



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA*

*Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias y cualquier otro documento de dicho Tribunal.*

GRAN SALA

**DICTAMEN**

En relación con el uso de la técnica de “tipificación en blanco” o “tipificación por remisión” en la definición de un delito y los patrones comparativos entre el derecho penal vigente en el momento de la comisión del delito y el derecho penal modificado

**Solicitado por**

el Tribunal Constitucional armenio

*(Demanda núm. P16-2019-001)*

ESTRASBURGO

29 de mayo de 2020

*Este dictamen es firme. Puede someterse a revisión editorial.*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su actuación como Gran Sala integrada por:

Linos-Alexandre Sicilianos, Presidente,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro,

Ksenija Turković,

Paul Lemmens,

Síofra O’Leary,

Ganna Yudkivska,

André Potocki,

Egidijus Kūris,

Iulia Antoanella Motoc,

Georges Ravarani,

Pauliine Koskelo,

Marko Bošnjak,

Jovan Ilievski,

Jolien Schukking,

Gilberto Felici, jueces,

Arman Sarvarian, juez *ad hoc*,

y Søren Prebensen, Secretario de Sección adjunto de la Gran Sala,

Tras deliberar en Sala a puerta cerrada el 21 de abril, el 7 y el 15 de mayo de 2020,

dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

## PROCEDIMIENTO

1. En una carta de fecha 2 de agosto de 2019 dirigida al Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el “Tribunal”), el Tribunal Constitucional armenio solicitó al Tribunal, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el “Protocolo núm. 16”), que emitiera un dictamen sobre las cuestiones expuestas en el párrafo 11 *infra*. Esa solicitud surgió en el contexto de dos casos actualmente pendientes ante ese tribunal en relación con las protestas que tuvieron lugar en Armenia entre finales de febrero y principios de marzo de 2008 y en los que se

plantearon cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la disposición del Código Penal armenio por la que se penalizaba la subversión del orden constitucional de dicho país (véase la disposición pertinente en el apartado 26 a continuación).

2. El 26 de agosto y el 2 de septiembre de 2019, el Tribunal Constitucional aportó más documentación y explicaciones atendiendo a lo solicitado por el Tribunal. Por ello, el Tribunal consideró que la solicitud de dictamen se había presentado formalmente en esta última fecha.

3. Armen Harutyunyan, juez elegido respecto de Armenia, no pudo participar en las sesiones (artículo 28 del Reglamento de Procedimiento del TEDH). En consecuencia, el Presidente decidió nombrar juez *ad hoc* al Dr. Arman Sarvarian [artículo 2.3 del Protocolo núm. 16 y reglas 29.1 y 93.1.1 d)].

4. El 2 de diciembre de 2019, la sala de cinco jueces de la Gran Sala del Tribunal, formada de conformidad con el artículo 2.3 del Protocolo núm. 16 y la regla 93.1 del Reglamento del Tribunal, decidió aceptar la solicitud.

5. La composición de la Gran Sala se determinó el 7 de octubre de 2019 de conformidad con las reglas 24.2.h) y 94.1.

6. Mediante cartas de 9 de diciembre de 2019, el Secretario del Tribunal informó a las partes en el procedimiento interno que el Presidente de la Gran Sala les invitaba a presentar al Tribunal observaciones escritas sobre la solicitud de dictamen antes del 19 de noviembre de 2019 (artículo 3 del Protocolo núm. 16 y Regla 94.3). En dicho plazo, la Asamblea Nacional armenia y el Sr. Kocharián presentaron observaciones escritas.

7. El Gobierno armenio (“el Gobierno”) presentó observaciones por escrito en virtud del artículo 3 del Protocolo núm. 16. La Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa no hizo uso de ese derecho.

8. También se recibieron observaciones escritas del Comité Helsinki para los Derechos Humanos y del Sr. Yegoryan en nombre de los familiares de las víctimas de los acontecimientos ocurridos del 1 al 2 de marzo de 2008. Ambos habían sido autorizados a intervenir por el Presidente (artículo 3 del Protocolo núm. 16). Asimismo, el Presidente autorizó la intervención de otra organización no gubernamental, llamada “Path of Law” (El camino de la ley). Sin embargo, no presentó las observaciones escritas dentro del plazo establecido, por lo que el Presidente rechazó la solicitud de prórroga de dicho plazo.

9. La copia de las observaciones recibidas fue remitida al Tribunal Constitucional, que no realizó comentario alguno (regla 94.5).

10. Tras la conclusión de la fase escrita, el Presidente de la Gran Sala decidió que no se celebrara ninguna vista oral (regla 94.6).

## PREGUNTAS FORMULADAS

11. Las cuestiones que planteó el Tribunal Constitucional en la solicitud de dictamen son las siguientes:

“1. ¿Requiere el concepto de “Derecho” establecido tanto en el artículo 7 del Convenio como en otros de sus artículos -por ejemplo, en los artículos 8 a 11- el mismo grado de precisión en cuanto a los requisitos cualitativos de certeza, accesibilidad, previsibilidad y estabilidad?

2. En caso contrario, ¿de qué modo se delimitan?

3. ¿Es posible considerar que el derecho penal que define un delito y que hace referencia a ciertas disposiciones de un acto con supremacía jurídica y mayor abstracción satisface los requisitos de seguridad jurídica, accesibilidad, estabilidad y previsibilidad?

4. A la luz del principio de irretroactividad del derecho penal (artículo 7.1 del Convenio), ¿qué normas se establecen para comparar el derecho penal vigente en el momento de la comisión del delito con el derecho penal modificado, a fin de determinar las similitudes o diferencias contextuales (esenciales)?”

12. Paralelamente, mediante carta enviada en la misma fecha que la petición de dictamen (véase el apartado 1 *supra*), el Tribunal Constitucional de Armenia pidió a la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) un informe *amicus curiae* sobre cuestiones de derecho internacional y derecho constitucional comparado.

## ANTECEDENTES Y PROCEDIMIENTOS INTERNOS EN LOS QUE SE APOYA LA SOLICITUD DE DICTAMEN

13. Robert Kocharián fue Presidente de Armenia entre 1998 y 2008. El 19 de febrero de 2008 se celebraron elecciones presidenciales en Armenia. Los principales candidatos fueron el entonces Primer Ministro, Serzh Sarsyán, que pertenecía al mismo partido que el Presidente Kocharián, y el principal candidato de la oposición, Levon Ter-Petrosián, que también había sido Presidente de Armenia entre 1991 y 1998. El 24 de febrero, la Comisión Electoral Central anunció que el Primer Ministro Serzh Sarsyán

había ganado las elecciones con el 52 % aproximadamente de los votos emitidos, mientras que Levon Ter-Petrosián había obtenido alrededor del 21 % de los votos.

14. A partir del 20 de febrero de 2008, los simpatizantes de Ter-Petrosián y otros miles de ciudadanos afectados se manifestaron a diario en todo el país por considerar que las elecciones presidenciales no habían sido libres ni justas. Su principal punto de encuentro en Ereván fue la Plaza de la Libertad, donde algunos de los manifestantes incluso acamparon por la noche. En la madrugada del 1 de marzo de 2008, alrededor de las 6.30 horas, se llevó a cabo en la Plaza de la Libertad una importante operación policial en la que participaron al menos 800 agentes de policía y fuerzas especiales, que dio lugar a la violenta dispersión de los manifestantes acampados o presentes en la plaza. Horas después, se produjo una gran escalada y enfrentamiento entre, por un lado, las autoridades policiales y, por otro, los manifestantes y miles de otros ciudadanos descontentos que se habían echado a las calles de Ereván en respuesta a los acontecimientos de la mañana. Al parecer, hubo numerosos enfrentamientos e incluso en algún momento se recurrió al ejército para sofocar la protesta. El enfrentamiento continuó hasta la madrugada del 2 de marzo de 2008 y causó diez muertos (ocho civiles y dos agentes). Kocharián declaró el estado de excepción, por el que se restringió el disfrute de una serie de derechos durante un período de veinte días, incluido el derecho a la libertad de reunión.

15. En abril de 2018, los acontecimientos conocidos como la “Revolución de Terciopelo” condujeron a la dimisión de Serzh Sarsyán, que en ese momento era de nuevo Primer Ministro, después de dos mandatos como Presidente de Armenia. Posteriormente, el líder del movimiento de protesta, Nikol Pashinián, fue elegido Primer Ministro.

16. El 27 de julio de 2018, Kocharián y, más tarde, otras personas, fueron acusados de subvertir el orden constitucional de Armenia al amparo del apartado 1 del artículo 300.1 del Código Penal de 2009 en relación con los hechos mencionados y puestos en prisión preventiva. Kocharián fue acusado de:

- a) La participación ilícita de las Fuerzas Armadas, así como de civiles armados ilícitamente, en la situación política poselectoral, eliminando así *de facto* las disposiciones pertinentes del orden constitucional mediante la usurpación del poder;
- b) Como Comandante en Jefe, de ordenar que se recurriera a las Fuerzas Armadas en cuestiones políticas contra civiles que participaban en protestas pacíficas, lo que había provocado la intervención inconstitucional de unidades del ejército mediante la creación

de una nueva estructura ilegal de mando militar, así como la retirada de esas unidades, durante la noche del 24 de febrero de 2008, de los lugares en que se desplegaron, incluida la frontera nacional, y su traslado a bases militares situadas en Ereván y en las cercanías;

c) Tener pleno conocimiento de la operación policial del 1 de marzo de 2008 que obligó a cientos de manifestantes pacíficos presentes en la Plaza de la Libertad a dispersarse por el uso ilícito de la fuerza y a seguir utilizando esa fuerza contra manifestantes en zonas del centro de Ereván para evitar posibles manifestaciones; y

d) Declarar el estado de excepción el 1 de marzo de 2008 por un período de veinte días sin que existiera una amenaza directa al orden constitucional, vulnerando la Constitución y en ausencia de una ley que regulase el marco jurídico del estado de excepción, así como imponer medidas y restricciones temporales previstas en la Ley de derecho marcial. Entre las restricciones impuestas por el estado de excepción se incluyeron la prohibición de la libertad de reunión y manifestación, de asociación, de circulación, de difundir información sobre asuntos públicos a través de medios de comunicación no públicos, la difusión de folletos y otros modos de propaganda política, la suspensión de las actividades de los partidos políticos y de las organizaciones no gubernamentales que impedían que se eliminaran las circunstancias que habían dado lugar al estado de excepción, así como la expulsión de los no residentes que violaran el estado de excepción.

Según los cargos de los que se le acusa, los actos en cuestión tenían por objeto subvertir el orden constitucional de Armenia establecido en los artículos 1, 2, 3 y 5 y en el apartado 1 del artículo 6 de la Constitución de 2005.

17. Tras una investigación, el 29 de abril de 2019 la causa penal fue remitida para su enjuiciamiento al Tribunal de Primera Instancia de la Jurisdicción General de Ereván. El 9 de mayo de 2019, el Tribunal de Primera Instancia admitió el asunto y el 20 de mayo de 2019, sin proceder a su examen (véase el apartado 20 *infra*), decidió suspender el proceso penal y elevar ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 169.4 de la Constitución, una solicitud para determinar, entre otras cuestiones, la compatibilidad del artículo 300.1 del Código Penal de 2009 con los artículos 72, 73 y 79 de la Constitución de 2015. El Tribunal de Primera Instancia expresó sus dudas acerca de si el artículo 300.1 del Código Penal de 2009, que debía aplicarse en el caso del que estaba conociendo, cumplía el requisito de seguridad jurídica y si, habiendo entrado en vigor el 24 de marzo de 2009, había empeorado la situación jurídica de una persona en comparación con el artículo 300 del Código Penal, que era el que estaba en vigor en el momento en que se cometió el presunto delito.



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

18. El 30 de mayo y el 4 de junio de 2019, el Sr. Kocharián interpuso también dos recursos ante el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 169.1.8 de la Constitución, para determinar la compatibilidad del artículo 300.1 del Código Penal de 2009 con los artículos 72, 73, 78 y 79 de la Constitución de 2015. En referencia a las decisiones judiciales por las que se ordenó su detención, alegó que: a) el apartado 1 del artículo 300 del Código Penal de 2009, que se había aplicado en su caso no existía en el momento en que presuntamente se cometió el delito; b) El antiguo artículo 300 del Código Penal y el nuevo artículo 300.1 del Código Penal guardaban diferencias esenciales entre sí y, en consecuencia, la aplicación del artículo 300.1 Código Penal vulneraba sus derechos, garantizados en los artículos 72 y 73 de la Constitución de 2015; y que c) El artículo 300.1 del Código Penal de 2009 no cumplía el requisito de seguridad jurídica garantizado por el artículo 79 de la Constitución de 2015, en concreto, porque la expresión “al poner fin a la validez de esa norma [constitucional] en el ordenamiento jurídico” no era específica ni previsible en su aplicación. Apoyándose, entre otros, en los artículos 5 y 7 del Convenio, alegó que, como su detención y posterior acusación se basaba en el artículo 300.1 del Código Penal de 2009, sus solicitudes de impugnación de la constitucionalidad de esa disposición cumplían los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 169.1.8 de la Constitución. Asimismo, alegó que desde 2009, no había jurisprudencia que aclarara el significado del artículo 300.1 del Código Penal.

