140/1995: 1. *Los hechos.* 2. *La decisión del TC:* A) *Conformidad constitucional de la decisión del juez a quo.* B) *Conformidad constitucional del resultado interpretativo.* C) *Voto particular.*—II. *COMENTARIO:* 1. *La inmunidad del agente diplomático extranjero: el artículo 31.1 del CV 1961:* A) *Fundamento y límites de la inmunidad de jurisdicción.* B) *La aplicación del artículo 31.1 CV 1961 en este caso.* 2. *La conformidad con la Constitución del proceso interpretativo hecho por el juez a quo.* 3. *La conformidad constitucional del artículo 31 CV 1961:* A) *Bienes constitucionalmente amparables.* B) *La proporcionalidad de la limitación:* a) *Sobre el principio de proporcionalidad en general.* b) *¿La inmunidad de jurisdicción civil es una medida proporcionada?:* a') *La inmunidad de jurisdicción civil del diplomático extranjero no es una medida arbitraria o manifiestamente irrazonable.* b') *Inconstitucionalidad por omisión: ¿ha establecido el legislador una vía adecuada para la satisfacción del interés legítimo del actor?*—III. *CONCLUSIONES.*

I. LA STC 140/1995

1. *Los hechos*

1. La recurrente en amparo alquiló un piso, en febrero de 1988, a G. Deodato, consejero diplomático de la Embajada italiana en Madrid. Según consta en el contrato: 1) El destino del piso era servir como vivienda particular al señor Deodato y su familia; 2) ambas partes se sometían a los tribunales de Madrid para cuantas incidencias pudieran suscitarse en la interpretación o incumplimiento del contrato, y 3) la duración prevista del arrendamiento era de un año prorrogable tácitamente. A partir de noviembre de 1988 el señor Deodato deja de pagar las rentas y, tras diversos requerimientos, la propietaria plantea una acción de desahucio por falta de pago. En la contestación, el señor. Deodato excepciona la falta de jurisdicción de los tribunales españoles en virtud de su con-

dición de diplomático extranjero. El juez requiere al Ministerio de Asuntos Exteriores para que le informe acerca de si la inmunidad puede invocarse en las relaciones arrendaticias establecidas por agentes diplomáticos extranjeros. Como el informe fue afirmativo, el Juzgado acogió la excepción sin entrar a conocer del fondo; esta decisión fue confirmada por el tribunal de apelación.

2. La propietaria, ante el hecho de que no puede ni cobrar las rentas, ni recuperar la posesión de su piso, plantea recurso de amparo en 1990. Aunque la recurrente alega otros derechos fundamentales, la argumentación principal se construye sobre la base del artículo 24 CE: ¿La decisión de los tribunales *a quo*, en la medida en que le priva del acceso a la jurisdicción española para reclamar la protección de sus derechos e intereses legítimos, resulta contraria al derecho a una tutela judicial efectiva?

## 2. La decisión del TC

1. En su decisión el TC revisa, primero, la conformidad constitucional de la decisión del juez *a quo* y, a continuación, de la norma aplicada.

### A) Conformidad constitucional de la decisión del juez *a quo*

1. El artículo 24 CE garantiza una resolución judicial fundada en Derecho y que no sea manifiestamente irrazonable ni arbitraria. En el presente caso, según el TC, la decisión del juez *a quo* es conforme con la Constitución pues satisface tales exigencias: ni la selección de la norma aplicable, ni su interpretación y aplicación al caso concreto ha sido manifiestamente arbitraria o irrazonable (FF. JJ. 3.º, 4.º y 5.º).

2. En primer lugar, el juez ha basado su decisión en el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 (1), cuyo artículo 31 establece la inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos extranjeros.

Como recuerda el propio TC, en los dos casos que se le habían presentado hasta ahora sobre inmunidad de órganos extranjeros (SSTC 107/1992 y 292/1994)

---

(1) Instrumento de Adhesión de 21 de noviembre de 1967, *BOE*, 24-1-1968. Este Convenio entró en vigor el 24 de abril de 1964 y para España, el 21 de diciembre de 1967.

el tema debatido era *la inmunidad de ejecución del Estado extranjero* (2). A diferencia de lo que ocurre en el presente caso, este tipo de inmunidad, en la medida en que está recogida en el Derecho internacional público general (consuetudinario) planteaba problemas específicos; en particular, problemas de identificación del contenido de la norma (3). Sin embargo, en el asunto que ahora ocupa al TC se trata de otro tipo de inmunidad: *la inmunidad de jurisdicción en materia civil de los agentes diplomáticos*. El régimen de esta segunda se encuentra recogido en el Derecho internacional convencional (4) (que es Derecho escrito). La existencia de una *lex certa* satisface las exigencias de seguridad jurídica.

Por lo que ahora nos interesa, el artículo 31.1 del referido Convenio establece que el «agente diplomático goza de inmunidad en la jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata: a) de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor...».

Como afirma el TC, el juez *a quo*, al aplicar este Convenio, que establece el régimen de inmunidad de los agentes diplomáticos extranjeros, ha procurado una respuesta judicial sin que la selección de la norma aplicable al caso haya sido manifiestamente irrazonable o arbitraria (FJ. 3.º).

3. Por otra parte, los tribunales ordinarios entendieron que el supuesto no quedaba comprendido en la excepción del artículo 31.1.a), ya que éste sólo contempla las acciones reales sobre bienes inmuebles, y la actora planteó una acción cuyo fundamento es de carácter personal: la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago. A este respecto, la argumentación que realiza

(2) Sobre este tema véase por todos, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Madrid, 1989; y del mismo autor, el comentario a la STC 107/1992, en *REDI*, 1992, págs. 565 y sigs.

(3) Véase R. JENNINGS: «The Identification of International Law», en BIN CHENG (ed.): *International Law: Teaching and Practice*, Londres, 1982.

(4) Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, *cit.* Véase, además, los siguientes instrumentos que contienen normas relevantes sobre la cuestión de la inmunidad diplomática: Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963 (*BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970); Convenio sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, adoptado por la Asamblea General de las NU el 13 de febrero de 1946 (UNTS, vol. 1, pág. 15); Convenio sobre inmunidades y privilegios de los organismos especializados, adoptado por la Asamblea General de las NU el 25 de noviembre de 1947 (UNTS, vol. 261) (*BOE* núm. 282, de 25 de noviembre de 1974); Convenio sobre misiones especiales, adoptado por la Asamblea General de las NU el 8 de diciembre de 1969 por la resolución 2530 (XXIV); Convenio sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, adoptado por la Asamblea General de las NU el 14 de diciembre de 1973 a través de la resolución 3166 (XXVII) (*BOE* núm. 33, de 7 de febrero de 1986); y Convenio sobre las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales de carácter universal, adoptado en Viena el 14 de marzo de 1975 (UN doc. A/conf. 67/18).

el tribunal tampoco resulta manifiestamente irrazonable o arbitraria. Según el TC (FJ. 4.º), la interpretación de la norma entendiendo que excluye las acciones personales del propietario contra el agente extranjero inquilino parece conforme con los cánones hermenéuticos aplicables al Convenio de Viena de 1961 (5): 1) En primer lugar, el sentido corriente de los términos empleados en dicha excepción («acción real sobre bienes inmuebles») parece conducir a esa conclusión. 2) En segundo lugar, la jurisprudencia de otros Estados (citada por el propio TC) ha considerado que la excepción del artículo 31.1.a) no comprende las acciones contra agentes diplomáticos extranjeros que deriven de un contrato de arrendamiento. 3) Por último, esa misma conclusión parece extraerse de los trabajos preparatorios del Convenio de Viena de 1961.

En suma, el juez *a quo* al admitir la excepción de inmunidad jurisdiccional no ha incurrido en manifiesta irracionalidad o arbitrariedad, ni por lo que hace a la selección de la norma aplicable, ni por lo que hace a su interpretación y aplicación al caso concreto. Si esto es así, no se ha producido una vulneración del artículo 24.1 CE.

4. Admitida la constitucionalidad del *proceso argumental*, el TC pasa a considerar si «el límite u obstáculo para el acceso a la jurisdicción de la recurrente que se deriva del artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961... es constitucionalmente legítimo»; esto es, si el artículo 31.1.a) tal y como ha sido interpretado por el tribunal *a quo* en este caso vulnera el artículo 24 CE (FJ. 5.º).

#### B) *Conformidad constitucional del resultado interpretativo*

1. El artículo 24.1 CE reconoce el derecho a una tutela judicial efectiva, cuyo principal elemento es el acceso a la jurisdicción; y es innegable que el artículo 31.1 del CV 1961 cierra el acceso a la jurisdicción al titular de un interés legítimo. Una norma de este tipo sólo es conforme con la CE cuando responda a fines o bienes legítimos amparados por la norma fundamental y si la barrera que impone resulta razonable y proporcionada a dichos fines. Pues bien, el TC considera que el límite de inmunidad de jurisdicción civil del agente diplomático es razonable y constitucionalmente legítimo. Y en sustento de esta tesis se alegan los siguientes argumentos.

1) La *ratio* de la inmunidad de jurisdicción civil es «permitir el libre y

---

(5) Véanse los principios de interpretación establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Sobre el tema, véase A. REMIRO BROTONS: *Derecho internacional público. Derecho de los Tratados*, Madrid, 1987, págs. 306 y sigs.

eficaz ejercicio de las funciones de la misión diplomática en el Estado receptor, que se vería perturbado si el Jefe de la misión o un miembro del personal diplomático de ésta tuviera que hacer frente como demandado a las pretensiones de particulares derivadas de los diversos actos sometidos al Derecho privado que aquéllos llevan a cabo durante su residencia en dicho Estado» (regla conocida bajo el adagio *ne impediatur legatio*). Como recuerda el TC, el Preámbulo del CV 1961 señala que esa inmunidad «se concede no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados». Esto explica que la inmunidad del agente diplomático no sea renunciabile (artículo 32.1 del CV 1961) (FJ. 7.º).

2) Este fin es legítimo desde el punto de vista constitucional pues posee un doble fundamento. 2.1. El principio de igualdad soberana de los Estados que implica que un Estado no puede verse sometido a los tribunales de otro sin su consentimiento (*par in parem non habet imperium*); y del cual deriva esa inmunidad civil de los agentes diplomáticos ya que garantiza una representación libre y eficaz del Estado extranjero ante el Estado receptor. 2.2. El principio de cooperación pacífica recogido en el preámbulo de nuestra Constitución, a cuyo fortalecimiento contribuyen las misiones diplomáticas (FJ. 8.º).

3) A mayor abundamiento, se puede invocar el argumento de reciprocidad. La Corte constitucional italiana ha considerado que el artículo 31.1 del CV 1961 no es contrario al artículo 24 de su norma fundamental (correspondiente a nuestro artículo 24 CE), luego reconoce inmunidad civil a los agentes diplomáticos extranjeros. «Y este dato viene a añadir una justificación complementaria..., la basada en el principio de reciprocidad, ya que tal límite no sólo opera en beneficio de las misiones diplomáticas extranjeras en nuestro país, sino también respecto a las misiones que España envía a otros Estados, entre ellos a Italia» (FJ. 8.º).

4) Por último, «la exclusión de la jurisdicción civil de los agentes diplomáticos..., se halla justificada objetivamente por las obligaciones que el Derecho internacional impone a los Estados al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de sus Juzgados y tribunales» (FJ. 9.º). Extender la jurisdicción de los tribunales españoles más allá del ámbito delimitado por el Derecho internacional y tratar de hacer efectiva la tutela jurisdiccional en todo caso puede provocar la responsabilidad internacional del Estado español frente a otro Estado (FJ. 9.º; *in fine*).

