



Strasbourg, 23 January 2019

CDL-JU(2019)004  
Spanish. only

**EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW**  
**(VENICE COMMISSION)**

In co-operation with  
**THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOLIVIA**

**INTERNATIONAL CONFERENCE**

**Constitutional Justice  
and the Principle of Proportionality**

**Sucre, Bolivia  
7 December 2018**

**REPORT**

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

**Sr Luis LOPEZ GUERRA**  
**Ex Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**  
**España**

---

*This document will not be distributed at the meeting. Please bring this copy.*  
[www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)

## 1. Proporcionalidad y ponderación de derechos e intereses.

El principio de proporcionalidad, referido a la ponderación entre los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y aquellos derechos e intereses que pudieran verse afectados por su ejercicio ha desempeñado y desempeña un relevante papel en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ese papel resulta especialmente destacado en la serie de derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 del Convenio, por cuanto tales artículos precisan las restricciones admisibles al ejercicio de esos derechos, restricciones sometidas, según la jurisprudencia del Tribunal a una relación de proporcionalidad; pero el principio se ha proyectado progresivamente sobre el conjunto de los derechos del Convenio. Ello no deja de ser una aportación de la jurisprudencia, por cuanto el Convenio (contrariamente, por ejemplo, al Tratado de la Unión Europea, o a la Carta de Derechos de la Unión) no menciona expresamente el principio de proporcionalidad como elemento inspirador. Ha podido en algún caso afirmarse que se trata de un principio derivado de la costumbre de Derecho Internacional generalmente aceptada; en cualquier caso, representa un elemento presente en la concepción actual de la justicia, y como tal admitido como inspirador de la práctica del Derecho tanto a nivel nacional como internacional.<sup>1</sup>

Para el desarrollo del principio, la jurisprudencia del Tribunal ha partido de las previsiones de los citados artículos 8 a 11, que presentan una estructura similar; tras la declaración del correspondiente derecho ( a la vida privada, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de expresión y a las libertades de reunión y asociación) el Convenio admite la posibilidad de limitaciones, partiendo de tres condicionamientos: la debida previsión legal, el que respondan a objetivos legítimos, listados taxativamente, y que tales limitaciones constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática. El Tribunal ha partido de este último condicionamiento (la necesidad de esas limitaciones en una sociedad democrática) para construir su versión del principio de proporcionalidad. En su sentencia de 1976, en el caso *Handyside*, referido al derecho a la libertad de expresión, el Tribunal estableció que

“Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una «sociedad democrática». La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una «sociedad democrática». Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue” ( párr. 49).

El Tribunal parte de que la referencia a las medidas necesarias en una sociedad democrática del artículo 10 exige la presencia de una “urgente necesidad social” (pressing social need) para justificar la limitación del derecho allí reconocido. Lo que exige comprobar la relación entre el fin legítimo perseguido y las medidas adoptadas.

---

<sup>1</sup> Ver, como enfoque general, HARBO, T., *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2015; SCHLINK, B, “Proportionality (I)”, en ROSENFELD M. y SAJO, A, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 718-737.

En su sentencia en el caso *Sunday Times* el Tribunal precisa netamente las consecuencias de su posición, para verificar (también en relación con la libertad de expresión) la adecuación al Convenio de las limitaciones al derecho del artículo 10:

“Hay que determinar ahora si la «injerencia» correspondía a una «necesidad social imperiosa», si era «proporcionada al fin legítimo que perseguía», si los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla eran «pertinentes y suficientes» a tenor del artículo 10.2”(párr. 62).

Así, aparecen como elementos necesarios para toda limitación en el aspecto, la existencia de una justificación suficiente, referida a la presencia de una necesidad social imperiosa y a la relación de proporcionalidad entre esa limitación y el fin perseguido.

Las afirmaciones relativas a la libertad de expresión se amplían, en la jurisprudencia del Tribunal, a los supuestos de limitación de derechos del Convenio en forma general. Así, en *Dudgeon*, en un caso relativo esta vez al artículo 8 de Convenio, sobre la protección de la vida privada, el Tribunal especificó que

“de acuerdo con el Derecho emanado de los fallos del Tribunal una restricción de un derecho amparado por el Convenio puede no considerarse como «necesaria en una sociedad democrática» -de lo cual son dos puntos de referencia la tolerancia y la liberalidad-, a menos que, entre otras cosas, sea proporcional al legítimo fin perseguido” ( párr. 53).

