



Fernando Osuna  
Tcol. Auditor en Reserva  
Abogado

# ASESORIA JURÍDICA

## INFORMACIÓN

### DILIGENCIAS PREVIAS Y NULIDAD DE ACTUACIONES



Un mando militar presentó denuncia frente a varios capitanes, los cuales habían filtrado a la prensa una información sobre un asunto relacionado con el servicio que le afectaba, de la que tuvieron conocimiento con ocasión del servicio, al ser quienes tenían acceso y custodiaban los documentos filtrados, teniendo además interés directo. Dicho asunto fue publicado en un famoso diario de tirada nacional, recogiendo un relato de hechos no veraz, en función de la información facilitada.

Presentada la denuncia se incoaron Diligencias Previas por el Juzgado Togado Militar Territorial, practicando determinadas diligencias en orden al esclarecimiento de los hechos y su autoría, y denegando otras, como la declaración testifical del periodista que firmó la noticia. Finalmente, mediante auto se acordaba el archivo de las actuaciones, por considerar que “de lo actuado” no se deducía infracción penal alguna, al no existir pruebas suficientes que acreditaran la autoría de los hechos presuntamente delictivos, y no desprenderse que tales hechos fuesen constitutivos de delito.

El mando solicitó la reapertura de las diligencias previas, con base en un informe realizado por detective privado, resultado de la investigación llevada a cabo sobre los hechos y autoría de la filtración de la noticia a la prensa, obteniendo datos que permitían indiciariamente conocer qué se había filtrado, quién lo había filtrado y de qué modo se había filtrado.

Con base en dicha investigación, sumada a las pruebas e indicios ya constatados en las diligencias previas, se justificaba la práctica de nuevas diligencias en orden al esclarecimiento de los hechos y de las personas que en ellos habían intervenido, y en concreto se interesó la admisión de la documental aportada, la testifical del periodista que publicó la noticia en la prensa, la testifical del detective que realizó la investigación y la declaración de los imputados en relación con los nuevos datos aportados.

Posteriormente, mediante auto se denegó la reapertura de las diligencias previas por considerar que el motivo del archivo de las actuaciones recogido en el auto anterior no es la falta de pruebas sobre la autoría de los hechos, sino el considerar que los hechos no eran constitutivos de delito, por no poder considerarse que los hechos filtrados a la prensa constituyeran acto de servicio. Contra este auto, el interesado interpuso recurso de queja, el cual fue desestimado por auto del Tribunal Militar Territorial, que confirmaba el anterior por parecidos motivos. Ambos autos vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva.

### VULNERACIÓN DE LAS RESOLUCIONES RECURRIDAS.

El primero de los autos a los que hemos hecho referencia anteriormente, recoge dos motivos de archivo, que no justifican la denegación de reapertura de las diligencias previas por los autos recurridos, recogiendo estos dos argumentos que consideramos no solo no conformes a derecho. Sino además causantes de una vulneración del art. 24 de la Constitución Española. Es necesario referirse a aquellos dos motivos para justificar la vulneración denunciada.

En cuanto al primer motivo de archivo.

Por no desprenderse de lo actuado infracción penal, porque consideraba en el hecho segundo “la posibilidad de que la filtración denunciada se realizara no solo por los denunciados sino por personal distinto perteneciente a la propia SEA” (sic), y en sus fundamentos jurídicos “y que tampoco se haya podido acreditar aún a título indiciario al autor de la filtración a la prensa del pago con fondos públicos de artículos particulares” (sic) y ello recogiendo en el hecho tercero lo considerado por el Fiscal Jurídico Militar en informe “tampoco existen indicios de que dicha filtración haya sido realizada por alguno de los imputados, ni tan siquiera

## INFORMACIÓN JURÍDICA

---

que tuviesen conocimiento de que iba a ser publicada noticia alguna en relación con el denunciante” (sic), en definitiva, por no constatarse la autoría.

Pues bien, con la nueva documental que aportaba esta parte, se incorporaba una prueba importante, que podría conducir a determinar la autoría si se practicaban las diligencias interesadas, que guardaban relación con esa nueva prueba aportada, y para ello, la propia ley contempla la posibilidad de reapertura de las diligencias previas en orden al esclarecimiento de dicha autoría, constituyendo su denegación por los autos recurridos una violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto al segundo motivo.

Porque de lo actuado se desprendería que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito, ya que no se encuadraban en el art. 116 C.P.M. (ya derogado): al relacionar dicho artículo con el art. 6.1 C.P.M. (antes art. 15) en lo relativo a la conceptualización de acto de servicio.

