

El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Bardo Fassbender*
Universidad Humboldt. Berlin

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: PUNTOS DE APOYO EN EL TEXTO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR EL TRIBUNAL: 1. *La aplicación del principio de proporcionalidad basada en la cláusula «necessary in a democratic society in the interests of...»:* a) Derivación y aplicación del principio de proporcionalidad. b) La doctrina del «margen de apreciación». 2. *La aplicación del principio al artículo 1 del Protocolo Adicional Primero.* 3. *La aplicación del principio a otros artículos del Convenio (Limitación de derechos y libertades en caso de guerra y otros supuestos de necesidad).*—III. **STATUS Y SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.**

I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: PUNTOS DE APOYO EN EL TEXTO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹ no menciona expresamente el principio de proporcionalidad, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por los motivos que más adelante veremos, lo ha utilizado con frecuencia como fundamento jurídico de sus sentencias.

Traducido por Diego MARÍN-BARNUEVO FABO, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Carlos III de Madrid

* Agradezco a D. David Meinertz, Ayudante del Instituto de Derecho Internacional y Europeo de la Humboldt-Universität de Berlín, su ayuda y colaboración en la tarea de recopilación de bibliografía para la realización de este trabajo.

¹ *Boletín Oficial del Estado* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Una primera explicación de esta aparente paradoja la encontramos en el hecho de que el Convenio, pese a omitir cualquier referencia expresa al principio de proporcionalidad, establece una serie de exigencias para la limitación de los derechos individuales que tienen una evidente conexión con dicho principio. En efecto, si consideramos que el principio de proporcionalidad, por un lado, cuestiona qué medios pueden ser utilizados para la consecución de un determinado fin y, por otro, establece restricciones —en el ámbito de la protección de los derechos humanos— a las limitaciones de los derechos de libertad, a fin de que éstas guarden una razonable relación entre los fines perseguidos y los medios utilizados para su consecución², llegamos a la conclusión de que su contenido puede considerarse implícito en diversas reglas del CEDH.

Así se advierte, por ejemplo, en los artículos 8 a 11 del CEDH, en los que se garantiza la protección de la esfera privada (art. 8), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), la libertad de expresión (art. 10), y la libertad de reunión y asociación (art. 11). En todos estos preceptos, después del reconocimiento genérico del derecho fundamental, se establece —en el apartado segundo del correspondiente artículo— un límite basado en el interés general y vinculado a los concretos fines admisibles en cada uno de los supuestos (en el artículo 8.2 se habla de «*sécurité nationale*» o «*sûreté publique*», mientras que en el artículo 9.2 se menciona la «*sécurité publique*» y la «*protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique*»). Sin embargo, en todos los artículos citados se consideran admisibles solamente aquellas limitaciones que estén previstas legalmente y que «*sean necesarias en una sociedad democrática*» para la consecución de los fines perseguidos en cada caso concreto («*necessary in a democratic society in the interests of...*», «*une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la...*»)³. Precisamente esta cláusula, que condiciona la legitimidad del límite a que éste sea necesario o imprescindible para la consecución de un fin propio de una «*sociedad democrática*», es la que ha utilizado normalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para verificar la proporcionalidad de una concreta intervención.

² Vid., en relación con la terminología empleada, Zoonil Yi, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeitsprinzip in der grundrechtlichen Argumentation*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, pág. 110, en donde afirma que «*a pesar de las variadas diferencias terminológicas se puede distinguir entre dos mandatos de proporcionalidad, según se acoja un sentido amplio o un sentido más estricto del citado mandato. El mandato de proporcionalidad en sentido amplio se puede, a su vez, descomponer en tres mandatos subsidiarios: a saber, el mandato de la aptitud, el de la necesidad y el de la proporcionalidad (entre fines y medios). Este último puede ser designado como mandato de proporcionalidad y también como proporcionalidad en sentido estricto. Por lo demás, el mandato de proporcionalidad en sentido amplio también es conocido como prohibición de exceso (Übermassverbot)*».

³ Vid., sobre la cláusula «*necessary in a democratic society*», Kay HAILBRONNER, «Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft. Zu den Schrankenvorbehalten der Europäischen Menschenrechtskonvention», en la obra colectiva Rudolf BERNHARDT et al. (Hrg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung — Internationale Gerichtsbarkeit — Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Springer, Berlín, 1983, págs. 359-385; asimismo, Susan MARKS, «The European Convention on Human Rights and Its "Democratic Society"», *British Year Book of International Law*, vol. 66 (1995), págs. 208-238 (214-221), y las referencias bibliográficas allí contenidas.

También el artículo 15 CEDH contiene una formulación que ha conducido al Tribunal a la aplicación del principio de proporcionalidad. Este precepto, como es sabido, permite a los Estados limitar los derechos y libertades reconocidos en el Convenio en caso de guerra o de otro peligro público en la medida en que resulte estrictamente indispensable a la vista de las circunstancias concretas (*«measures derogating from [the] obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation»*, *«des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige»*).

Del mismo modo es posible encontrar preceptos con referencias al principio de proporcionalidad en los Protocolos Adicionales del Convenio. Así, por ejemplo, el artículo 1.1 del Primer Protocolo Adicional, en el que se reconoce el respeto al derecho de propiedad y admite limitaciones al mismo basadas en *«el interés público»* (*«except in the public interest, «ne... que pour cause d'utilité publique»*); el artículo 2.3 del Cuarto Protocolo Adicional, en el que se reconocen los derechos a la libertad de circulación en el territorio de soberanía de un Estado miembro, a la libre elección de residencia y a salir fuera del país, y que incorpora la posibilidad de limitar estos derechos basada en el requisito anteriormente visto de lo *«necessary in a democratic society»*; también el artículo 1.2 del Séptimo Protocolo Adicional, en el que se reconoce la protección de los extranjeros frente a la expulsión y que permite una expulsión —*«previo ejercicio»* de los derechos garantizados en el primer apartado del mismo artículo— *«cuando ello sea necesario por motivos de orden público o de seguridad nacional»* (*«is necessary in the interests of public order or is grounded on reasons of national security»*, *«est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale»*).

El Tribunal también ha invocado el principio de proporcionalidad respecto de los derechos y libertades en los que el Convenio no establece ninguna limitación, como sucede en los artículos 4 (prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados), 6.1 (derecho de audiencia en los procedimientos judiciales), 12 (derecho a la libre elección de pareja en el matrimonio), 14 (prohibición de discriminación) y artículo 3 del Primer Protocolo Adicional (deber de los Estados contratantes de celebrar regularmente elecciones libres en las que el voto sea secreto). En estos supuestos, la aplicación del principio de proporcionalidad tiene lugar en una segunda fase, ya que el Tribunal reconoce a los Estados el derecho a establecer restricciones especiales cuando concurren determinadas circunstancias, incluso cuando los derechos reconocidos carecen de limitación expresa, como sucede en los casos mencionados. La aplicación del principio de proporcionalidad, entendida como una *«limitación de los límites»* (*«Schranken-Schranke»*, según la terminología alemana)⁴, conduce a

⁴ Vid. Bodo PIEROTH/Bernhard SCHLINK, *Grundrechte (Staatsrecht II)*, C. F. Müller, Heidelberg, 14. Aufl., 1998, pág. 65, en donde se afirma que *«el concepto "límite de límites" designa las restricciones, que afectan al legislador cuando establece límites al ejercicio de los derechos fundamentales»*. Especifica-

un control que limita o modera esa posibilidad de intervención reconocida a los Estados.

