

Garantías constitucionales y garantías legales con respaldo constitucional en Derecho penal. Consecuencias para la retroactividad favorable

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

Con el análisis de algunas irregularidades presentes en la ley y en la doctrina del Tribunal Constitucional, se pretende llamar la atención sobre la necesidad de distinguir entre garantías constitucionales y garantías legales. Estas últimas, tienen no obstante el respaldo del principio de legalidad, lo que sería aplicable –en las circunstancias actuales– a la retroactividad favorable al reo.

Palabras clave: *Constitución, ley, garantía penal, retroactividad favorable.*

ABSTRACT

With the analysis of some of the irregularities present in the law and in the doctrine of the Constitutional Court, we pretend to get the attention about the need of distinguish between the constitutional guaranties and the legal ones. These latter has nonetheless the support of the principle of legality, that would apply –in the current circumstances– to the pro reo retroactivity.

Keywords: *Constitution, law, criminal warranty, pro reo retroactivity.*

SUMARIO: Introducción.–I. Alguna rareza llamativa en el título preliminar del Código Penal de 1995.–II. La anomalía de configurar el principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución con las respectivas normas legales del Código Penal.–III. La necesidad de distinguir entre garantías constitucionales y garantías legales.–IV. El respaldo constitucional de las garantías legales no previstas en la Constitución. Consecuencias para la retroactividad favorable.–V. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN (1)

Las relaciones entre la Constitución y la ley no siempre son pacíficas. Ni siquiera en el ámbito del Derecho penal. En ciertas ocasiones da la impresión de que cada uno de estos textos se mete en el terreno que corresponde al otro, usurpando funciones que no le corresponden, como gallina en corral ajeno. A continuación me referiré a dos de estas usurpaciones.

I. ALGUNA RAREZA LLAMATIVA EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

A nadie le llama la atención si una norma penal se dirige al Juez y a los ciudadanos. Es lo normal. Pero resulta mucho más raro que una norma penal dictada por el legislador se dirija al mismo legislador o a otro distinto para que hagan su tarea de una determinada manera.

Eso ocurre en el Título Preliminar del Código Penal español que lleva la rúbrica «De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal». Al utilizar esos términos tan genéricos, da la impresión de que lo que ahí se dice en los artículos 1 a 9 no solo vale para el resto del articulado del Código Penal, sino que incluso vale para otras Leyes –en el sentido de Disposiciones con rango de Ley, que agrupan un conjunto de normas–. A esta conclusión contribuye el artículo 9 que extiende las normas del Título Preliminar a las leyes penales especiales. Este carácter generalista del Título Preliminar, ¿permite otorgarle un valor cuasi-constitucional o constitucional material de la misma manera que algunos pretendieron otorgarle al Título Preliminar del Código Civil (2)? Evidentemente no, puesto que tanto uno como otro Título Preliminar tienen eficacia en la medida en que no contradigan la Constitución, como advirtió con toda razón en su día De Otto (3).

(1) Artículo elaborado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-05980/JURI, financiado por el Ministerio español de Ciencia e Innovación, después de Economía y Competitividad del que soy investigador principal. Impartido como ponencia en las XIII Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid el 13 de marzo de 2013 en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

(2) Cfr. sobre esta polémica, J. RAMS ALBESA, en J. RAMS ALBESA / R. M. MORENO FLÓREZ (Coordinadores), *Comentarios al Código Civil*, t. I, Título Preliminar, Barcelona, 2000, pp. 19 ss.