De los requisitos para toda injerencia en los derechos del Convenio, de acuerdo con la letra del mismo, el primero de ellos (previsión legal) es fácilmente comprobable, tanto en sus aspectos formal (existencia de norma) como sustantivo (previsibilidad de sus efectos). El segundo, la existencia de un fin legítimo se produce en dos variantes; bien mediante el establecimiento de una lista taxativa (que según la jurisprudencia del Tribunal debe interpretarse restrictivamente, en cuanto supone una excepción a la regla de respeto del derecho) bien sin que tales límites se expresen, dejando pues la posibilidad de apreciación de límites implícitos. Se ha considerado a veces que, dada la generalidad de las expresiones empleadas por el Convenio, ello supone que en realidad, los Estados disponen en este aspecto de una amplia discrecionalidad. Pero este tipo de afirmaciones es muy discutible. En efecto, no faltan casos en que el Tribunal ha apreciado que una limitación de un derecho del Convenio se hallaba falta de justificación debido a la ausencia de un fin legítimo para ella. Así, en *Navalnyy c. Rusia*, de 2018, el Tribunal (Gran Sala) consideró que la detención del recurrente, con ocasión de una manifestación, y una vez realizada esta, carecía de fin legítimo, por cuanto, la Gran Sala, “aceptaba la conclusión de la Sala en el sentido de que no había habido razón alguna para que los informes sobre la infracción administrativa del señor Navalnyy no pudieran haber sido efectuados en el momento, y no en la comisaría de policía. El Gobierno no ha proporcionado justificación alguna sobre el hecho de que hubiera estado retenido durante varias horas antes de haberse llevado ante un juez en una ocasión, y se le hubiera retenido durante una entera noche en otra”.<sup>2</sup> Por otra parte, el Convenio es claro a este respecto, al establecer en su artículo 18 que “las restricciones que en los términos del presente Convenio, se

---

<sup>2</sup> Como ejemplos adicionales, en *Burdov v. Russia* ( 2002) el Tribunal encontró una violación del derecho de propiedad del artículo 1 del protocolo 1 por la ausencia de justificación de los retrasos en la ejecución de una decisión judicial: en *Kormacheva v. Russia*, de 2004, por la falta de justificación (el Gobierno alegaba falta de medios) de una restricción del derecho a un juicio justo del artículo 6.

impongan a los citados derechos y libertades, no podrán ser aplicados más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas”.

El elemento más complejo, pues, a la hora de examinar la adecuación de estas restricciones, es el referido a la existencia de una debida proporcionalidad, derivada de la apreciación de la necesidad de la medida en una sociedad democrática. La ponderación entre los factores en presencia- el derecho afectado del Convenio y los derechos o interés de otros- no deja de presentar elementos de indeterminación, salvo casos flagrantes, por otra parte no tan frecuentes. La perspectiva subjetiva, a la hora de llevar a cabo esa ponderación, es evidente; por otra parte, la determinación fáctica de las circunstancias reales a tener en cuenta no está en ocasiones al alcance del Tribunal. Por ello, y en relación con la exigencia de proporcionalidad, el Tribunal ha recurrido, desde fecha temprana, a la doctrina del margen de apreciación, admitiendo, desde Handyside, que,

“El Convenio confía, en primer lugar, a cada uno de los Estados contratantes el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que consagra. Las instituciones creadas por él contribuyen a esa finalidad, pero no entran en juego sino por la vía contenciosa y después de haberse agotado las vías de recursos internos (.....). Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la «necesidad (...) de una restricción o sanción» destinada a dar una respuesta a ello. (...) Por ello, no corresponde menos a las autoridades nacionales juzgar con carácter previo sobre la realidad de la necesidad social imperiosa que implica la noción de «necesidad» en este contexto. En consecuencia, el artículo 10.2 reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Al tiempo se concede este margen de apreciación al legislador nacional («previstas por la ley») y a los órganos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor” (par.48).

