

EL VALOR VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN MILITAR

Jacobo López Barja de Quiroga
Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo

SUMARIO:

I. Introducción. II. La vinculación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. III. Los derechos de la Carta. IV. En relación con la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el Tribunal de casación fue creado en Francia en 1790 (mediante Decreto de 1 de mayo de 1790, de la Asamblea nacional constituyente) para controlar la actuación de los jueces en la aplicación de la ley. Los jueces no podían interpretar la ley, únicamente debían aplicarla; esto era, en cierta medida, una consecuencia de las ideas de la Ilustración; en efecto, para Montesquieu, los jueces eran simplemente la boca que pronuncia las palabras de la ley; así como la desconfianza que los revolucionarios tenían respecto a los jueces, pues pensaban que por vía de la interpretación los jueces no aplicarían las leyes derivadas de la Revolución, sino que iban a continuar manteniendo una interpretación acorde con las ideas anteriores a la Revolución. De manera que en esa línea de pensamiento se estableció el denominado *référé législatif*, mediante el cual el juez debía enviar, en los

casos conflictivos, la cuestión al órgano legislativo, para que este la resolviera. Evidentemente, con un encuadre así, sin que los jueces interpreten la ley, no es posible pensar en ninguna vinculación que no sea al órgano legislativo. Debe indicarse que el sistema del *référé législatif* fue abolido por el Código de Napoleón en 1804.

Pero lo cierto es que la aplicación de la ley comporta necesariamente su interpretación. No es posible una subsunción sin examinar la norma y conocer su sentido, de ahí que la interpretación de la ley sea consustancial a la labor judicial.

Precisamente, por tradición se le ha negado a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho, y cuando posteriormente se ha aceptado tanto la necesidad de la interpretación como que la interpretación de la ley es una labor creativa, sin embargo, se ha seguido manteniendo, por una parte importante de la doctrina, que la jurisprudencia no es fuente del Derecho. Pero esta afirmación no es sostenible, el derecho no está por completo en la letra de la ley, y sin duda es precisa una labor interpretativa. El derecho no puede ser estático, sino dinámico (Kelsen), y por ello se encuentra constantemente en renovación mediante su «autoproducción»; por ello Kelsen, al referirse a la jurisdicción, señala que «en manera alguna tiene esta función un carácter meramente declarativo —como lo indica la terminología *juris-dictio*, “judicatura” (*Rechtsfindung*), y como lo admite a veces la teoría—, cual si el Derecho, ya acabado en la ley, es decir, en la norma general, solo hubiera de pronunciarse o revelarse en el acto del Tribunal. Antes bien, la función de la llamada “jurisdicción” es absolutamente constitutiva, es producción jurídica en el sentido propio de la expresión. Pues el que exista una situación de hecho concreta que ha de ser enlazada con una específica consecuencia jurídica, y el que sea enlazada con la consecuencia jurídica concreta, es una relación creada solamente por la sentencia judicial». Aunque no es el momento ahora de desarrollar la cuestión relativa a la creación del Derecho, simplemente señalaremos que se denomina *fuentes del Derecho* a aquello de donde emana el Derecho, a la creación de normas vinculantes. Las fuentes pueden ser fuentes de conocimiento, que es el lugar a donde es preciso acudir para conocer el Derecho; y, por otra parte, se distingue entre fuentes formales, que hacen referencia a los modos en los que ha de aparecer recogida la ley, constituyéndose reglas que nos lo establecen, y fuentes materiales del Derecho, que es el conjunto de circunstancias de todo tipo que conforman la creación del Derecho, y por ello la jurisprudencia es una fuente material del Derecho. Y, naturalmente, es una fuente de conocimiento del Derecho. Tal vez pueda discutirse si es fuente de creación de la norma, pero esto con-

duce a una problemática en la que es innecesario entrar aquí; aunque no obstante, resaltaremos que resulta absurdo y carente de coherencia decir que la costumbre es fuente del Derecho y a continuación negar que sea fuente del Derecho la jurisprudencia.