2. Los señalados argumentos, según el TC, demuestran que la inmunidad de jurisdicción del agente diplomático extranjero es una medida razonable respecto de un fin amparable en la CE. Pero esto no es suficiente para proclamar

la conformidad constitucional de la norma. Es necesario demostrar, además, que la medida es proporcional. Esto es, debe demostrarse que esa inmunidad de jurisdicción civil del agente extranjero no resulta desproporcionada en atención al contenido del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE. A este fin, el TC considera que debe «examinar si el régimen de dicha inmunidad previsto en el Convenio de Viena de 1961 excluye o permite —y en caso afirmativo, en qué medida y por qué vías— una protección de los derechos e intereses de los particulares afectados» (FJ. 9.º). El TC salva la proporcionalidad de esa medida, ya que entiende que existen esas vías y que son suficientes para salvaguardar los derechos del interesado. Las posibles vías que ofrece el TC serían dos (FJ. 9.º):

1) El recurso a la Administración española. El CV 1961 obliga al titular de la inmunidad a respetar las leyes del Estado receptor. En nuestro caso, el Derecho español (art. 41.1), «de ello se deriva que en un supuesto como el presente el arrendador tiene la posibilidad de poner en conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores el incumplimiento del pago de la renta pactada, para que dicho órgano solicite del Estado acreditante bien que compela al agente diplomático a cumplir dicha obligación o bien que renuncie a la inmunidad de jurisdicción civil (art. 32.1)». Si Italia no accediese a ello, podrá comunicarle que el agente es considerado *persona non grata* en España, lo que llevará (por su propio Estado o por el Estado receptor) a la pérdida de su *status* privilegiado; y, por tanto, si el susodicho permaneciera en España quedará expedito el camino hacia la jurisdicción civil. Si el Estado español no atiende la petición procedente del interesado, siempre puede solicitar una indemnización por los daños sufridos (art. 106.1 CE).

2) La demanda ante los tribunales italianos. El artículo 31.4 CV 1961 obliga al Estado acreditante a abrir un foro de competencia, lo que implica en el presente caso que la propietaria pudo hacer valer su pretensión ante los tribunales italianos. «Y aunque ello genera inconvenientes o cargas para el demandante, no es menos cierto que tal alegación carece de contenido constitucional, como se dijo en la STC 43/1986, FJ. 8.º». Según aprecia el TC, «esa carga no es distinta de la que se produce en otros muchos supuestos en los que la *litis* se entabla por un nacional contra un extranjero..., al no haber querido el legislador atribuir un ilimitado volumen de competencia de los Juzgados y Tribunales españoles sino un volumen razonable en atención a la proximidad o vinculación de los supuestos con nuestro ordenamiento».

En suma, el obstáculo que se deriva del artículo 31.1 del CV 1961 no es desproporcionado para el particular, dado que este puede lograr en ciertos supuestos el acceso a los órganos jurisdiccionales españoles y, en todo caso, puede recurrir a los del Estado acreditante.

C) *Voto particular*

1. La STC 140/1995 contiene un voto particular. La tesis central del dictamen es que la lectura que ha hecho el juez *a quo* del artículo 31.1 del CV 1961 es incompatible con la Constitución.

Como no podría ser de otro modo, el punto de partida es común al de la sentencia: El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser limitado por el legislador siempre que el límite que se impone responda a bienes o fines de relieve constitucional y su regulación concreta sea razonable y proporcional a dicha finalidad y al grado de estreñimiento del derecho al acceso a la jurisdicción que entrañan. No se duda, en este voto particular, de que la protección de los agentes diplomáticos a través del mecanismo de la inmunidad ampara bienes constitucionalmente reconocidos. Pero se reconsidera que el contenido de dicha inmunidad sea razonable y proporcionado: la casi «ablatión» del derecho de acceso a la jurisdicción es un medio desproporcionado para salvaguardar el fin que se persigue; esto es, que los agentes diplomáticos ejerzan su función estatal de forma libre y eficaz. Extender las inmunidades de jurisdicción más allá de las actividades relacionadas con las funciones diplomáticas es un «privilegio personal carente de toda finalidad razonable y, por lo mismo, incompatible con los principios de Estado de Derecho y, especialmente..., con el derecho de acceso a la jurisdicción interna». En el voto particular se pueden encontrar dos argumentos para justificar esta tesis:

1) Si la *ratio* de la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos es el ejercicio de las funciones de representación, esto es, de la función diplomática, de manera libre y eficaz, la inmunidad sólo tiene sentido respecto de los actos realizados por los agentes en el ejercicio de dichas funciones y no más allá. En la medida en que se restringe el derecho a la tutela judicial efectiva, la inmunidad no debe ir más allá de lo que constituye su estricto fin: el ejercicio de sus funciones de representación (*ne impediatur legatio*). O, dicho de otra forma, no es necesario para asegurar un buen funcionamiento de las representaciones diplomáticas el hecho de que los agentes gocen de inmunidad de jurisdicción civil absoluta; basta con que la tengan respecto de los actos realizados en ejercicio de su función diplomática.

2) Aunque la inmunidad diplomática tenga un régimen distinto de la inmunidad del Estado extranjero, en la medida en que la *ratio* es la análoga, también los límites a esa inmunidad deben ser análogos. Pues bien, si constitucionalmente es inconcebible una inmunidad absoluta en relación al Estado extranjero (STC 107/1992), lo mismo debe predicarse con relación al agente

diplomático. El hecho de que ambas figuras sean distintas en Dipub no implica que deban serlo en cuanto a su tratamiento constitucional.

## II. COMENTARIO

1. El siguiente comentario se compone de tres secciones: en la primera señalaremos los aspectos internacional-publicistas de la decisión (por ejemplo, el fundamento y la aplicación al caso del artículo 31.1 CV 1961); en la segunda analizaremos brevemente la conformidad constitucional de la decisión del juez *a quo*; y en la tercera, la conformidad constitucional del artículo 31.1 del CV 1961. Como no podía ser de otra forma, pues se ocupa del aspecto más relevante del problema, esta tercera sección es la más extensa de las tres.

### 1. *La inmunidad del agente diplomático extranjero: el artículo 31.1 del CV 1961*

#### A) *Fundamento y límites de la inmunidad de jurisdicción*

1. Según la teoría hoy vigente, el fundamento de la inmunidad jurisdiccional del agente diplomático extranjero es la *necesidad funcional* (6). Frente a las teorías clásicas de la personificación del Estado extranjero (el agente actúa como un representante del Estado extranjero: luego, el representante goza del mismo régimen de inmunidad que el principal) o la teoría de la extraterritorialidad (las acciones del agente diplomático extranjero deben entenderse como si las realizase en el territorio del Estado acreditante), se considera en el Derecho moderno que el auténtico fundamento de esa inmunidad es la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo de la misión diplomática (7). La inmunidad de jurisdicción viene a ser, en cierta medida, un complemento al privilegio de invio-

---

(6) Sobre la inmunidad diplomática véanse E. DENZA: *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 1976; CH. LEWIS: *State and Diplomatic Immunity*, 2.ª ed., 1985; G. McCLANAHAN: *Diplomatic Immunity*, 1989. Para un estudio enfocado en la práctica de los Estados véase J. BROWN: «Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations», *ICLQ*, 1988, págs. 53 y sigs. En la doctrina española véase MARTÍNEZ MORCILLO: *Los privilegios e inmunidades diplomáticos*, Madrid, 1982; QUEL LÓPEZ: *Los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos en el Derecho internacional y en la práctica española*, Madrid, 1993.

(7) Sobre las tres teorías véase, por todos, S. E. NAHLIK: «Development of Diplomatic Law. Selected problems», *R. des C.*, 222 (1990-III), págs. 187 y sigs., págs. 221-224.



labilidad (8) en tanto asegura que los agentes no van a ser perturbados en el ejercicio de sus funciones por intromisiones judiciales. La idea se ve reflejada en el conocido adagio *ne impediatur legatio*. En virtud de este fundamento, esas «inmunidades y privilegios se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados» (9). Según los Estados, el desempeño eficaz de estas funciones exige que la inmunidad diplomática sea, en principio, absoluta.

Es ésta una característica que diferencia la inmunidad diplomática de la inmunidad de jurisdicción y ejecución frente a Estados extranjeros (10) (STC 107/1992, FJ. 4.º): esta última en un principio estuvo basada en la significación del brocardo *par in parem non habet imperium*, pero hoy se aplica con carácter restrictivo limitado a los actos públicos de los Estados en la generalidad de los tribunales nacionales; buena prueba de ello es la más reciente jurisprudencia al respecto de nuestro TC (SSTC 107/1992; 292/1994).

2. El régimen de inmunidad diplomática se encuentra establecido convencionalmente en el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas y en otros tratados sobre la materia (11). En el articulado del CV 1961, que además de tener el carácter de Derecho convencional para las partes es considerado también como Derecho internacional general (12), encontramos un edificio jurídico bien determinado, aunque en la actualidad existe cierta sensibilidad a restringir el alcance de la inmunidad diplomática en algunos supuestos particularmente proclives al abuso (13).

(8) Artículo 29 CV 1961. Sobre esta conexión ver NAHLIK: «Development...», *cit.*, pág. 251; BROWN: «Diplomatic...», *cit.*, pág. 72.

(9) Preámbulo del CV 1961.

(10) Aunque esta idea no es tan clara como se suele considerar, véase, A. TANZI: «Responsabilità degli Stati stranieri per incidenti stradali causati da diplomatici negli Stati Uniti», *Riv. Dir. Int.*, 1985, págs. 563 y sigs., pág. 565, nota 9, y NAHLIK: «Development...», *cit.*, pág. 251.

(11) Véase *supra* nota 4.

(12) Así en el asunto *United States Diplomatic Staff in Teheran*, *ICJ Reports*, 1980, pág. 3, especialmente párrafos 62 y 69.

(13) Entre los casos más famosos de los últimos años deben mencionarse el tiroteo frente a la Embajada Libia en Londres, del que resultó muerta una agente de policía inglesa (sobre este caso, véase R. HIGGINS: «The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience», *AJIL*, vol. 79, 1985, págs. 641 y sigs.; Id.: «UK Foreign Affairs Committee Report on the Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges: Government Response and Report», *Ibid.*, vol. 80, 1986, págs. 135 y sigs.); el caso Abisinio, el embajador de Papua Nueva Guinea en Estados Unidos que conduciendo embriagado colisionó con cuatro coches e hirió gravemente a una persona (véase W. PECORATO: «Diplomatic Immunity-The Abisinio Af-

Por lo que ahora nos interesa, la inmunidad civil que estipula el Convenio, a diferencia de lo que ocurre con la inmunidad penal del diplomático, conoce alguna excepción. El artículo 31.1 CV 1961 establece que el agente diplomático goza de inmunidad civil excepto si se trata de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor. Esta limitación se justifica por una prevalencia del principio de soberanía territorial sobre el principio *ne impediatur legatio* (14). Sin embargo, esta excepción ha planteado dudas interpretativas (15). Esta falta de claridad proviene del significado del concepto «acción real», que puede variar en relación con los diferentes derechos internos de los Estados parte en el Convenio (vid. *infra* § 3.2). Según la jurisprudencia comparada, comprende sólo aquellas acciones que tengan por objeto la propiedad o la posesión del inmueble; la mayoría entiende que el cobro de las rentas y que el lanzamiento de un diplomático de su vivienda particular basado en un incumplimiento contractual es una acción comprendida en la inmunidad (16). Las dudas alcanzan también al fundamento

---

fair», *Harv. Int'l. L. J.*, vol. 29, 1988, págs. 533 y sigs.); el intento de secuestro del señor Umaru Dikko, entonces miembro del Gobierno de Nigeria, en 1984 en el interior de una valija diplomática (véase A. AKINSANYA: «The Dikko Affair and Anglo-Nigerian Relations», *ICLQ*, vol. 34, 1985, págs. 602 y sigs.); el caso Tabatabai, antiguo ministro iraní sorprendido *in fraganti* con casi dos kilos de opio cuando portaba una visa diplomática otorgada por Alemania (véase el comentario de D. Murswiek en *J. Sch.*, 1985, págs. 474 y sigs.); las decisiones de la Corte Suprema de Chile de 1988, donde se plantea el problema de la colisión entre Derechos humanos e inmunidad diplomática (véase O. VICUNA: «Diplomatic and Consular Immunities and Human Rights», *ICLQ*, vol. 40, 1991, págs. 34 y sigs.). Véase también M. HERDEGEN: «The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations», *ZaöRV*, vol. 46, 1986, págs. 734 y sigs.