El mismo reconocimiento del este margen de apreciación nacional supone la conciencia de las dificultades para llevar a cabo una ponderación entre derechos e intereses dentro de las exigencias de la seguridad jurídica, dada la forzosa presencia de elementos subjetivos o de factores difícilmente apreciables por el Tribunal. No es por ello extraño que la jurisprudencia de éste haya ido precisando otros elementos de índole más objetiva, a la hora de determinar si existe una proporcionalidad entre los derechos del Convenio y sus limitaciones que responda a la exigencia de que esas limitaciones sean “necesarias en una sociedad democrática”. Para ello, el Tribunal ha tenido en cuenta metodologías desarrolladas por otros Tribunales, y entre ellos el Tribunal Constitucional Federal alemán. El Tribunal de Estrasburgo ha venido así a complementar el balance, forzosamente subjetivo, de intereses con otras perspectivas, que podríamos definir como procesales, instrumentales y sustantivas.

## 2. Criterios procedimentales

Por lo que se refiere al aspecto procesal, el Tribunal en ocasiones, para determinar si ha habido una adecuación al principio de proporcionalidad, tiene en cuenta las vías por las que las autoridades nacionales han ponderado los intereses en presencia, y la mayor o menor intensidad con la que se ha desarrollado esta tarea. El Tribunal considera que la práctica de esa ponderación corresponde fundamentalmente a las autoridades nacionales; en palabras del Tribunal en *Perincek contra Suiza*, “ si la ponderación ha sido llevada a cabo por las autoridades nacionales de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal, el Tribunal necesitará razones muy poderosas para sustituir esta apreciación por la suya.”(párr. 198). Ahora bien, el Tribunal añade

que “si la ponderación no es satisfactoria, en particular porque no se consideró adecuadamente la importancia y la extensión de alguno de los derechos en cuestión, el margen de apreciación nacional será muy estrecho” ( párr. 199).

En el caso, el Tribunal halló que los Tribunales suizos, no habían prestado particular atención a la ponderación entre por un lado, el derecho a la libertad de expresión, y por otro al derecho del pueblo armenio a la protección de su dignidad. A la vista de ello, el Tribunal tomó la decisión de llevar a cabo esa ponderación por sí mismo.

La exigencia de un procedimiento de ponderación ha resultado particularmente relevante en supuestos en que la limitación de derechos (o, en otros términos, la injerencia en el ámbito protegido por el Convenio) deriva de decisiones de alcance colectivo, adoptadas en forma de normativas (a veces aprobadas por el poder legislativo) afectando a una gran cantidad de personas. La existencia de un margen de apreciación estatal no es óbice a que el Tribunal analice si las autoridades domésticas, al llevar a cabo esa regulación, han actuado dentro de ese margen.

Así, a la hora de decidir sobre la proporcionalidad de medidas de aplicación a un colectivo adoptadas por un órgano normativo (administrativo o legislativo) afectando los derechos del Convenio, el Tribunal ha tenido en cuenta las características del procedimiento parlamentario para la adopción de esa decisión, y la mayor o menor extensión de la discusión y el análisis nacional al respecto. Así, en el caso *Animal Defenders International contra Reino Unido*, el Tribunal, en un caso en que la oposición se producía entre el derecho a la libertad de expresión, por un lado, y la legislación limitando la publicidad durante campañas electorales por otro, a la hora de determinar la aplicación del principio de proporcionalidad, dedicó especial atención a si la discusión parlamentaria al respecto habían examinado “en forma excepcional” las consecuencias de todo tipo de esa restricción<sup>3</sup>.

En *Hatton contra Reino Unido*, relativo a la invasión de la vida privada de los recurrentes derivada de las molestias y ruido procedentes del cercano aeropuerto de Heathrow, el Tribunal, adoptando también una perspectiva procesal llegó a una conclusión de no violación; el Tribunal tuvo en cuenta los intereses y derechos en presencia; y dio especial relevancia a la metodología seguida por el Gobierno para apreciar los eventuales daños. A la hora de examinar si las medidas adoptadas por el Gobierno al respecto eran adecuadas, el Tribunal destacó que se habían efectuado consultas sobre la cuestión, y que las decisiones adoptadas representaban un progreso respecto de las proposiciones que se habían efectuado en esas consultas; por otro lado, como consecuencia de recursos presentados ante los tribunales, el Gobierno había aceptado establecer un número máximo de despegues y aterrizajes de aviones. Había también rechazado las peticiones de las compañías aéreas para obtener cuotas más elevadas, y para adelantar la hora de comienzo de los despegues. El Tribunal concluyó, desde esa perspectiva procesal, en la no vulneración del artículo 8 del Convenio.