Aceptada la premisa de que la actividad judicial (*Rechtsprechungstätigkeit* o la jurisdicción *Gerichtsbarkheit*) supone necesariamente la interpretación de la ley, así como que, desde luego, en la actualidad tal afirmación no tiene discusión, ya puede examinarse la cuestión de la vinculación de la jurisprudencia para los jueces sometidos a ella.

II. LA VINCULACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Cuando nos acercamos al problema de la vinculación de la jurisprudencia, diversas son las cuestiones que se suscitan al respecto. Por una parte, con carácter general, el de la vinculación en sí misma: su posibilidad; y, por otra parte, con carácter más específico, en relación con ciertas materias o dependiendo de ciertos tribunales.

1. Lo primero que es preciso afirmar es que la soberanía del Estado implica la capacidad para imponer las decisiones sin que estén sometidas a un órgano superior. Esto significa que la soberanía afecta en su concepto, tanto en cuanto a las decisiones del poder ejecutivo, como legislativo, como judicial. De manera que el sometimiento a una decisión superior supone una afectación de la soberanía. Esta cuestión, de todas formas, no resulta especialmente problemática.

2. Cuando se habla del carácter vinculante de la jurisprudencia, es preciso distinguir dos efectos, o dos aspectos de esta vinculación: del tribunal consigo mismo, esto es, con lo que haya decidido con anterioridad; y la vinculación de los inferiores respecto de lo que ha decidido el tribunal superior.

Aquí nos vamos a referir a este segundo aspecto de la vinculación por ser, en principio, el que a primera vista puede parecer más problemático.

3. Tradicionalmente, en España, se ha considerado que la jurisprudencia tiene una labor de complementación del ordenamiento jurídico. Para ello se acude al catálogo de fuentes del Derecho recogido en el artículo 1.1 del Código Civil, donde taxativamente se dice que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»; y en el artículo 1.6 del mismo Código señala que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de

modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

A este precepto se le ha extraído un partido muy escaso y afirmando siempre que la jurisprudencia no es fuente del Derecho; además, la interpretación se ha centrado en el propio precepto, como si el mismo empezara y acabara en él, cuando lo cierto es que la visión ha de ser otra completamente distinta.

Afirmar que tal catálogo es el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español es una aseveración inexacta, y la norma del artículo 1.7 del Código Civil, que establece que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido», es imposible de cumplir. En definitiva, lo dispuesto por el Código Civil sobre las fuentes del Derecho tiene una importancia muy escasa y una validez puramente retórica. Acudir al artículo 1 del Código Civil es colocarse en la estratosfera de la realidad jurídica española actual.

En efecto, lo que diga el Código Civil debe ser interpretado en la vida actual teniendo en cuenta todo el ordenamiento jurídico, y este incluye el Derecho comunitario, el Derecho de los Derechos Humanos y la Constitución. En este grupo el Código Civil queda como algo que no puede ser interpretado ni por sí solo ni comenzando por él. Hemos de partir de otras normas, y al respecto nos encontramos:

Los tribunales españoles se encuentran vinculados —además de a la ley—:

- Por una parte, con la jurisprudencia (ahora no es importante precisar que esta solo es la dimanante de Tribunal Supremo español) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que es vinculante.
- Por otra parte, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que es vinculante.
- También con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es vinculante. Al respecto conviene indicar que de una vinculación a las declaraciones de constitucionalidad de las leyes se ha pasado a una vinculación absoluta, cualquiera que sea el ámbito en que recaiga; en otras palabras, ahora se incluye también la vinculación con las resoluciones de los procedimientos de amparo.
- Con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tímidamente es vinculante (véase art. 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa).

4. A la vista de esto, cabe preguntarse: ¿cómo es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en general, no es vinculante para los tribunales inferiores?

Al respecto, suele oponerse —especialmente en cuanto a la vinculación de la jurisprudencia— el artículo 117.1 de la Constitución, que establece con rotundidad que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Es decir, que cuando se plantea esta cuestión de manera directa, la contestación suele ser porque los tribunales solo están sometidos al imperio de la ley; en otras palabras, la independencia judicial no permite otro sometimiento que a la ley, y de ahí que no sea posible el sometimiento a lo decidido por el Tribunal Supremo.