19. El 21 de junio de 2019, el Tribunal Constitucional dictó dos resoluciones por las que decidió declarar admisibles y examinar conjuntamente las dos solicitudes presentadas por el Sr. Kocharián. No se indicó ningún motivo para estas resoluciones. El 8 de julio de 2019 se dictó una resolución similar en la que se declaraba admisible la solicitud presentada por el Tribunal de Primera Instancia.

20. Mientras, el 25 de junio de 2019, tras el recurso del fiscal, el Tribunal Penal de Apelación (en lo sucesivo, “el Tribunal de Apelación”) anuló la decisión del Tribunal de Primera Instancia de 20 de mayo de 2019 y devolvió el asunto a este último para que reanudara el procedimiento penal. Consideró que el Tribunal de Primera Instancia aún no había iniciado el examen judicial y no había llevado a cabo un análisis suficiente de los antecedentes fácticos relacionados con las cuestiones controvertidas. Por lo tanto, no ha sido posible llegar en esta fase del proceso a una conclusión sobre la existencia o ausencia de dudas fundadas acerca de la constitucionalidad de la disposición jurídica aplicable al caso.

21. Parece que la decisión del Tribunal de Apelación fue impugnada ante el Tribunal de Casación y que ese procedimiento se encuentra actualmente pendiente. Sin embargo, no se ha facilitado ningún tipo de información ni documentación relativa al procedimiento ante el Tribunal de Casación. Tampoco se ha proporcionado información sobre la continuación del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia tras la devolución del asunto.

22. Según la información de que dispone el Tribunal, el Sr. Kocharián sigue en prisión preventiva.

## LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE

23. Las disposiciones del Código Penal y la Constitución de Armenia establecen lo siguiente.

### I. EL CÓDIGO PENAL

#### A. Versión del Código Penal vigente en el momento de la presunta comisión de los delitos

24. Los artículos 12 y 13 del Código Penal, relativos al funcionamiento del derecho penal en el tiempo y al efecto retroactivo del derecho penal, establecen lo siguiente. No han variado tras la modificación del Código Penal de 2009.

#### **Artículo 12 – Funcionamiento del derecho penal en el tiempo**

“1. El carácter delictivo y la correspondiente pena de un acto vendrán determinados por la ley penal vigente en el momento de la comisión del delito.

2. El momento de la comisión del delito es aquel en que se ha cometido una acción (u omisión) socialmente peligrosa, independientemente del momento en que las consecuencias comiencen a surtir efecto.”

#### **Artículo 13 – Efecto retroactivo del derecho penal**

“1. Toda ley por la que se elimine el carácter delictivo de un acto, se atenúe la pena o se mejore la condición del acusado en cualquier forma tendrá efecto retroactivo, es decir, se aplicará a las personas que cometieron el acto en cuestión con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, incluidas aquellas que estén cumpliendo la condena o que la hayan cumplido pero conserven antecedentes penales.



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

2. Toda ley por la que se establezca el carácter delictivo de un acto, se agrave la pena o se empeore la situación del acusado en cualquier forma no tendrá efecto retroactivo.

3. Toda ley por la que se mitigue parcialmente el castigo y, al mismo tiempo, se agrave parcialmente la pena, solo tendrá efecto retroactivo en la medida en que atenúe el castigo.”

25. En el Código Penal que se encontraba vigente en el momento de la comisión del delito, la subversión del orden constitucional aparecía tipificada en el artículo 300, titulado “De la usurpación del poder”. Dicho artículo decía lo siguiente:

**Artículo 300 - De la usurpación del poder**

“1. La usurpación del poder del Estado, es decir, las acciones encaminadas a la toma violenta del poder del Estado o a su mantenimiento violento vulnerando la Constitución, así como la subversión violenta del orden constitucional de Armenia o la ruptura violenta de la integridad territorial de Armenia, se castigarán con una pena de prisión de diez a quince años.”

**B. Versión del Código Penal vigente desde el 24 de marzo de 2009 (“el Código Penal de 2009”)**

26. El Código Penal de 2009 modificó la definición de los delitos de “usurpación del poder” (art. 300) y “subversión del orden constitucional” (art. 300.1). Los artículos modificados, en la medida en que sean relevantes, dicen lo siguiente:

**Artículo 300 - De la usurpación del poder del Estado**

“1. La conquista del poder mediante la violencia o la amenaza de violencia, o la arrogación de los poderes del Presidente, la Asamblea Nacional, el Gobierno o el Tribunal Constitucional por otros medios no previstos en la Constitución, se castigará con una pena de prisión de diez a quince años.

2. El mantenimiento del poder, es decir, la continuación en el ejercicio de sus facultades por parte del Presidente, de un miembro del Parlamento, del Primer Ministro o de un ministro una vez finalizado el mandato correspondiente, será castigado con una pena de prisión de diez a quince años.”

**Artículo 300.1 De la subversión del orden constitucional**

“1.La subversión del orden constitucional, es decir, la eliminación *de facto* de cualquiera de las normas previstas en los artículos 1 a 5 y en el apartado 1 del artículo 6 de la Constitución al poner fin a la validez de esa norma en el ordenamiento jurídico, será castigada con una pena de prisión de diez a quince años”.

## II. LA CONSTITUCIÓN

### A. La Constitución vigente en el momento de la comisión del delito

27. En el momento de los acontecimientos, es decir, en febrero y marzo de 2008, se encontraba en vigor la Constitución de 2005. Los artículos de la Constitución pertinentes para la presente solicitud de dictamen dicen lo siguiente:

#### Artículo 1

“La República de Armenia es un Estado soberano, democrático y social que se rige por el estado de derecho.”

#### Artículo 2

“En la República de Armenia, el poder pertenece al pueblo. El pueblo ejercerá su poder mediante elecciones y referendos libres, así como a través de las autoridades y funcionarios estatales y locales del gobierno autónomo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución. Será delito la usurpación del poder por cualquier organización o individuo.”

#### Artículo 3

“El ser humano, su dignidad y los derechos humanos y libertades fundamentales son valores supremos. El Estado garantizará la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales del ciudadano de conformidad con los principios y normas del derecho internacional. El Estado está obligado a reconocer los derechos humanos y las libertades fundamentales del ciudadano como derechos de aplicación directa”.

#### Artículo 4

“Las elecciones del Presidente, la Asamblea Nacional y las autoridades del gobierno autónomo local, así como los referendos, se celebrarán mediante sufragio universal, igualitario, directo y secreto”.

#### Artículo 5

“El poder del Estado se ejercerá de conformidad con la Constitución y las leyes con arreglo a la separación y el equilibrio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Las autoridades y los funcionarios estatales y locales del gobierno autónomo tendrán derecho a realizar únicamente los actos para los que estén autorizados en virtud de la Constitución o las leyes.”

#### Artículo 6

“1. La Constitución tiene supremacía jurídica y es directamente aplicable”.

### B. La Constitución de 2015

28. En 2015 entró en vigor una nueva Constitución, cuyos artículos disponen lo siguiente:



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

### **Artículo 1**

“La República de Armenia es un Estado soberano, democrático y social que se rige por el estado de derecho”.

### **Artículo 2**

“En la República de Armenia, el poder pertenece al pueblo. El pueblo ejercerá su poder mediante elecciones y referendos libres, así como a través de los órganos y funcionarios estatales y locales del gobierno autónomo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución.

Será delito la usurpación del poder por cualquier organización o individuo”.

### **Artículo 3**

“El ser humano, su dignidad y los derechos y libertades fundamentales

1. El ser humano será el valor supremo de la República de Armenia. La dignidad inalienable del ser humano constituirá la base integral de sus derechos y libertades.

2. Las autoridades públicas deberán garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los ciudadanos.

3. Los poderes públicos están obligados a reconocer los derechos humanos y las libertades fundamentales del ciudadano como derechos de aplicación directa.”

### **Artículo 4**

“El principio de separación y equilibrio de poderes

El poder del Estado se ejercerá de conformidad con la Constitución y las leyes con arreglo a la separación y el equilibrio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.”

### **Artículo 5**

“La jerarquía de las normas jurídicas

1. La Constitución tendrá supremacía jurídica.

2. Las leyes deben ajustarse al derecho constitucional, mientras que los instrumentos normativos secundarios se someterán a la Constitución y a las leyes.

3. En caso de conflicto entre las normas de los tratados internacionales ratificados por la República de Armenia y las leyes, prevalecerán las normas de los tratados internacionales.”

### **Artículo 6**

“El principio de legalidad

1. Los órganos y los funcionarios estatales y locales del gobierno autónomo tendrán derecho a realizar únicamente los actos para los que estén autorizados en virtud de la Constitución o las leyes.

...”

### **Artículo 72**

“Nadie podrá ser condenado por ninguna acción u omisión que no constituyera delito en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que se cometió el delito. Las leyes que despenalicen un acto o atenúen una pena tendrán carácter retroactivo.”

### **Artículo 73**

“Las leyes y otros instrumentos que agraven la situación jurídica de una persona no tendrán carácter retroactivo. Las leyes y otros instrumentos que mejoren la situación jurídica de una persona tendrán carácter retroactivo si así lo determinan dichos instrumentos.”

### **Artículo 78**

“Cualquier medio elegido para restringir los derechos y libertades fundamentales debe ser adecuado y necesario para el logro del objetivo previsto en la Constitución. Los medios elegidos para implantar dichas restricciones irán en función de la importancia del derecho o la libertad fundamentales que se restringen.”

### **Artículo 79**

“Al restringir los derechos y libertades fundamentales, las leyes deberán definir los motivos y el alcance de esas restricciones, y tener la seguridad jurídica suficiente para que las personas que gozan de esos derechos y libertades y se vean afectadas por ellas puedan regular adecuadamente su conducta.”

## **PRECEDENTES DE DERECHO COMPARADO**

29. El Tribunal llevó a cabo un estudio de derecho comparado que abarcó cuarenta y tres Estados contratantes del Convenio, sin incluir a Armenia: Alemania, Andorra, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Macedonia del Norte, República de Moldavia, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza, Turquía y Ucrania.

30. El estudio abordó dos cuestiones. La primera cuestión se refiere al uso de la técnica de “tipificación en blanco” o “tipificación por remisión” para establecer los elementos constitutivos de los delitos penales en general y los delitos contra el orden constitucional de una nación en particular. La segunda cuestión se refiere al principio

de irretroactividad del derecho penal (menos favorable) y al principio de aplicación retroactiva del derecho penal más favorable.

## I. EL USO DE LA TÉCNICA DE “TIPIFICACIÓN EN BLANCO” O “TIPIFICACIÓN POR REMISIÓN”

31. En lo que respecta a la primera cuestión, el Tribunal utilizará los términos “técnica de tipificación en blanco” o “técnica de tipificación por remisión” para indicar la técnica legislativa en la que las disposiciones sustantivas del derecho penal, al establecer los elementos constitutivos de los delitos penales, hacen referencia a disposiciones jurídicas ajenas al derecho penal. Además, el término “disposición remitente” se utilizará para indicar la disposición (penal) que remite a una disposición jurídica ajena al derecho penal. Esta última se denominará “disposición de referencia” o “disposición a la que se hace referencia”.

32. La encuesta muestra que la gran mayoría de los cuarenta y un Estados miembros que participan en el estudio, a saber, todos excepto dos (Malta y los Países Bajos), utilizan la técnica de “tipificación en blanco o por remisión” con carácter general en el derecho penal nacional. Veintiún Estados miembros (Andorra, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, España, Finlandia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Macedonia del Norte, Noruega, Polonia, la República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza, Turquía y Ucrania) también recurren a esta técnica en los delitos contra el orden constitucional de sus respectivos países.