Dentro de esta perspectiva procesal, en otro caso también relativo a las molestias derivadas de la actividad de un aeropuerto, en *Flamenbaum y otros contra Francia*, del año 2012, el Tribunal tuvo en cuenta, que, durante el proceso de adopción de decisiones sobre el aeropuerto, las autoridades habían llevado a cabo un detallado análisis del impacto ambiental, y los efectos sobre el ambiente físico y biológico, el urbanismo, y el paisaje, así como el ruido producido. El público había podido efectuar

---

<sup>3</sup> Ver al respecto HARRIS, D.J *et al. Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 12-13.

observaciones, y las autoridades competentes habían sido debidamente consultadas. En palabras del Tribunal “de acuerdo con la continua jurisprudencia de este tribunal, aun cuando el artículo 8 no contiene ningún requisito procedimental explícito, el proceso de adopción de decisiones que llevan a inherencias en los derechos debe ser equitativo, y debe respetar los derechos individuales protegidos por el artículo 8” (párr. 137).<sup>4</sup>

En forma contraria, el elemento procedimental fue relevante para encontrar una vulneración del derecho al voto del artículo 3 del protocolo 1, en el caso *Hirst contra Reino Unido*, al no constar fehacientemente que el Parlamento británico hubiera tratado de ponderar los intereses y derechos afectados por la prohibición a los reclusos de participar como votantes en las elecciones, o a examinar la proporcionalidad de una prohibición general de este tipo.

### 3. Criterios instrumentales: idoneidad y medida menos gravosa

Otro segundo tipo de consideraciones efectuadas por el Tribunal a efectos de precisar el juicio de proporcionalidad entre los derechos del Convenio y las eventuales limitaciones a los mismos son las que podrían denominarse consideraciones instrumentales. La cuestión a considerar sería, no tanto la relación de proporcionalidad entre la restricción del derecho del Convenio y los fines perseguidos para proteger otros derechos e intereses (por ejemplo la relación de proporcionalidad en un caso concreto entre ejercicio de la libertad de expresión y la protección del honor o la vida privada) sino más bien la de verificar si el instrumento elegido para esa restricción es el adecuado para efectivamente conseguir el fin perseguido. Entre esas consideraciones instrumentales podríamos distinguir entre el requisito de idoneidad, y la exigencia de la adopción de la medida menos dañosa.

El requisito de idoneidad se refiere a que, si la justificación de la injerencia en un derecho del Convenio es la consecución de un fin legítimo, para la protección de otros derechos o intereses, la medida restrictiva efectivamente sea idónea para la protección de esos derechos o intereses. Como ejemplo que a veces se aduce, en un supuesto de conflicto entre el derecho a la privacidad y la protección de la seguridad pública en un control en un aeropuerto, cabe preguntarse si la remoción de un sombrero o un turbante es instrumento idóneo para obtener el fin de una mayor seguridad y la prevención del terrorismo; tal fue el caso en *Phull v France*, del año 2005. La pregunta sería: admitida la legitimidad de la limitación de derechos para prevención del terrorismo, ¿es la remoción de un turbante o velo en un control de un aeropuerto una medida adecuada o idónea para ese fin?<sup>5</sup>

En el caso citado, la respuesta parece simple. Pero se han producido supuestos mucho más complejos, en que el Tribunal ha debido llevar a cabo ese examen de idoneidad, como parte esencial y previa del juicio de proporcionalidad. Por ejemplo, en el citado caso *Perincek contra Suiza*, la cuestión que se planteaba era la de la compatibilidad con la libertad de expresión de la condena penal en Suiza a un político turco por haberse expresado públicamente en el sentido de que las deportaciones y masacres masivas sufridas por el pueblo armenio en el imperio otomano en 1915 y años siguientes no habían representado un genocidio. El Tribunal para llegar a la

---

<sup>4</sup> Me remito, en este tema, a las consideraciones efectuadas en mi trabajo “Privacy and environment; the case of Spain” en *Liber Amicorum Dean Spielmann*, Wolf, Oisterwijk, 2015, pps. 349-356-.