(14) Sobre la vivienda privada del diplomático véanse artículos 22.1 y 22.3. en relación al 30.1. Ver STEINMANN: «Ein Beitrag zu Fragen der zivilrechtlichen Immunität von ausländischen Diplomaten, Konsuln und anderen bevorrechtigten Personen sowie von fremden Staaten, die durch ihre Missionen oder auf ähnliche Weise in der BRD tätig werden», *MDR*, 1965, págs. 706 y sigs., pág. 707.

(15) Véase BROWN: «Diplomatic...», *cit.*, pág. 54, nota 8. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, celebrada en Viena del 2 de marzo hasta el 14 de abril de 1961, este tema fue objeto de debate principalmente por causa de la propuesta de enmienda presentada por los Países Bajos a través de su representante el señor Riphagen. Esta propuesta, teniendo en cuenta fundamentalmente los problemas derivados de los accidentes de tránsito, estaba inspirada en «motivos de orden práctico, y también en la creencia de que, por necesarios que sean los privilegios e inmunidades para la buena marcha de las relaciones internacionales, no deben ocasionar perjuicios a los ciudadanos particulares» (Documentos oficiales, vol. I: Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria, Naciones Unidas, Nueva York, 1962, pág. 171). La propuesta de enmienda, no obstante, fue rechazada por 37 votos contra nueve y 25 abstenciones (*idem.*, pág. 178).

(16) Véase QUEL LÓPEZ: *Los privilegios...*, *cit.*, pág. 52; GEIMER: *Internationales Zivilprozessrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Colonia, 1993, núms. margs. 769-770; BROWN: «Diplomatic...», *cit.*, págs. 75-

mismo de la norma. Respecto de este último aspecto, se duda sobre la verdadera necesidad de esta inmunidad civil en los casos de arrendamientos para uso familiar como el que nos ocupa, porque es difícil pensar que por esta vía exista el riesgo de instrumentalizar la jurisdicción civil para impedir al diplomático desempeñar su misión. De hecho, no es unánime la consideración de que este tipo de exclusión sea esencial para el buen fin de la misión (17).

En general, la presunción sobre el potencial abuso de la jurisdicción civil para impedir el buen funcionamiento de la misión diplomática es «empíricamente» discutible. La mejor prueba de ello aparece en los casos en que la inmunidad diplomática ha sido utilizada para escapar al cumplimiento de las normas de tráfico y el Estado receptor ha intervenido con un alcance dudosamente compatible con el CV 1961, sin que ello haya supuesto un grave perjuicio para la representación del Estado (18).

3. De todas formas, cualquier acción que no esté comprendida dentro de las excepciones de forma clara y que tenga por destino la recuperación de la posesión material del inmueble encuentra siempre un límite a su ejecutabilidad en el artículo 31.3 [«el agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia»].

#### B) *La aplicación del artículo 31.1 CV 1961 en este caso*

1. Ante un problema de inmunidad jurisdiccional hay que diferenciar si quien arrendó el piso fue el Estado extranjero o el diplomático a título individual:

1) En el primer supuesto, las acciones se deben dirigir contra el Estado extranjero, en cuyo caso habrá que diferenciar si estamos ante un acto *iure gestionis* o *iure imperii*.

Suponiendo que el arrendamiento fuese un acto *iure gestionis*, a las acciones de reclamación de renta o de resolución del contrato, con apercibimiento de lanzamiento, no cabría oponer la excepción de inmunidad.

76, y véase la jurisprudencia nacional recogida en *ItYL*, 1985, págs. 193 y sigs.; *Harv. L. Rev.*, 1989, págs. 1403 y sigs.; *JDI*, 1989, págs. 1092 y sigs.

(17) NAHLIK: «Development...», *cit.*, pág. 255.

(18) BROWN: «Diplomatic...», *cit.*, págs. 77-85.

2) En el segundo supuesto, las acciones se deben dirigir contra el diplomático. La acciones de naturaleza contractual, *v. gr.*, reclamación de rentas o resolución contractual quedan comprendidas en la inmunidad de jurisdicción. El problema se plantea respecto de la acción del arrendador cuyo objeto es lanzar al inquilino y recobrar la posesión del inmueble. Si se considera como acción real se debe incluir en la excepción, pero si no es así, no. De cualquier forma, la orden de desahucio no podrá ejecutarse en contra de la voluntad del diplomático (ya que, *ex art.* 31.3 CV 1961, su domicilio es inviolable).

2. Pues bien, sobre esta cuestión, la decisión del juez ordinario es una decisión razonada en Derecho. El artículo 31.1 CV 1961 excepciona de la inmunidad jurisdiccional las acciones reales sobre inmuebles. Esta excepción comprende todas aquellas acciones planteadas contra el diplomático que traen fundamento en un derecho de naturaleza real: propiedad, usufructo, etc... En el Derecho español, el arrendador que pretende lanzar al arrendatario (inquilino con título) no ejercita una acción real, sino contractual; aunque entre sus efectos pueda estar la recuperación de la posesión. Ahora bien, esto no quiere decir que sea ésta la interpretación más razonable de dicha norma dentro de nuestro ordenamiento. La interpretación del juez ordinario, en este caso, nos parece una interpretación posible en nuestro Derecho, pero no la más correcta. La acción de desahucio dirigida contra el diplomático inquilino *no* debería estar cubierta por la inmunidad; y esto por las siguientes razones:

1) En primer lugar, el Informe del Ministerio de Asuntos Exteriores no es en absoluto vinculante (19). Es cierto que, si bien no está obligado a solicitar dicho informe (20), puede resultar oportuno como elemento informativo. Pero es indiscutible que su tenor no predetermina la decisión judicial. Al juez español se le plantea un problema de interpretación normativa de una norma del Derecho español y para este tipo de cuestiones los jueces son soberanos e independientes. La opinión de la Administración sobre cómo interpretar una ley es un elemento distorsionador en el razonamiento jurídico. Dicho esto, veamos dos razones sustantivas.

2) En principio, para calificar la naturaleza de una acción debe atenderse no al objeto (lo que se pide), sino a la causa o fundamento de la petición. Y las acciones del propietario frente al arrendatario derivadas de una falta de pago

---

(19) Véase, sobre esta cuestión, CHUECA SANCHO y DíEZ HOCHLEITNER: «La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española», *REDI*, 1988-2, págs. 7 y sigs., págs. 46 y 51.

(20) Desde luego, no cabe invocar el RD 1.654/1980, sobre el servicio de lo contencioso del Estado en el extranjero, *BOE*, 16 de agosto de 1980.

(resolución del contrato + restitución) traen fundamento en un vínculo contractual. Ahora bien, podría argumentarse que, en este caso, lo que procede es una *calificación funcional*; una calificación a partir de la teleología de la norma donde se localiza el concepto objeto de calificación. Esto es, una especie de calificación funcional *lex normae* (21). Sobre todo cuando estamos ante una norma de Dipub, cuya vocación es ser incorporada a una pluralidad de ordenamientos. Los conceptos normativos empleados en este nivel no siempre son apropiados; de ahí que el argumento literal deba ceder ante el teleológico. Si el fin del artículo 31.1.a) es garantizar la soberanía de los Estados sobre los inmuebles en su territorio, parece claro que deben comprenderse todas las acciones que afectan, sea cual fuere su fundamento, a los derechos reales sobre tales inmuebles; y la acción del arrendador para recuperar la posesión del inmueble, aunque traiga fundamento en un vínculo contractual, estaría comprendida en esa finalidad. O, dicho de otra forma, a los efectos del artículo 31.1.a) CV 1961 no parece que tenga mucho sentido tratar de forma distinta a la acción del propietario frente al inquilino sin título, que a la acción frente al inquilino con título. Si la *ratio* es la soberanía estatal, su intervención no puede depender de que entre particulares haya o no contrato.

3) El principio de interpretación más conforme con la Constitución exigiría esa interpretación amplia de la excepción. Según nuestra opinión, del artículo 24 no se deriva un principio de interpretación más favorable al derecho fundamental que sea susceptible de amparo; pero sí, un canon hermenéutico análogo que concurre con los demás cánones (22). La aplicación de ese canon de mayor favorabilidad conduciría a rechazar la excepción de inmunidad en el supuesto que nos ocupa.

En suma, aunque en virtud de estos argumentos nos parece más razonable esta segunda opción, la respuesta del juez *a quo* es igualmente defendible —y mediante argumentos racionales— en nuestro sistema. Esto, como veremos, tiene dramáticas repercusiones sobre la perspectiva constitucional.

3. Sea como fuere, la ejecución forzosa de estas acciones siempre va a encontrar un obstáculo. El artículo 31.3 CV 1961 establece claramente que la ejecución sólo cabe con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia. Por consiguiente, la orden judicial de lanzamiento, si es obtenida por el arrendador, no puede ejecutarse coactivamente.

(21) H. WEBER: *Die Theorie der Qualifikation*, Tubinga, 1986, págs. 227-246.

(22) Sobre esta idea, GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «La argumentación más favorable al derecho fundamental, el acceso a los recursos y las decisiones judiciales extranjeras», *DPyC*, núm. 5, 1995, págs. 329 y sigs., págs. 342-345.

## 2. *La conformidad con la Constitución del proceso interpretativo hecho por el juez a quo*

1. En la medida en que el Estado priva al particular del derecho de autotutela, debe ofrecerle una vía jurisdiccional para la satisfacción de sus intereses legítimos. En la Constitución española, esta vía aparece consagrada en el artículo 24 CE. Entre las garantías mínimas que ofrece este derecho fundamental se encuentra el acceso a la jurisdicción. No obstante, este derecho de acceso a la jurisdicción, como cualquier otro derecho fundamental, no es absoluto: el Estado puede imponer límites al acceso. Pero a su vez, hay unos «límites a los límites»; cuando los poderes estatales fijan un límite al derecho fundamental deben respetar las barreras a este poder limitador que impone la propia Constitución. Y, dentro de estas barreras, hay «límites a los límites» en sede de aplicación de la norma limitadora (límites para el aplicador del Derecho) y en sede de formulación de la norma (límites para el legislador) (23). En este párrafo nos vamos a ocupar de los límites para el aplicador y en el siguiente, de los límites para el legislador.

2. Según afirma el TC en la sentencia que nos ocupa, las garantías del artículo 24 CE se han cumplido en cuanto que el juez deniega el acceso a la jurisdicción siguiendo una interpretación razonable de una causa legalmente prevista (el artículo 31 CV 1961, vid., *supra* § 3.2). En términos generales, la interpretación de las leyes es competencia de los jueces ordinarios; por consiguiente, si la decisión judicial está fundada en Derecho y no hace una interpretación de la norma arbitraria o manifiestamente irracional, no hay vulneración del artículo 24.1 (doctrina claramente establecida desde la STC 148/1994).

Pues bien, en este caso y como acabamos de ver, la interpretación que hace el juez *a quo* del artículo 31.1 CV, aunque no nos parezca la más correcta, es una de las posibles, y es defendible mediante argumentos racionales (FJ. 4.º: sentido literal del texto, jurisprudencia comparada y génesis normativa); en esta medida, satisface las exigencias constitucionales. Dentro de esos límites, el mayor o menor acierto de la decisión judicial es una cuestión de legalidad ordinaria. El artículo 24 no ampara el acierto de las decisiones judiciales.