(3) I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2.ª ed., 7.ª reimpresión, Barcelona, 1999, p. 85, respecto al Título Preliminar del Código Civil: «El que la disciplina de las fuentes se haya contenido tradicionalmente en el Código Civil

Al margen de la rúbrica de ese Título Preliminar del Código Penal, otros preceptos del mismo utilizan los términos «Ley» o «Leyes», aunque no siempre con la misma grafía, pues a veces aparecen con mayúscula y en ocasiones con minúscula. Precisamente esto ocurre en el artículo 2. ¿Se refiere este término a ley en el sentido de «norma penal» o se refiere a Ley en el sentido de Disposición con rango de Ley y que comprende varias normas individuales? Pues la verdad es que a veces no está muy claro. Si la palabra es interpretada en el primer sentido, entonces estamos ante el supuesto normal, es decir, ante un precepto que se dirige a Jueces y ciudadanos. Pero si se entiende en el segundo sentido, parece que estamos ante una prescripción dirigida por el legislador a otro legislador, pasado o futuro, y por lo tanto ante una rareza para la teoría general del Derecho; como si fuera una especie de brindis al sol.

Si nos fijamos en el artículo 2.1 y en el artículo 2.2 primer inciso podríamos llegar a la conclusión –aunque con ciertas dudas y vacilaciones– de que estamos ante un supuesto normal que garantiza tanto la irretroactividad de las normas penales desfavorables como la retroactividad de las normas penales favorables.

Sin embargo, cuando llegamos al contenido del segundo inciso del artículo 2.2 la conclusión tiene que ser la contraria. Este precepto establece lo siguiente:

«Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.»

Resulta evidente que en este supuesto el Código Penal no se refiere a sí mismo, ya que este texto legal no es una ley temporal en cuanto que no tiene delimitado con carácter previo su término de vigencia. Por lo tanto va dirigido a otras Disposiciones con rango de ley y que tengan la naturaleza de ley temporal (4).

podrá conferir a las correspondientes normas un especial prestigio en la doctrina, pero no incrementa en absoluto su valor por encima del que tienen las demás normas legales, siempre subordinadas a la Constitución». En sentido similar P. DE PABLO CONTRERAS, «La función normativa del título preliminar del Código Civil, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, n.º 2, 1996, p. 594: «Los indicados preceptos [sc., del Título Preliminar del Código Civil] contienen, en efecto, criterios primarios del ordenamiento jurídico, «normas sobre las otras normas» que explican el modo de ser de nuestro Derecho [...]. Mas, naturalmente –y ello no es en modo alguno contradictorio con lo que acabo de afirmar–, esa relevancia de las normas contenidas en el título preliminar del Código civil no empece a su obvio carácter de ley ordinaria, excluida de la Constitución (que lo es en exclusiva, *formal y material* a un tiempo) y plenamente subordinada a ésta en la jerarquía normativa» (cursivas en el original).

(4) No obstante, esta regla es casi totalmente superflua, por dos razones. Por un lado, la ley posterior a la temporal (llamemos a la Ley temporal, Ley 2; y a la Ley

Si el legislador pretende aplicar este precepto a leyes temporales anteriores al Código Penal de 1995, en virtud además de la cláusula extensiva del artículo 9, no hay nada que reprocharle. Está en su perfecto derecho de hacerlo, pues una Disposición legal posterior puede modificar a una Disposición legal anterior (*lex posterior derogat priori*).

Ahora bien, si lo dispuesto en el Código Penal sobre las leyes temporales pretende tener efectos sobre Disposiciones legales futuras, entonces estamos ante una genuina anomalía, pues es evidente que la ley temporal futura puede hacer lo que le venga en gana: bien hacer caso a lo que dice el Código Penal, bien enmendarle la plana y –siempre respetando el artículo 25.1 de la Constitución– cambiar el sentido de la regla del Código Penal sobre las leyes temporales. Por ello, el artículo 2.2 segundo inciso del Código punitivo se ve en la obligación de puntualizar que la ley temporal puede disponer expresamente lo contrario, lo que resulta una obviedad (5). ¡Faltaría más! Como dice De Otto: «la ley no puede vincular la futura labor legislativa, porque el legislador no tiene más límites que los que le imponga la Constitución y puede modificar libremente las leyes que él mismo haya dictado» (6).

¿Por qué, entonces, es una anormalidad la regla del Código Penal sobre las leyes temporales? Pues porque parece, aunque no lo es, una regla constitucional en vez de una regla legal. Lo lógico es que, si esta regla tuviera que figurar en algún sitio, debería aparecer en la Constitución, no en el Código Penal. Pero lo cierto es que se encuentra en el Código Penal.