33. Entre los Estados miembros que utilizan la técnica de “tipificación en blanco o por remisión” para definir delitos contra el orden constitucional, once Estados miembros (Azerbaiyán, Bulgaria, Finlandia, Islandia, Italia, Noruega, Polonia, la República Checa, Rusia, Suiza y Ucrania) remiten a principios generales o a nociones de derecho constitucional y tres (España, Irlanda y Letonia) a normas concretas del derecho constitucional, mientras que un Estado miembro (Turquía) combina ambos. Otros diez Estados miembros (Andorra, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Hungría, Letonia, Lituania, Macedonia del Norte, Rumanía, Rusia y Serbia) remiten a otras disposiciones ajenas al derecho constitucional.

34. En veintiséis de los cuarenta y un ordenamientos jurídicos estudiados (Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia,

Italia, Letonia, Montenegro, Macedonia del Norte, el Reino Unido, la República Checa, Rumanía, Rusia, Suiza y Turquía), cuando se hace uso de la técnica de “tipificación en blanco o por remisión”, los requisitos necesarios para garantizar el principio de legalidad -entre los que se incluye el grado de precisión de las disposiciones penales en general (accesibilidad, claridad, seguridad y previsibilidad)- se aplican también al grado de precisión de las disposiciones penales que contienen referencias a otras disposiciones ajenas al derecho penal, que a su vez amplía el requisito relativo al grado de precisión a las disposiciones a las que hace referencia.

35. En algunos ordenamientos jurídicos, cuando se recurre a la técnica de “tipificación en blanco o por remisión”, el derecho interno (incluidas la jurisprudencia nacional y las prácticas legislativas) impone algunos requisitos adicionales a este respecto. Estos requisitos se refieren a la precisión y previsibilidad de la ley y pertenecen bien a la disposición remitente o a la disposición de referencia o a ambas en su conjunto. Por ejemplo, en algunos ordenamientos jurídicos se exige que las referencias sean explícitas o que pueda preverse la norma o normas a las que alude la disposición remitente. En otros ordenamientos, la disposición remitente debe fijar la pena y los elementos esenciales del delito. La disposición de referencia solo es relevante desde el punto de vista interpretativo porque no puede ampliar el alcance de la tipificación penal establecida en la disposición remitente y, lo que es más importante, porque ambas disposiciones en conjunto deben permitir a la persona comprender los elementos constitutivos del delito y prever por qué clase de acciones u omisiones se la puede considerar penalmente responsable (véanse los ejemplos que existen en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Austria, Eslovenia, España y Portugal). No parece haber consenso entre los Estados miembros sobre la cuestión de si las normas de referencia deben o pueden ser de cierta naturaleza o nivel jerárquico.

## II. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DEL DERECHO PENAL (MENOS FAVORABLE) Y EL PRINCIPIO DE APLICACIÓN RETROSPECTIVA DEL DERECHO PENAL MÁS FAVORABLE

36. Casi todos los ordenamientos jurídicos examinados en los cuarenta y un Estados miembros reconocen el principio de irretroactividad del derecho penal (menos favorable) y el principio de aplicación retrospectiva del derecho penal más favorable. En algunos ordenamientos jurídicos (Chipre, Irlanda, Islandia, Malta, Noruega, los

Países Bajos y el Reino Unido) la aplicación del principio de irretroactividad del derecho penal ofrece ciertas características particulares. En algunos de estos sistemas (Islandia, Noruega y los Países Bajos), el principio de retroactividad del derecho penal más favorable solo se aplica a las disposiciones sustantivas de derecho penal en ciertas condiciones, que están relacionadas con la necesidad de determinar la intención del poder legislativo en cuanto a la despenalización de un acto. En otros, el principio se limita o parece limitarse a la aplicación retrospectiva de sanciones más leves: en Chipre, el principio de aplicación retrospectiva del derecho penal más leve solo se limita a las penas, a menos que en la nueva ley se establezca lo contrario. En Malta, la aplicación de este principio parece limitarse únicamente a la aplicación de penas. En Irlanda y el Reino Unido el principio se aplica a las penas, pero no queda claro si podría aplicarse también a las disposiciones sustantivas del derecho penal.

37. En los ordenamientos jurídicos examinados hay distintos criterios para evaluar si, a los efectos del principio de (ir)retroactividad del derecho penal, una ley promulgada después de que se haya cometido un delito es más o menos favorable para el acusado que la ley vigente en el momento de la comisión del delito. A pesar de que existen ciertas diferencias, hay dos criterios que suelen aplicarse: 1) el principio de “concreción” y 2) el principio de prohibición de la combinación de múltiples leyes penales potencialmente aplicables.

38. De acuerdo con el principio de “concreción”, que se aplica en veintidós de los cuarenta y tres ordenamientos jurídicos estudiados (Alemania, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Lituania, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza y Turquía), hay que determinar *in concreto* qué ley es más favorable para el acusado y aplicarla. En uno de los sistemas jurídicos analizados (Países Bajos), la cuestión del derecho penal más favorable debe decidirse mediante una evaluación *in abstracto* en lugar de poder evaluar una pena más leve *in concreto*. No se dispone de información sobre los otros ordenamientos jurídicos examinados.

39. El principio de prohibición de la combinación de múltiples leyes penales potencialmente aplicables se emplea en doce de los sistemas jurídicos estudiados (Bélgica, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Polonia, Rumanía, Serbia y Turquía). No se dispone de información acerca de los otros ordenamientos jurídicos examinados. Con arreglo a ese principio, no es posible

combinar las disposiciones de una ley penal con las de otra, por lo que debe determinarse qué ley penal -tomando todas las disposiciones en conjunto- es más favorable para el acusado y aplicarla en exclusiva.

40. Sin embargo, hay algunas excepciones a ese principio. Por ejemplo, en Croacia, si la nueva ley reduce la pena mínima pero aumenta la pena máxima, se considerará que la nueva ley es más laxa, pero la pena impuesta no puede ser superior al período máximo impuesto en virtud de la ley anterior. En Finlandia, aunque en general no es posible escoger los elementos más favorables de la antigua ley y la nueva, si han cambiado los principios generales del derecho penal y una disposición sancionadora concreta, es posible aplicar ambas leyes. También hay cuestiones relevantes para la evaluación del derecho penal más o menos favorable en lo que respecta a las sanciones aplicables o a las disposiciones sustantivas del derecho penal.

## EL DICTAMEN DEL TRIBUNAL

### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

41. La presente solicitud de dictamen presenta dos características concretas. En primer lugar, las cuestiones planteadas por el Tribunal Constitucional son, al menos en parte, amplias y muy generales. En segundo lugar, el propio Tribunal Constitucional se ocupa de los procedimientos de revisión de la constitucionalidad del artículo 300.1 del Código Penal de 2009 (“el Código Penal”), mientras que el procedimiento penal principal contra el Sr. Kocharián se encuentra pendiente en una fase inicial ante el juzgado de lo penal de primera instancia. Por consiguiente, este Tribunal considera útil tener en cuenta una serie de consideraciones previas.

42. En virtud del artículo 1.1 del Protocolo núm. 16, los órganos jurisdiccionales superiores podrán solicitar al Tribunal que emita dictámenes sobre “cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos”. Sin embargo, al amparo del artículo 1.2 del Protocolo núm. 16, el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud únicamente podrá pedir un dictamen “en el marco de un asunto del que esté conociendo”. Por último, en el artículo 1.3 del Protocolo núm. 16, se establece que dicho órgano jurisdiccional deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo.

43. El Tribunal reitera que tal y como se declara en el Preámbulo del Protocolo núm. 16, el objetivo del procedimiento de dictamen es el de reforzar la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidar así la implantación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad. El propósito del procedimiento no es el de trasladar la controversia al Tribunal, sino el de ofrecer al órgano jurisdiccional remitente orientación sobre cuestiones del Convenio al resolver el asunto del que está conociendo (véase el apartado 25 del *Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente*, P16-2018-001, de 10 de abril de 2019 [*“Dictamen P16-2018-001”*]).

44. En cuanto a la primera característica antes mencionada, a saber, el carácter amplio y general al menos de algunas de las cuestiones planteadas, el Tribunal reitera que también deduce de los apartados 1 y 2 del artículo 1 del Protocolo núm. 16 que los dictámenes que emita en virtud de este Protocolo “deben limitarse a los puntos directamente relacionados con los procedimientos pendientes a nivel nacional” (ibid., apartado 26).

45. De esta última consideración se desprende que el Tribunal está facultado para reformular las preguntas planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de hecho y de derecho de los procedimientos internos. En efecto, así lo hizo en el primer dictamen (ibid., apartados 27 a 33). El Tribunal de Justicia considera, del mismo modo, que también puede combinar determinadas cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

46. Una cuestión conexas pero separada es aquella en la que, una vez se ha presentado ante la Gran Sala una solicitud de dictamen, esta última puede decidir dejar una o más preguntas sin responder. El artículo 2.1 del Protocolo núm. 16 establece que “[u]n colegio [...] se pronunciará sobre la aceptación de la solicitud de dictamen, a tenor de lo estipulado en el artículo 1”. Asimismo, el artículo 2.2 del Protocolo núm. 16 determina que “[s]i el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala emitirá el dictamen”. Sin embargo, aunque el colegio acepte la solicitud de dictamen en su totalidad, si considera en esa fase que la solicitud cumple los requisitos del art. 1 del Protocolo núm. 16, a pesar de no disponer de las observaciones orales y escritas, ello no significa que todas las cuestiones de las que se compone la solicitud cumplan necesariamente tales requisitos.

47. Si bien corresponde al colegio la decisión de aceptar una solicitud de dictamen, ello no puede impedir que la Gran Sala haga uso de todo el rango de poderes otorgados al Tribunal, incluida la facultad sobre la competencia del Tribunal (artículos 19 y 32 del Convenio, y artículo 48 por analogía). La decisión del colegio tampoco puede impedir que la Gran Sala evalúe si cada una de las cuestiones de la solicitud cumple los requisitos del artículo 1 del Protocolo núm. 16, en concreto: si cada cuestión se refiere a “cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos” (apartado 1); si se ha solicitado la opinión “en el marco de un asunto del que esté conociendo” el órgano jurisdiccional remitente (apartado 2); y si este último ha “motiva[do] su petición y” ha “proporciona[do] los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo” (apartado 3). Además, como ya se ha dicho, de los apartados 1 y 2 del artículo 1 del Protocolo núm. 16 se desprende que la opinión de la Gran Sala debe limitarse a los puntos directamente relacionados con el procedimiento pendiente en el ámbito nacional. Por consiguiente, la Gran Sala puede verificar si las cuestiones objeto de una solicitud cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1 del Protocolo núm. 16 en función de la solicitud original, las observaciones recibidas y de todos los demás elementos que tiene ante sí (véase, *mutatis mutandis*, en el contexto de la función de la Gran Sala en las actuaciones posteriores a una solicitud de remisión con arreglo al artículo 43 del Convenio, *Pisano c. Italia* [sobresimiento del caso], núm. 36732/97, apartados 26 a 28, de 24 de octubre de 2002). Si llega a la conclusión de que ciertas cuestiones no cumplen esos requisitos, teniendo debidamente en cuenta el contexto fáctico y jurídico del caso, no las examinará y así lo hará constar en el dictamen.

48. En cuanto a la segunda característica, el Tribunal observa que el Tribunal Constitucional ha recurrido al procedimiento de dictamen, de naturaleza preliminar, en el contexto de los procedimientos de revisión de la constitucionalidad del artículo 300.1 del Código Penal de 2009. Por su naturaleza, estos procedimientos son también preliminares, ya que tienen por objeto determinar una cuestión de derecho interno que es relevante para el procedimiento principal que los originó, a saber, el procedimiento penal contra el Sr. Kocharián, pendiente ante el Tribunal de Primera Instancia.

49. Si bien esta doble remisión no es óbice para la tramitación de la solicitud de dictamen, afecta, no obstante, al enfoque del Tribunal al emitir su decisión, sobre todo cuando, como en el presente caso, el procedimiento principal se encuentra pendiente en

una fase muy temprana y los hechos relevantes aún no han sido objeto de ninguna determinación judicial (compárese y contrástese con el *dictamen P16-2018-001*, citado anteriormente, apartados 27 a 33, en el que el Tribunal disponía de la información sobre las circunstancias fácticas precisas en que se basaban las cuestiones jurídicas planteadas en el dictamen). El dictamen del Tribunal se basará en los hechos facilitados por el Tribunal Constitucional, aunque esos hechos pueden ser objeto de ulterior revisión por el Tribunal de Primera Instancia. Asimismo, debería permitir al Tribunal Constitucional resolver las cuestiones que tiene ante sí, es decir, evaluar la constitucionalidad del artículo 300.1 del Código Penal de 2009 a la luz de los requisitos que dimanaban del artículo 7 del Convenio. A su vez, corresponderá al Tribunal de Primera Instancia aplicar la respuesta dada por el Tribunal Constitucional a los hechos concretos del caso contra el Sr. Kocharián. En opinión del Tribunal, este enfoque está en consonancia con el principio de subsidiariedad en el que se apoya el Protocolo núm. 16, al igual que el propio Convenio.