Sin duda discrepamos de este argumento, cuyo recorrido es muy corto, pues, si es así, esto es, si la sujeción única a la ley (que se asocia a la independencia judicial) fuera la clave que impediría toda vinculación, la pregunta sería: ¿y cómo es que se admiten, o son posibles, esas otras vinculaciones a que antes nos referimos?, ¿cómo es posible la vinculación a las decisiones del TJUE, del TEDH o del Tribunal Constitucional? Además, si el Tribunal Constitucional es el máximo órgano en cuestión de garantías constitucionales, y existe vinculación con lo que este decide, el Tribunal Supremo es el máximo órgano en cuestiones de legislación ordinaria, y debería existir igualmente dicha vinculación con sus decisiones.

Conviene indicar que, aunque de manera muy tímida, con un ámbito de aplicación escaso al tratarse de un recurso en interés de ley, en la jurisdicción contencioso-administrativa ya existe la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y aunque tal vinculación fue sometida a una cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno 37/2012, de 19 de marzo (dictada en Cádiz, en el oratorio de San Felipe Neri, el día en que se cumplían doscientos años de la promulgación de la Constitución española de 1812), se enfrenta al argumento de la independencia judicial y el sometimiento único de los jueces al imperio de la ley, y lo rechaza aceptando que la vinculación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constitucional. Dice al respecto que «ello es así, ante todo, porque el legislador, conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE), ha establecido en el artículo 100.7 LJCA el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en interés de ley, lo que, aparte de ser ejercicio legítimo de las facultades del legislador, no puede en

modo alguno considerarse lesivo para la independencia judicial, que implica la sumisión al imperio de la ley (art. 117.1 CE), y que incluye también, como ya se dijo, el respeto “a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico” (STC 133/1995, FJ 5)».

Así pues, no existe obstáculo alguno para aceptar la constitucionalidad de la vinculación para los tribunales inferiores de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Que esta conclusión altere el sistema de fuentes establecido en el Código Civil es algo que carece de interés. Si la jurisprudencia es vinculante, evidentemente el sistema de fuentes del Código Civil queda alterado; pero lo cierto es que ya lo está con las vinculaciones antes indicadas, y, desde luego, esto no ha socavado los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico.

Superado este obstáculo que era predicable de las demás vinculaciones indicadas, ahora puede ser examinada la relativa a la jurisprudencia del TJUE.

5. Aceptando estas vinculaciones, sin embargo, todavía es preciso indicar alguna cuestión más.

Comencemos con referirnos a los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes: el sistema difuso o desconcentrado y el sistema concentrado.

El sistema difuso es aquel sistema que permite a cualquier juez controlar la constitucionalidad de la norma mediante su inaplicación. Este sistema comienza en Estados Unidos con la sentencia *Marbury v. Madison* en 1803 (5. US. 137), que considera que el examen de la constitucionalidad de una ley es «la esencia misma del deber judicial». Estima que si la base del sistema es la Constitución escrita, si los tribunales no pudieran examinar la constitucionalidad de las normas sería subvertir dicho sistema, pues se dará al órgano legislativo en la práctica el poder de no seguir los dictados de la Constitución; de aquí pueden extraerse diversas conclusiones, pero todo ello es «demasiado extravagante para ser mantenido». Por ello, no hay duda de que la Constitución debe ser examinada por los jueces; e insiste en que si un juez juró desempeñar sus funciones conforme a la Constitución de los Estados Unidos, ¿por qué no puede examinar las leyes a la luz de la Constitución? Y, concluye esta sentencia, que si este es el estado real de las cosas, esto es peor que una solemne burla.

De manera que ha de mantenerse que es esencial para todas las Constituciones escritas que una ley que repugna a la Constitución es nula, y los tribunales están obligados por la Constitución a declararlo así.

El sistema concentrado es aquel en el que un solo tribunal tiene atribuida la competencia para poder declarar la inconstitucionalidad de una ley,

de manera que los jueces no pueden declarar nula —por inconstitucional— una norma, sino que han de acudir a un tribunal concreto, que es el único que puede hacer tal declaración.