<sup>5</sup> Un extenso análisis del criterio de idoneidad de las medidas instrumentales puede encontrarse en GERARDS, J. “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, en *Internacional Journal of Constitutional Law*, 11(2) 2013, 466-490.

conclusión de que había habido una vulneración del derecho a la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio, lleva a cabo un análisis de proporcionalidad en que tiene en cuenta, entre otros factores, la idoneidad de la medida adoptada para asegurar los derechos de otros (en este caso, de la minoría armenia). El Tribunal afirma que

“El amplio concepto de proporcionalidad inherente a la expresión “necesario en una sociedad democrática” requiere una conexión racional entre las medidas adoptadas por las autoridades y el objetivo que persiguen obtener mediante tales medidas, en el sentido de que estas deben razonablemente idóneas para producir el efecto deseado (ver, *mutatis mutandis*, *Weber v. Suiza*, 22 Mayo 1990, § 51, Serie A no. 177, y *Observer y Guardian v. Reino Unido*, 26 Noviembre 1991, § 68, Serie A no. 216). Difícilmente puede afirmarse que la hostilidad que pueda existir contra la minoría armenia en Turquía sea el producto de las afirmaciones del recurrente en Suiza (ver, *mutatis mutandis*, *Incal*, citado más arriba, § 58), o que la condena penal del recurrente en Suiza protegiera de forma efectiva los derechos de esa minoría, o que le hiciera sentir más segura. Además,, no hay prueba de que las afirmaciones de recurrente hayan, por sí mismas, provocado odio hacia los armenios en Turquía, o que él mismo haya, en otras ocasiones, tratado de instigar odio contra los armenios, en ese país.”

Otro ejemplo del uso del criterio de idoneidad en el análisis de proporcionalidad podría ser el ya citado caso *Hirst contra Reino Unido*. El Gobierno del Reino Unido alegaba que la privación del derecho de voto a los reclusos servía como medio para prevenir el crimen, promover la responsabilidad cívica y asegurar el respeto por el imperio de la ley. Pero el Tribunal consideró que no había prueba alguna de que esos efectos se consiguieran mediante la privación a los presos de su derecho a votar en las elecciones, y que no había una vinculación lógica entre ambos extremos. Ello llevó al Tribunal (entre otras razones) a considerar que se había producido una vulneración del artículo 3 del protocolo número 1, por restricción desproporcionada de un derecho del Convenio.<sup>6</sup>

Un supuesto relativamente frecuente de utilización por el Tribunal del criterio de idoneidad es el referido a aquellos casos en que debe justificarse la prisión provisional del recurrente en espera de juicio. Si bien el Tribunal admite que existen razones para justificar esa restricción (obstaculización de la investigación, peligro de actividad delictiva, peligro de huida de la justicia) la privación provisional de la libertad puede dejar de ser idónea para alguna de esas razones con el paso del tiempo, al cambiar las condiciones del detenido. Así, en *Kalashnikov contra Rusia* (2002) el Tribunal consideró que “si los delitos de que se acusaba al recurrente podrían haber sido suficientes para justificar su detención inicialmente (para impedir la obstaculización en la obtención de pruebas) a medida que el procedimiento avanzaba, y la obtención de pruebas quedó finalizada, esa justificación, inevitablemente, se hizo menos relevante”. En todo caso, debe recordarse que el examen de idoneidad no es el único factor decisivo en el juicio de proporcionalidad. Si bien la apreciación por el Tribunal de la falta de idoneidad de la medida, en relación con el fin perseguido, hace innecesario proseguir con el examen de proporcionalidad (concluyéndose en la violación del Convenio) una apreciación positiva del cumplimiento del canon de idoneidad puede sin embargo coexistir con una apreciación por el Tribunal de falta de proporcionalidad en cuanto a la ponderación de los derechos e intereses sustantivos en juego.

---

<sup>6</sup> Sobre el canon de idoneidad en *Perincek* y *Hirst*, ver ANDELKOVIC, L., “The elements of proportionality as a principle of human rights limitations” en *Facta Universitatis*, Vol 15, 3, 2017, 235-244.

Un segundo criterio que pudiéramos denominar instrumental (esto es, desde la perspectiva de la relación entre medios y fines) sería el referente a la posibilidad de aplicar medidas menos restrictivas de los derechos del Convenio para conseguir el fin aducido como justificación de la restricción. Esa restricción, aun justificada por un fin legítimo, podrá resultar contraria al principio de proporcionalidad si se muestra como especialmente gravosa en comparación con otras medidas posibles, menos lesivas del contenido del derecho.