La identificación del fundamento teórico utilizado por el Tribunal para la aplicación del principio de proporcionalidad constituye, pues, una cuestión fundamental, no sólo cuando se enfrenta a restricciones de derechos en cuya regulación se hace expresa referencia al principio, sino también en aquellos otros supuestos en los que el Convenio no contempla la posibilidad siquiera de que sean restringidos los derechos. En todo caso, antes de abordar esta cuestión —así como también la situación en que se encuentra el principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico europeo a partir del CEDH—, parece oportuno realizar una exposición más detallada de la jurisprudencia del Tribunal sobre el principio de proporcionalidad. Veamos, pues, en primer lugar, cuándo y de qué manera el Tribunal ha invocado expresamente el principio de proporcionalidad («*principle of proportionality*», «*notion of proportionality*»; «*principe de proportionnalité*», «*notion de proportionnalité*»); para continuar seguidamente con los supuestos en los que el Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso concreto, ha llegado a conclusiones que pueden identificarse con el mencionado principio.

II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR EL TRIBUNAL

1. *La aplicación del principio de proporcionalidad basada en la cláusula «necessary in a democratic society in the interests of...»*

a) Derivación y aplicación del principio de proporcionalidad

El apartado segundo de los artículos 8 a 11 del CEDH, así como también el apartado 3 del artículo 2 del Cuarto Protocolo Adicional, permiten a los Estados que suscribieron el Convenio establecer algunas restricciones a los derechos allí garantizados. La única condición para admitir esa restricción es que resulte necesaria para la consecución de ciertos fines «*necessary in a democratic society*».

El Tribunal, por tanto, controla el cumplimiento de esas condiciones exigidas para la limitación de los derechos garantizados⁵, lo que ha tenido lugar de forma sistemática a partir del asunto *Handyside* de 1976⁶. El

mente sobre el principio de proporcionalidad, *vid.* Christian BUMKE, *Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pág. 215, Anm. 820.

⁵ *Vid.* John Joseph CREMONA, «The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en la obra colectiva Ulrich BEYERLIN *et al.* (Hrg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung — Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Springer, Berlin und Heidelberg, págs. 323-330 (327).

⁶ *Handyside v. the UK*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, Series A, no. 24.

modo de operar del Tribunal en este tipo de conflictos es el siguiente: una vez que constata la limitación de alguno de los derechos garantizados, verifica si esa limitación está prevista en la Ley («*in accordance with the law*», «*prévüe par la loi*»); seguidamente comprueba si está justificada en la consecución de alguno de los fines legítimos; y, finalmente, examina si la limitación del derecho «*era necesaria en una sociedad democrática*» para la satisfacción de los fines perseguidos. Normalmente, el control de los dos primeros aspectos mencionados resulta poco problemático, siendo por tanto el enjuiciamiento en la tercera cuestión el núcleo esencial de este tipo de decisiones.

En la sentencia del caso *Handyside*, el Tribunal diferenció la palabra «*necessary*» («*nécessaire*») de otros términos utilizados en el Convenio como «*absolutely necessary*» («*absolument nécessaire*», art. 2.2), o «*strictly necessary*» («*strictement nécessaire*», art. 6.1), o la expresión «*to the extent strictly required by the exigencies of the situation*» («*dans la stricte mesure où la situation l'exige*»), así como también otros conceptos como «*reasonable*» («*raisonnable*», art. 5.3, art. 6.1) y «*utile*» (*vid.* art. 1.1 del Primer Protocolo Adicional). La conclusión a la que llegó el Tribunal en esta conocida sentencia es que el término «*necessity*», puesto en relación con la expresión «*necessary in a democratic society*», implica la existencia de una urgente necesidad social («*[a] pressing social need*»)⁷.

El principio de proporcionalidad fue expresamente invocado en la sentencia del asunto *Handyside* al examinar la expresión «*in a democratic society*», argumentando el Tribunal al respecto lo siguiente:

«The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a "democratic society". Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society... Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society". This means, amongst other things, that every "formality", "condition", "restriction" or "penalty" imposed in this sphere *must be proportionate to the legitimate aim pursued*»⁸.

De ahí se desprende que el principio de proporcionalidad no se dedujo directamente por el Tribunal a partir de la expresión «*in a democratic society*», pues donde ha puesto realmente el acento ha sido en primer término en la libertad de expresión, como seña de identidad de una sociedad democrática. Esta sociedad está caracterizada, además, por el pluralismo, la tolerancia y la solidaridad («*broadmindedness*»)⁹. De la importancia de la libertad de expresión para la preservación de los tres valores citados se

⁷ *Handyside v. the UK*, cit., para. 48.

⁸ *Handyside v. the UK*, cit., para. 49 (*Hervorhebung des Verfassers*).

⁹ Una confirmación de esta tríada especialmente en *Open Door & Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 oct. 1992, Series A, no. 246-A, para. 71; *Vogt v. Germany*, 26 sept. 1995, Series A, no. 323, para. 52; *Lehideux and Isorni v. France*, 23 sept. 1998, para. 55.

deriva que cualquier limitación de este derecho, reconocido en el artículo 10 CEDH, debe ser proporcionada al fin que con la misma se persigue. Por tanto, aunque el texto del Convenio sólo alude a la necesidad («*necessity*») de una determinada medida restrictiva para la consecución de ciertos fines, el Tribunal describió la relación entre los medios y los fines con la palabra «*proportionate*». De este modo, el Tribunal exigió para admitir cualquier limitación de los derechos y libertades no sólo que el medio utilizado fuera el menos gravoso de todos los posibles¹⁰, sino también que la utilización de dicho medio hubiera sido proporcionado en sentido estricto a los fines perseguidos.

Posteriormente, el Tribunal ha expresado esta misma idea de una manera más sintética, afirmando en otras sentencias que:

*«According to the Court's case-law, a restriction on a Convention right cannot be regarded as 'necessary in a democratic society'—two hallmarks of which are tolerance and broadmindedness— unless, amongst other things, it is proportionate to the legitimate aim pursued»*¹¹.

Es cierto que resulta un tanto forzado deducir el principio de proporcionalidad de la expresión «*in a democratic society*», pues no existe una relación necesaria entre la democracia como una forma de gobierno en la que el poder estatal nace de la voluntad del pueblo¹² y la exigencia de proporcionalidad de la intervenciones públicas en la esfera individual de los derechos fundamentales. Por ello es más fácil identificar el principio de proporcionalidad con el reconocimiento de una «*sociedad libre*» o, también, con la idea de una «*sociedad basada en el Estado de Derecho*»¹³.

En todo caso, conviene señalar que la expresión «*in a democratic society*» tiene un cierto carácter limitador, pues vincula la admisibilidad de

¹⁰ Como ejemplo de supuesto excepcional, en el que resultó decisiva la ausencia de necesidad de la medida tomada, *vid. Lehideux*, cit., paras. 57-58, en donde sostiene que «*Lastly, the Court notes the seriousness of a criminal conviction for publicly defending the crimes of collaboration, having regard to the existence of other means of intervention and rebuttal, particularly through civil remedies. 58. In short, the Court considers the applicants' criminal conviction disproportionate and, as such, unnecessary in a democratic society. There has therefore been a breach of Article 10.*»

¹¹ *Dudgeon v. the UK*, 22 Okt. 1981, Series A, no. 45, para. 53.