Este es el sistema español. Al menos así lo es conforme a lo establecido en sus normas. Sin embargo, cuando se trata de una norma que vaya contra el Derecho comunitario la cosa cambia. Y la cosa cambia precisamente en razón a una sentencia del TJUE y con base en la vinculación de su jurisprudencia.

En efecto, pues debe tenerse muy en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de septiembre de 2014 (C-112/13 asunto A y B y otros). La cuestión, en lo que ahora interesa, se trata de una petición de cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La cuestión se refiere al Derecho austriaco en relación con el Derecho comunitario, pero como vamos a ver enseguida, es trasladable sin dificultad al Derecho español.

El sistema austriaco de control de constitucionalidad de las leyes es un sistema de control concentrado, de manera que los tribunales ordinarios no tienen competencia para anular las leyes ordinarias por considerarlas inconstitucionales. Los tribunales vienen obligados, en caso de duda sobre la constitucionalidad de la ley, a ponerlo en conocimiento del *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional), el cual es el tribunal competente para, en su caso, anular la ley de que se trate.

Así pues, es un sistema muy similar al español.

Mediante la cuestión prejudicial, el tribunal austriaco solicita al Tribunal de Justicia que se determine «si el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al artículo 47 de la Carta, a solicitar al Tribunal Constitucional, en el marco del procedimiento que se sustancia ante ellos, la anulación con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto».

Además, se añade a ello que la jurisprudencia del *Verfassungsgerichtshof* considera que los tribunales ordinarios están obligados a presentar una solicitud de anulación con respecto a la ley sospechosa de ser contraria a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; de manera que, en la práctica, los tribunales no pueden resolver el litigio dejando de aplicar una ley que consideren contraria a la indicada Carta.

En otras palabras, la cuestión es si es conforme con el Derecho de la Unión que, antes de aplicar los tribunales el Derecho de la Unión y, en su caso, dejar de aplicar una ley por ser contraria al mismo, deben acudir ante el Tribunal Constitucional del Estado; o, por el contrario, pueden directamente inaplicar cualquier ley que consideren contraria al Derecho de la Unión, que, evidentemente, incluye la Carta de Derechos Fundamentales.

En definitiva, ¿en los países de control concentrado tal sistema es conforme con el control difuso del sistema del Derecho comunitario?

Al respecto, la citada sentencia señala que «sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas de la Unión». Y añade que «así sucedería, en la hipótesis de un conflicto entre una disposición del Derecho de la Unión y una ley nacional, si la solución de dicho conflicto quedase reservada a una autoridad distinta del juez encargado de la aplicación del Derecho de la Unión, investida de una facultad de apreciación propia, aun cuando el obstáculo así resultante para la plena eficacia de dicho Derecho no fuese más que temporal».

Y, por ello, insiste en que «el Tribunal de Justicia ha señalado que un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio relacionado con el Derecho de la Unión y considera que una disposición nacional no solo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, adolece de vicios de inconstitucionalidad, no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante el juez constitucional».

Como conclusión, el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial declarando que «el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a solicitar al Tribunal Constitucional, durante el procedimiento, la anulación

con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la presentación de la referida solicitud al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre esa solicitud, que los tribunales ordinarios ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En cambio, el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal normativa nacional cuando los tribunales ordinarios sigan estando facultados

- para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control general de las leyes,
- para adoptar toda medida necesaria a fin de garantizar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y
- para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión».

En definitiva, para interponer una cuestión prejudicial no es necesario acudir al Tribunal Constitucional, pero, además, los tribunales pueden y deben no aplicar cualquier ley que consideren contraria al Derecho de la Unión, sin necesidad de acudir previamente al Tribunal Constitucional.

Así pues, de un control concentrado hemos pasado a un control difuso, en un amplio marco, pues el Derecho de la Unión incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales, donde se incluyen muy diversos derechos de aplicación inmediata en todo tipo de procesos y jurisdicciones, civil, penal, contencioso-administrativa, laboral y militar; sin perjuicio de que su ámbito se centre en los casos en los que se aplica el Derecho de la Unión (art. 51.1 de la Carta).

III. LOS DERECHOS DE LA CARTA

Una de las carencias más importantes dentro del Derecho comunitario ha sido una regulación de los Derechos fundamentales de la Unión.