¿Jugaron los redactores de esta regla sobre las leyes temporales en el Código Penal a ser constituyentes más que legisladores? Me inclino por pensar que más bien su intención era la de resolver el problema de la retroactividad de las leyes temporales con carácter agravatorio, pero

posterior, Ley 3), es decir la Ley 3 prevalece sobre todas las anteriores, en cuanto que puede alterar la vigencia tanto de la Ley 1 (la existente antes de la temporal) como de la Ley temporal o Ley 2, por lo que puede instaurar la garantía legal de la retroactividad favorable; si la Ley posterior 3 no dijera nada al respecto, entonces sí regiría lo establecido de manera supletoria por el artículo 2.2 último inciso del Código Penal. Por otro lado, sigue rigiendo la prohibición constitucional de retroactividad perjudicial para el reo, prevista en el artículo 25.1 de la Constitución.

(5) A la regla se le podría atribuir el sentido de disposición supletoria para las leyes temporales que nada digan al respecto, pero para este fin ya tenemos el artículo 9 del Código Penal.

(6) I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 85. Y añade el mismo autor, *op. cit.*, p. 86: «Cualquier ley puede determinar libremente su eficacia temporal, personal y territorial con el solo límite de no vulnerar lo dispuesto en la Constitución».

se equivocaron sobre el lugar correcto en el que debería figurar esta regla. Y el carácter tan genérico del rótulo del Título Preliminar obedece a una reacción contra las vulneraciones de derechos fundamentales ocurridas tan frecuentemente durante la dictadura, de modo que se pensó que era conveniente que en este Título Preliminar figuraran ya las garantías más características de las normas penales (7). Se trataba de un recordatorio para el juez de los límites que no debía sobrepasar en ningún caso.

II. LA ANOMALÍA DE CONFIGURAR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL DEL ARTÍCULO 25.1 DE LA CONSTITUCIÓN CON LAS RESPECTIVAS NORMAS LEGALES DEL CÓDIGO PENAL

En algunas de las primeras resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (8) se define el principio constitucional de legalidad penal, previsto en el artículo 25.1 de la Constitución, mediante las cuatro garantías clásicas: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, que ya se reconocían durante la dictadura como contenido del principio de legalidad previsto en el Código Penal de 1973 (9).

Sin embargo, y si no me equivoco, a partir de la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2 (Ponente: Ángel Latorre Segura), dictada no en relación con un procedimiento penal sino con un procedimiento administrativo sancionador, se comienza a precisar el contenido del princi-

(7) He aquí las siguientes palabras de la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995: «En tercer lugar, se ha dado especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales [...]». Igualmente S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, que colaboraron en la «Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 18, 1982, pp. 609-649, alternativa respecto al Proyecto de Código Penal de 1980, llaman la atención (p. 611) acerca de que en tal Propuesta «[e]l principio de legalidad, barrera infranqueable de la Política criminal que impone la idea del Estado de Derecho, se ha querido resaltar en su fundamentación y desarrollo» (cursivas en el original).

(8) Vid. sobre todo la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante: STC) 89/1983, de 2 noviembre, Fundamento Jurídico (en adelante: FJ) 3; menciona la garantía criminal el Auto del Tribunal Constitucional (en adelante: ATC) 324/1984, de 30 mayo, FJ 2, lo que se reitera en la STC 24/1996, de 13 de febrero, FJ 2.