El Tribunal ha considerado en diversas ocasiones que el uso de la medida más restrictiva efectivamente vulneraba el principio de proporcionalidad, y por ello, el derecho concreto reconocido en el Convenio. Un ejemplo podría ser el ya citado, relativo a las medidas de prisión provisional, antes de que el acusado sea llevado a juicio. Si existen tras medidas alternativas, distintas de la prisión provisional que puedan asegurar los fines perseguidos por esta, las autoridades deberán recurrir a esas medidas. Por ejemplo, en *Idalov contra Rusia*, para confluir en la ilegitimidad de la prisión provisional, el Tribunal pudo afirmar que “al no tener en cuenta determinados hechos ni considerar “medidas preventivas” alternativas, y al basarse únicamente en forma rutinaria en la gravedad de la acusación, las autoridades extendieron la prisión provisional del recurrente basándose en motivos que, aun relevantes, no pueden considerarse como suficientes para justificar su detención”.

Como ejemplo del uso del criterio de aplicación de la medida menos restrictiva, en el caso *Sedjic y Finci contra Bosnia Herzegovina*, de 2009, el Tribunal consideró que se había llevado a cabo una actuación desproporcionada al privar del derecho a ser candidatos a los recurrentes (un judío y un romaní) a la Cámara de las Naciones y la Presidencia de la república, al limitarse ese derecho a los miembros de las nacionalidades constitutivas, esto es, bosniacos, croatas y serbios. El Tribunal consideró que efectivamente, mantener la cohesión de la República de Bosnia Herzegovina y asegurar la convivencia civil entre las nacionalidades que la integraban eran objetivos legítimos, pero, al tiempo, y como la Comisión de Venecia había expuesto en su opinión de 11 de marzo de 2005, existían otros mecanismos de organización del poder que no tenían por que suponer automáticamente la total exclusión de representantes de aquellas comunidades que no formaran parte de los “pueblos constitutivos” de Bosnia Herzegovina. En consecuencia, y aplicando el criterio de las medidas menos restrictivas, el Tribunal apreció una vulneración del mandato de igualdad del artículo 14 del Convenio, en conjunción con el artículo 3 del Protocolo número 1, relativo al derecho a elegir y ser elegido en elecciones libres.

Una versión de este criterio pudiera encontrarse en relación con la apreciación por el Tribunal de las condiciones mínimas de la estancia en prisión a la vista de los mandatos del artículo 3 del Convenio, que prohíbe tratos inhumanos o degradantes. En realidad no se trataría de una cuestión de proporcionalidad, por cuanto tal prohibición debe considerarse absoluta; no cabe justificar en modo alguno tratos de esta naturaleza, y de hecho el artículo 15 del Convenio prohíbe la derogación, siquiera temporal, del artículo 3. Pero el criterio sí es útil para definir la misma existencia de tratos inhumanos o degradantes en el ámbito penitenciario. El Tribunal estima que si bien la prisión se ve acompañada por sufrimientos y humillación, tales sufrimientos debes ser restringidos al mínimo inevitable: “la forma y método de la ejecución de la medida de prisión no debe sujetar al individuo a molestias o inconveniencias de una intensidad superior a al inevitable nivel de sufrimiento inherente a toda detención” (*Iliascu y otros contra Moldova y Rusia*, de 2004).

#### 4. Criterios sustantivos.

Si bien los expuestos criterios procedimentales e instrumentales, aplicables en general a los supuestos de análisis de la proporcionalidad, implican una mayor precisión en la jurisprudencia del Tribunal, dejan evidentemente un amplio margen a apreciaciones subjetivas en los casos concretos. El Tribunal, al resolver demandas relativas a los derechos del Convenio (no sólo los contenidos en los artículos 8 a 11, que hacen referencia expresa al criterio de necesidad, sino, prácticamente en general, al resto de los derechos) ha llevado a cabo en ocasiones una determinación de criterios sustantivos para apreciar la proporcionalidad en las limitaciones a esos derechos. Dado el elevado número de supuestos en que esa tarea se ha llevado a cabo, valga señalar solo algunos ejemplos, que muestran tendencias generalizadas en la jurisprudencia del Tribunal a este respecto.