Es cierto que el Tribunal de Justicia venía siguiendo la estela del TEDH, pero faltaba al menos un catálogo que directamente los estableciera, pues el ámbito de aplicación no era idéntico. En el año 2000 se proclamó en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero carecía de fuerza vinculante. Hubo que esperar al 1 de diciembre de 2009 (fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que había sido firmado el 13 de diciembre de 2007); pues en el Tratado de Lisboa, que reformó los Tratados constitutivos, es donde se afirma rotundamente el valor jurídico de la Carta. Así, en el nuevo artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea se establece que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

El artículo 51.1 de la Carta (versión del año 2010) establece que los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho de la Unión, vienen obligados a respetar los derechos establecidos en la Carta, observarán sus principios y promoverán su aplicación.

Los 54 artículos de la Carta están distribuidos en siete títulos que, respectivamente, llevan por rúbrica: Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía, Justicia y Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta. En ellos se desarrollan muy diversos derechos con los que se pretende la protección de las personas dentro del marco territorial de la Unión Europea.

La cuestión principal será determinar efectivamente el ámbito de aplicación, pues los derechos reconocidos bien pudieran ser aplicables en general y no solo cuando se aplique Derecho de la Unión. Sin embargo, el artículo 51.1 de la Carta, que lleva por rúbrica «ámbito de aplicación», señala que «las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»; por lo que se deduce que la Carta solo es aplicable cuando se aplique el Derecho de la Unión.

Sin embargo, hemos de poner de manifiesto nuestra disconformidad con esta limitación en el ámbito de aplicación, teniendo en cuenta la existencia del llamado tercer pilar y que dentro de la normativa de la Unión existen múltiples Directivas y Decisiones Marco que se refieren a cuestiones penales, precisamente con la idea de dotar de uniformidad a ciertos derechos (de las víctimas y de los acusados) en el marco territorial de la Unión.

Al respecto debe señalarse el caso curioso ocurrido en relación con la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio. Esta Directiva ha sido transpuesta en nuestro país (al igual que en otros, aunque no en todos, existiendo incluso países a los que se les ha impuesto multas por incumplimiento) mediante la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación.

Sin embargo, la sentencia al Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de abril de 2014 (C-293/12 y C-594/12, asuntos Digital Rights Ireland Ltd y Michael Seitlinger, Christof Tschohl y otros) ha declarado inválida dicha Directiva. Y, para ello, entre otros argumentos recurre a los derechos garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales.

Partiendo, como debemos partir, de la vinculación de las sentencias del Tribunal de Justicia, la cuestión es la siguiente: como la ley española sigue vigente, ¿debe existir una declaración previa de inconstitucionalidad y para ello acudir al Tribunal Constitucional?; o, sin acudir al Tribunal Constitucional, ¿debe plantearse por el Tribunal español una cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia?; o, sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial, ¿cualquier juez puede directamente inaplicar la ley española por ser contraria al Derecho de la Unión?

En este caso se pone de relieve no solo la primacía del Derecho de la Unión, sino también el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el paso de un sistema concentrado a un sistema difuso. Se trata de un sistema difuso desde el momento en que cualquier juez de la Unión puede y debe inaplicar cualquier norma que sea contraria al Derecho de la Unión.

De ahí que convenga señalar la importancia de los Derechos reconocidos en la Carta, aunque desgraciadamente se hayan quedado con un ámbito reducido al Derecho de la Unión; esto es una consecuencia de la malograda Constitución europea. Pues únicamente cuando se aplique tal Derecho

entra en toda su plenitud la Carta. No obstante, es cierto que tampoco es especialmente grave, por cuanto tal catálogo de Derechos se encuentran reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y tales Derechos deben ser reconocidos y garantizados por todos los Estados firmantes del Convenio al legislar o al aplicar las leyes (sean o no relativas al Derecho de la Unión).

IV. EN RELACIÓN CON LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala Quinta del Tribunal Supremo, al igual que las demás Salas de este Tribunal (y todos los juzgados y tribunales de España), está obligada a preservar los Derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como a acatar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconociendo su fuerza obligatoria y, por consiguiente, la obligación de cumplimiento (art. 46 CEDH).