(9) Normalmente los penalistas que explicaban el principio de legalidad del Código Penal no hacían ninguna referencia al artículo 19 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, modificado por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, que contemplaba el referido principio en lo que para la dictadura era su constitución: las leyes fundamentales, pero que verdaderamente no tenían un significado de auténtica Constitución.

pio de legalidad previsto por la Constitución distinguiendo entre las garantías formales (reserva de ley y prohibición de normas penales retroactivas) y garantías materiales (mandato de determinación y prohibición de la aplicación analógica o extensiva de las normas penales). Seguramente esta distinción procede en sus líneas generales de la ciencia alemana (10) y de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht) (11). Pero, sea como fuere, ha continuado en el Tribunal Constitucional español hasta hoy. Lo anterior significa que, a partir de esta sentencia, se le da un contenido específico al principio de legalidad penal como derecho fundamental del artículo 25.1 del Texto Fundamental español, que, aunque comprende también las citadas cuatro garantías, las trasciende.

En la interacción entre Constitución y Ley a veces es fácil ceder al impulso de rellenar la Constitución con contenidos legales o infralegales, pero lo cierto es que tal práctica no resulta correcta. El Tribunal Constitucional español ha dejado claro este último criterio a partir de la STC 27/1981 de 20 de julio, FJ 3, donde ha sentado la máxima de que «cuando se trata de una exégesis constitucional debemos rechazar el intento de aprehender los enunciados constitucionales deduciéndolos de normas de rango inferior» (12).

Entre los penalistas existe también una mayoritaria tendencia, aunque con excepciones, a rellenar el contenido del derecho fundamental del artículo 25.1 con las garantías legales del Código Penal (artículos 1, 2, 3, 4.1 y 10 del vigente Código Penal). A veces los tratados y artículos doctrinales incurren en una confusión absoluta entre lo que garantiza la Constitución y lo que garantiza el Código Penal, como si fueran intercambiables.

Pero realmente la Constitución y el Código Penal no son intercambiables (13).

(10) Coinciden en lo fundamental con la doctrina actual del Tribunal Constitucional español sobre el principio de legalidad penal, por ejemplo: G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1995, trad. de J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, pp. 88 y ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t.1, 4.^a ed., München, 2006, pp. 141 ss. (= § 5, 7 ss.).

(11) La Sentencia del BVerfGE de 23 de febrero de 1972 (2 BvL 36/71), anterior por tanto a la Constitución Española de 1978, menciona en el apartado § 14, B, 4 a) como contenido del art. 103.2 de la Ley Fundamental alemana, la exigencia de ley (incluidos los reglamentos), la prohibición de normas penales retroactivas y el mandato de determinación; vid. su texto en la revista *Neue/Juristische/Wochenschrift*, 1972, pp. 860-862, especialmente p. 862.

(12) En el mismo sentido la STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 4.

(13) Otra irregularidad, protagonizada esta vez por la propia Constitución, es el art. 22.2 de la misma, que indica que «Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos *son ilegales*», en vez de decir, como sería lo

III. LA NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y GARANTÍAS LEGALES

A partir de las dos anomalías reseñadas –preceptos legales que parecen adoptar la naturaleza de preceptos constitucionales y definición de un derecho fundamental de la Constitución utilizando la definición de una norma legal– se deduce claramente la imperiosa necesidad de diferenciar entre garantías constitucionales y garantías legales.

Para entender correctamente los efectos de una garantía hay que partir de que no da igual dónde esté contemplada ésta. Ciertamente conviene distinguir entre dos distintas ubicaciones de las garantías que, a veces, no se distinguen lo suficiente:

En primer lugar, me ocuparé de las garantías constitucionales previstas en la propia Constitución. Estas se imponen a todos los poderes públicos (artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución), lo que conlleva que rigen tanto para el órgano que dicta las normas penales (legislador) como para el órgano encargado de aplicarlas (Jueces y Tribunales). No pueden ser modificadas más que en la forma rígida prevista por la propia Constitución (artículo 166 y ss. de la Constitución). Además, tales garantías son interpretadas por el Tribunal Constitucional [artículo 161.1 a) y b) de la Constitución], y esta interpretación es vinculante para todos. Por último, en la medida en que tales garantías se configuran como un derecho fundamental, pueden ser protegidas a través del recurso de amparo [artículos 53.2 y 161.1 b) de la Constitución].