¹² *Vid.*, por ejemplo, el artículo 20.2 de la Ley Fundamental de Bonn, en donde se establece que «*todo poder público deriva del pueblo. Dicho poder público será ejercido a través de elecciones y referendums o a través de órganos especiales del legislativo, del ejecutivo y del judicial.*»

¹³ *Vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1965 sobre prisión preventiva (*BVerfGE*, Bd. 19, S. 342, 348 f.), en la que se sostiene que «*en la República Federal de Alemania goza el principio de proporcionalidad de rango jurídico constitucional. Tal principio se deriva del Estado de Derecho y se encuentra en la propia esencia de los derechos fundamentales, los cuales, como expresión del derecho de libertad general del ciudadano frente al Estado, sólo pueden ser restringidos por el poder público correspondiente en la medida que ello sea indispensable para la protección de intereses públicos.*» *Vid.* también las sentencias de 5 de marzo de 1968, sobre objeción de conciencia al servicio militar (*BVerfGE*, Bd. 23, S. 127, 133), así como también la sentencia de 12 de mayo de 1987 (*BVerfGE*, Bd. 76, S. 1, 50 f.). Para el encaje sistemático del principio de proporcionalidad en el principio de Estado de Derecho, Albert BLECKMANN, «*Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips*», *Juristische Schulung*, 1994, págs. 177-183 (177).

las limitaciones de los derechos fundamentales a las concepciones predominantes y habituales en una sociedad democrática. Así, por ejemplo, para determinar si una medida adoptada para la preservación de la seguridad nacional o el orden público resulta «necesaria», no habría que basarse en las concepciones sobre la ley y el orden imperantes en un régimen dictatorial, pues resulta evidente que dicho régimen considerará imprescindible una restricción considerable de los derechos de los ciudadanos con el fin de mantener la paz o la tranquilidad propias de un cementerio. Por ello deberían utilizarse —en el supuesto del ejemplo— las consideraciones más tolerantes de una «sociedad democrática», porque conceden mayor importancia a la libertad del ciudadano.

En todo caso, conviene señalar que con estos principios no se postula una aplicación ilimitada del principio de proporcionalidad. Se puede, por todo lo dicho, afirmar que el Tribunal ha aceptado y concretado la cláusula «*in a democratic society*» que fortalece la posición de los particulares frente a los intereses de la comunidad; y ello lo ha hecho justamente a través de la invocación de un principio tradicional, que goza de una concreción considerable en alguno de los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes, y que —en su condición de «límite de límites»— restringe los supuestos admisibles de intervención pública en la libertad de sus ciudadanos.

b) La doctrina del «margen de apreciación»

El Tribunal, al enjuiciar si una medida es necesaria y proporcionada *stricto sensu*, ha reconocido que los Estados disponen de un cierto margen de apreciación («*margin of appreciation*», «*marge d'appréciation*») ¹⁴. Así se reconoce claramente en la sentencia del asunto *Handyside*, en la que se afirma lo siguiente:

«[I]t is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context. Consequently, Article 10, § 2, leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator ("prescribed by law") and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force...» ¹⁵.

El fundamento de ese concepto, que no aparece formulado expresamente en el Convenio, ha sido descrito por LAWSON y SCHMERS del si-

¹⁴ Sobre ello, en especial, R. St. J. MACDONALD, «The Margin of Appreciation», en R. St. MACDONALD *et al.* (Hrg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, págs. 83-124; y Eva BREMS, «The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd. 56 (1996), págs. 240-314.

¹⁵ *Handyside v. the UK*, cit., para. 48.

guiente modo: «[T]he domestic authorities ought to be given some freedom to manoeuvre in responding to the needs of the society for which they are responsible. The legitimacy of the Court does not extend that far that it could replace the national legislator or judiciary»¹⁶. Junto a este argumento democrático, que subraya la responsabilidad de los gobiernos y los Parlamentos nacionales elegidos democráticamente, se contempla también la conservación de la diversidad cultural de Europa como uno de los fines de la doctrina del «*margen de apreciación*»¹⁷. Sin embargo, el Tribunal reclama para sí mismo la función de «*European supervision*», pues de este modo se reserva la última palabra para decidir si una limitación de derechos reconocidos en el Convenio tiene o no justificación: «*The Court must decide... whether the reasons given by the national authorities to justify the actual measures of "interference" they take are relevant and sufficient under Article 10, § 2*»¹⁸. «*Sufficient*» y «*relevant*» no significan en este contexto otra cosa que «*necessary*» y «*proportionate*». Ya la misma expresión «*supervision*» pone de manifiesto que el Tribunal ha delimitado con cautela sus facultades de control sobre los Estados¹⁹.

Se llega de este modo a una peculiar conexión del principio de proporcionalidad con la doctrina del «*margen de apreciación*»: el Tribunal comprueba si una determinada medida es necesaria y proporcionada. Para ello, el Tribunal debe aportar inexcusablemente un criterio propio de lo que constituye necesidad y proporcionalidad, para seguidamente enjuiciar, dentro del marco de la doctrina del «*margen de apreciación*», lo que el Estado contratante (que ha restringido el derecho individual) entiende por proporcionado y necesario²⁰. De este modo, el Tribunal determina, en el ejercicio de la «*European supervision*», si el Estado firmante del Convenio, según sus propios criterios, ha traspasado o no los límites del mar-

¹⁶ R. A. LAWSON y H. G. SCHERMERS, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1997, pág. 38.

¹⁷ Vid., por ejemplo, Paul MAHONEY, «Marvelous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?», *Human Rights Law Journal*, 1998, págs. 1-6 (2 f.).

¹⁸ *Handyside v. the UK*, cit., para. 50. Vid., recientemente también, *Lehideux*, cit., para. 51: «*The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need [pressing social need] exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a "restriction" is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.*»

¹⁹ Vid. también *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 Jan. 1998, 1998-I, no. 62, para. 47: «*When the Court carries out its scrutiny, its task is not to substitute its own view for that of the relevant national authorities but rather to review under Article 11 the decisions they delivered in the exercise of their discretion.*»

²⁰ Debido a que el Tribunal concede a los Estados contratantes un margen de apreciación también para el enjuiciamiento de lo que sea proporcional, es equivoco caracterizar al principio de proporcionalidad como «correctivo y limitación del margen de apreciación nacional», al mismo tiempo que se le considera «contrapeso» del margen de apreciación (así, Christian CALLIÈS, «Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität: Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art. 10 EMRK», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1996, págs. 293-298 [294]). Ambas categorías no se sitúan una frente a la otra de manera que el ejercicio del margen de apreciación por los órganos nacionales fuera controlado por el principio de proporcionalidad.

gen de apreciación²¹. En caso de que los hubiera desbordado, el Tribunal niega la necesidad y la proporcionalidad de la medida.

Vemos, pues, que el elemento fundamental del enjuiciamiento no se encuentra en la proporcionalidad, sino en el margen de apreciación nacional. Ello remite a la cuestión de cómo debe ser definido por el Tribunal ese ámbito de apreciación para cada uno de los derechos que reconoce el Convenio: cuanto más amplio sea el margen de discrecionalidad nacional, más difícil será que el Tribunal declare la vulneración de un derecho basándose en el principio de proporcionalidad en sentido estricto. De esta manera el principio de necesidad y proporcionalidad también limita el margen de discrecionalidad nacional, aunque lo cierto es que esta limitación es excepcional y lo más normal será el supuesto contrario, esto es, la limitación de la aplicación del principio de proporcionalidad mediante la doctrina del «*margin of appreciation*».

De todo lo anterior se desprende que el Tribunal prácticamente nunca llegará a realizar una autónoma y completa verificación de la proporcionalidad de una injerencia²², pues lo normal será que se limite a comprobar si el órgano del Estado firmante del Convenio —en especial los judiciales— en su juicio de proporcionalidad «*acted reasonably [and] in good faith*»²³. Por tanto, es el margen de discrecionalidad nacional —propio del estándar mínimo europeo— el que habrá de ser tenido en cuenta para valorar las intervenciones realizadas en el ámbito de los derechos protegidos por el Convenio.