50. Se ha pedido al Tribunal Constitucional que revise la constitucionalidad del apartado 1 del artículo 300 del Código Penal de 2009 a la luz de los artículos 72, 73, 78 y 79 de la Constitución de 2015 (véase el apartado 28 *ut supra*). Estas disposiciones de la Constitución contienen esencialmente los principios de irretroactividad del derecho penal (art. 72), la aplicabilidad de la ley más favorable al reo (art. 73), la proporcionalidad de toda injerencia en los derechos y libertades fundamentales (art. 78) y la legalidad y previsibilidad de toda injerencia en esos derechos y libertades (art. 79). Este dictamen servirá de base para la propia interpretación del Tribunal Constitucional acerca de las disposiciones nacionales relevantes para el caso del que está conociendo. Así pues, corresponde al Tribunal Constitucional, y no a la Gran Sala, interpretar el artículo 300.1 del Código Penal de 2009 y el apartado 1 del artículo 300 del antiguo Código Penal, determinando así la compatibilidad constitucional de las actuaciones penales pendientes.

51. Al formular su dictamen, el Tribunal tendrá debidamente en cuenta las observaciones escritas y los documentos presentados por los distintos participantes en el procedimiento (véanse los apartados 6 a 8 *supra*). No obstante, subraya que su cometido no consiste en responder a todos los motivos y argumentos que se le han planteado ni exponer en detalle la fundamentación de su respuesta. En virtud del Protocolo núm. 16, la función del Tribunal no es pronunciarse en un procedimiento

contradictorio sobre las solicitudes contenciosas por medio de una sentencia vinculante, sino más bien, en un plazo lo más breve posible, proporcionar a la corte o tribunal remitente cierta orientación que le permita garantizar el respeto de los derechos del Convenio al decidir sobre el caso del que está conociendo (véase el *dictamen P16-2018-001*, antes citado, apartado 34).

## II. CUESTIONES PRIMERA Y SEGUNDA

52. La primera y segunda cuestión del Tribunal Constitucional son las siguientes:

“1. ¿Requiere el concepto de “Derecho” establecido tanto en el artículo 7 del Convenio como en otros de sus artículos -por ejemplo, en los artículos 8 a 11- el mismo grado de precisión en cuanto a los requisitos cualitativos de certeza, accesibilidad, previsibilidad y estabilidad?

2. En caso contrario, ¿de qué modo se delimitan?”

53. El Tribunal de Justicia no percibe ningún vínculo directo entre las dos cuestiones y los procedimientos internos pendientes.

54. Por lo que se refiere a las acusaciones formuladas contra el Sr. Kocharián (véase el apartado 16 más arriba), ningún elemento fáctico del caso puede considerarse como el ejercicio de sus derechos en virtud de los artículos 8 a 11 del Convenio.

55. En cuanto al contexto jurídico de los procedimientos internos, al Tribunal le resulta difícil saber qué preguntas desea resolver el Tribunal Constitucional con la ayuda del dictamen del Tribunal. La respuesta de este último a las preguntas primera y segunda que eleva el Tribunal Constitucional sería de carácter abstracto y general, por lo que iría más allá del ámbito previsto para los dictámenes con arreglo al Protocolo núm. 16. En concreto, no parece posible reformular las cuestiones a fin de que el Tribunal pueda limitar su dictamen a “puntos directamente relacionados con el procedimiento pendiente en el ámbito nacional” (véase el apartado 26 del *dictamen P16-2018-001*, citado más arriba, y el apartado 44 *ut supra*). Dado que algunas de las razones aducidas por el Tribunal Constitucional para formular estas dos preguntas pueden entenderse como cuestiones de seguridad jurídica y previsibilidad, incluidos los límites de la interpretación judicial en el contexto del artículo 7 del Convenio, estas pueden abordarse suficientemente en la respuesta del Tribunal a la tercera pregunta.

56. Así, el Tribunal considera que las cuestiones primera y segunda no cumplen los requisitos del artículo 1 del Protocolo núm. 16 y no pueden reformularse para

permitirle desempeñar eficazmente su función consultiva de conformidad con su propósito. Por lo tanto, no puede responder a las cuestiones primera y segunda.

### III. LA TERCERA CUESTIÓN

57. La tercera cuestión formulada por el Tribunal Constitucional plantea lo siguiente:

“Es posible considerar que el derecho penal que define un delito y que hace referencia a ciertas disposiciones de un acto con supremacía jurídica y mayor abstracción satisface los requisitos de seguridad jurídica, accesibilidad, estabilidad y previsibilidad?”

58. Esta cuestión se refiere al hecho de que al Sr. Kocharián se le acusa del delito de subversión del orden constitucional al amparo del artículo 300.1 del Código Penal de 2009, que se define por el uso de la técnica de “tipificación en blanco o por remisión” (en lo que respecta al uso de la terminología, véase el apartado 31 más arriba).

59. En el caso del artículo 300.1 del Código Penal de 2009, esta técnica legislativa se usa para referirse a los artículos 1 a 5 y 6.1 de la Constitución armenia. Según el Tribunal Constitucional, las disposiciones de referencia tienen supremacía jurídica en la jerarquía normativa y se formulan con un nivel de abstracción superior al de las disposiciones del Código Penal. En resumen, el Tribunal Constitucional cuestiona si esto es compatible con el artículo 7 del Convenio y, sobre todo, con los requisitos de claridad y previsibilidad.

60. Antes de emitir su dictamen sobre el uso de la técnica de “tipificación en blanco” o “tipificación por remisión”, el Tribunal de Justicia considera útil reiterar los principios generales desarrollados en su jurisprudencia en lo que respecta a los requisitos de seguridad jurídica y previsibilidad en virtud del artículo 7.

El Tribunal observa que en el caso *Del Río Prada c. España* ([GS], núm. 42750/09, CEDH 2013; véase también *Rohlena c. la República Checa* [GS], núm. 59552/08, apartado 50, TEDH 2015) se enunciaban los siguientes principios generales:

“(a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

77. La garantía consagrada en el artículo 7, que es un elemento esencial del Estado de Derecho, ocupa un lugar preeminente en el sistema de protección del Convenio, como lo confirma el hecho de que no se permite ninguna excepción respecto de la misma en virtud del artículo 15, ni siquiera en tiempo de guerra o ante cualquier otra emergencia pública que amenace la vida de la nación. Debe interpretarse y aplicarse, como se desprende de su objeto y fin, de tal forma que proporcione garantías efectivas contra la

arbitrariedad en el enjuiciamiento, condena y pena (véase *S.W. c. Reino Unido* y *R. C. c. Reino Unido*, de 22 de noviembre 1995, apartado 34 , serie A núm. 335 -B, y apartado 32 , serie A núm . 335 -C, respectivamente, y *Kafkaris* [c. Chipre (GS), núm. 21906/04], antes citado, apartado 137 [TEDH 2008]).

78. El artículo 7 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del Derecho penal en perjuicio de un acusado (en relación con la aplicación retroactiva de la pena, véase *Welch c. Reino Unido*, de 9 de febrero de 1995, apartado 36, serie A núm. 307 -A; *Jamil c. Francia*, de 8 de junio de 1995, apartado 35, serie A núm. 317- B; *Ecer y Zeyrek c. Turquía*, núm. 29295/95 y 29363/95 , apartado 36, TEDH 2001 -II , y *Mihai Toma c. Rumanía*, núm. 1051-06, apartado 26-31, de 24 de enero de 2012). También incorpora, de manera más general, el principio de que solo la ley puede definir un delito y prescribir una pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) (véase *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, apartado 52, serie A núm. 260- A). Al tiempo que prohíbe, en particular, ampliar el alcance de los delitos existentes a actos que antes no constituían delitos, también establece el principio de que el Derecho penal no debe interpretarse por extensión en detrimento de un acusado, por ejemplo, por analogía (véase *Coëme y otros c. Bélgica*, núm. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, apartado 145, TEDH 2000 -VII; como ejemplo de la aplicación de una pena por analogía, véase *Baskaya y Okçuoglu c. Turquía* [GS], núm. 23536/94 y 24408/94, apartados 42 y 43, TEDH 1999 -IV).

79. De ello se desprende que los delitos y las penas correspondientes deben estar claramente definidas por la ley. Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente, y si es necesario con la ayuda de la interpretación de los tribunales y tras haber solicitado asesoramiento letrado adecuado, qué acciones y omisiones le acarrearán responsabilidad penal y a qué pena se enfrenta por ese motivo (véase *Cantoni c. Francia*, 15 de noviembre de 1996, apartado 29, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996 -V, y *Kafkaris*, antes citado, apartado 140).

80. El Tribunal debe verificar, por tanto, que en el momento en que el acusado realizó el acto que lo llevó a ser juzgado y condenado estaba en vigor una disposición legal que consideraba ese acto punible, y que la pena impuesta no excedía de los límites fijados por dicha disposición (véase *Coëme y otros*, antes citado, apartado 145, y *Achour c. Francia* [GS], núm. 67335 / 01, apartado 43, TEDH 2006 -IV).

...

(c) Previsibilidad de la ley penal

91. La noción de “Derecho” (“*law*”) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de “Derecho” que figura en otros artículos del Convenio; incluye el derecho de origen, tanto legislativo como jurisprudencial, e implica condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y previsibilidad (*Kokkinakis*, antes citado, apartados 40 y 41, *Cantoni*, antes citado, apartado 29, *Coëme y otros*, antes citado, apartado 145, y *E.K. c. Turquía*,



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

núm. 28496/95, apartado 51, de 7 de febrero de 2002). Estas condiciones cualitativas deben cumplirse tanto para la definición de un delito como para la pena que este implica.

92. Dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (*Kokkinakis*, antes citado, apartado 40, y *Cantoni*, antes citado, apartado 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación (*Kafkaris*, antes citado, apartado 141).

93. La función de decisión confiada a los órganos jurisdiccionales sirve precisamente para disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas (ibid.). Es más, está firmemente establecido en la tradición jurídica de los Estados parte del Convenio que la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal (*Kruslin c. Francia*, de 24 de abril de 1990, apartado 29, serie A núm. 176-A). El artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible (*S.W. y C.R. c. Reino Unido*, antes citados, respectivamente apartados 36 y 34, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, antes citado, apartado 50, *K.-H.W. c. Alemania* [GS], núm. 37201/97, apartado 85, TEDH 2008, y *Kononov c. Letonia* [GC], núm. 36376/04, apartado 185, TEDH 2010). La ausencia de una interpretación jurisprudencial accesible y razonablemente previsible puede incluso conducir a una constatación de violación del artículo 7 respecto de un acusado (ver, en relación con los elementos constitutivos del delito, *Pessino c. Francia*, núm. 40403/02, apartados 35 y 36, de 10 de octubre de 2006 y *Dragotoniú y Militarú-Pidhorni c. Rumanía*, núm. 77193/01 y 77196/01, apartados 43 y 44, de 24 de mayo de 2007; ver en relación con la pena, *Alimuçaj c. Albania*, núm. 20134/05, apartados 154 a 162, de 7 de febrero de 2012). Si fuese de otra forma, no se atendería al objeto y el objetivo de esta disposición – que pretende que nadie sea sometido a actuaciones judiciales, condenas o sanciones arbitrarias –.”

61. El Tribunal de Justicia observa también que el alcance del concepto de previsibilidad depende en gran medida del contenido del instrumento controvertido, del ámbito al que está destinado y del número y la situación de las personas a las que se dirige. Una ley puede seguir cumpliendo el requisito de previsibilidad incluso si la

persona interesada necesita obtener el asesoramiento jurídico adecuado para evaluar, en un grado razonable dentro de las circunstancias, las consecuencias que puede conllevar una acción determinada. Esto es especialmente cierto en relación con las personas que ejercen una actividad profesional, que están acostumbradas a tener que proceder con un alto grado de cautela en el ejercicio de su profesión. A este respecto, cabe esperar que tengan especial cuidado en la evaluación de los riesgos que entraña esa actividad (véase *Vasiliauskas c. Lituania* [GS], núm. 35343/05, apartado 157, TEDH 2015).