En segundo término, nos encontramos con las garantías previstas en la ley. Tales garantías no pueden ser menores ni tener un alcance más reducido que las garantías previstas en la Constitución, pero sí pueden ser más amplias que éstas. No pueden ser menores ni estar configuradas con un alcance más reducido, porque la ley no puede modificar la Constitución, sino que esta prevalece frente a aquella; con otras palabras: las garantías constitucionales previstas en la Constitución no están disponibles para el legislador ordinario (14). La ley

correcto, «serán declaradas por la ley ilegales» o «serán declaradas contrarias a la ley». Tal como está redactado el vigente art. 22.2 CE, es la propia Constitución la que se arroga incorrectamente la función de la ley.

(14) En este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995: «Hoy, sin embargo, tanto el Código Penal como las leyes especiales se hallan jerárquicamente subordinados a la Constitución y obligados a someterse a ella, no sólo por esa jerarquía, sino también por la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad.»

penal puede, incluso, guardar absoluto silencio sobre las garantías constitucionales, y estas seguirán rigiendo con plena intensidad en todo el ámbito de aplicación de la ley. Pero las garantías previstas en la ley sí pueden ser más amplias, porque una ley penal puede conceder garantías adicionales, que tendrán el carácter de legales o de establecidas en la ley, sin perjuicio de que puedan recibir el respaldo de la Constitución.

Por eso mismo, las garantías adicionales (a las constitucionales) previstas en la ley, sí pueden ser modificadas o incluso suprimidas por otra ley del mismo rango y posterior. Así pueden existir ámbitos legales penales con unas garantías adicionales y otros ámbitos penales en los que no existan tales garantías adicionales. Asimismo las garantías legales que no coincidan con las constitucionales pueden ser interpretadas por la jurisdicción ordinaria, y especialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Creo que una garantía legal no prevista en la Constitución es la de la retroactividad favorable. Tengo que matizar que eso es así en virtud de una doctrina del Tribunal Constitucional español que tradicionalmente ha negado que tal garantía esté incluida en el artículo 25.1 de la Constitución (15), aunque tal doctrina podría cambiar, pues siempre ha venido acompañada de votos particulares.

Pero, ¿qué efectos tienen las garantías legales que suponen una ampliación de las previstas en la Constitución? Puesto que tales efectos requieren una explicación algo más extensa, me permito dedicarle el epígrafe que viene a continuación.

IV. EL RESPALDO CONSTITUCIONAL DE LAS GARANTÍAS LEGALES NO PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN. CONSECUENCIAS PARA LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE

Es obvio que una garantía legal no prevista en la Constitución debe ser observada por Jueces y Tribunales a la hora de aplicar las leyes penales.

Ahora bien, ¿qué ocurre si un ciudadano considera que los órganos judiciales no han respetado una garantía legal que no está prevista en la Constitución? En tal caso, ¿solo puede interponer los recursos

(15) Cfr. A. CUERDA RIEZU, «La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional», en M. BALADO / J. A. GARCÍA REGUEIRO, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998, Bosch-CIEP, pp. 283 ss.

ordinarios, exigiendo la observancia de dicha garantía, pero no el de amparo ante el Tribunal Constitucional? Creo que no. Pienso que las garantías legales no previstas en la Constitución merecen un respaldo indirecto de la Constitución, a través del artículo 25.1 de la Constitución, pues ellas también forman parte de la ley penal.

Veámoslo con el supuesto de la retroactividad favorable. Este principio es una norma que reconduce al juez a otras figuras delictivas, es decir, es una norma de remisión a tipos.

Ahora bien, si el Tribunal no selecciona correctamente el tipo aplicable conforme a esa norma de colisión, infringe el principio de tipicidad y *eo ipso* el de legalidad penal. Y tales principios sí que están tutelados constitucionalmente por el artículo 25.1 de la Constitución.