La amplitud del margen de discrecionalidad admitida por el Tribunal es variable, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 CEDH. Esta circunstancia ha sido frecuentemente criticada por la doctrina, pues posibilita que la jurisprudencia del Tribunal no haya establecido todavía los criterios de deslinde entre el margen de discrecionalidad nacional y el control europeo²⁴. En todo caso, sí parece claro que el Tribunal basa buena parte de sus decisiones en la finalidad perseguida por la injerencia sobre los derechos fundamentales, y, también, en el carácter de la actuación del particular afectado. En el caso *Dudgeon* el Tribunal afirmaba lo siguiente:

«[T]he scope of the margin of appreciation is not identical in respect of each of the aims justifying restrictions on a right. The [British] Government inferred from the Handyside judgment that the margin of appreciation will be more extensive where the protection of morals is in is-

²¹ Vid. la formulación en la sentencia *Söderbäck v. Sweden*, 28 Okt. 1998, para. 29: «*Thus, the margin of appreciation having been overstepped, the adoption could not be regarded as having been "necessary in a democratic society"*».

²² En sentido crítico, CALLIESS, «*Zwischen staatliche...*», cit., págs. 294-296 (remitiendo a *markt intern v. Federal Republic of Germany*, 20 Nov. 1989, Series A, no. 165, y *Jacobowski v. Federal Republic of Germany*, 23 Juni 1994, Series A, no. 291-A).

²³ Cfr. la formulación en la sentencia *Handyside v. the UK*, cit., para. 47.

²⁴ Vid. CALLIESS, «*Zwischen staatliche...*», cit., pág. 294, con mayores referencias.

sue... However, not only the nature of the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation»²⁵.

El examen de la jurisprudencia permite constatar que el control ejercido por el Tribunal es especialmente intenso cuando se trata del enjuiciamiento de libertades que pudieran afectar a la realización de las funciones propias de una sociedad democrática —como, por ejemplo, el ejercicio de las libertades de prensa, manifestación, asociación y religiosa—²⁶, así como también cuando se trata de actuaciones que integran el núcleo esencial de la vida privada de un ciudadano²⁷. En estos supuestos se aplica un estándar de protección europeo uniforme. Resulta paradigmática la diferenciación según el tipo de actividad de que se trate en el caso de la libertad de expresión: «*In the field of political speech, especially criticism in the press of the Government, individual politicians and other public officials, the margin of appreciation has played a very weak role or no role at all... [T]he Court has accorded a wide margin of appreciation with respect to other speech that does not concern the functioning of democracy but rather conceptions of morals or standards of fair conduct within a liberal profession, in an economic market or in industrial relations, all of which are somewhat peripheral to the main objectives of the Convention... [T]hese are matters where traditions and attitudes may legitimately differ from one Contracting State to another...*»²⁸.

Por otra parte, el margen de discrecionalidad nacional es mayor en aquellas materias en que la regulación de los países firmantes presenta menores coincidencias. Así sucede, en particular, con las cuestiones relacionadas con la moral y las buenas costumbres, y muy señaladamente en el ámbito sexual. En la sentencia *Handyside* se puede leer:

«[I]t is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place... By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in

²⁵ *Dudgeon v. the UK*, cit., para. 52.

²⁶ Vid., recientemente, ... *Socialist Party and Others v. Turkey*, 25 mayo 1998, para. 50 (disolución de un partido político): «*The Court reiterates that having regard to the essential role of political parties in the proper functioning of democracy, the exceptions set out in Article 11 are, where political parties are concerned, to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on such parties' freedom of association. In determining whether a necessity within the meaning of Article 11, § 2, exists, the Contracting States possess only a limited margin of appreciation...*». Vid. también *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, cit., para. 46.

²⁷ Vid. *Dudgeon v. the UK*, cit., para. 52: «*The present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8*».

²⁸ Søren C. PREBENSEN, «The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention», *Human Rights Law Journal*, 1998, S. 13-17 (14, 17).

*principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them*²⁹.

Esta argumentación es perfectamente compatible con el reconocimiento, arriba descrito, de un margen de discrecionalidad nacional especialmente restringido en la esfera de las actuaciones políticas, pues es evidente que, en materia de derechos políticos, el texto del Convenio exige un grado de coincidencia mayor entre los Estados.

Sin embargo, es dudoso que los Estados firmantes del Convenio tuvieren presente la diferenciación referida, pues lo cierto es que la expresión utilizada en los artículos 9 a 11 del Convenio es, como vimos, siempre la misma: «*necessary in a democratic society*». Porque al Convenio le importa la *necesidad* de limitar los derechos fundamentales para la consecución de determinados fines propios de una sociedad democrática, mientras que, por el contrario, la doctrina del «*margin of appreciation*» distingue en función de qué parcelas de la libertad resultan más o menos esenciales para una sociedad democrática.

Aunque pueda parecer plausible una diferenciación de las expresiones de la libertad según su importancia política en una sociedad democrática, la doctrina del «*margin of appreciation*» no puede, como tal, fundamentarse en la locución «*necessary in a democratic society*». Porque esta última expresión persigue, según ya hemos apuntado al utilizar la expresión «*límite de límites*», una limitación de la libertad de los Estados nacionales a la hora de restringir los derechos contenidos en los artículos 8 a 11 del Convenio y en el artículo 2 del Cuarto Protocolo; mientras que la doctrina del «*margin of appreciation*» justamente expresa la tendencia contraria, es decir, supone una afirmación de la libertad —que difiere según cada caso— de los Estados para limitar los derechos contenidos en el Convenio. Mediante esta doctrina, en fin, se invierte el esquema regla-excepción del Convenio: lo decisivo no es que el Estado contratante demuestre la necesidad de limitar excepcionalmente los derechos de un individuo, sino, por el contrario, que el Tribunal considere que una determinada expresión de la libertad tiene una importancia fundamental para la existencia de una sociedad democrática.

El Tribunal también ha dado apoyo a la referida doctrina con el argumento de que el sistema europeo de derechos humanos amparado en el Convenio es de carácter subsidiario frente a los mecanismos naciona-

²⁹ *Handyside v. the UK*, cit., para. 48. Bestätigt in *Open Door & Dublin Well Woman v. Ireland*, cit., para. 68, en donde el Tribunal sostuvo: «*However, this power of appreciation is not unlimited. It is for the Court, in this field also, to supervise whether a restriction is compatible with the Convention*». Véase también *Rees v. the UK*, 17 Okt. 1986, Series A, no. 106, para. 37 (sobre el derecho de los transeunales al reconocimiento de su nueva situación en aplicación de lo establecido en el artículo 8 del Convenio): «*[T]here is at present little common ground between the Contracting States in this area and... generally speaking, the law appears to be in a transitional stage. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation*».

les de protección, de tal manera que corresponde a los Estados garantizar, en primera instancia, los derechos y libertades contenidos en aquella³⁰. Pero esta argumentación es cuestionable, porque pese a que el Convenio parte de la idea de que los derechos reconocidos en el Convenio serán normalmente garantizados por los Estados firmantes, de ahí no se deriva en modo alguno que el Tribunal deba autolimitar sus facultades de revisión y control.