3. El voto particular se aparta de la decisión mayoritaria y defiende la procedencia del amparo, entre otras razones, en aplicación del principio *pro*

---

(23) Muy bien explicada esta distinción en M. BACIGALUPO: «La aplicación de la doctrina de los “límites inmanentes” a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal», *REDC*, núm. 38, 1993, págs. 297 y sigs., págs. 299-304.

*actione*. El juez ordinario debe interpretar las normas en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental y, por lo tanto, al acceso a la jurisdicción. Lo que en este caso supone que la excepción del artículo 31.1 del CV 1961 debería haberse interpretado extensivamente para permitir así el acceso a la jurisdicción.

Pues bien, esta crítica a la sentencia no nos parece pertinente. Por un lado, esa interpretación *pro actione* exige una utilización «relativamente forzada» de los cánones hermenéuticos (24). Pero, aun cuando cupiese esa interpretación (como creemos que sucede en nuestro caso), la opción entre una y otra es algo que no compete al Tribunal Constitucional. Aunque del artículo 24 CE se pueda derivar un principio hermenéutico *pro actione*, éste no tiene rango de derecho fundamental y susceptible de amparo. Si la norma es conforme con la Constitución y permite varias interpretaciones todas ellas igualmente conformes, aunque unas permitan el acceso y otras no, la elección es competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. Por lo tanto, nos parece absolutamente correcto la exclusión del principio *pro actione* como canon de constitucionalidad no sólo en el ámbito del acceso a los recursos (como es doctrina reciente en las decisiones del TC, vid., por todas, SSTC 255/1994 y 267/1994), sino también en el ámbito del acceso a la jurisdicción (25).

4. En este sentido, la STC que ahora nos ocupa se aparta de las dos sentencias anteriores sobre inmunidad del Estado extranjero. En las SSTC 107/1992 y 292/1994 la constitucionalidad de la decisión judicial exigía: 1) que la norma aplicada fuese conforme con la Constitución, lo que a su vez suponía, que protegiese un bien constitucionalmente legítimo y que respetase el principio de proporcionalidad, y 2), que la interpretación de dicha norma fuese la más favorable al derecho a la tutela. Ahora este segundo requisito, muy razonablemente, ha quedado preterido: es suficiente con que se trate de una decisión fundada en Derecho que no sea manifiestamente irrazonable o arbitraria. Pero queda por resolver el primer requisito: ¿es compatible con la Constitución la inmunidad de jurisdicción que proclama el artículo 31.1 CV 1961?

(24) En general (y aunque no es el caso), el riesgo del principio *pro actione* es que se utilice para forzar o falsear la norma formulada por el legislador, con lo que el juez ordinario actúa, a la vez, como Tribunal Constitucional (en la medida en que procede como si la solución que ha querido el legislador fuese inconstitucional) y como legislador (en la medida en que formula una nueva norma). Y esto es algo impropio en nuestro sistema.

(25) Para mayores argumentos vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «La argumentación...», cit., págs. 342-345. Esto no implica, como ya señalamos, que el principio *pro actione* no pueda intervenir en el discurso argumental, es más, debería hacerlo, pero con el mismo rango que los otros cánones.

### 3. *La conformidad constitucional del artículo 31 CV 1961*

1. Los derechos fundamentales no son derechos absolutos, sino que pueden ser objeto de límites por el legislador. Pero su actuación no es discrecional. Según la Constitución y la propia jurisprudencia del TC, los límites para el legislador («límites a los límites» en sede de formulación normativa) son básicamente tres: la protección de otro derecho fundamental o bien constitucionalmente amparado («bienes e intereses constitucionalmente protegidos»), el principio de proporcionalidad y el respeto al contenido esencial del derecho. El límite al derecho fundamental debe perseguir un bien constitucionalmente amparable, debe ser una medida proporcionada a dicho fin y debe respetar su contenido esencial.

En concreto, con relación al derecho establecido por el artículo 24, el TC ha confirmado que los obstáculos a la jurisdicción sólo serán legítimos si obedecen a la finalidad de proteger otros bienes o intereses amparados constitucionalmente y guardan proporción con las cargas que imponen a los justiciables, requisitos que deberán ser examinados por el TC para comprobar su constitucionalidad (desde la STC 3/1983; SSTC 158/1987; 4/1988, o 107/1992; 48/1995). O, formulado en otros términos, el legislador no puede oponer obstáculos al acceso al proceso que sean «innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco constitucional».

2. La proyección de estas exigencias en el caso que nos ocupa requiere demostrar (STC 196/1987): 1) que el funcionamiento eficaz de la representación diplomática es un fin constitucionalmente legítimo; 2), que la inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos es una medida «razonable y proporcionada» respecto de ese fin, y 3) que se respeta el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (26). No obstante, siguiendo un planteamiento ya habitual el TC no hace una valoración independiente de este último aspecto, sino que parece integrarlo en el principio de proporcionalidad (FJ. 10).

Como veremos a continuación, las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad y del respeto al contenido esencial se concretan, en el caso que

---

(26) En este sentido, la argumentación de nuestro TC es enormemente más rica que la del TC italiano en un caso parecido, la sentencia de la Corte Constitucional italiana puede verse en *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1980, págs. 197 y sigs.; denuncia esa falta de argumentación, L. CONDORELLI, en *ItYL*, 1978-1979, págs. 148-149; Id.: «Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione», en *G. Cost.*, 1979, págs. 455 y sigs.



nos ocupa, en una sola cuestión: ¿le quedan al particular vías adecuadas para satisfacer sus intereses legítimos?

### A) *Bienes constitucionalmente amparables*

1. Desde la STC 11/1981, el TC ha proclamado que los límites a los derechos fundamentales sólo son admisibles cuando se justifican por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos fundamentales, sino también otros «bienes constitucionalmente legítimos». Es ésta una exigencia de concordancia derivada del principio de unidad de la Constitución. Ahora bien, fuera de los «otros derechos fundamentales» el problema estriba en identificar cuáles son esos bienes o valores constitucionalmente legítimos (27).

2. La práctica del TC ha sido muy generosa a la hora de identificar esos bienes constitucionalmente legítimos. No se trata tanto de valores o bienes expresamente reconocidos por la Constitución, cuanto de valores y bienes reconducibles o amparables bajo el texto constitucional (aunque unos y otros deben valorarse de forma distinta en la aplicación del test de proporcionalidad).

El fin que persigue la institución de la inmunidad diplomática es garantizar el buen funcionamiento de las representaciones diplomáticas estatales y, en última instancia, el desarrollo sin fricciones de las relaciones interestatales (*supra* § 3.1). Y no cabe duda de que éste (el buen funcionamiento de las relaciones diplomáticas interestatales) es un fin legítimo dentro de nuestra Constitución. En este aspecto coinciden la Sentencia y el voto particular. El legislador puede adoptar medidas destinadas a salvaguardar la fluidez de las relaciones con los otros Estados, uno de cuyos instrumentos más eficaces son las representaciones diplomáticas. En consecuencia, puede adoptar medidas llamadas a proteger el buen funcionamiento de estas representaciones. Sobre este extremo no cabe punto de crítica a la decisión del TC y, por ello, no vemos razón para detenernos más.

### B) *La proporcionalidad de la limitación*

Junto a que el fin perseguido sea amparable en la CE, la segunda exigencia

---

(27) Sobre este problema, véase, ALONSO GARCÍA: «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», *RAP*, núm. 100-102, 1983, págs. 21 y sigs., págs. 52-55; L. AGUIAR DE LUQUE: «Los límites de los derechos fundamentales», *Rev. C. Est. Const.*, 14, 1994, págs. 9 y sigs., pág. 21.

constitucional es que la medida limitadora sea *razonable y proporcionada* (FJ. 5.º *in fine*).

a) *Sobre el principio de proporcionalidad en general*

1. El principio de proporcionalidad viene siendo exigido desde la STC 62/1982 (28).

Como principio general del Derecho constitucional, el «principio de proporcionalidad» ha tenido una importancia muy notable en el sistema alemán (29). La doctrina alemana exige que toda acción estatal limitadora de los derechos fundamentales sea: 1) *útil o adecuada*; 2) *necesaria o indispensable*, y 3) *proporcionada en sentido estricto* [por ejemplo, 1) ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida: el medio ha de ser *idóneo* con relación al *fin*; 2) «imprescindible» al no haber otra medida menos restrictiva: ha de ser el medio más moderado entre los posibles, y 3) «ponderada» por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre los derechos fundamentales] (30).

Con relación al legislador, estas exigencias implican: 1) que se trate de un medio con cuya ayuda *se puede* fomentar el objetivo de que se trate; la posibilidad de que el fin se alcance parcialmente o de que *ex post* se demuestra inalcanzable no es inconstitucional. El legislador puede equivocarse. La mejor manera de formular esta exigencia es en términos negativos: no cumple la conformidad con la Constitución cuando la medida dificulta la consecución del fin perseguido o no cabe esperanza alguna de que se logre. 2) En segundo lugar, los límites de los derechos fundamentales que se establecen deberán ser absolutamente indispensables para la satisfacción del interés general. Sólo es admisible la medida si no hay otra menos gravosa para los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia. 3) La llamada proporcionalidad *stricto sensu* requiere ponderar los costes que se derivan para el ciudadano y si estos costes «compensan» los beneficios que de su aplicación se derivan para el interés general. No se trata ahora de valorar un medio (variable) respecto de un fin (tomado éste como constante), sino de con- jugar ambas variables: debe ponderarse el derecho limitado y el bien que justifica dicha limitación.

---

(28) AGUIAR DE LUQUE: «Los límites...», *cit.*, pág. 30. Sobre el «principio de proporcionalidad» en general véase PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», *Poder Judicial*, 17, 1990, págs. 69 y sigs.; J. BARNES: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *RAP*, núm. 135, 1994, págs. 495 y sigs.

(29) BARNES: «Introducción...», *cit.*, pág. 496, nota 1.

(30) BARNES: «Introducción...», *cit.*, pág. 500.

Nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado este principio de la proporcionalidad básicamente en el ámbito de los derechos fundamentales, aunque aún no lo ha formulado ni con el mismo alcance ni con la misma precisión que el TC alemán (31).

Actitud que no nos parece censurable. El riesgo que tiene la aplicación rigurosa de la teoría del principio de proporcionalidad con relación al legislador, tal y como ha sido formulada por la doctrina constitucional alemana, es que el Tribunal Constitucional acabe desplazando al legislador y, en consecuencia, ejerciendo funciones que no le competen (32). De ahí que el «control de proporcionalidad» debe ser un control de mínimos (33).

2. En concreto, con relación al derecho a la tutela judicial efectiva, se ha exigido que los límites al ejercicio de este derecho deben ser «razonables» con relación a los fines que persiguen y «proporcionadas» sus consecuencias para el particular (34). Este doble control se requiere también en el caso que nos ocupa.

Este esquema (test de razonabilidad + test de proporcionalidad), tomado de los límites que impone el artículo 14, no se aparta tanto de la «construcción alemana» como pueda parecer. El test de razonabilidad guarda ciertas semejanzas como la exigencia de adecuación (idoneidad) de la medida; y en el test de proporcionalidad debe considerarse tanto la gravedad del sacrificio que exige la medida como la proporcionalidad (en sentido estricto) respecto del fin que persigue. Pero si se quiere respetar el ámbito de juego del legislador, este control debe ser un «control de mínimos»; de ahí que el test de razonabilidad sólo exigiría que la medida no fuese «manifiestamente irrazonable» respecto del fin que persigue, y el test de proporcionalidad, que la medida no fuese «excesivamente gravosa» para el derecho fundamental afectado. El TC no está para corregir las injusticias, sino sólo para corregir las injusticias inconstitucionales.