Por ejemplo, si se impone una condena por cheque en descubierto tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 por un hecho cometido antes de esa fecha, se vulneran tales garantías, pues éstas obligan a considerar desincriminada tal conducta: no habría tipo aplicable –en virtud de la norma de colisión que obliga a seleccionar lo más favorable– y la consecuencia sería la absolución. En el caso de que a pesar de todo se pronunciara la condena penal, el órgano judicial habría vulnerado el principio de tipicidad, en cuanto que éste obliga –entre otras cosas– a que la conducta sea subsumible en una norma penal o –expresado en distintos términos– en cuanto que éste impone que sólo la ley puede prever delitos y sus correspondientes penas. Se produciría asimismo la lesión del artículo 25.1 de la Constitución, ya que, según este, nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente.

Luego una vez que el legislador incluye una garantía legal adicional que no está prevista en la Constitución, tal garantía tiene el respaldo indirecto del principio constitucional de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución.

La consecuencia que se deriva de esta tesis es que, frente a lo que ahora ocurre, los recursos de amparo que aleguen una vulneración de la retroactividad favorable deben ser admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional (16) y además tendrán que ser estimados si, de conformidad con lo que se acaba de indicar, se ha producido una vulneración del artículo 25.1 de la Constitución.

Alguien podría decir entonces que es irrelevante diferenciar entre garantías constitucionales y garantías legales, puesto que al fin y al cabo todas ellas merecen el respaldo constitucional.

(16) Siempre que cumplan las restantes exigencias de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en particular la especial trascendencia constitucional.

Frente a esa forma de pensar tengo que afirmar que, pese a todo, la distinción debe mantenerse. Pues el legislador tiene disponibilidad sobre las garantías legales no previstas en la Constitución, de modo que puede optar entre dos posibilidades. La primera: decidir que, pese a lo dispuesto en el artículo 9 del Código Penal, una Disposición penal especial no goce, por ejemplo, de la garantía de la retroactividad favorable (17); esto es, en definitiva, lo que pretende, aunque sin mucho éxito en el intento, según lo que ya argumenté más arriba (18), el segundo inciso del artículo 2.2 del Código Penal respecto a las leyes temporales. La segunda posibilidad: establecer en la Disposición penal especial la garantía de la retroactividad favorable, bien diciéndolo expresamente, bien guardando silencio y dejando que la supletoriedad del artículo 9 del Código Penal produzca los efectos previstos.

Sin embargo, en el uso de esa libertad el legislador no es plenamente libre, ya que la propia Constitución le exige no caer en la arbitrariedad, de modo que el no reconocimiento de una garantía legal, como la retroactividad favorable, tendrá que estar justificado en muy buenas razones. Pues evidentemente no parece deseable que esta concreta garantía puede desaparecer de algunas leyes penales especiales. Estoy pensando en las hipótesis de que delitos como terrorismo, aborto u otros estuvieran regulados mediante Leyes penales especiales. No tendría justificación entonces que la retroactividad favorable u otra garantía legal, que se reconocen de forma tradicional en nuestras disposiciones penales, estuvieran excluidas en estos casos.

V. CONCLUSIONES

Como Antonio Machado, en *Campos de Castilla*, parémonos a distinguir las voces de los ecos: a la Constitución, lo que es de la Constitución; y a la ley, lo que es de la ley. Pero si la Constitución asume que en algunos casos la vulneración de la ley penal tiene –excepcionalmente y en virtud del principio de legalidad– relevancia constitucional, tampoco nos debería extrañar que la Constitución con-

(17) No admite esta posibilidad E. CORTÉS BECHIARELLI, «Comentario al artículo 9», en M. COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal*, t. I, Madrid, 1999, p. 353: «no se le reconoce a la legislación *filial* la posibilidad de generar sus propias garantías» (cursiva en el original).

(18) Vid. *supra* nota al pie 4.

firme una garantía que en su origen es exclusivamente legal y que la proteja con el apoyo de mecanismos que son en rigor constitucionales, igual que los padres resguardan a su hijo recién nacido con mantas y edredones bien mullidos, o las gallinas –en su propio corral– acogen a sus polluelos bajo las alas.