La doctrina del «*margin of appreciation*» supone condicionar la garantía de los derechos contenidos en el Convenio a una reserva o salvedad general que no está expresamente formulada en su articulado. El artículo 1 del CEDH, según el cual los Estados firmantes se comprometen a reconocer «*a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio*», es completado en una frase adicional: «... *cuya exacta determinación corresponderá a los Estados firmantes en atención a sus particularidades nacionales y sus tradiciones*». De este modo vemos que, de hecho, en esta doctrina subyace el peligro de una «*abdication by the Convention enforcement bodies of their responsibility under Article 19*»³¹ y con ello un perjuicio de la finalidad garantizadora del Convenio y de la idea de la existencia de unos derechos humanos vinculantes con carácter general en toda Europa.

En nuestra opinión, los impulsores del Convenio en el año 1950 aspiraban a una mayor uniformidad en el nivel de protección para el círculo de los doce Estados que suscribieron inicialmente el Tratado³², a diferencia de lo que sucede hoy en día, que se pone más énfasis en la diversidad cultural y en la legitimación democrática de los Parlamentos nacionales. Prueba de ello es que en el penúltimo apartado del preámbulo del Convenio se habla de una «*conception commune*» y de un «*commun respect des Droits de l'homme dont ils se réclament*», y en el último se describe a los Estados firmantes como «*États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit*».

En todo caso, conviene recordar que el «*margin of appreciation*» no es una creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En otros ordenamientos jurídicos, los Tribunales manifiestan con frecuencia su reserva en la labor de concreción de la Constitución para evitar que sus decisiones suplan al legislador, que es quien está legitimado democráticamente para llevar a cabo ese desarrollo constitucional. Se trata, simplemente, de un aspecto de aquella problemática que es conocida en los Estados Unidos de América con la expresión «*judicial review*»³³.

³⁰ Vid. etwa *Handyside v. the UK*, cit., para. 48.

³¹ Vid. MAHONEY, «*Marvelous Richness...*», cit., pág. 4.

³² Bélgica, Dinamarca, Francia, la República Federal de Alemania, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Turquía, Gran Bretaña. El Convenio también fue firmado por el Gobierno del Sarre, que sólo a partir de 1957 se incorporó a la República Federal de Alemania.

³³ Vid., en relación con ello y en comparación con la teoría y jurisdicción constitucional alema-

El Tribunal Constitucional alemán ya destacó en su conocida *sentencia sobre las farmacias* de 1958 —resolución a partir de la cual comenzó la verificación sistemática de la observancia por el legislador del principio de proporcionalidad— que en su examen «*desempeñan un papel muy relevante los principios de experiencia, las consideraciones y las valoraciones del legislador... de tal manera que en tanto no sean enervados, gozan de la presunción de legitimidad*»³⁴. El Tribunal Constitucional alemán reconoce al legislador en principio libertad de configuración para actualizar el contenido de los intereses públicos en el ámbito de los derechos fundamentales, aunque es cierto que dicha libertad de configuración no tiene en todos los supuestos la misma intensidad³⁵. Y resulta llamativo que este mismo Tribunal, en algunos supuestos en que ha tenido que ponderar la libertad de configuración del legislador, haya procedido a realizar diferenciaciones similares a las efectuadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco de la doctrina del «*margen de apreciación*»³⁶.

Donde más ha reducido el Tribunal Constitucional alemán la libertad de configuración del legislador es en el ámbito del derecho a la libertad, exigiendo la presencia y acreditación de un interés general de carácter «absoluto». Por el contrario, en otros ámbitos, como, por ejemplo, en materia de libertad económica y regulación del ejercicio de la profesión, el Alto Tribunal ha reconocido un amplio margen de libertad de actuación al legislador³⁷. La diversa libertad de configuración legislativa trae como consecuencia una diferente intensidad en la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional, de tal manera que cuando el legislador se encuentra obligado a alegar intereses públicos «absolutos», su vinculación al principio de proporcionalidad será, asimismo, muy estricta.

También el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha manifestado su deferencia o cautela frente a la libertad de configuración del legislador comunitario³⁸, y también aquí dicha reserva ha desplegado

nas, la reciente obra de Ulrich R. HALTERN, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, págs. 241-272.

³⁴ Sentencia de 11 de junio de 1958; *BVerfGE*, Bd. 7, S. 377 (412).

³⁵ Eberhard GRABITZ, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 98 (1973), págs. 568-616 (615).

³⁶ *Vid.* GRABITZ, «Der Grundsatz...», cit.

³⁷ *Vid.* también GRABITZ, «Der Grundsatz...», cit., pág. 608, en donde se recoge la idea de que el Tribunal distingue de modo evidente entre diversos niveles por lo que se refiere a la intensidad de la protección de los derechos fundamentales: «*esos diversos niveles pueden ser descritos gráficamente de modo que es el derecho a la libertad de la persona el que goza de una protección mayor, mientras que las libertades económicas y de ejercicio de la profesión, junto al derecho de propiedad, se sitúan en una posición más débil*».

³⁸ *Vid.*, en particular, Ingolf PERNICE, «Kommentar zu Art. 164 der EG-Vertrags, núm. marginal 38-41», en Eberhard GRABITZ/Meinhard HILF (Hrg.), *Kommentar zur Europäischen Union*, Loseblattwerk, Bd. II, C. H. Beck, München, 1998. Un ejemplo más reciente dentro de la jurisprudencia del TJCE puede verse en *SAM Schiffahrt GmbH und Heinz Stapf gegen Bundesrepublik Deutschland*, asuntos C-248/95 y C-249/95, Sentencia del TJCE (5. Kammer) de 17 de julio de 1997, *Sammlung* 1997, págs. I-4494 (4512 f.).

sus efectos sobre el principio de proporcionalidad. En el enjuiciamiento de una posible vulneración por un órgano comunitario de un derecho fundamental protegido por este orden jurídico supranacional, el TJCE vincula el cumplimiento del principio de proporcionalidad con la discrecionalidad legislativa del órgano comunitario competente. «*El TJCE les reconoce a las instituciones comunitarias el margen de apreciación suficiente para que valoren si el fin se corresponde con el interés general de la Comunidad; si se ha elegido el medio más moderado; y si éste guarda una razonable relación con el fin pretendido. El Tribunal sólo intervendrá, pues, cuando esa valoración haya incurrido en un error manifiesto*»³⁹.

Vemos, pues, que en la tradición y en la práctica constitucional europea hay cierta coincidencia en el reconocimiento de un ámbito de discrecionalidad legislativa y una paralela limitación de la función jurisdiccional en el control del principio de proporcionalidad. La doctrina del «*margin of appreciation*», sin embargo, va más allá y produce unos efectos distintos de los que se derivan del conocido «*judicial restraint*». En primer lugar, porque aquella doctrina tiene en cuenta los actos del legislador nacional y, además, las decisiones de las autoridades administrativas nacionales⁴⁰. Con el «*margin of appreciation*» no se protege, como sucede el caso de la teoría del «*judicial restraint*», la prerrogativa del legislador democráticamente legitimado, sino, sencillamente, la esfera estatal nacional, es decir, el Estado como tal. En este sentido resulta afortunada la afirmación de LAWSON y SCHERMERS de que «*The need to allow a margin of appreciation to the national authorities may be said to stem basically from the sovereignty of the national States*»⁴¹.

También resulta discutible —si nos atenemos a los fines mencionados en el preámbulo del Convenio, anteriormente vistos— que esa concepción tradicional de «*closed state-units*» sea compatible con la integración europea de los Estados miembros llevada a cabo en el Consejo de Europa. Los partidarios de una concepción amplia del margen de discrecionalidad nacional se escudan, de manera impropcedente, en el principio de subsidiariedad⁴², tal y como aparece regulado en el artículo 3 b del Tratado de la Unión Europea⁴³. Porque, si de acuerdo con el significado del principio de subsidiariedad, una comunidad superior sólo está legitimada para actuar cuando determinados fines no puedan ser alcanzados en un nivel inferior, la función del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se correspondería justamente con esa idea, en tanto tiene por objeto garantizar la observancia por parte de los Estados miembros de los derechos protegidos en el Convenio. Precisamente, la creencia de que la protección de los dere-

³⁹ PERNICE, «Kommentar...», cit., número marginal 62c. Sobre el principio de proporcionalidad en Derecho Comunitario, *vid.* números marginales 101-103.