(31) BARNES: «Introducción...», *cit.*, págs. 531-534. De lo que conocemos, la sentencia que más se aproxima al esquema trinitario alemán es la 66/1991.

(32) ALONSO GARCÍA: «El principio...», *cit.*, págs. 56-57. Esta es el principal argumento invocado por Forsthoff para criticar el principio de proporcionalidad, véase FORSTHOFF: *El Estado de la sociedad industrial* (trad. Lopéz Guerra y Nicolás Muñiz), Madrid, 1975, págs. 231-247.

(33) Sobre esta idea, en la doctrina alemana, véase H. SCHNEIDER: «Zur Verhältnismäßigkeitskontrolle - insbesondere bei Gesetzen», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, II, Tubinga, 1976, págs. 390 y sigs., pág. 397. Aunque radical, resulta muy expresivo el conocido por la doctrina norteamericana como «Holmes's puke test»: «A law is constitutional unless it makes the judge want to puke».

(34) Entre otras, SSTC 3/1983; 206/1987; 4/1988; véase BARNES: «Introducción...», *cit.*, pág. 531, nota 164.

b) *¿La inmunidad de jurisdicción civil es una medida proporcionada?*

1. El TC exige, para que la inmunidad de jurisdicción del diplomático extranjero sea conforme con nuestra Constitución, que se trate de una medida razonable y proporcionada a los fines arriba señalados (FJ. 5.º, *in fine*). Esto es: 1) Que aparentemente sea una medida adecuada para conseguir el fin que persigue o, mejor dicho, «que no sea manifiestamente irrazonable o arbitraria» respecto a dicho fin (por ejemplo, el buen funcionamiento de las relaciones internacionales), y 2) que no sea excesivamente gravosa para el derecho fundamental. Ambos requisitos son acumulativos. De tal modo que, aun cuando se satisfaga el primer requisito, si el particular *no goza de vías apropiadas* para satisfacer su interés legítimo, la inmunidad de jurisdicción civil del diplomático extranjero sería contraria al artículo 24 CE (por no guardar las exigencias del test de proporcionalidad) y probablemente también al 33 (expropiación de un derecho por razón de utilidad pública sin indemnización) y por esta misma razón al principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas. Si, por el contrario, el particular goza de *vías apropiadas* para satisfacer su interés no se vulneraría ningún precepto constitucional. Como entiende la STC que nos ocupa en el FJ. 10 (y la STC 107/1992, FJ. 4.º): la inmunidad de jurisdicción civil sólo satisface el canon constitucional de proporcionalidad si le quedan al particular afectado vías apropiadas para la satisfacción de sus intereses legítimos.

O dicho de otra forma: hay dos aspectos cuyo análisis puede diferenciarse, una cosa es que ciertos sujetos, los diplomáticos extranjeros, gocen de inmunidad de jurisdicción civil ante los tribunales españoles, norma cuya constitucionalidad *per se* debe ser analizada para comprobar si se trata de una medida «no arbitraria o manifiestamente irrazonable» con relación al fin que persigue [*infra*, § a’)]; y otra distinta, los límites que esa norma impone al ejercicio de los derechos fundamentales [*infra*, § b’)]. El legislador puede establecer una regla de inmunidad en España de los agentes diplomáticos o de Estados extranjeros, pero la Constitución exigiría que se acompañe de un mecanismo de satisfacción (o compensación) para los particulares afectados.

a’) La inmunidad de jurisdicción civil del diplomático extranjero no es una medida arbitraria o manifiestamente irrazonable

1. La discrepancia última del voto particular con la sentencia estriba en si la inmunidad de jurisdicción civil —ante los tribunales españoles— de los

agentes diplomáticos extranjeros resulta estrictamente necesaria para asegurar el buen funcionamiento de las representaciones diplomáticas. Pues bien, asumiendo que el particular goce de otras vías adecuadas para satisfacer su interés legítimo (problema al que luego aludiremos), no creemos que esa cuestión tenga relevancia constitucional, (salvo que se trate de una medida manifiestamente arbitraria o irrazonable, que no es el caso).

2. Es cierto que de *lege ferenda* puede ser discutible el mayor o menor acierto de la regla (*supra*, § 3.1).

Es más, el argumento sustantivo que se ofrece para justificar esta medida no es plenamente convincente. La idea de que así se garantiza el buen funcionamiento de la misión diplomática (35) sólo vale mientras el mercado ignore la regla; si la regla es conocida, al menos en las transacciones voluntarias, sucederá precisamente lo contrario. Nadie estará dispuesto a realizar una transacción con un diplomático extranjero sin repercutir en el precio el riesgo asociado a la imposibilidad de utilizar los mecanismos judiciales de implementación normativa. Por ejemplo, en el ámbito de los arrendamientos, si los propietarios de viviendas conocen la regla no estarán dispuestos a alquilar sus inmuebles a diplomáticos extranjeros o sólo lo harán repercutiendo en el precio la tasa de riesgo que asumen (36), lo cual en vez de facilitar dificulta la misión del diplomático.

Sin embargo, la decisión última pertenece al legislador. El legislador formula una presunción *iuris et de iure* según la cual todas las acciones jurisdiccionales planteadas contra el diplomático extranjero pueden entorpecer su función. Pero, en cuanto que no sea manifiestamente arbitraria o irrazonable, el formularla como tal presunción o de otra forma es una cuestión de legalidad ordinaria. El legislador es libre para diseñar las medidas que considera oportunas para asegurar el buen funcionamiento de las relaciones internacionales. Y el TC no puede desplazar las consideraciones de oportunidad que hace el legislador a ese nivel. Desde la perspectiva constitucional es suficiente con que la medida no aparezca como manifiestamente arbitraria o irrazonable respecto del fin que persigue. Ir más allá subvierte el juego de las reglas democráticas.

3. Pues bien, como acabamos de decir, la inmunidad de jurisdicción civil (sólo ante los tribunales españoles, no se olvide) del diplomático extranjero puede ser más o menos racional, pero desde luego no es una medida manifies-

(35) Detenidamente, A. MARTÍNEZ MORCILLO: *Los privilegios...*, cit., págs. 22-24.

(36) Véase D. LOSCERTALES FUERTES: «No alquilar a diplomáticos», *Tapia*, noviembre 1995, págs. 7 y sigs.

tamente arbitraria o irrazonable. Y así resulta bien demostrado en la argumentación del TC (FF. JJ. 7.º, 8.º y 9.º) que utiliza dos criterios objetivos para fundamentar su decisión: 1) La inmunidad de jurisdicción civil está recogida en textos internacionales y por lo tanto es una norma de Derecho internacional convencional que en gran medida puede asimilarse a una norma de Derecho internacional general como consecuencia de la práctica que la secunda y de la conciencia de obligatoriedad que sobre ella parecen profesar los Estados. Es difícil decir que se trata de una medida manifiestamente arbitraria o irrazonable cuando es aceptada por la generalidad de los Estados; 2) Puede beneficiar al servicio exterior del Estado español (art. 103.1 CE), dado que es un ámbito en el que la sanción de reciprocidad se ha considerado relativamente efectiva (37).

Hay otro argumento que también puede invocarse para justificar que la regla se haya formulado como presunción, *iuris et de iure*, de que todas las acciones civiles entorpecen el buen funcionamiento de la representación diplomática (esto es, como *tipische abstrakte Gãfahr*) (38). Toda presunción *iuris et de iure* tiene el sentido de reducir los llamados «costes terciarios» o costes de administración de la norma. En la práctica puede haber casos en los que las acciones civiles contra diplomáticos extranjeros entorpezcan el buen funcionamiento de la delegación diplomática y casos en los que no. Pero el coste de discriminar correctamente entre unos y otros puede ser muy elevado (máxime si consideramos que parece mucho más grave tratar un acto *iure imperii* como si fuese *iure gestionis* que lo contrario) (39). Por un lado, es bastante dudoso que las partes vayan a transmitirle información verídica al juez; por otro, siempre está la duda de que el juez del Estado receptor vaya a adoptar una decisión imparcial (40), y, por último, los costes de decisiones abusivas no los va a padecer sólo el Estado acreditante, sino un particular: el diplomático (41). Precisamente, para evitar

(37) QUEL LÓPEZ: *op. cit.*, pág. 21. Este argumento también es discutible. El mecanismo de la reciprocidad sólo actúa bajo un horizonte ilimitado de repetidas jugadas; y las relaciones pacíficas entre los Estados no es un juego de este tipo. O dicho de otra forma, nada garantiza que mañana Italia o cualquier otro país no cambie su actitud. Este cambio de actitud está determinado por una pluralidad de factores entre los que la reciprocidad ocupa un papel muy reducido.

(38) GEIMER: *Internationales...*, cit., núm. marg. 594.

(39) La idea ya fue apuntada por Sir C. HURST: «Les immunités diplomatiques», *R. des C.*, 12 (1926-II), págs. 113 y sigs., pág. 179.

(40) *Ibid.*, pág. 180.

(41) Este último aspecto (que en puridad de términos no es un auténtico «coste terciario») puede invocarse para justificar por qué en el caso de los diplomáticos se trata de una inmunidad absoluta y en el caso de los Estados es relativa. En el caso de los Estados, los costes de los errores en la aplicación de la norma (por ejemplo, abusos por el Estado receptor) los padece el propio Estado, un sujeto involucrado directamente en las relaciones interestatales y quien dispone de mu-

estos «costes terciarios» de discriminación de las conductas lo que hace el legislador es establecer una presunción *iuris et de iure*: todos entorpecen el buen funcionamiento.

(Repetimos una vez más. Esto no implica que el sistema de inmunidad absoluta sea el más razonable, probablemente de *lege ferenda* hoy en día no lo sea, pero sí que no es manifiestamente irrazonable ni arbitrario, que es lo que nos interesa desde la perspectiva constitucional).

b') Inconstitucionalidad por omisión: ¿ha establecido el legislador una vía adecuada para la satisfacción del interés legítimo del actor?

1. Si no existe una vía a través de la cual el particular pueda satisfacer su interés legítimo el sistema de inmunidad es inconstitucional. El acceso a la jurisdicción «... constituye la culminación del sistema de derechos y garantías característico del Estado de Derecho» (STC 294/1994, FJ. 3.º). Si hay un contenido mínimo del derecho a la tutela judicial efectiva ese es el de poder acceder a un procedimiento de tutela de los intereses legítimos. Sólo así es admisible que el Estado «expropie» el derecho de autotutela de los particulares (42). La *posibilidad* de acceso a la tutela jurisdiccional es una garantía imprescindible en un Estado de Derecho. Es cierto que esta posibilidad puede perderse en dos supuestos: 1) Cuando colisione con otro derecho fundamental (tras el adecuado juicio de ponderación), o 2) Cuando sea por una causa imputable al particular (por ejemplo, acuda a un orden jurisdiccional incompetente, deje transcurrir los plazos de prescripción, etc...). Pues bien, en el caso de la inmunidad de jurisdicción de los diplomáticos extranjeros, la imposibilidad de acceso ni es imputable al particular (*en principio, vid. infra* párrafo siguiente), ni a la protección de un derecho fundamental de la contraparte (no hay un de-

chos mecanismos tanto para asegurar ese riesgo como para prevenirlo a un menor coste. En cambio, en el caso de los diplomáticos, los costes de error en la aplicación de la norma los padecería el propio diplomático (en última instancia, un particular), ajeno como sujeto a las relaciones interestatales. La presunción *iuris et de iure* en el caso de que el demandado sea un diplomático evita que los «abusos» del Estado receptor los padezca un particular.