62. Como ya se ha mencionado, la evolución derivada de una aclaración gradual de las normas de responsabilidad penal mediante la interpretación judicial debe ser razonablemente previsible y coherente con la esencia del delito. Las interpretaciones judiciales que ahondan en una tendencia perceptible dentro de la evolución de la jurisprudencia podrían considerarse razonablemente previsibles (véanse *S.W. c. el Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995, apartados 41-43, Serie A núm. 335 B, y *C.R. c. el Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995, apartados 39-41, Serie A núm. 335 C, en las que el Tribunal consideró que los tribunales nacionales no hacían sino ahondar en una tendencia perceptible dentro de la evolución de la jurisprudencia y coherente con la esencia del delito al dismantelar la inmunidad que protegía a un marido de las acciones judiciales contra él en el caso de violación de su mujer). El requisito en cuestión puede cumplirse aun cuando los tribunales nacionales interpreten y apliquen una disposición por primera vez (véase, por ejemplo, *Jorgic c. Alemania*, núm. 74613/01, apartado 106 09, TEDH 2007 III, relativa a la primera interpretación del delito de genocidio por los tribunales nacionales, tal y como se define en el derecho interno alemán; véanse, entre otros ejemplos, *Kudrevičius y otros c. Lituania* [GS], núm. 37553/05, apartado 115, TEDH 2015, y *Huhtamäki c. Finlandia*, núm. 54468/09, apartados 46 a 54, de 6 de marzo de 2012).

63. Teniendo en cuenta estos principios generales, el Tribunal se referirá ahora a la cuestión de si el uso de la técnica de “tipificación en blanco” o “tipificación por remisión” como tal es compatible con el artículo 7 del Convenio, ya sea en lo que respecta a las referencias a disposiciones ajenas al derecho penal en general o a las referencias a disposiciones del derecho constitucional en particular.

64. Aunque el Tribunal aún no se ha pronunciado explícitamente sobre esta cuestión, hay casos de interés en el contexto actual en los que se han planteado cuestiones con arreglo al artículo 7 respecto de las disposiciones de derecho penal que

establecen los elementos constitutivos de un delito al referirse a disposiciones o principios del derecho constitucional o de otras ramas del derecho.

65. El Tribunal de Justicia menciona, en particular, los siguientes asuntos: *Kuolelis y otros c. Lituania* (núm. 74357/01 y otros 2, apartados 51 a 55 y 78, de 19 de febrero de 2008), relativo a las condenas de antiguos políticos comunistas en virtud, entre otros, del artículo 70 del Código Penal lituano -que hace referencia a la Constitución- por seguir militando a favor del mantenimiento de Lituania en la URSS en el período en que restableció su independencia, y *Haarde c. Islandia* (núm. 66847/12, apartados 40 y 42-43, de 23 de noviembre de 2017), relativo a la condena del entonces Primer Ministro de Islandia en un procedimiento de destitución por negligencia grave en virtud del artículo 17 de la Constitución en relación con el artículo 8.c) de la Ley de Responsabilidad Ministerial por no haber celebrado reuniones ministeriales sobre “asuntos gubernamentales importantes”, en concreto la amenaza al sistema bancario islandés en el período anterior a su colapso.

66. Ninguno de esos casos planteó explícitamente la cuestión de si el uso de referencias a la Constitución (principios constitucionales o artículos específicos) o a otras ramas del derecho en las disposiciones del derecho penal que contienen el tipo de un delito es compatible con el artículo 7 de la Convención. En cambio, el examen del Tribunal se centró en la cuestión de si las leyes (es decir, el derecho penal que hace referencia a una disposición de la Constitución y la propia disposición constitucional de referencia) eran suficientemente claras y previsibles en su aplicación (véanse, en lo que respecta a los principios generales pertinentes establecidos en la jurisprudencia del Tribunal, *Del Río Prada*, antes citado, apartados 77 a 79 y 91 a 93, y *Vasiliauskas*, antes citado, apartados 153 a 155 y 157).

67. En los dos casos mencionados, aunque las disposiciones pertinentes del derecho interno estaban redactadas en términos bastante amplios, el Tribunal no consideró que carecieran de claridad suficiente o que su aplicación no fuera razonablemente previsible. Tuvo en cuenta, entre otras cosas, la situación de los acusados (véase *Kuolelis y otros*, antes citado, apartados 120 y 121, en el que subrayó que, como políticos profesionales destacados, los solicitantes debían haber sido conscientes del riesgo que corrían en el mantenimiento de sus actividades; y *Haarde*, antes citado, apartado 130, en el que señaló que el solicitante, como Primer Ministro y Jefe de Gobierno, era responsable de velar por que se cumplieran los requisitos del

artículo pertinente de la Constitución). Este último caso planteaba otra cuestión importante. El demandante alegó que existía la práctica constitucional de debatir en las reuniones ministeriales únicamente las cuestiones que debían presentarse al Presidente de la República en virtud del artículo 16.2 de la Constitución y que, siguiendo esa tradición, no podía haber previsto su condena por no cumplir una obligación en virtud del artículo 17. El Tribunal de Destitución (*Court of Impeachment*) desestimó el argumento tras haber examinado en profundidad la historia de los dos artículos de la Constitución y constatado que su diferente redacción apoyaba inequívocamente una interpretación literal del término “cuestiones gubernamentales importantes” en el artículo 17 (*ibid.*, apartado 129). El Tribunal observó que el artículo 17 de la Constitución islandesa era una disposición de importancia fundamental en el orden constitucional, ya que establecía principios importantes sobre la forma en que debía funcionar el Gobierno y que el solicitante era responsable de garantizar el cumplimiento de esos principios. Coincidió con el Tribunal de Destitución al considerar que el artículo 17 no puede considerarse carente de suficiente claridad y apoya la conclusión del Tribunal de Destitución en lo que respecta al significado que debe darse al concepto de “cuestiones gubernamentales importantes”. El Tribunal admitió que la interpretación de este último era coherente con la esencia del delito y que el demandante podía haber previsto razonablemente que sería penalmente responsable (*ibid.*, apartados 131 y 132). En ambos casos, *Kuolelis y otros* y *Haarde*, el Tribunal llegó a la conclusión de que no se había vulnerado el artículo 7.

68. Tal y como ha señalado el órgano remitente, es cierto que el nivel de abstracción de las normas constitucionales puede ser superior al de las disposiciones penales. Además, se sitúan en el máximo nivel jerárquico de numerosos ordenamientos jurídicos. Al examinar si una injerencia en los derechos garantizados por el artículo 10 estaba “prevista por la ley” debido al carácter general de las disposiciones constitucionales, el Tribunal sostiene que el grado de precisión que se les exige puede ser inferior al exigido a cualquier otra legislación (véase *Rekvényi c. Hungría* [GS], núm. 25390/94, apartado 34, TEDH 1999-III). En lo que respecta al artículo 7, los casos mencionados de *Haarde* y *Kuolelis y otros* demuestran que el Tribunal no ha tenido en cuenta que el carácter constitucional de las disposiciones de referencia y los términos más bien amplios de las disposiciones en cuestión pueden plantear un problema en virtud del citado artículo. En lo que respecta en particular a la previsibilidad del derecho

penal que hace referencia a las disposiciones de derecho constitucional, el Tribunal aplicó su jurisprudencia general, en la que se exige que la interpretación judicial de un delito sea compatible con la esencia del mismo (véase el apartado 60 *ut supra*). Asimismo, en consonancia con la jurisprudencia general del Tribunal (citada en el apartado 61 anterior), estos casos parecen indicar que puede exigirse a los políticos profesionales o a los titulares de altos cargos una cautela especial al evaluar si una conducta concreta puede entrañar responsabilidad penal.

69. El Tribunal tiene presente que, como en el caso en que se basa la solicitud de este dictamen, las disposiciones constitucionales de referencia pueden formularse como principios generales y, por lo tanto, de manera general y muy abstracta. Debido a su elevado nivel de abstracción, a menudo esas disposiciones se desarrollan mediante actos con un nivel jerárquico inferior, costumbres constitucionales no codificadas y jurisprudencia. En lo que respecta a los principios constitucionales fundamentales que regulan la separación de poderes, el Tribunal sostuvo en *Haarde* (antes citado, apartados 129 a 131) que el artículo 7 del Convenio no excluía la posibilidad de que las pruebas de la práctica constitucional existente pudieran formar parte del análisis general de los tribunales nacionales sobre la previsibilidad de un delito basado en una disposición de carácter constitucional. El Tribunal no ve ninguna razón para apartarse de esa conclusión.

70. Así pues, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia demuestra que el uso de la técnica de “tipificación en blanco” o “tipificación por remisión” en el derecho penal no es en sí misma incompatible con el artículo 7. Como se ha indicado anteriormente, hay otros ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal en los que el derecho penal en cuestión contiene referencias a otras ramas del derecho, incluidas disposiciones o principios de la Constitución del Estado respectivo. Aunque el Tribunal de Justicia no ha hecho una declaración explícita sobre la compatibilidad de tal técnica con el artículo 7, ha aceptado implícitamente su uso y ha determinado si el derecho penal en cuestión era suficientemente preciso y previsible en el sentido de su jurisprudencia.

71. Además, los precedentes de derecho comparado sugieren que los Estados miembros utilizan ampliamente la técnica de “tipificación en blanco o por remisión” en su derecho penal; más de la mitad de los Estados encuestados también recurren a esa técnica en relación con los delitos contra el orden constitucional de su país (véanse los apartados 32 y 33 más arriba).

72. Sin embargo, para cumplir con el artículo 7 del Convenio, una ley penal que defina un delito recurriendo a la técnica de “tipificación en blanco o por remisión” debe satisfacer además los requisitos generales de “calidad del derecho”, es decir, su aplicación debe ser suficientemente precisa, accesible y previsible. Dado que la disposición de referencia pasa a formar parte del tipo del delito, ambas normas (la disposición remitente y la de referencia) deben permitir a los interesados prever qué conductas pueden hacerles penalmente responsables, recurriendo al asesoramiento jurídico adecuado en caso necesario. A juicio del Tribunal, es lo que se desprende de los principios generales de su jurisprudencia relativos a los requisitos de calidad del derecho y también está respaldado por los precedentes de derecho comparado disponibles (véanse los párrafos 34 y 35 anteriores).

73. Además, el Tribunal considera que la forma más eficaz de garantizar la claridad y la previsibilidad es que la referencia sea explícita y que la disposición remitente establezca los elementos constitutivos del delito. Por otro lado, las disposiciones de referencia no pueden ampliar el alcance de la tipificación penal establecida en la disposición remitente. En cualquier caso, corresponde al tribunal aplicar tanto la disposición remitente como la de referencia para evaluar si la responsabilidad penal era previsible en las circunstancias del caso.

74. Por lo tanto, el Tribunal considera que el uso de la técnica de “tipificación en blanco o por remisión” para tipificar como delito ciertas acciones u omisiones no es en sí mismo incompatible con los requisitos del artículo 7 del Convenio. La disposición remitente y la de referencia, en su conjunto, deben permitir a la persona prever qué conductas pueden hacerla penalmente responsable, recurriendo al asesoramiento jurídico adecuado en caso necesario. Este requisito se aplica del mismo modo a las situaciones en que la disposición de referencia se sitúe en un rango jerárquico superior en el ordenamiento jurídico de que se trate o tenga un nivel de abstracción superior al de la disposición remitente.

La forma más eficaz de garantizar la claridad y la previsibilidad es que la referencia sea explícita y que la disposición remitente establezca los elementos constitutivos del delito. Por otro lado, las disposiciones de referencia no pueden ampliar el alcance de la tipificación penal establecida en la disposición remitente. En cualquier caso, corresponde al tribunal aplicar tanto la disposición remitente como la de referencia para evaluar si la responsabilidad penal era previsible en las circunstancias del caso.



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

#### IV. LA CUARTA CUESTIÓN

75. La cuarta cuestión formulada por el Tribunal Constitucional plantea lo siguiente:

“A la luz del principio de irretroactividad del derecho penal (artículo 7.1 del Convenio), ¿qué normas se establecen para comparar el derecho penal vigente en el momento de la comisión del delito con el derecho penal modificado, a fin de determinar las similitudes o diferencias contextuales (esenciales)?”

76. Esta cuestión se refiere al hecho de que el Sr. Kocharián está acusado de subvertir el orden constitucional previsto en el artículo 300.1 del Código Penal de 2009 respecto de los actos cometidos presuntamente en febrero y marzo de 2008 (véase el apartado 16 anterior), es decir, antes de la entrada en vigor de esa disposición. En aquel momento, los actos encaminados a subvertir violentamente el orden constitucional eran punibles en virtud del artículo 300 de la antigua versión del Código Penal como parte del delito de “usurpación del poder” (véase el apartado 25 *ut supra*).