El Tribunal ha aplicado en muchas ocasiones criterios sustantivos de proporcionalidad en lo que se refiere a los límites al derecho a la libertad de expresión, sobre todo en materias concernientes a la libertad de prensa en el ámbito de la crítica política.. Como criterio aplicable en forma general, el Tribunal ha podido así establecer que un elemento crucial a tener en cuenta en el análisis de proporcionalidad es la naturaleza y cuantía de las sanciones impuestas a quienes ejercen la libertad de expresión: así, en el caso *Otegi contra España*, de 2014, el Tribunal repite una expresión presente en muchas de sus decisiones: “A este respecto, el Tribunal destaca que la naturaleza y la dureza de las penas impuestas son también elementos que deben tenerse en cuenta cuando se trata de medir la “proporcionalidad” de la injerencia”. Y continúa: “El Tribunal observa la severidad particular de la sanción pronunciada: se condenó al demandante a una pena de un año de prisión. Su condena, por otra parte, le supuso una suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la pena, cuando era un hombre político”(párr. 58).

Desarrollando este criterio general, el Tribunal establece que las penas de prisión, en principio y salvo excepciones, son incompatibles con el ejercicio de la libertad de expresión:

“El Tribunal ya consideró que si la fijación de las penas es en principio competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, en particular, cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales, como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia (*Bingöl c. Turquía*, n [36141/04](#), § 41, 22 de junio de 2010; *mutatis mutandis*, *Cumpănă y Mazăre c. Rumania* [GC], n [33348/96](#), § 115, CEDDH 2004 - XI). Se remite a este respecto a la orientación dada en los trabajos del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre las penas de prisión en el marco del discurso político (apartados 30 y 31 citados)”. (párr.59).

Consideraciones similares, en cuanto a la imposición de límites sustantivos en la apreciación de la proporcionalidad entre los derechos del Convenio y sus limitaciones derivadas de la protección de otros derechos o intereses son las que lleva a cabo el Tribunal respecto de las limitaciones a las libertades de reunión y manifestación del artículo 11. Así, en *Kudrevicius contra Lituania*, del año 2016, el Tribunal estableció, junto al principio general relativo a la naturaleza de las sanciones impuestas para el análisis de proporcionalidad, que ““Cuando las sanciones impuestas a los manifestantes son de naturaleza penal, requieren una particular justificación (...) Una manifestación pacífica, en principio, no debe ser objeto de sanciones penales(...) y, notablemente, de sanciones que supongan privación de libertad” ( párr.146).

Criterios sustantivos similares pueden encontrarse, por ejemplo, en casos referentes a la aplicación del principio de proporcionalidad a la hora de examinar la ponderación entre el derecho a la vida privada por un lado y los intereses derivados de la dirección de una empresa por otros. En el conocido caso *Barbulescu contra Rumania*, del año 2016, el Tribunal establece una serie de guías para la determinación de la adecuación de la limitación a esos derechos; entre ellas, y referida a la intervención de las comunicaciones del recurrente por correo electrónico, a si esa intervención había sido anunciada previamente ( criterio este determinante también en *López Ribalda contra España*, del año 2018), así como la intensidad de esa intervención (es decir, si afectaba también al contenido de esas comunicaciones y no a su mera práctica).

Un ejemplo adicional de criterio sustantivo de proporcionalidad, éste relativo a la libertad personal, pudiera ser el que versa sobre los límites a la prisión provisional en espera de juicio: en numerosas resoluciones ( así en *Idalov contra Rusia*, citado mas arriba) se refiere el Tribunal a la insuficiencia del criterio de la gravedad de los cargos como justificación del mantenimiento en prisión provisional: “El Tribunal ha encontrado frecuentemente una violación del artículo 5.3 del Convenio cuando los tribunales nacionales han prolongado la detención del recurrente basándose esencialmente en la gravedad de las acusaciones formuladas, utilizando formulas estereotipadas sin considerar hechos concretos ni considerar medidas preventivas alternativas” (párr. 147). El Tribunal, como se indicó más arriba, viene pues a señalar una serie de criterios específicos, aparte de la gravedad de la pena, para determinar la adecuación de la duración de la prisión provisional, señalando además que tales criterios habrán de aplicarse a intervalos regulares, mientras la medida de prisión provisional se mantenga, a efectos de tener en cuenta posibles cambios o alteraciones de las circunstancias apreciadas en su momento para la adopción de la medida de prisión, producidas a lo largo del procedimiento, y que puedan afectar a la justificación de esa medida.