⁴⁰ *Vid.*, más arriba, la cita de la nota 13.

⁴¹ LAWSON y SCHERMERS, «Leading cases...», cit., pág. 39.

⁴² *Vid.*, por ejemplo, LAWSON y SCHERMERS, «Leading cases...», pág. 39.

⁴³ En la redacción del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992. En la redacción del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, este artículo lleva a partir de ahora el guarismo 5.

chos humanos en todo el ámbito europeo sólo podría ser lograda a través del establecimiento de un órgano supranacional fue el fundamento de la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Podemos, por tanto, concluir que la doctrina del «*margen de apreciación*» no se deriva del principio de subsidiariedad.

Existe una segunda diferencia entre la discrecionalidad legislativa y la doctrina del «*margen de apreciación*» defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta última diferencia, que tiene que ver con su misma eficacia, consiste en que los tribunales nacionales que reconocen un mayor o menor «*judicial restraint*», se enfrentan a un único legislador, mientras que, por el contrario, el Tribunal Europeo reconoce un margen de apreciación a cuarenta Estados, con lo que ello entraña de diversidad en los estándares de protección. Es muy posible que la protección de las diferencias y de las especialidades nacionales haya constituido uno de los principales objetivos de esta doctrina. Pero mientras la observancia de una «*judicial restraint*» no daña la unidad jurídica en un sistema jurídico estatal (en todo el territorio estatal es válido el mismo parámetro de protección, aunque el estándar sea uniformemente bajo), el peligro de la doctrina del «*margen de apreciación*» puede ser la disolución de un espacio europeo unitario de protección de los derechos humanos.

Desde esta última perspectiva, el ingreso de Turquía y los países del centro y del este de Europa en el sistema de protección de los derechos individuales del Convenio sitúa al Tribunal ante una nueva situación que constituye un gran reto. Es posible que el nuevo ámbito de actuación obligue en un futuro próximo al Tribunal a modificar una doctrina desarrollada para un círculo limitado de Estados relativamente homogéneos, con el fin de no permitir que aquella doctrina —aplicada a partir de ahora en el ámbito de una «*Europa del CEDH*» más amplia— se convierta en una figura jurídica que justifique unas diferencias demasiado grandes en los niveles de protección de los derechos humanos.

2. *La aplicación del principio al artículo 1 del Protocolo Adicional Primero*

El artículo 1 del Protocolo Adicional Primero de 20 de marzo de 1992 garantiza el derecho de propiedad. Según establece la segunda frase del primer apartado de dicho artículo, nadie puede ser privado de su propiedad «*más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional*»⁴⁴. No obstante, el segundo apartado del mismo precepto habilita a cada Estado que haya ratificado el Protocolo a aplicar «*las leyes que juzgen necesarias para la regla-*

⁴⁴ En inglés: «... *except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law*». En francés: «... *ne... que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international*».

mentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general» («as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest»; «qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général»).

Vemos que los dos apartados del artículo mencionado exigen la necesidad de la intervención para justificar una limitación en el derecho de propiedad. La determinación de los supuestos de necesidad que legitiman esa limitación es competencia de los Estados firmantes en los casos de limitaciones leves del derecho de propiedad («*aquellas leyes que [cada Estado] considere... necesarias*»); mientras que para las limitaciones más importantes, como la expropiación, del mismo modo que veíamos en el caso de la cláusula «*necessary in a democratic society*» de los apartados segundos de los artículos 8 a 11 del Convenio, se exige que concurra una necesidad objetivable.

Así lo afirmó el Tribunal en la sentencia *Handyside*, en la que reconoció sin ambages que la decisión sobre la delimitación del uso de la propiedad según el apartado segundo es competencia de los Estados firmantes. Por ello, en estos casos, el enjuiciamiento del Tribunal se circunscribe a constatar la presencia de alguno de los fines mencionados en el artículo 1.2 y, también, a analizar la medida adoptada desde la perspectiva de la regulación realizada en el Derecho nacional⁴⁵. De ser cierta esta afirmación nos encontraríamos con que, como ha señalado PEUKERT, «*en la práctica todas las medidas destinadas a la regulación de la utilización de la propiedad estarían exentas de cualquier tipo de control eficaz por parte de los órganos del Convenio*»⁴⁶, lo que equivale a decir que el artículo 1.2 del Primer Protocolo Adicional carece de sentido. El Tribunal, en relación con esta misma cuestión, ha reconocido que los Estados son los «*únicos jueces*» en lo que concierne a la necesidad de una ley reguladora del uso del derecho a la propiedad⁴⁷, pero no en lo que se refiere a la necesidad de las medidas limitadoras adoptadas en la aplicación de la ley.

Sin embargo, el Tribunal ha concedido a los Estados parte del Convenio un amplio margen de discrecionalidad para establecer limitaciones al derecho de propiedad de acuerdo con los dos apartados comentados. Por ello, la doctrina del «*margen de apreciación*» tiene un peso todavía más importante tanto para la expropiación como para la delimitación del contenido del derecho de propiedad que en el caso de los artículos 8 a 11 del Convenio. Es cierto que esa doctrina encuentra un fundamento más sólido en el contenido literal del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional

⁴⁵ Vid. *Handyside v. the UK*, cit., para. 62: «*Unlike Article 10, § 2, of the Convention, this paragraph sets the Contracting States up as the sole judges of the "necessity" for an interference. Consequently, the Court must restrict itself to supervising the lawfulness and the purpose of the restriction in question.*»

⁴⁶ Wolfgang PEUKERT, «Kommentar zu Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls», en Jochen Abr. FROWEIN/Wolfgang PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention — EMRK-Kommentar*, 2. Auflage, Engel, Kehl, 1996, pág. 794 f.

⁴⁷ Vid. *Marckx v. Belgium*, 13 Juni 1979, Series A, no. 31, para. 64.

que en cualquier otra disposición del Convenio⁴⁸, pero no es menos cierto que de esta forma la jurisprudencia del Tribunal elimina toda diferencia a la hora de enjuiciar el margen de discrecionalidad estatal admisible en los supuestos de privaciones de la propiedad y en supuestos de mera limitación de ese derecho.

En relación con los supuestos de expropiación basados en el artículo 1.1, el Tribunal reconoció en la sentencia *James and Others* lo siguiente:

«Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”... Furthermore, the notion of “public interest” is necessarily extensive. In particular, ... the decision to enact laws expropriating property will commonly involve consideration of political, economic and social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature’s judgment as to what is “in the public interest” unless that judgment be manifestly without reasonable foundation»⁴⁹.

El Tribunal rechazó expresamente la posibilidad de someter la medida adoptada por uno de los Estados firmante del Convenio a un «*test of strict necessity*», argumentando a tal efecto que «*the availability of alternative solutions does not in itself render the... legislation unjustified; it constitutes one factor, along with others, relevant for determining whether the means chosen could be regarded as reasonable and suited to achieving the legitimate aim being pursued, having regard to the need to strike a “fair balance”*»⁵⁰.