Además, también ocurre lo mismo en relación con el Derecho de la Unión, si bien dadas las competencias de la Sala Quinta esto ocurrirá en menor medida.

Es posible pensar que sea necesario aplicar el Derecho de la Unión (y con ello también, naturalmente, la Carta) en ciertos casos:

- En relación con el artículo 189 y ss. del Código Penal Militar, relativo a los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar, pues en efecto es posible que se trate de subvenciones procedentes de la Unión Europea.
- También pueden presentarse situaciones de cohecho realizado por un militar, en relación a cuestiones militares, a un funcionario de la Unión Europea. Supuestos que podrían subsumirse en el artículo 191 del Código Penal Militar.
- En el ámbito administrativo es necesario repensar la cuestión relativa a la prohibición del *non bis in idem* a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual cuando un militar, en el ejercicio de su cargo, produce daños a bienes de carácter comunitario.
- La expedición falsa de certificados por un militar respecto a materia militar que posteriormente puedan tener su efecto en el ámbito de la Unión Europea (supuesto subsumible en el art. 115 del Código Penal Militar).

- En el ámbito de las telecomunicaciones, cuando en la causa se encuentren afectadas.
- En general, no debe olvidarse que en la justicia militar tiene aplicación preferente el Código Penal ordinario, cuando la pena señalada en este sea más grave que la prevista en el Código Penal Militar. En efecto, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre competencia y organización de la jurisdicción militar, señala que la jurisdicción militar es competente para conocer de los delitos y faltas «comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la jurisdicción militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará este». Esto abre el abanico, pues en el Código Penal ordinario existen diversos tipos penales abiertos que deben ser rellenados con normas que afectan al Derecho de la Unión, como por ejemplo los relativos al medio ambiente.

Es decir, esta cláusula general conduce a que, en el ámbito de los delitos, tanto la Sala Segunda como la Sala Quinta tengan que aplicar el mismo Código Penal y, de ahí, que la apertura al Derecho de la Unión sea idéntica en ambas Salas, siempre que en relación con la Sala Quinta se trate de un delito militar cometido por un militar que fuera castigado con mayor pena en el Código Penal ordinario, o cuando, en el futuro, se diera el caso de remisión del Código Penal Militar al Código Penal.

Todo ello sin perjuicio de que el artículo 5 del Código Penal Militar determine que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código». Pudiera pensarse que en 1985 (conforme a lo dispuesto en este art. 5 CPM) la relación entre el Código Penal y el Código Penal Militar, teniendo en cuenta este precepto, era de especialidad, siendo ley especial el Código Penal Militar. Sin embargo, desde luego tal configuración cambia a partir de 1987 (conforme a lo establecido en el art. 12.1 de la Ley sobre competencia y organización de la jurisdicción militar).

Así pues, en la actualidad, entre el Código Penal y el Código Penal Militar, en concreto entre las normas que contienen cada uno de estos Códigos, más que una relación de especialidad existe una relación de alternatividad, pues (las normas de) ambos Códigos vienen en aplicación y el más grave

(en el caso concreto) excluye al otro. No puede ser una relación de especialidad, por cuanto una ley especial excluye a la ley general, aunque aquella fuera más benigna, y, desde luego, eso no es lo que se pretende con la Ley Orgánica sobre competencia y organización de la jurisdicción militar.

- En el mismo sentido, en relación con los delitos conexos, cuando uno de los delitos pertenece a la jurisdicción ordinaria y el otro a la jurisdicción militar, esta es la competente para el enjuiciamiento de ambos delitos, cuando el delito militar sea el delito más grave (art. 14 de la Ley Orgánica sobre competencia y organización de la jurisdicción militar).
- Además, por último deben señalarse una serie de Directivas —algunas ya transpuestas y otras no— que son aplicables; entre otras, serían las siguientes:
 - Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.
 - Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.
 - Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.
 - Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.
 - Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.
- Así como también Decisiones Marco, entre otras:
 - Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre

los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

- Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.
- Y, en cualquier caso, la interpretación que realice el Tribunal de Justicia en relación con los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión será una guía indispensable con relación a los mismos.