77. El Tribunal Constitucional sostiene que el artículo 300.1 del Código Penal de 2009 difiere considerablemente del artículo 300 del Código Penal en la versión que se encontraba vigente en el momento de la presunta comisión del delito. Este último era más amplio, ya que toda acción *encaminada* a subvertir el orden constitucional era punible, mientras que en virtud del artículo 300.1 del Código Penal de 2009, solo es punible la eliminación *de facto* de determinados principios fundamentales de la Constitución (a saber, los enunciados en los artículos 1 a 5 y el artículo 6.1 de la Constitución de 2005) al dejar de ser válida esa norma en el ordenamiento jurídico. En otros aspectos, el artículo 300 del antiguo Código Penal era más limitado, ya que contenía un elemento de violencia que no figura en el artículo 300.1 del Código Penal de 2009.

78. Es en este contexto en el que el Tribunal Constitucional pregunta qué normas se aplican en virtud del artículo 7 para comparar la ley vigente en el momento de la comisión del delito con la ley penal modificada, sobre todo en lo que respecta a la modificación de la definición del delito de subversión del orden constitucional. La modificación de la ley en que se basa el procedimiento ante el Tribunal Constitucional no se refiere a la pena aplicable, que es la misma tanto en el artículo 300 de la antigua versión del Código Penal como en el artículo 300.1 del Código Penal de 2009, a saber, una pena de prisión de diez a quince años.

79. El Tribunal observa en primer lugar que los precedentes de derecho comparado de que dispone indican que al evaluar -a los efectos del principio de irretroactividad del derecho penal- si una ley aprobada después de la comisión de un delito es más o menos favorable para el acusado que la ley vigente en el momento de la comisión del delito, más de la mitad de los Estados miembros examinados recurren al principio de concreción (véanse los apartados 37 y 38 más arriba). Cabe señalar que el principio de concreción también se refleja firmemente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse los apartados 86 a 89 *infra*).

80. El Tribunal reitera que el artículo 7 del Convenio prohíbe incondicionalmente la aplicación retrospectiva del derecho penal cuando ello redunde en perjuicio del acusado (véanse los principios generales relativos a ese principio, Del Río Prada, citados en el apartado 60 anterior). El principio de irretroactividad del derecho penal se aplica tanto a las disposiciones que definen el delito (véase *Vasiliauskas*, antes citado, artículos 165 a 66) como a las que fijan las penas (véase *M. c. Alemania*, núm. 19359/04, apartados 123 y 135 37, TEDH 2009).

81. Además, podría entrar en juego el principio de la aplicación retrospectiva del derecho penal más favorable. Este principio no se enuncia explícitamente en el artículo 7 del Convenio. Se estableció por primera vez en el caso *Scoppola c. Italia* ((núm.2) [GS], núm. 10249/03, de 17 de septiembre de 2009), que guardaba relación con los cambios relativos a la pena aplicable. El Tribunal afirmó que el artículo 7.1 del Convenio no solo garantizaba el principio de irretroactividad de las leyes penales más estrictas, sino también, e implícitamente, el principio de retroactividad del derecho penal más favorable. Este principio está consagrado en la norma de que, cuando haya diferencias entre el derecho penal vigente en el momento de la comisión del delito y las leyes penales posteriores promulgadas antes de que se dicte una sentencia definitiva, los tribunales deben aplicar la ley cuyas disposiciones sean más favorables para el acusado (*ibid.*, apartados 108 y 109).

82. Aunque el requisito de la aplicación retrospectiva del derecho penal más favorable estaba redactado en términos generales en *Scoppola*, cabe señalar que este requisito se ha desarrollado y aplicado posteriormente en lo que respecta a los cambios en el régimen sancionador aplicable (véanse, por ejemplo, *Gouarré Patte c. Andorra*, núm. 33427/10, apartados 28 a 36, de 12 de enero de 2016, y *Koprivnikar c. Eslovenia*, núm. 67503/13, apartado 59, de 24 de enero de 2017). En el caso *Parmak y Bakır c.*

*Turquía* (núms. 22429/07 y 25195/07, apartado 64, de 3 de diciembre de 2019), el Tribunal dictaminó por primera vez que el principio de aplicación retrospectiva del derecho penal más favorable también se aplicaba en el caso de una modificación relativa a la tipificación del delito.

83. En el presente procedimiento, la cuestión del Tribunal Constitucional exige que el Tribunal emita una opinión sobre la aplicación del principio de irretroactividad. Hay que distinguir dos situaciones respecto de la aplicación del principio de irretroactividad a las disposiciones que definen el delito.

La primera se refiere a los casos en que un acusado, con arreglo al derecho penal vigente en el momento de la condena, podía ser declarado culpable de un acto que no constituía delito en el momento de su comisión.

La segunda se refiere a los casos en que el acto estaba prohibido, aunque con nombres diferentes, tanto en el momento de la comisión del delito como en el momento de la condena. Esta última situación se refiere a la reclasificación de cargos en caso de sucesión de leyes penales a lo largo del tiempo. Teniendo en cuenta el contexto en el que el Tribunal Constitucional formula su pregunta, el Tribunal considera que su jurisprudencia relativa a la reclasificación de cargos en virtud de una versión modificada del Código Penal, que ha entrado en vigor después de la comisión del acto en cuestión, reviste particular interés. En tales situaciones, el Tribunal trata principalmente de determinar si existe una continuidad en el delito, considerando el momento de su comisión y el de la condena.

84. El Tribunal de Justicia menciona, en particular, los siguientes asuntos.

En el caso *G. c. Francia* (27 de septiembre de 1995, apartados 25-26, Serie A núm. 325B), relativo a la condena del demandante por atentado al pudor con coacción y abuso de autoridad en virtud de la nueva versión del Código Penal que había entrado en vigor después de la comisión de los hechos, el Tribunal, teniendo en cuenta la interpretación que el tribunal nacional hizo de las disposiciones que habían estado en vigor en el momento de la comisión del delito, concluyó que los actos en cuestión entraban tanto en el ámbito de aplicación de las disposiciones pertinentes del Código Penal anterior como en el de la nueva disposición.

En el caso *Ould Dah c. Francia* (núm. 13113/03, TEDH 2009), se acusó al demandante de haber cometido actos de tortura y barbarie que, con arreglo al Código Penal vigente en el momento de su comisión, constituían circunstancias agravantes

respecto de otros delitos, incluido el delito de agresión agravada. En la nueva versión del Código Penal, que se aplicaba en el momento de su condena, los actos de tortura se tipificaban como un delito aparte.

En el caso *Berardi y Mularoni c. San Marino* (núms. 24705/16 y 24818/16, apartados 52 a 56, de 10 de enero de 2019), los demandantes, que eran funcionarios responsables de la supervisión de la seguridad en las obras de construcción, fueron acusados de soborno por haber aceptado dinero a cambio de no desempeñar sus funciones. La disposición del Código Penal vigente en el momento de la presunta comisión del delito definía el soborno como la obtención de un beneficio indebido por parte de un funcionario por “realizar un acto contrario a las obligaciones derivadas de sus funciones”.

El caso de *Rohlena* (citado anteriormente) se refería a la condena del demandante por abusar de una persona que vivía bajo el mismo techo, cometido al menos entre el año 2000 y febrero de 2008. La condena se basó en una disposición del Código Penal que había entrado en vigor el 1 de junio de 2004.

85. En esos casos, el Tribunal ha examinado en esencia si los hechos en cuestión ya eran punibles en virtud de las disposiciones vigentes en el momento de su comisión. Además, ha sostenido que la pena impuesta no podía superar los límites fijados por la disposición vigente en el momento de la comisión del delito (véase *Berardi y Mularoni*, antes citada, apartado 41; véase también *Rohlena*, antes citada, apartado 56, en lo que respecta a la cuestión específica de un delito continuado).

86. La jurisprudencia del Tribunal no ofrece un conjunto completo de criterios para comparar el derecho penal vigente en el momento de la comisión del delito con el derecho penal modificado. No obstante, es posible llegar a la conclusión de que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta las circunstancias específicas del caso, es decir, los hechos concretos del caso establecidos por los tribunales nacionales, al evaluar si los hechos cometidos eran punibles en virtud de la disposición vigente en el momento de su comisión. Además, de conformidad con los principios generales de su jurisprudencia relativos a la previsibilidad de la ley vigente en el momento de la comisión de esos delitos, el Tribunal tiene en cuenta la jurisprudencia del tribunal nacional, en su caso, en la que se aclaran los conceptos utilizados en la ley vigente en ese momento (véase *G. c. Francia*, antes citado, apartados 25 y 26, y *Berardi y Mularoni*, antes citados, apartados 46 a 56).

87. Por el contrario, el Tribunal no se ocupa de las clasificaciones formales o nombres que se dan a los delitos penales con arreglo al derecho interno (véase, en particular, *Ould Dah* [citado anteriormente, in fine], cuando en el momento de su comisión, los actos del demandante eran punibles no como un delito separado, sino como una circunstancia agravante; véase también *Rohlana* [antes citado, apartados 62 y 63], en el que los actos cometidos por el demandante antes de la entrada en vigor de la disposición en virtud de la cual fue condenado eran punibles, aunque como delitos diferentes).

88. Así pues, la comparación entre el derecho penal vigente en el momento de la comisión del delito y el derecho penal modificado debe ser llevada a cabo por el tribunal competente, no comparando las definiciones del delito *in abstracto*, sino teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso.

89. En este contexto, el Tribunal considera especialmente instructivo examinar la forma en que se aplica el principio de irretroactividad en materia sancionadora, en particular el modo en que se hizo esto en el caso *Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina* ([GS], núms. 2312/08 y 34179/08, TEDH 2013 (fragmentos)). En ese caso se aplicaba el método de comparación *in concreto* (ibid., apartado 65). Se refería a la condena de los demandantes por crímenes de guerra. Si bien la definición de los delitos en cuestión era la misma en el Código Penal que era aplicable cuando se cometieron y en el nuevo Código Penal que se había aplicado en los casos de los solicitantes (ibid., apartados 67 a 68), el marco de la condena había cambiado en el sentido de que la nueva ley había abolido la pena de muerte, pero preveía una pena de prisión mínimamente superior. Al evaluar si la aplicación de la nueva ley había redundado en perjuicio de los demandantes, el Tribunal consideró que los delitos por los que habían sido condenados no habían entrañado ninguna pérdida de vidas, y claramente no pertenecían a la categoría de los casos más graves, para los cuales podría haberse aplicado la pena de muerte con arreglo a la ley vigente en el momento de la comisión de los delitos en cuestión. El Tribunal también tuvo en cuenta el hecho de que se había impuesto la menor pena posible a uno de los demandantes y que el otro había recibido una pena ligeramente superior al mínimo previsto en el nuevo Código Penal. Aunque las condenas de los demandantes estaban dentro lo previsto en ambos Códigos Penales y no había certeza de que hubieran recibido penas inferiores si se hubiera aplicado el antiguo Código, existía una posibilidad real de que la aplicación retroactiva de la nueva ley hubiera

redundado en detrimento de los demandantes. El Tribunal llegó a la conclusión de que no se les habían concedido garantías efectivas contra la imposición de una pena más grave, vulnerando así el artículo 7 del Convenio (ibid., apartados 69 y 70).

90. Aunque el principio de concreción se desarrolló en los casos relativos a una modificación de las penas pertinentes, el Tribunal, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente (véanse los párrafos 87 y 88), considera que el mismo principio se aplica también a los casos que entrañan una comparación entre el tipo del delito en el momento de su comisión y una modificación posterior.

91. Como se indica en el apartado 77 anterior, en su solicitud de dictamen, el Tribunal Constitucional señaló que la definición del delito de subversión del orden constitucional del artículo 300.1 del Código Penal de 2009 es más amplia en un sentido, mientras que en otro es más estricta que en el artículo 300 del Código Penal, que estaba en vigor en febrero y marzo de 2008, en el momento de la presunta comisión del delito. Habida cuenta de las consideraciones expuestas anteriormente, el Tribunal de Justicia considera que la cuestión de si la aplicación del artículo 300.1 del Código Penal de 2009 violaría el principio de irretroactividad enunciado en el artículo 7 del Convenio no debe responderse *in abstracto*. En cambio, el artículo 7 exige una evaluación concreta, en función de las circunstancias específicas del caso. Corresponderá a los tribunales nacionales competentes comparar, a la luz de las presuntas acciones u omisiones del acusado y de otras circunstancias específicas del caso, los efectos jurídicos de la posible aplicación del artículo 300.1 del Código Penal de 2009 y del artículo 300 del Código Penal en la versión vigente en el momento de los hechos impugnados. En particular, deben determinar si todos los elementos constitutivos del delito y otras condiciones de criminalidad se cumplen con arreglo a las disposiciones del Código Penal en la versión vigente en el momento de los hechos impugnados. En caso contrario, el artículo 300.1 del Código Penal de 2009 no puede considerarse más favorable y, por consiguiente, no puede aplicarse al caso. Además, si los tribunales nacionales determinaran que la aplicación del artículo 300.1 del Código Penal de 2009 tendría consecuencias más graves para el acusado que la aplicación del artículo 300 del Código Penal en la versión que se encontraba en vigor en el momento de los hechos, la nueva disposición tampoco podría aplicarse al caso.