Es más, esa forma de presunción protege igualmente al Estado acreditante frente a sus propios diplomáticos. El temor de estos a padecer las consecuencias de actos que benefician a su Estado actúa como un desincentivo que puede reducir la eficacia de sus funciones. Incluso, se evitan así hipotéticos acuerdos colusorios entre el diplomático y el Estado receptor (en perjuicio de los intereses del Estado acreditante). Mientras que una norma flexible (o de inmunidad relativa) incentiva la «sobreprcaución», la corrupción y el soborno, la presunción *iuris et de iure* los elimina; se explica, en suma, como un mecanismo adecuado para resolver un problema de costes de agencia.

(42) ROSENBERG y SCHWAB: *Zivilprozessrecht*, 14.ª ed., Munich, 1986, pág. 3.

recho fundamental de los diplomáticos extranjeros a la inmunidad jurisdiccional), sino a la realización de un interés público. Un interés público que si bien es amparable en la Constitución, no está expresamente recogido en ella. Y es difícil admitir que este tipo de intereses generales sean suficientes para excluir el ejercicio de un derecho fundamental. Ni el respeto al «contenido esencial» (según la teoría subjetiva) ni el requisito de proporcionalidad en sentido estricto quedarían satisfechos. De ahí que, si el sistema no ofrece una posibilidad al particular de satisfacer sus intereses legítimos, sería inconstitucional (estaríamos ante una especie de «inconstitucionalidad por omisión», un defecto de protección contrario a la Constitución). Y así parece admitirlo el propio TC en esta sentencia: sólo se respeta el canon de proporcionalidad constitucional si el particular goza de vías de protección de sus intereses (FJ. 10) (43); si no existen tales vías, la medida sería «excesivamente gravosa» (44). Por otro lado, probablemente, también sea contraria: 1) al artículo 33 CE, pues en última instancia el particular vería expropiado un derecho por razón de utilidad pública sin compensación, y 2) al principio de igualdad en la contribución de las cargas públicas (STC 107/1994, FJ. 3.<sup>o</sup>).

Esto supone que el Estado español es libre para aceptar la regla de inmunidad *cuasi* absoluta prevista por el CV 1961 o no hacerlo (la inmunidad ante los tribunales españoles *per se* no es inconstitucional); pero si lo hace, constitucionalmente estaría obligado a completar esa regla con un mecanismo de compensación de los intereses privados.

Es más, para que sea constitucional es necesario que el particular disponga de vías para satisfacer su interés legítimo, pero no de cualquiera, sino de vías *asequibles* y *adecuadas*: de una posibilidad real y efectiva de satisfacer su interés legítimo. Si no son asequibles ni adecuadas, es como si no dispusiera de vía alguna (recordemos que el derecho es a una tutela judicial cualificada como *efectiva*) (45).

---

(43) En parecidos términos, M. PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA: *REDI*, 1994, 2, págs. 726-727; y en la doctrina italiana, CONDORELLI: «Le immunità...», *cit.*, págs. 460-462; y la reciente decisión de la Corte Constitucional italiana, de 2 de julio de 1992, en *ILM*, 1994, págs. 595 y sigs.; véase, U.N. Doc. A/CONF.20/10/Add. I, *United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities*, Ginebra, 1962, II, pág. 100.

(44) Aunque en otro ámbito, puede tener cierta relevancia el hecho de que el TC haya considerado inconstitucionales las presunciones *iuris et de iure* cuando afectan a la raíz de un derecho fundamental (STC de 2 de julio de 1981); detenidamente, ALONSO GARCÍA: «El principio...», *cit.*, págs. 38-42.

(45) A este respecto parece unánime la doctrina italiana en considerar que el actor debe tener un cauce adecuado para poder satisfacer su pretensión cuando se encuentra con la barrera de



2. *Excurso.* Al margen del problema constitucional, la inexistencia de tales vías sería *ineficiente*. Desde una perspectiva jurídico-privada, una regla de inmunidad puede tener sentido económico y funcionar correctamente si el mercado también funciona correctamente. En este supuesto, el derecho de inmunidad será negociado por las partes y éstas lo atribuirían a aquélla que más lo valore. Si es el Estado extranjero quien más lo valora, éste lo mantendrá y el particular lo único que hará es o lisa y llanamente no contratar o repercutirlo en el precio; el aumento de precio implica un aseguramiento de los riesgos asociados a una posible inmunidad de jurisdicción y/o ejecución. Si es el particular quien más lo valora, sencillamente se lo comprará al Estado incluyendo una cláusula de renuncia. Si el mercado es transparente y las partes operan bajo condiciones de plena información no hay problemas. El Estado extranjero, que «compra» la cláusula de inmunidad, opera en el mercado en condiciones de imposibilidad jurídica de ejecución; es como si operara en el mercado alguien que no posee bien alguno (imposibilidad fáctica de ejecución); y quien la padece voluntariamente es un particular que renuncia a la implementación coactiva del Derecho privado.

En el supuesto que nos ocupa, si el arrendador, consciente de ese riesgo, lo hubiese repercutido en el precio (*v. gr.*, exigiendo una elevada fianza o un aval) no puede luego invocar el artículo 24 CE para intentar una demanda ante los tribunales españoles (46). La falta de acceso a la jurisdicción derivaría de un acto imputable al propio demandante, ya que este ha renunciado (a cambio de una compensación) a la posibilidad de implementar mediante el recurso a la coacción estatal las normas del Derecho privado. Asumamos que en este caso no ha sido así, para continuar el análisis (47).

Las dificultades se plantean cuando sólo una de las partes, el diplomático, sabe que posee ese derecho de inmunidad (como hemos asumido que sucedía en este caso) o cuando, pese a saberlo ambas, el derecho no ha podido ser negociado (*v. gr.*, supuestos de responsabilidad extracontractual o de adquisición del cargo de diplomático con posterioridad a la celebración del contrato). Bajo estas condiciones, la solución es ineficiente: el particular afectado pierde la posibilidad de implementar frente al diplomático las normas de Derecho privado, con la grave consecuencia de que el diplomático no tendrá ningún incentivo para cumplir esas normas.

---

la inmunidad de jurisdicción; así, M. IOVANE: «In tema di immunità dei quartieri generali della Nato dall'«esecuzione forzata», *Riv. Dir. Int.*, 1985, págs. 326 y sigs., pág. 335; R. P. MAZZESCHI: «Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e Costituzione Italiana», *Riv. Dir. Int.*, 1976, págs. 489 y sigs., pág. 516.

(46) Este argumento parece definitivo para salvar la constitucionalidad del régimen de inmunidad de jurisdicción en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 13 de diciembre de 1977, en *NJW*, 1978, págs. 485 y sigs.

(47) El hecho de que el contrato contuviese una cláusula de sumisión a los tribunales españoles parece indicar que, en efecto, el arrendador no incorporó el riesgo de inmunidad jurisdiccional a la órbita del contrato.

Nos explicamos. Asumamos que las normas de Derecho privado son eficientes y que por lo tanto el legislador quiere su cumplimiento. Los particulares están sujetos al sistema jurídico-privado. Ahora bien, para que ese sistema se respete es necesario un mecanismo de implementación normativa: sólo la amenaza real de imposición coactiva funciona como mecanismo que incentiva ciertos comportamientos (aquellos conformes con la norma) y desaliente otros (aquellos disconformes). La posibilidad de instar este sistema de implementación, en el Derecho privado, corresponde a los sujetos privados. En principio, sólo los particulares interesados (y no el Estado *ex officio*) son quienes pueden activar la implementación coactiva de las normas. Y esta implementación se logra a través de la tutela jurisdiccional. Si no hay posibilidad de activar esta tutela jurisdiccional, no hay amenaza de implementación coactiva y, en consecuencia, no habrá incentivos para cumplir el Derecho privado. Esta idea vale también para las relaciones privadas de los diplomáticos: tanto para el Estado como para el cuerpo diplomático en su conjunto es eficiente el respeto a las normas de Derecho privado (y así lo proclama el artículo 41.1 del CV 1961). Pero si el particular afectado por el incumplimiento de un diplomático extranjero no puede activar ningún mecanismo adecuado de satisfacción de su interés, el diplomático extranjero no tendrá ningún incentivo para cumplir con las normas de Derecho privado. Se plantea así un problema de acción colectiva: para todos es beneficioso el respeto a las reglas de Derecho privado, pero cada diplomático individual carece de incentivos para hacerlo. Cada diplomático individual tenderá a comportarse como un *free rider*: y ello porque de este modo puede aumentar su beneficio particular (en forma de las rentas que obtiene del incumplimiento contractual o del ahorro de medidas de prevención, en supuestos de responsabilidad extracontractual) desplazando sobre los demás el coste (en forma de desprestigio del cuerpo diplomático) (48).

En nuestro caso, si el arrendador no tiene posibilidad efectiva de ejercitar sus pretensiones, el arrendatario (diplomático extranjero) no tiene incentivos jurídicos para cumplir el contrato. Pero puede ser bastante más grave si se piensa en supuestos de responsabilidad extracontractual, ya que en estos casos, el diplomático extranjero no tendría ningún incentivo para adoptar medidas de prevención eficientes.

El principio de eficiencia no sólo exigiría una vía de satisfacción accesible al interesado sino, además, una vía que conduzca a que una última instancia las consecuencias de sus conductas las padezca el diplomático extranjero; esto es,

---

(48) Esto puede explicar el hecho de que el cuerpo diplomático ha sido tradicionalmente muy endogámico y familiar, en donde, además, había mecanismos de «internalización» de lo que significaba la condición de diplomático. Esta internalización de las normas y las sanciones sociales (reputación) funcionaban como mecanismos endógenos que incentivan el respeto a las normas. Por otro lado, las elevadas inversiones de entrada que exigé la profesión de diplomático y la existencia de retribuciones aplazadas generan cuasi-rentas que incentivan el respeto a las normas.

que *internalice los costes de sus actos*. Cualquier otro mecanismo, desde la perspectiva «eficientista» provocaría los mismos efectos que la inexistencia de mecanismos de satisfacción.

En definitiva: desde la perspectiva constitucional, el problema es qué vías le quedan al particular para satisfacer su interés legítimo y si estas vías son realmente accesibles; desde la perspectiva del principio de eficiencia, el problema además es si esas vías conducen a que el diplomático extranjero acabe internalizando las consecuencias de sus actos.

3. El TC salva la constitucionalidad del artículo 31 CV 1961 considerando que el particular (el arrendador en este caso) sí que tiene vías de satisfacción de su interés legítimo. Y apunta dos: 1) Instar la declaración de persona *non grata* y en última instancia reclamar la responsabilidad del Estado español; 2) Acudir a los Tribunales italianos (49).

4. La primera opción que prevé el TC es instar la declaración de persona *non grata* y, subsidiariamente, reclamar una posible indemnización por actividades de la Administración. Dado que la primera vía surge del CV 1961 y la otra sería posible a través de una interpretación de las fuentes normativas internas, procederemos a estudiar primero los eventuales remedios derivados del Convenio.

Los posibles remedios previstos por el Dipub son tres: 1) La declaración de persona *non grata*. La regulación de la declaración de un agente diplomático como persona *non grata* proviene de una antigua práctica internacional que ha sido codificada en el artículo 9 CV 1961, cuyo párrafo primero dice que «El Estado receptor podrá en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que el Jefe u otro miembro del personal de la misión es persona *non grata* o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable (...)». Esta declaración, si es realizada tras la acreditación, tendrá como consecuencia el retiro del agente o la terminación de sus funciones, que el Estado acreditante deberá ejecutar en un plazo razonable porque de lo contrario, según lo estipula el párrafo segundo del artículo 9 CV 1961, el Estado receptor podrá negarse a reconocer al agente en cuestión como miembro de la misión (50). 2) La renuncia a la inmunidad de jurisdicción. El CV 1961 prevé la posibilidad de que se renuncie a la inmu-

(49) Una tercera vía, prevista expresamente por el CV 1961, es aguardar a que el diplomático termine sus funciones y reclamar entonces (art. 43 CV 1961); pero que esta vía es insuficiente es algo tan evidente que no requiere mayores comentarios.