Y en cuanto a la reglamentación del uso de los bienes objeto de propiedad a que se refiere el artículo 1, apartado segundo, el Tribunal ha sostenido, en el caso *Mellacher*, que:

«In order to implement such [social and economic] policies, the legislature must have a wide margin of appreciation both with regard to the existence of a problem of public concern warranting measures of control and as to the choice of the detailed rules for the implementation of such measures. The Court will respect the legislature’s judgment as to what is in the general interest unless that judgment be manifestly without reasonable foundation»⁵¹.

⁴⁸ Así, Yves WINISDOERFFER, «Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1», *Human Rights Law Journal*, 1998, págs. 18-20 (20).

⁴⁹ *James and Others v. the United Kingdom*, 21 Febr. 1986, Series A, no. 98, para. 46. Véase también *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 Juli 1986, Series A, no. 102, para. 122.

⁵⁰ *James and Others*, para. 51.

⁵¹ *Mellacher and Others v. Austria*, Series A, no. 169, 19 diciembre 1989, para. 45.

Vemos, pues, que, en la práctica, el Tribunal apenas ha concedido importancia a la diferenciación realizada en el Convenio entre los dos tipos de intervención sobre el derecho de propiedad contemplado en los dos apartados del artículo 1, del mismo modo que tampoco ha llegado a establecer un criterio propio de delimitación entre la privación de propiedad y el establecimiento de limitaciones al ejercicio de ese derecho⁵². Incluso el Tribunal ha interpretado como si fueran sinónimos los conceptos de «*utilidad pública*» («*public interest*», «*utilité publique*») del apartado primero del artículo 1, e «*interés general*» («*general interest*», «*intérêt général*») del apartado segundo, pese a que la sistemática del precepto permite entender que este último tiene un significado más amplio que el primero⁵³.

El Tribunal, sin embargo, ha destacado la importancia del principio de proporcionalidad en los casos de expropiación o limitación de la propiedad. En la sentencia del asunto *Sporrong and Lönnroth* se indica en términos generales, que es necesario encontrar un «*justo equilibrio*» («*fair balance*», «*juste équilibre*») entre las exigencias del interés general y la necesaria protección de los derechos individuales, añadiendo que ese equilibrio falta en los casos en que se impone una carga desproporcionada al particular («*individual and excessive burden*», «*charge spéciale et exorbitante*»)⁵⁴. En la sentencia *James and Others* añadió el Tribunal que «*Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim "in the public interest", but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised... The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto*»⁵⁵.

La eficacia del principio de proporcionalidad depende, sin embargo, del margen de discrecionalidad concedida a los Estados para limitar el derecho de propiedad. Si se aplica el «*test of strict necessity*» no se entra entonces a controlar si la injerencia resulta necesaria. Así, la expropiación no es ilegítima por el mero hecho de que haya medios más moderados para la consecución del objetivo que aquélla pretende. Los órganos del Convenio limitan su examen a determinar si la ponderación de intereses realizada por el Estado resulta manifiestamente irrazonable⁵⁶. En relación con esta cuestionable posición asumida por el Tribunal en relación con el artículo 1 del primer Protocolo Adicional, la doctrina ha considerado que «*the*

⁵² Vid. PEUKERT, «Kommentar», cit., pág. 785.

⁵³ Vid. PEUKERT, «Kommentar», cit., pág. 791.

⁵⁴ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 Sept. 1982, Series A, no. 52, paras. 69, 73. Vid. también *Mellacher and Others v. Austria*, cit., para. 48, en donde manifiesta que «*the second paragraph of Article 1 of Protocol 1 must be construed in the light of the principle laid down in the first sentence of the Article. Consequently, an interference must achieve a "fair balance" between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights... There must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued*».

⁵⁵ *James and Others v. the UK*, cit., para. 50. También en *Lithgow and Others*, cit., para. 120.

⁵⁶ Sobre esta cuestión y en sentido crítico, vid. Katja GELINSKY, *Der Schutz des Eigentums gemäß Artikel 1 des ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot, Berlín, 1996, págs. 105-108.

*Court recognises that the Contracting States are vested with a wide margin of appreciation both for choosing the means for implementing the objective pursued and for judging whether the consequences of implementation are justified in the general interest for the purposes of achieving that objective. Such an approach leaves scope for a finding of violation of Article 1 of Protocol No. 1 only in the most extreme cases*⁵⁷. Por ello no puede sorprender que el Tribunal, en lo que hace a la delimitación del derecho de propiedad, haya considerado justificados todos los casos de necesidad de intervención alegados hasta ahora por los Estados firmantes del Convenio⁵⁸.

3. *La aplicación del principio a otros artículos del Convenio (Limitación de derechos y libertades en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación)*

El artículo 15 del Convenio permite a los Estados firmantes derogar los derechos y libertades en él reconocidos en caso de guerra u otra situación excepcional en que la nación estuviera amenazada, «en la medida estricta en que lo exija la situación» («to the extent strictly required by the exigencies of the situation», «dans la stricte mesure où la situation l'exige»). El Tribunal también ha tenido ocasión de aplicar el principio de proporcionalidad al supuesto contemplado en este precepto⁵⁹, admitiendo un amplio margen de discrecionalidad a los Estados contratantes⁶⁰. Salvo una única excepción, los órganos del Convenio han aceptado hasta el momento en todos los demás casos la invocación del estado de necesidad a que se refiere el precepto⁶¹.

La primera mención expresa del principio de proporcionalidad tuvo lugar en una temprana sentencia acerca de la prohibición de discriminación del artículo 14 del Convenio, en la que el Tribunal, después de comprobar que la norma, pese a su contenido literal, no prohibía cualquier diferencia de trato, declaró:

«It is important, then, to look for the criteria which enable a determination to be made as to whether or not a given difference in treatment... contravenes Article 14. On this question the Court, following

⁵⁷ WINISDOERFFER, «Margin of Appreciation...», cit., pág. 19.

⁵⁸ Así, PEUKERT, «Kommentar», cit., S. 795. Vid. op. ult. cit., S. 798, en donde se afirma que «en los últimos tiempos... un lamentable restrictivo tratamiento del principio de proporcionalidad».

⁵⁹ Siehe *Brannigan & McBride v. the United Kingdom*, 26 Mai 1993, Series A, no. 258-B, para. 54 (am Ende). Vgl. aus der Literatur Jaime ORÁA, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon, Oxford, 1992, S. 144-152.

⁶⁰ Vid. *Brannigan*, para. 59: «It is not the Court's role to substitute its view as to what measures were most appropriate or expedient at the relevant time in dealing with an emergency situation for that of the Government which have direct responsibility for establishing the balance between the taking of effective measures to combat terrorism on the one hand, and respecting individual rights on the other».

⁶¹ Vid. Jochen Abr. FROWEIN, «Kommentar zu Artikel 15», en FROWEIN/PEUKERT, «Europäische Menschenrechtskonvention...», cit., pág. 481.

the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised»⁶².

Vemos que aquí el principio de proporcionalidad aparece invocado nuevamente como «*límite de límites*», con la finalidad de restringir la libertad de los Estados en la limitación de derechos que, de acuerdo con su reconocimiento positivo, no admiten salvedades para su ejercicio⁶³. Sin embargo, la sentencia resalta en este mismo apartado la importancia del ámbito de discrecionalidad nacional y el carácter subsidiario del sistema del Convenio⁶⁴.

Además de los supuestos mencionados, el Tribunal ha recurrido al principio de proporcionalidad en numerosos casos relacionados con otros preceptos del Convenio, como son: el artículo 4, en el que se prohíbe la esclavitud y los trabajos forzados; el artículo 6.1, en el que se establece el derecho a audiencia en los procesos judiciales y el acceso a la jurisdicción y al recurso; el artículo 12, que reconoce el derecho a casarse y fundar una familia; y el artículo 3 del primer Protocolo Adicional, en el que se garantiza el derecho a la celebración de elecciones libres y secretas⁶⁵.