92. Por consiguiente, el Tribunal opina que para determinar si, a los efectos del artículo 7 del Convenio, una ley promulgada tras la presunta comisión de un delito es

más o menos favorable para el acusado que la ley vigente en el momento de la presunta comisión del delito, deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso (principio de concreción). Si la ley posterior es más severa que la que se encontraba en vigor en el momento de la presunta comisión del delito, no podrá aplicarse.

**POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,**

*Emite* el siguiente dictamen:

1. El Tribunal no puede responder a las cuestiones primera y segunda, ya que no cumplen los requisitos del artículo 1 del Protocolo núm. 16.

2. El uso de la técnica de “tipificación en blanco o por remisión” para tipificar como delito las acciones u omisiones no es en sí mismo incompatible con los requisitos del artículo 7 del Convenio. La disposición remitente y la de referencia, en su conjunto, deben permitir a la persona prever qué conductas pueden hacerla penalmente responsable, recurriendo al asesoramiento jurídico adecuado en caso necesario. Este requisito se aplica del mismo modo a las situaciones en que la disposición de referencia se sitúe en un rango jerárquico superior en el ordenamiento jurídico de que se trate o tenga un nivel de abstracción superior al de la disposición remitente.

La forma más eficaz de garantizar la claridad y la previsibilidad es que la referencia sea explícita y que la disposición remitente establezca los elementos constitutivos del delito. Por otro lado, las disposiciones de referencia no pueden ampliar el alcance de la tipificación penal establecida en la disposición remitente. En cualquier caso, corresponde al tribunal aplicar tanto la disposición remitente como la de referencia para evaluar si la responsabilidad penal era previsible en las circunstancias del caso.

3. Para determinar si, a los efectos del artículo 7 del Convenio, una ley promulgada tras la presunta comisión de un delito es más o menos favorable para el acusado que la ley vigente en el momento de la presunta comisión del delito, deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso (principio de concreción). Si la ley posterior es más severa que la que se encontraba en vigor en el momento de la presunta comisión del delito, no podrá aplicarse.

Redactado en inglés y en francés, y emitido por escrito el 29 de mayo de 2020.

Søren Prebensen  
Secretario Adjunto

Linos-Alexandre Sicilianos  
Presidente

De conformidad con el artículo 4.2 del Protocolo núm. 16 del Convenio y la regla 94.2 del Reglamento del Tribunal, se adjunta al presente dictamen el voto particular del juez *ad hoc* Sarvarian.

L.-A.S.

S.C.P.

## VOTO PARTICULAR CONCURRENTES DEL JUEZ SARVARIAN

1. Aunque he votado a favor de cada uno de los apartados de la parte dispositiva, habría preferido que la Gran Sala hubiera profundizado más su razonamiento. Soy especialmente consciente del hecho de que estos procedimientos consultivos han ocasionado necesariamente un retraso de unos diez meses en las actuaciones ante el Tribunal Constitucional y, por extensión, en el procedimiento principal. En virtud de lo anterior, considero que es mi deber registrar públicamente las adiciones al Dictamen que me habría gustado adoptar para proporcionar, en mi opinión, una orientación lo más valiosa posible al Tribunal Constitucional.

### Cuestiones previas

2. En cuanto a los apartados 45 a 47 del Dictamen, acojo con satisfacción la posición adoptada por la Gran Sala sobre su función en relación con la del Colegio. Dado que los redactores del Protocolo núm. 16 dejaron sin aclarar varias cuestiones de procedimiento para que el Tribunal decidiera sobre su práctica<sup>1</sup>, me gustaría que la Gran Sala aclarara dos cuestiones. En primer lugar, si el colegio debería motivar sus decisiones de admisibilidad. En segundo lugar, en función de qué criterios debe decidir el colegio si admite una solicitud.

3. Mientras que el artículo 2.1 del Protocolo núm. 16 no obliga al colegio a motivar las decisiones de admisibilidad, una decisión razonada promovería el “objeto y fin”<sup>2</sup> del Protocolo núm. 16 de “reforzar el diálogo entre el Tribunal y los sistemas judiciales nacionales, incluso por medio de una aclaración de la interpretación por parte del Tribunal de lo que conviene entender por ‘cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades que definen el Convenio o sus Protocolos’, lo que serviría de orientación a los tribunales nacionales a la hora de plantearse formular una solicitud y contribuiría así a evitar peticiones inadecuadas”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Por ejemplo, – Dzehtsiarou y O’Meara, ‘Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket control?’, 34(3) *Legal Studies* (2014), 444-468; Gerards, ‘Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal’, 21 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2014) 630-651; Loemmens, ‘Protocol no 16 to the ECHR: managing backlog through complex judicial dialogue?’, 15(4) *European Constitutional Review* (2019) 691-713.

<sup>2</sup> *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (CVDT), art. 31.1.

<sup>3</sup> Protocolo núm. 16, art. 1.3; *Memoria explicativa del Protocolo núm. 16*, apartado 15 (en inglés).

Creo que la aclaración de esta cuestión promovería la coherencia y la eficiencia en la gestión de peticiones procedentes de los altos tribunales de los Estados Miembros, proporcionándoles orientación cuando consideren la “necesidad y utilidad”<sup>4</sup> de presentar dichas solicitudes.

4. El artículo 2.1 del Protocolo núm. 16 no obliga al colegio a motivar sus decisiones, pero sí establece el deber expreso de motivar toda negativa a aceptar una solicitud<sup>5</sup>. Sin embargo, considero que no prohíbe que el colegio las motive: A falta de una prohibición expresa en el texto, ni su “contexto” ni el “objeto y fin” del Protocolo núm. 16 en su conjunto<sup>6</sup> indican una intención implícita de limitar así al colegio. La Nota explicativa del Protocolo núm. 16 utilizada para confirmar o aclarar el significado del artículo 2.1<sup>7</sup> apoya esta hipótesis:

“Sin embargo, a diferencia del procedimiento previsto en el artículo 43, el colegio debe aducir los motivos por los que rechaza una solicitud de dictamen que presente un tribunal nacional. Con ello se persigue reforzar el diálogo entre el Tribunal y los sistemas judiciales nacionales, incluso por medio de una aclaración de la interpretación por parte del Tribunal de lo que conviene entender por ‘cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades que definen el Convenio o sus Protocolos’, lo que serviría de orientación a los tribunales nacionales a la hora de plantearse formular una solicitud y contribuiría así a evitar peticiones inadecuadas. El Tribunal debe informar a la Alta Parte Contratante interesada de la aceptación de cualquier solicitud formulada por sus cortes o tribunales.”<sup>8</sup>

Deduzco que el colegio está facultado para motivar la aceptación de una solicitud.

5. La comparación de los procedimientos consultivos de los tribunales y cortes internacionales muestra que la práctica de motivar las decisiones de aceptación de las peticiones de dictamen es común a todos ellos. Mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha visto obligada a motivar la denegación de las

---

<sup>4</sup> Protocolo núm. 16, art. 1.3; *Memoria explicativa del Protocolo núm. 16*, apartado 11 (en inglés).

<sup>5</sup> *Ibid.* apartado 29; CVDT, Art. 31.1.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> CVDT, Art. 32.

<sup>8</sup> *Memoria explicativa del Protocolo núm. 16*, véase la nota 4 más arriba, apartado 15

solicitudes<sup>9</sup>, en la práctica también motiva las decisiones de admisión<sup>10</sup>. Aunque no está previsto en el Reglamento de la Corte, en la práctica un grupo de cinco magistrados decide sobre la admisibilidad de las peticiones<sup>11</sup>. Dado que las solicitudes de dictamen no son presentadas por los tribunales nacionales, como ocurre en el procedimiento del Protocolo núm. 16, sino por los gobiernos de los Estados contratantes<sup>12</sup>, el pleno del Tribunal podrá pronunciarse sobre las objeciones que se planteen a la competencia o admisibilidad de la solicitud por otros Estados contratantes<sup>13</sup> por analogía con su procedimiento contencioso<sup>14</sup>.

6. Aunque la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ACtHPR) no está expresamente obligada a motivar las decisiones de admisibilidad<sup>15</sup>, en la práctica facilita las razones por las que acepta o rechaza las solicitudes de dictamen.<sup>16</sup> Sin embargo, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el Pleno del Tribunal el que adopta las decisiones sobre admisibilidad. Mientras que el Reglamento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no aborda la admisibilidad de una solicitud de dictamen<sup>17</sup>, en la práctica la Gran Sala del TJUE ofrece decisiones motivadas que el Pleno ha adoptado sobre las cuestiones de admisibilidad de los dictámenes<sup>18</sup>. Aunque el

<sup>9</sup> Opinión consultiva [OC-1/82](#) de 24 de septiembre de 1982, “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), apartado 30.

<sup>10</sup> Por ej. Opinión Consultiva [OC-23/17](#), de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, apartados 13 a 31; Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Orden de 29 de mayo de 2018), apartados 3-4.

<sup>11</sup> [Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos](#), 2009, art. 75.

<sup>12</sup> [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#) de 1969, art. 64.

<sup>13</sup> Por ejemplo, Opinión Consultiva [OC-1/82](#), citada en la nota 9 anterior, apartado 29; Opinión Consultiva [OC-25/18](#) de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador, apartados 19 y 20.

<sup>14</sup> Reglamento de la CIDH, citado en la nota 11 anterior, art. 74: “La Corte aplicará al trámite de las opiniones consultivas las disposiciones del título II de este Reglamento en la medida en que las juzgue compatibles”. Esta disposición se añadió al [Reglamento en la modificación de 1991](#) y parece basarse directamente en el pronunciamiento hecho en el primer dictamen de la Corte.

<sup>15</sup> [Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos](#) (1998), art. 4 (en inglés); [Reglamento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos](#) (2010), art. 39 (en inglés).

<sup>16</sup> Por ejemplo, [Solicitud núm. 002/2013: solicitud de dictamen del Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño acerca de la posición del Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos](#) (Opinión consultiva de 5 de diciembre de 2014), apartados 33-43 (en inglés); Núm. 001/2014: [Solicitud de dictamen de la Coalición por una Corte Penal Internacional y otros](#) (Orden de 5 de junio de 2015), apartados 8-13 (en inglés).

<sup>17</sup> [Reglamento de Procedimiento del TJUE](#) (2012), arts. 196-200. Véase también el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2009), arts. 218, 256, 267.

<sup>18</sup> Por ejemplo, - [Dictamen 2/94](#) (28 de marzo de 1996), apartados 1-22; [Dictamen 2/13](#) (18 de diciembre de 2014), apartados 144-152. Solo se ha declarado la inadmisión de una solicitud en una ocasión - [Dictamen 3/94](#) (13 de diciembre de 1995), apartados 14-23.

Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) no aborda la admisibilidad<sup>19</sup>, el pleno adopta decisiones motivadas en el dictamen cuando los Estados contratantes impugnan una solicitud<sup>20</sup>. Si bien el Reglamento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS) tampoco aborda la admisibilidad de las solicitudes de dictamen presentadas por “órganos autorizados” a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos o al Tribunal en su conjunto<sup>21</sup>, la Sala o el pleno del Tribunal suelen incluir en sus dictámenes las decisiones motivadas sobre cuestiones de competencia y admisibilidad<sup>22</sup>.

7. Habría preferido que la Gran Sala hubiera declarado que el colegio debía facilitar los motivos por los que decidía aceptar una solicitud. Podría hacerse, por ejemplo, mediante un informe interno transmitido por el colegio a la Gran Sala y publicado en el Dictamen de manera resumida. Esto no solo podría ayudar a la Gran Sala en su examen de las cuestiones, sino que también facilitaría el diálogo entre el Tribunal y los tribunales nacionales para la gestión eficaz del procedimiento del Protocolo núm. 16.