(50) Sobre la declaración de *persona non grata* véase, QUEL LÓPEZ: *Los privilegios...*, cit., págs. 123 y sigs.; NAHLIK: «Development...», cit., págs. 352 y sigs.

nidad diplomática del agente extranjero (incluso mediante cláusula contractual). La renuncia debe ser expresa y no se presume. La competencia para declarar esta renuncia no corresponde al diplomático sino al Estado acreditante, y tiene carácter discrecional: Lo más que pudo lograrse en la Conferencia fue adoptar una resolución sobre arreglo de conflictos civiles donde se recomienda que «el Estado acreditante debe renunciar a la inmunidad de los miembros de su misión diplomática respecto de las acciones civiles de personas del Estado receptor cuando esto puede ser hecho sin perturbar el cumplimiento de las funciones de la misión, y que, cuando la inmunidad no es renunciada, el Estado acreditante debe utilizar sus mejores medios para lograr obtener un resultado justo de las pretensiones» (51). Esta fórmula ha sido incorporada al articulado de los CV de 1969 y 1975 (52). En todo caso, una renuncia a la inmunidad civil de un agente diplomático no entraña una renuncia a la inmunidad de ejecución, que debe ser un acto independiente del primero (53). 3) El CV 1961 permite también que el Estado receptor negocie con el Estado acreditante para que le retiren la inmunidad al diplomático implicado, pero esto es muy raro en la práctica y no garantiza que el segundo se la retire (54).

El TC sugiere, como primera opción para el particular, la declaración de persona *non grata* del diplomático extranjero. En nuestro caso, el arrendador podría solicitar del Ministerio de Asuntos Exteriores la declaración de persona *non grata* del diplomático italiano (55). Sin embargo, lo más previsible es

(51) Es nuestra traducción del texto citado en BROWN: «Diplomatic...», *cit.*, pág. 78, cuya versión oficial puede consultarse en A/Conf.20/10/Add.1, adoptado en la XII sesión plenaria de la Conferencia, 14 de abril de 1961, por 50 votos contra dos y 18 abstenciones.

(52) Artículo 41 CV, 1969, y artículos 31 y 61 CV, 1975.

(53) Artículo 32 CV, 1961; artículo 41 CV, 1969, y artículos 31 y 61 CV, 1975.

(54) FARHANGI, «Insuring against abuse of diplomatic immunity», *Stan. L. Rev.*, 1986, págs. 1517 y sigs., pág. 1526.

Al hilo de esto se puede formular la siguiente reflexión. Como consecuencia de la terminología empleada en la STC 107/1992, el TC continúa utilizando la expresión «protección diplomática» en un sentido amplio, para referirse a la posible intervención de la Administración española frente a las pretensiones del particular (*supra*, párr. 3 de este mismo epígrafe). Cabría también plantearse la posibilidad de que este término fuera empleado en sentido estricto, es decir, como una institución del Dipub que prevé la protección de los nacionales frente a los Estados extranjeros. Para que esta vía fuese procedente se deberían dar tres requisitos: 1) Que el comportamiento del diplomático extranjero fuese imputable a su Estado; 2) Que el requisito del agotamiento de los recursos internos del Estado acreditante fuese inexigible por la carga tan excesiva que supone para el afectado (*supra*, párr. 3 de este mismo epígrafe), y 3) Que se estableciera cierta obligación de fundamentar la negativa del ejercicio de dicha protección por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores, lo que implicaría necesariamente reducir el ámbito de discrecionalidad administrativa en este campo.

(55) Véase Ley 92/1960, de 22 de diciembre, *BOE* de 23 de diciembre de 1960, sobre el derecho de petición, y artículo 42.1 LRJAP y PAC.

que el Ministerio la deniegue (56). La declaración de persona *non grata* o indeseable es una prerrogativa del Estado receptor que tiene un carácter «discrecional» (se trata de un «acto político»). Además, esta discrecionalidad ha sido utilizada con unos criterios muy restringidos, aplicados generalmente en aquellos casos de abusos diplomáticos que involucraban, por ejemplo, el espionaje, tráfico de armas, tráfico de drogas, etc... (57); es inimaginable que se produzca en ámbitos de Derecho civil.

5. El TC supera este obstáculo afirmando que subsidiariamente el particular afectado puede reclamar responsabilidad a la Administración española (58). Esto es, imputando el daño que sufre el particular por la imposibilidad de acceso, no a los tribunales de justicia sino a la Administración (lógicamente, pues es la única manera de obtener una indemnización). Si el Estado español se niega a instar la declaración de persona *non grata*, el particular afectado puede eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos (artículo 106.1 CE).

*Ex artículo 106.1 CE y 2.b) LJCA:* «No corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa: b) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado..., sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa»; según el artículo 40.1 LRJAE: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos..., siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.»

Según el TC esta vía es suficiente o adecuada para que el particular satisfaga sus intereses legítimos. Esto es, la posibilidad de que la Administración le compense por los daños que le ha causado esa inmunidad salvaría la constitucionalidad del sistema. ¿Es esto verdad?

6. A nuestro entender, en este caso, sí.

Es cierto que esta vía presenta algún inconveniente: 1) Formulada en tér-

---

(56) A la luz del artículo 43.2.c) de la nueva LRJAP y PAC parece que esa solicitud queda sujeta al silencio positivo, lo cual es difícilmente justificable.

(57) NAHLIK: «Development...», *cit.*, pág. 352.

(58) A efectos prácticos parece aconsejable que acumule, subsidiariamente, esta petición de indemnización a la solicitud de declaración de persona *non grata*.

minos generales, no es siempre adecuada. No cabe en aquellos conflictos en los cuales no se persigue un interés susceptible de compensación económica, por ejemplo, en cuestiones de estado civil (divorcio, filiación, etc...).

2) No garantiza una resolución adecuada del conflicto de intereses, pues no puede determinarse esa indemnización directamente a partir del fondo del litigio. Lo que se le indemniza al particular son los daños derivados de esa imposibilidad de acudir a la vía judicial, pero, ¿cuáles son esos daños?, ¿cómo se sabe si, sobre el fondo del litigio, le asiste razón al particular? Al no haber un proceso contradictorio entre los sujetos directamente interesados, no hay garantías suficientes de conocer si el diplomático cumplió o no con las normas de Derecho privado.

En nuestro caso, bien pudiera suceder que el incumplimiento del señor Deodato esté justificado por un incumplimiento anterior del propietario del inmueble. Lo que no cabe duda es de que cualquiera de las excepciones materiales invocables por el diplomático extranjero pueden ser utilizadas por la Administración, si llegan a su conocimiento (incluida la repercusión del riesgo de inmunidad en el precio del contrato). En este caso, de ser ciertas la alegaciones del propietario, el daño indemnizable es el derivado de la imposibilidad de cobrar las rentas atrasadas y de recuperar la posesión del inmueble en un proceso sumario. Es decir, todo aquello que hubiera podido obtener del diplomático extranjero.

3) En tercer lugar, se plantea un problema de aplicación en el caso concreto. Es indudable que tras esta sentencia del TC los particulares afectados pueden acudir a la Administración y obtener la correspondiente indemnización, como ya sugirió el TC en una sentencia anterior (STC 107/1992, FJ. 3.º, *in fine*). Pero hasta entonces era legítimo dudar de la constitucionalidad del sistema (buena prueba de ello es la concurrencia de un voto particular suscrito por tres magistrados) (59) y no había un mecanismo resarcitorio previsto expresamente (recordemos que el litigio se inició en 1988). En el Derecho español no existe ninguna ley interna sobre las inmunidades jurisdiccionales previstas por el Dipub; y, por consiguiente, no existe un procedimiento expreso de reparación. La vía que ahora sugiere el TC presentaba problemas de imputación (¿la imposibilidad de acceder a la jurisdicción trae causa en un acto de la Adminis-

---

(59) De hecho, en las dos sentencias anteriores sobre inmunidad, el TC había insistido en la necesidad de procurar la interpretación más favorable al derecho fundamental. Requisito este que conduciría a denegar la excepción según afirma el voto particular. Hemos dicho que el TC con razón prescinde de dicho requisito en este caso, pero eso no impide que su empleo en la decisiones anteriores generase «expectativas legítimas» que aumentan la incertidumbre del sistema.

tración o en un acto de los tribunales ordinarios?), de cuantía indemnizatoria (*supra*, núm. 2) e incluso procedimentales (¿debe acudir inmediatamente al Ministerio o es necesario antes agotar la vía civil?) (60); de ahí que, esta vía, fuese cuando menos «incierta». Si esto es así, se podría argumentar que las consecuencias de esta falta de claridad y previsión normativa no debe padecerlas el particular; sobre todo si, como es el caso, lleva siete años litigando. Pero resulta que la vía administrativa, en este estado de cosas, sigue siendo más satisfactoria que la que se derivaría de conceder el amparo. El proceso de desahucio (al menos bajo la legislación anterior) tiene como objeto lanzar al inquilino; sin embargo, como establece claramente el artículo 31.3 del CV 1961, la orden de lanzamiento no puede ejecutarse contra su voluntad. Por consiguiente, el permitirle acceder a la jurisdicción aun cuando obtuviese una sentencia favorable le dejaría igual de insatisfecho. Con lo cual no le quedaría más remedio que acudir a la vía administrativa. Y para acudir en ese momento posterior, mejor es que acuda ahora.

En suma, el particular tiene una vía suficiente para lograr una satisfacción (compensatoria) de sus intereses.

7. Por el contrario, la segunda vía que sugiere el TC nos parece más dudosa. La posibilidad de acudir a los tribunales del Estado acreditante, aunque exista, no siempre es una vía adecuada o accesible al interesado. Hay supuestos en los que no es una posibilidad real o efectiva y, por lo tanto, en tal caso es como si no existiera (61). Y esto es lo que, pensamos, sucede en el caso que nos ocupa.

El artículo 31.4 del CV 1961 establece claramente que la inmunidad de jurisdicción en el Estado receptor no exime al diplomático de la inmunidad de jurisdicción en el Estado acreditante. Es más, este precepto obligaría al Estado acreditante a prever expresamente un foro de competencia judicial internacional para demandar a sus diplomáticos en el extranjero (62). Pero esta posibilidad no siempre es real y efectiva.

---

(60) Si es necesario intentar primero la vía civil el proceso se alarga significativamente (sentencia firme absoluta en vía civil + resolución denegatoria del Ministerio AA. EE. + reclamación indemnizatoria en vía contenciosa).

(61) Ph. Cahier califica este recurso como «costoso, incierto, complicado y lento», *apud*, QUEL LÓPEZ: *Privilegios...*, cit., pág. 70.

(62) El Derecho alemán, por ejemplo, establece la competencia de los tribunales de Bonn para conocer de las acciones civiles contra sus diplomáticos en el extranjero; véase sobre los problemas que plantea esta cuestión GEIMER: *Internationales...*, cit., núm. marg. 783; otros ejemplos en NAHLIK: «Development...», cit., págs. 257-258. En el caso español, en principio no se plantean problemas, ya que, *ex artículo 40 CC*, los diplomáticos españoles en el extranjero se en-

1) En primer lugar, plantea un problema técnico en cuanto a la «ejecutabilidad» de las decisiones. Si la sentencia extranjera debe ejecutarse fuera del Estado acreditante, de nuevo el diplomático extranjero puede invocar su inmunidad y, entonces, es muy difícil entender que el juez del Estado acreditante puede ordenar y dirigir la ejecución de una sentencia en el extranjero.