⁶² *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, 23 Juli 1968, Series A, no. 6, pág. 34, para. 10.

⁶³ Vid. también PEUKERT, «Kommentar zu Artikel 14», en FROWEIN/PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention...*, cit., págs. 452-454.

⁶⁴ Vid., sobre el margen de discrecionalidad en el contexto del artículo 14, también la sentencia *Petrovic v. Austria*, 27 März 1998, paras.: «42. There still remains a very great disparity between the legal systems of the Contracting States in this field. While measures to give fathers an entitlement to parental leave have now been taken by a large number of States, the same is not true of the parental leave allowance, which only a very few States grant to fathers. 43. The Austrian authorities' refusal to grant the applicant a parental leave allowance has not, therefore, exceeded the margin of appreciation allowed to them. Consequently, the difference in treatment complained of was not discriminatory within the meaning of Article 14».

⁶⁵ Vid. CREMONA, «The Proportionality...», cit., pág. 325 f.; también, Marc-André EISSEN, «The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights», en MACDONALD, *The European System*, págs. 125-146 (132-140).

III. STATUS Y SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

No cabe duda alguna de que el principio de proporcionalidad constituye una regla jurídica que, en el marco del CEDH, vincula a los Estados firmantes del Convenio. Es irrelevante en la práctica que tenga la consideración de norma no escrita en el marco del Convenio, o de principio general del Derecho Comunitario, como afirma la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo⁶⁶.

Habida cuenta de que el Convenio y sus Protocolos no hacen referencia expresa al principio, cabría sostener que constituye una máxima no escrita que despliega sus efectos de forma automática sobre todos los derechos fundamentales, cuya regulación está sujeta a reserva de ley y que, por tener una presencia evidente, no necesita ser expresamente mencionada en el texto del Convenio⁶⁷. También se puede decir que el principio de proporcionalidad, cuyo origen hay que buscarlo en el Derecho Administrativo prusiano del siglo XIX⁶⁸, se ha ido fortaleciendo paulatinamente como principio constitucional de todos los ordenamientos jurídicos de Europa occidental —especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial— llegando a vincular todas las actuaciones del poder legislativo y del poder ejecutivo, y que, a partir de ese reconocimiento nacional, ha extendido sus efectos al ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta última explicación nos parece más acorde con la evolución histórico-jurídica y, en nuestra opinión, se corresponde mejor con el progresivo desarrollo del principio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A pesar del indiscutible *status* del principio analizado y del elevado valor jurídico que le atribuye el Tribunal en sus sentencias, el estado de la cuestión produce una cierta desazón en el observador. No es fácil sustraerse a la impresión de que en el enjuiciamiento de la proporcionalidad es de aplicación directa la doctrina elaborada por la jurisprudencia en relación al artículo 1 del Primer Protocolo Adicional: «*The Contracting States as well as individual applicants who come before the Court are*

⁶⁶ Vid., para la Comunidad Europea, la sentencia *Testa*, asunto 41/79 u.a., *Sammlung*, 1980, pág. 1979 (1997): el principio de proporcionalidad como «*un derecho fundamental general de la Comunidad*». Sobre ello y en detalle, PERNICE, «Kommentar...», cit., marginales 101-103. Vid. también artículo 3b, apdo. 3, del Tratado de la Unión (en la redacción dada por el Tratado de Maastricht): «*Las actuaciones de la Comunidad no van más allá de la medida necesaria para alcanzar los objetivos de este Tratado*».

⁶⁷ En este sentido, Félix ERMACORA, «Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im österreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtsconvention», en Hans KUTSCHER *et al.*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeitsprinzip in europäischen Rechtsordnungen*, C. F. Müller, Karlsruhe 1985, págs. 67-75.

⁶⁸ Vid. Hans HUBER, «Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht», en Marcus LUTTER *et al.* (Hrg.), *Festschrift für Robert Fischer*, W. de Gruyter, Berlin und New York, 1979, págs. 1-29.

the hostages of a case-by-case assessment, the outcome of which is difficult to predict»⁶⁹.

Es cierto que resulta difícil el manejo del principio de proporcionalidad y que su aplicación, precisamente porque requiere la correspondiente ponderación de medios y fines, no es fácilmente objetivable. Pero, aun reconociendo estas dificultades, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia nos sigue pareciendo poco convincente, pues ni siquiera ha sido capaz de desarrollar unos criterios claros y fiables sobre la aplicación del principio de proporcionalidad. En todo caso debemos reconocer, una vez más, que uno de los motivos que más negativamente ha influido en la elaboración de esa construcción ha sido la doctrina del «*margen de apreciación*», que concede a los Estados un amplio margen de discrecionalidad en relación con las medidas limitadoras de los derechos fundamentales.

La concepción del Convenio, en virtud de la cual sólo son admisibles aquellas limitaciones de los derechos esenciales que sean «*indispensables en una sociedad democrática*», ha sido importada por algunos Estados en su Constitución. Así vemos que sucede, por ejemplo, en la Constitución de Canadá de 1982⁷⁰ y en la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996. Esta circunstancia pone de manifiesto el atractivo y el prestigio universales del CEDH, al tiempo que permite advertir el progresivo desarrollo del principio de proporcionalidad, que en algunos Estados ha llegado a superar las concepciones deducidas del Convenio y del propio Tribunal. En este sentido consideramos deseable que el Tribunal de Estrasburgo —cuya reciente renovación, basada en el Undécimo Protocolo del Convenio⁷¹, facilita la asunción de nuevos proyectos— oriente su jurisprudencia hacia la consolidación de estos principios, para lo que podría valerse del texto constitucional de la República de Sudáfrica, cuya codificación del principio de proporcionalidad ha sido llevada a cabo con una extraordinaria claridad y con un contenido propio de los Estados occidentales más desarrollados en esta materia. El Tribunal Europeo, de obrar así, reforzaría esencialmente el carácter del Convenio como «*constitutional instrument of European public order in the field of human rights*»⁷².

⁶⁹ Así, WINISDOERFFER, «Margin or Appreciation...», cit., pág. 20.

⁷⁰ Vid. Part I, Title 1, Section 1, de la *Canada-Constitution Act of 1982* («*Limitation of Rights*»): «*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*».

⁷¹ Vid. Protocol No. 11 to the Convention..., restructuring the Control Machinery established thereby, Strasbourg, May 11, 1994; European Treaty Series No. 155.

⁷² Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Christostomos and Others v. Turkey*, *Human Rights Law Journal*, vol. 12 (1991), págs. 113 ss. (121). Sobre ello, vid. Jochen A. Frowein, «Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de Droit international*, vol. 248 (1994-IV), págs. 345-437 (358-360). En relación a la aplicación de la terminología constitucional en los convenios internacionales, vid. Bardo Fassbender, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 (1998), págs. 529-619 (529-568).

La regulación de la Constitución de la República de Sudáfrica, a la que antes aludíamos por considerar ejemplar su contenido, establece lo siguiente:

«Section 36 Limitation of rights

(1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including —

- (a) the nature of the right;*
- (b) the importance of the purpose of the limitation;*
- (c) the nature and extent of the limitation;*
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and*
- (e) less restrictive means to achieve the purpose*

(2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights»⁷³.

⁷³ Constitution of the Republic of South Africa, adopted May 8, 1996, in force Feb. 7, 1997.