8. Teniendo en cuenta su contexto único -en particular el hecho de que son los tribunales nacionales, y no los Estados miembros o las instituciones del Consejo de Europa, los que presentan solicitudes- propongo los siguientes criterios de aplicación para los colegios:

- 1) si la solicitud emana de un tribunal competente;
- 2) si la solicitud no es abstracta, sino que se basa en procedimientos pendientes de los que se ocupa activamente el tribunal competente;

---

<sup>19</sup> [Reglamento de la Corte Internacional de Justicia](#) (2019), arts. 102-109 (en inglés). Véase también la Carta de las Naciones Unidas de 1945, art. 96.

<sup>20</sup> Por ejemplo, [Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965](#) (dictamen de 25 de febrero de 2019), apartados 54-91 (en inglés). Solo se ha rechazado una solicitud de dictamen en una ocasión por falta de jurisdicción - [Legalidad del empleo de armas nucleares por un Estado en conflictos armados](#) (dictamen de 8 de julio de 1996), apartados 13-32 (en inglés).

<sup>21</sup> [Reglamento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar](#) (2018), arts. 130-138 (en inglés).

<sup>22</sup> [Caso núm. 17: Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan a personas y entidades con respecto a las actividades en la zona](#) (Solicitud de dictamen presentada a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos) (Dictamen de 1 de febrero de 2011), apartados 25-49 (en inglés); [Caso núm. 21: Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca](#) (solicitud de dictamen presentada al Tribunal) (Dictamen de 2 de abril de 2015), apartados 37-79 (en inglés).

- 3) si la esencia de la solicitud, así como su contexto jurídico y fáctico, son suficientemente claros para que el Tribunal de Justicia pueda dar una respuesta<sup>23</sup>,  
y  
4) si la solicitud plantea una cuestión novedosa sobre el derecho del Convenio.

Aunque esos criterios podrían adoptarse como modificación de la regla 93 del Reglamento del Tribunal, habría preferido que la Gran Sala los expresara en este Dictamen con miras a su posterior adopción en el Reglamento. En efecto, este parece ser el enfoque que adoptó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los primeros días de su procedimiento consultivo.

9. Aunque coincido en la decisión de la Gran Sala de responder a las preguntas tercera y cuarta planteadas por el Tribunal Constitucional, he preferido reformularlas para aumentar su claridad.

10. Me gustaría que la solicitud presentada por el Tribunal Constitucional se publicase en HUDOC junto con el Dictamen. Aunque desconozco las normas de procedimiento sobre este punto, observo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar suelen publicar estas solicitudes. No hay nada en la solicitud que indique que el Tribunal Constitucional tenga la intención de presentarla con carácter confidencial, dado que es un documento procedente de un organismo público. Esto me parece útil tanto en principio como para explicar los pasajes del Dictamen (por ejemplo, apartados 77 y 91) en los que se hace referencia a la solicitud.

#### La cuarta cuestión

11. En cuanto a los apartados 89 a 92, me habría gustado que la Gran Sala hubiera formulado aún más la norma aplicable para comparar el delito penal vigente en el momento de la correspondiente acción u omisión con el delito penal modificado en virtud del “principio de concreción”. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal, considero que se trata de una “previsibilidad razonable”, como se expresa en el caso

---

<sup>23</sup> Por ejemplo, Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, núm. 5, *Situación de Carelia oriental* (Dictamen de 23 de julio de 1923), p. 28

*Kononov c. Letonia* (apartado 60 del Dictamen) y *Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina* (apartado 89 del Dictamen):

“El artículo 7 no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en perjuicio del acusado: asimismo consagra de una manera más general el principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el principio según el cual no debe aplicarse la legislación penal de manera extensiva en detrimento del acusado, en especial por analogía. Así, un delito debe estar claramente definido por la ley. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y, si es necesario, ayudándole a su interpretación por los tribunales, qué actos u omisiones comprometen su responsabilidad penal.”<sup>24</sup>

12. Considero que la cuestión crítica es la adición de un elemento más estricto a una definición modificada de un delito penal. Según la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 7.1 permite la aplicación retroactiva de un delito modificado, como la supresión de una defensa, que era “razonablemente previsible” recurriendo al asesoramiento jurídico adecuado en el momento de la acción u omisión. Este es el caso en *C.R. c. el Reino Unido* y *S.W. c. el Reino Unido* (citados en los apartados 60 a 61 del Dictamen):

“Hay que observar que una cuestión crucial en la sentencia del Tribunal de Apelación (resumida en el apartado 14 anterior) hacía referencia a la definición de violación que figura en el artículo 1.1.a) de la Ley de 1976: “relaciones sexuales ilícitas con una mujer que en el momento de la relación sexual no la consiente”. La cuestión que se planteaba era si la “eliminación” de la inmunidad conyugal entraría en conflicto con la definición legal de violación, en concreto, si el término “ilícito” lo impedía. El Tribunal de Apelación examinó detenidamente diversos extremos de la interpretación de la disposición en la jurisprudencia, incluido el argumento de que el término “ilícito” excluía las relaciones sexuales dentro del matrimonio de la definición de violación. El Tribunal recuerda que las autoridades nacionales y, sobre todo, los tribunales, tienen la función de interpretar y aplicar el Derecho interno (véase, por ejemplo, la sentencia *Kemmache c. Francia* (núm. 3) de 24 de noviembre de 1994, Serie A núm. 296-C, págs. 86 y 87, apartado 37). Entiende que no existe ninguna razón para desmarcarse de la conclusión del Tribunal de apelación, que fue confirmada por la Cámara de los Lores (véase el apartado 15 más arriba), acerca de que el significado de la palabra “ilícito” en la definición de violación era irrelevante y que no les impedía “eliminar una ficción del derecho anglosajón que se había vuelto anacrónica y ofensiva” ni declarar que “un violador sigue

---

<sup>24</sup> [Demanda núm. 36376/04](#), *Kononov c. Letonia* (Gran Sala, sentencia de 17 de mayo de 2010), apartado 185, citado en la [demanda núm. 2312/08 y 34179/08](#) *Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina* (Gran Sala, sentencia de 18 de julio de 2013), apartado 66.

siendo violador sujeto al derecho penal, independientemente de la relación con su víctima” (véase el apartado 14).

Las decisiones del Tribunal de Apelación y posteriormente de la Cámara de los Lores no hacían sino abundar en una tendencia perceptible dentro de la evolución de la jurisprudencia y que dismantelaba la inmunidad que protegía a un marido de las acciones judiciales contra él en el caso de violación de su mujer (para una descripción de esta evolución, véanse los apartados 14 y 20 a 25 anteriores). Sin ninguna duda, según la Ley de 12 de noviembre de 1989, un marido que tuviese relaciones sexuales forzosas con su esposa podía, en diversas circunstancias, ser acusado de violación. Además, la interpretación jurisprudencial seguía una evolución manifiesta, coherente con la propia sustancia de la violación, que tendía a considerar de forma general una conducta de esa índole como resultante de un delito de violación. Dicha evolución es tal que el reconocimiento judicial de que no existe inmunidad constituye sin lugar a dudas una etapa razonablemente prevista por la ley (véase el apartado 34 *ut supra*)”.

13. Considerando que corresponde al Tribunal Constitucional determinar el significado del artículo 300.1 y del antiguo apartado 1 del artículo 300 del Código Penal (apartado 50 del Dictamen), considero que hay tres posibles resultados a los efectos del artículo 7 del Convenio, a saber: 1) el delito tipificado en el artículo 300.1 es esencialmente idéntico al del artículo 300 (apartado 84 del Dictamen); 2) el delito tipificado en el artículo 300.1 es más estricto que el del artículo 300, y 3) el delito tipificado en el artículo 300.1 es más favorable que el del artículo 300. Con miras a proporcionar la orientación más valiosa posible, habría preferido que la Gran Sala hubiera abordado las posibilidades segunda y tercera en detalle.

14. Para aplicar el principio de concreción, me habría gustado que la Gran Sala indicara que, si el Tribunal Constitucional interpretara el artículo 300.1 del Código Penal como un criterio de responsabilidad penal más estricto que el antiguo apartado 1 del artículo 300, debería considerar si ese criterio más estricto era “razonablemente previsible” para el acusado teniendo en cuenta que dispondría de asesoramiento jurídico en el momento de la acción u omisión. Entre los factores que habría que tener en cuenta en el contexto específico del ordenamiento jurídico de Armenia podrían figurar, por ejemplo, si se estaba examinando un proyecto de ley que contemplase esa norma más estricta o si las decisiones de los tribunales armenios ya habían interpretado el antiguo artículo 300 de un modo compatible con la norma prevista posteriormente en el artículo 300.1.

15. En cuanto a la tercera posibilidad, por la cual el Tribunal Constitucional podía interpretar que el artículo 300.1 era más favorable que el artículo 300, en el reciente caso *Parmak y Bakır c. Turquía* (apartado 82 del Dictamen), la legislación nacional exigía que “en caso de que haya diferencias entre las disposiciones en vigor en la fecha en que se cometió un delito y las vigentes después de esa fecha, se aplicará al acusado la disposición más favorable”<sup>25</sup>. Los tribunales nacionales aplicaron esta disposición en dos ocasiones en respuesta a las modificaciones de los elementos del delito para anular las condenas de los solicitantes por el delito de pertenencia a una organización terrorista<sup>26</sup>. A estos efectos, la principal conclusión de la Sala fue la siguiente:

“El Gobierno ha alegado que la condena de los demandantes era previsible de conformidad con las versiones originales de los artículos 1 y 7 de la Ley núm. 3713 -en vigor en el momento en que se cometieron los delitos-, dado que en cualquier caso esas disposiciones habían definido el terrorismo en un sentido más amplio. El Tribunal no está de acuerdo con este argumento por las observaciones que formula a continuación. En primer lugar, el principio de que las disposiciones más favorables del derecho penal deben aplicarse retroactivamente está implícitamente garantizado en el artículo 7 del Convenio. Este principio está consagrado en la norma de que, cuando haya diferencias entre el derecho penal vigente en el momento de la comisión del delito y las leyes penales posteriores promulgadas antes de que se dicte una sentencia definitiva, los tribunales deben aplicar la ley cuyas disposiciones sean más favorables para el acusado (véanse, *mutatis mutandis*, *Scoppola c. Italia* (núm. 2) [GS], núm. 10249/03, apartado 109, de 17 de septiembre de 2009, y *Koprivnikar c. Eslovenia*, núm. 67503/13, apartado 49, de 24 de enero de 2017). El Tribunal también observa a este respecto que, en el derecho penal turco, los tribunales están obligados a cumplir lo dispuesto en el artículo 7.2 del Código Penal, con arreglo al cual se aplicarán las disposiciones más favorables para el delincuente (véase también *Başkaya y Okçuoğlu c. Turquía* [GS], núms. 23536/94 y 24408/94, apartado 51, TEDH 1999 IV).”<sup>27</sup>

16. En *Parmak y Bakır*, el proceso penal contra los demandantes estaba pendiente cuando se promulgaron cada una de las modificaciones sucesivas. El efecto temporal de la legislación que modifica retroactivamente los elementos del delito es que la acción u omisión no podía constituir un delito en el momento en que se cometió, a

---

<sup>25</sup> Demanda núm. 22429/07 y 25195/07 *Parmak y Bakır c. Turquía* (Sala Segunda, sentencia de 3 de diciembre de 2019), apartado 38 (en inglés).

<sup>26</sup> *Ibid.*, apartados 23, 27 y 33.

<sup>27</sup> *Ibid.*, apartado 64.

menos que así lo indicara la definición modificativa. Por consiguiente, lo que constituye una violación del artículo 7.1 es el hecho de que el Estado miembro condenara a los demandantes por no haber aplicado la definición modificada del delito, más beneficiosa, como exige su legislación nacional.

17. En mi opinión, el factor clave es la existencia de una legislación nacional que exija a un Estado contratante la aplicación retroactiva de la definición más favorable de un delito a todas las personas que aún no hayan sido condenadas por el antiguo delito. Si existe esa legislación, como lo hizo en *Parmak y Bakır*, el Estado miembro está obligado, en virtud del artículo 7.1, a aplicarla a las personas que aún no hayan sido condenadas por el delito penal. Si así lo ha hecho el Estado miembro, la siguiente pregunta es si su aplicación se hizo de una manera “razonablemente previsible”<sup>28</sup>. Si el Estado miembro no dispone de esa legislación, el artículo 7.1 no lo obliga a aplicar retroactivamente una definición más favorable. Esto se debe a que el Estado miembro, al condenar a las personas por el delito, no habría vulnerado la norma *nullum crimen* debido al hecho de que los elementos del delito en vigor en el momento de la acción u omisión no habrían sido modificados retroactivamente por la legislación nacional.

---

<sup>28</sup> *Parmak y Bakır*, véase la nota 25, apartados 65 a 76.