En nuestro caso, si lo que pretende el arrendador es el lanzamiento del inquilino, ¿pueden ordenarlo los tribunales italianos?, y aun cuando lo hagan, ¿qué sucede si el inquilino se sigue negando a abandonar el inmueble?

2) En segundo lugar, y este aspecto es bastante más sustancial, se plantea un problema de asequibilidad real del foro extranjero para el actor. La necesidad de plantear la demanda ante el foro extranjero puede ocasionar una carga excesiva e irrazonable para el actor, lo que en definitiva implica la inviabilidad práctica de esa opción. Por otro lado, es discutible que este exceso de costes deba asumirlos el actor cuando su fundamento no es un interés privado sino el interés general (el buen funcionamiento de las relaciones diplomáticas).

El TC es consciente de este problema, pero lo salva de la siguiente manera: «Y aunque pudiera alegarse que ello (la necesidad de acudir ante los tribunales italianos) genera inconvenientes o cargas para el demandante, no es menos cierto que tal alegación carece de contenido constitucional, como se dijo en la STC 43/1986 (FJ. 8.º). Y esa carga del demandante no es distinta de la que se produce en otros muchos supuestos en los que la litis se entabla por un nacional contra un extranjero, como se evidencia del examen de los foros de competencia judicial internacional en el orden civil que se contienen en el artículo 22 LOPJ al no haber querido el legislador atribuir una ilimitada extensión a la competencia de los juzgados y Tribunales españoles sino sólo un volumen razonable en atención a la proximidad o vinculación de los supuestos con nuestro ordenamiento».

A este argumento se le pueden encontrar, en términos generales, dos inconvenientes: 1) Es discutible que la carga para el demandante carezca siempre de contenido constitucional; a nuestro entender, puede haber ocasiones en las que la carga para el demandante de tener que acudir a los tribunales extranjeros para plantear la pretensión sea tan excesiva e irrazonable que equivalga a denegación de justicia contraria al artículo 24 CE (63), sobre todo cuando esa

---

tienden domiciliados en España; véase PAZ AGÜERAS: «El domicilio civil de los diplomáticos», *BIMJ*, 1987, págs. 1055 y sigs., pág. 1065.

(63) AMORES CONRADI: «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ», *REDI*, 1989, págs. 113 y sigs., pág. 117;



carga no traiga fundamento en la protección de un derecho fundamental del demandado, y 2) Es cierto que las normas sobre competencia del artículo 22 LOPJ responden a un principio de «vinculación o proximidad razonable», pero no así la regla que fija la competencia exclusiva del Estado acreditante. Estos tribunales van a ser competentes de forma exclusiva con independencia de que el litigio presente un vínculo razonable o no con su Estado. La competencia del Estado acreditante es un *foro exclusivo únicamente basado en la nacionalidad y/o en el domicilio legal del demandado* (se basará sólo en la nacionalidad cuando el Estado acreditante no prevea una ficción análoga a la del artículo 40 CC). Y sólo la nacionalidad o el domicilio legal (en última instancia, una ficción jurídica) (64) del demandado no es un vínculo mínimamente razonable y menos para fijar un foro exclusivo; esto es así, al menos en el ámbito de las relaciones privadas, sobre todo si se piensa, de nuevo, en que este foro no se fundamenta en la protección de un derecho fundamental del demandado. Puede haber supuestos en los que no sea así, porque sí existen otros vínculos con el Estado acreditante (*v. gr.*, un accidente causado por un diplomático en su país de origen, sumisión de las partes a esos tribunales, incorporación de la regla a la órbita de riesgos contractuales, etc...), pero en muchos casos la obligación para el actor de plantear el litigio ante los tribunales del Estado acreditante (obligación porque funciona como foro exclusivo) cuando el único vínculo es la nacionalidad del demandado o su domicilio legal, no se justifica por una vinculación mínimamente razonable. Y por lo tanto, la imposibilidad de reclamar en España, cuando sí existan vínculos razonables con este país, provocaría una denegación de justicia contraria al artículo 24 CE (65). Por otra parte, es discutible que el coste de demandar ante los tribunales del Estado de origen deba soportarlos el particular.

En el caso que nos ocupa, y salvo que el arrendador incorporase la regla a la órbita de riesgos contractuales, la obligación del actor de reclamar ante los tribunales italianos resulta una carga exorbitante, más allá de lo razonable. Utilizar

---

ALONSO GARCÍA: «El artículo 24.1 de la Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales», *Estudios sobre la Constitución en Homenaje al Prof. E. García de Enterría*, Madrid, 1991, págs. 973 y sigs., pág. 1005; en la doctrina alemana, véanse SCHWAB y GOTTWALD: *Verfassung und Zivilprozeß*, Bielefeld, 1984, pág. 45; GOTTWALD: «Das internationale Verfahrensrecht im Entwurf eines IPR-Gesetzes», *IPRax*, 1984, págs. 57 y sigs., pág. 57.

(64) PAZ AGÜERAS: «El domicilio...», *cit.*, pág. 1058.

(65) En parecidos términos, con relación al mismo problema en Italia, CONDORELLI: «Le immunità...», *cit.*, pág. 462, nota 13; en la doctrina norteamericana, FARHANGI, «Insuring...», *cit.*, págs. 1532-1533.

en materia de arrendamientos sobre inmueble como criterio de conexión único y para determinar un foro exclusivo la nacionalidad o el domicilio legal (ficticio) del arrendatario es tan exorbitante que contraviene el «vínculo mínimamente razonable» que exige el artículo 24 CE. Pero puede haber supuestos en los que esté mucho más claro (*v. gr.*, cuando el contrato de arrendamiento se celebró antes de adquirir la condición de diplomático, o en caso de responsabilidad extracontractual causados por el diplomático extranjero en España).

En conclusión, a nuestro entender, la vía de acudir a los tribunales del Estado acreditante en muchos supuestos no es una vía adecuada o accesible (por ejemplo, no es una vía real), como sucede en el supuesto de la STC que nos ocupa. Por lo tanto, la existencia de esta vía por sí sola no salva la constitucionalidad del sistema.

8. *Excurso.* Por otro lado, dejando al margen los aspectos constitucionales, desde la perspectiva «eficientista» la calificación de las vías sugeridas es dispar: 1) En cuanto a la segunda opción, demandar ante el Estado acreditante, su elevado coste equivale a la no existencia de vía de satisfacción, por lo tanto el diplomático extranjero sigue careciendo de incentivos para respetar el Derecho privado. Si para el actor el coste va a ser muy alto no presentará la demanda, o incluso si la presenta transigirá con el demandado en términos subóptimos (Teorema de Posner/Landes), para el diplomático este déficit de implementación reduce los incentivos al cumplimiento, por lo tanto el Derecho privado no se implementará en los términos señalados por el legislador. 2) Por el contrario, la primera opción merece una consideración más positiva. Por un lado, conduce a que el responsable de la norma de inmunidad (por ejemplo, el Estado español) internalice las consecuencias de esa regla; y, por otro, a que tenga incentivos para «monitorizar» la conducta del diplomático extranjero. El Estado receptor, en cuanto que padece los costes de la conducta del diplomático, tiene un interés en repercutirlos sobre éste a través del Estado acreditante. Lo que en definitiva puede conducir a que acabe internalizando las consecuencias de su conducta. En todo caso, esta repercusión plantea un problema de información: en la medida en que no ha habido un proceso contradictorio entre los interesados no hay elementos suficientes para conocer si el diplomático cumplió o no con las normas de Derecho privado.

A este respecto, la solución que parece más adecuada es la sustitución procesal del legitimado pasivo: bien por el Estado receptor, bien por una compañía de seguros; o incluso la carga del Estado receptor de intervenir como tercero satisfaciendo la reclamación del actor (*ex* artículo 1.158 Cc). En nuestro caso, el Estado español (o una compañía de seguros) se colocaría en la posición del agente diplomático extranjero en el proceso civil, donde puede utilizar las excepciones materiales del diplomático extranjero, y conserva una posterior acción de repetición, sea contra el diplomático o contra su Estado acreditante. Los

costes para el actor son mínimos (con lo que se salva la constitucionalidad del sistema) y este tercero en cuanto que se hace responsable tendrá incentivos para «monitorizar» las conductas del diplomático (con lo que se respeta el principio de eficiencia).

En otros Estados se ha propuesto la constitución de un fondo de garantía para compensar a los perjudicados por dicha inmunidad (66), o se ha impuesto la obligación de todos los Estados extranjeros de contraer un seguro que indemnice los daños de sus diplomáticos (con la posibilidad de acción directa contra la compañía aseguradora) (67).

### III. CONCLUSIONES

1. El artículo 31 CV 1961 establece la inmunidad del diplomático extranjero ante la jurisdicción civil española. Esta norma parte de la presunción *iuris et de iure* de que las acciones judiciales contra diplomáticos extranjeros entorpecen el cumplimiento eficaz de su misión. En dicho artículo, sin embargo, se establece una excepción a esta inmunidad cuando se trata de una acción real sobre inmuebles. Pues bien, a los efectos de aplicar ese precepto, la acción de desahucio frente al diplomático extranjero debe considerarse incluida en dicha excepción.

2. Desde la perspectiva constitucional, la calificación de una acción como real o personal es una cuestión de legalidad ordinaria que no puede ser fiscalizada por el TC. Por consiguiente, la decisión judicial razonada que califica la acción bien como real o bien como personal, como tal decisión, no es susceptible de amparo.

3. El problema se plantea, entonces, en términos de constitucionalidad de la norma. La conformidad del artículo 31.1 CV 1961 con el artículo 24 de la CE sólo queda salvada: 1) Si la presunción *iuris et de iure* de que cualquier acción civil ante los Tribunales españoles puede impedir el buen fin de la misión diplomática no es una medida manifiestamente arbitraria o irrazonable (test de razonabilidad), y 2) Si no supone un «gravamen excesivo» de los derechos fundamentales afectados, esto es, si el particular afectado (por ejemplo, ignorante excusable de dicha condición o de dicha inmunidad) dispone de vías adecuadas para satisfacer su interés legítimo (test de proporcionalidad).

---

(66) NOTE: «Compensation for Victims of Diplomatic Immunity in the United States: A Claims Fund Proposal», *Fordahm Int'l. L. J.*, 1985, págs. 135 y sigs.; FARHANGI, «Insuring...», *cit.*, págs. 1530-1532.

(67) FARHANGI, «Insuring...», *cit.*, *passim*.

4. El primer requisito se satisface. Aunque es discutible de *lege ferenda* la oportunidad en el mundo actual de esa inmunidad (y aún más dudosa si la consideramos en contextos de integración regional, como la Unión Europea), es evidente que no estamos ante una norma «manifiestamente irrazonable o arbitraria». Hay razones sustantivas que pueden justificar esa presunción *iuris et de iure*. Por consiguiente, la inmunidad ante la jurisdicción civil española *per se* no es inconstitucional; sólo lo será en la medida en que nuestro Derecho no ofrezca vías de satisfacción al particular afectado (si no existen tales vías, estaríamos ante una especie de «inconstitucionalidad por omisión»).

5. El TC ha considerado que este privilegio es compatible con el artículo 24 CE, en la medida en que el particular sí dispone de tales vías: 1) Siempre puede acudir a los tribunales del Estado acreditante, o 2) Puede reclamar una indemnización al Estado español.

6. A nuestro entender, la primera vía no siempre es adecuada. La obligación para el particular de acudir a los tribunales del Estado acreditante puede conllevar un coste tan excesivo e irrazonable, que no suponga una posibilidad *real y efectiva* (como pensamos que sucede en el caso comentado). En cambio, la segunda opción salva la constitucionalidad de la norma (al menos en este caso) en la medida en que el particular puede obtener una satisfacción mediante una compensación de los perjuicios derivados de dicha inmunidad.