Pues bien, las diligencias previas, conforme al art. 141.1 de la Ley Procesal Militar, están dirigidas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento penal aplicable, y puede darse el caso, como ocurrió en el caso que hoy les presentamos, que las diligencias practicadas no resultaran suficientes para determinar los hechos y su autoría, en cuyo caso procedería el archivo por no derivarse de lo actuado infracción penal alguna, como ocurrió, pero ello no debe impedir que las diligencias previas se reabran, cuando existe la posibilidad de practicar nuevas diligencias que puedan conducir a la aclaración de los hechos.

Es decir, una vez surgen más pruebas de los hechos y de su autoría, que permiten conducir al esclarecimiento de ambas cuestiones, se solicita la reapertura de las diligencias previas, y es obligada su práctica, si de ellas puede derivarse una conducta delictiva y el presunto autor. Pero el auto de archivo no cierra la puerta a que se reabran las diligencias, si surge la posibilidad de practicar nuevas diligencias que puedan llevar al convencimiento de que ha existido delito, y siempre que éste no haya prescrito.

Por tanto, no cabía que, por haberse archivado las diligencias previas, el auto de archivo fuera firme y ello impidiera la reapertura de diligencias previas para la investigación de los hechos, pues lo que era firme es el auto de archivo con las circunstancias existentes en el momento en que se dicta, es decir, el auto según el cual no existían indicios de delito y autoría a la vista de las diligencias practicadas hasta ese momento, pero todas las diligencias previas debían reabrirse en caso de que aparecieran nuevos datos que pudiesen conducir al esclarecimiento de los hechos, y en definitiva que pudiesen llevar a considerar que los hechos inicialmente no considerados delito, con las nuevas diligencias practicadas, sí que revelarían un carácter delictivo.

Asimismo, había que considerar, para el caso en que se reabriesen las diligencias y en contra de lo manifestado por el auto de archivo, que los hechos filtrados a la prensa constituirían asuntos del servicio en los términos del art. 116 C.P.M. (ya derogado), ya que el art. 6.1 C.P.M. (antes art. 15) dice “*A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente les corresponden*”. En el presente caso, se filtró a la prensa una información sobre un pago que se habría hecho siguiendo el procedimiento administrativo habitual para la adquisición y abono de material por determinado órgano castrense, por lo que el autor habría realizado la actuación aprovechando el ejercicio de las funciones que le correspondían y el cumplimiento de sus específicos cometidos, siendo pues un acto relacionado con el servicio. De hecho, los delitos contra la Hacienda Militar, están previstos para el caso de que un militar empleare para fines particulares los elementos asignados para el servicio, por lo que si no se utilizaren elementos del servicio no habría delito, y no habría habido sumario.

Pero, es más, el art. 116 C.P.M. castigaba a quien no guardase la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio, no sobre actos de servicio. Por tanto, no se puede relacionar el art. 116 C.P.M. con el art. 6.1 C.P.M. (antes art. 15) el hecho de notificar a la prensa un asunto interno del acuartelamiento del que se ha tenido conocimiento como consecuencia del servicio, implica la existencia de revelación de cuestiones del servicio. Es más, es específico cometido de quienes filtraron la noticia, la custodia de los documentos

## INFORMACIÓN JURÍDICA

---

referenciados en la noticia aparecida en la prensa. En este sentido, citar la Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 11-03-03 (ED 2003/4389), que es contraria a la teoría del auto “*Debemos, pues, en este punto, rechazar la postura de la sentencia impugnada que, basándose en el citado artículo 15 C.P.M EDL 1985/9633, y en el interés puramente particular que perseguía el inculpado, considera que la información facilitada por el Cabo primero no puede estimarse que verse sobre asuntos del servicio. No ignora aquella Sala nuestra doctrina sobre el concepto de servicio desde el punto de vista genérico a que nos hemos referido, pero sin explicitar las razones, concluye que, aun aplicando ese concepto, no cabría estimar esos falsos datos como relativos a asuntos de servicio. Por cuanto acabamos de exponer no podemos admitir esa postura y, con pleno acogimiento de las argumentaciones del Excmo. Sr. Fiscal Togado, consideramos que para que se pueda producir el delito de deslealtad que se tipifica en el artículo 115 del Código Penal Militar EDL 1985/9633 no es preciso que la información se refiera a los específicos cometidos que cada militar tiene asignados y a los que se refiere el art. 15 del C.P.M 1985/9633 al definir los actos de servicio, sino que basta que sea relativa al servicio en el sentido amplio que ha fijado nuestra jurisprudencia*”.

En cuanto a los argumentos del auto del Tribunal Militar Territorial Segundo para desestimar el recurso de queja, se fundamentan en que consideraron que la resolución de archivo tenía naturaleza de sobreseimiento definitivo del art. 246 L.P.M. Ante tal fundamentación, a esta parte no le quedó sino remitirse a lo ya anteriormente referido cuando rebatíamos los argumentos del auto del Juzgado Togado, y es que cuando se dicta un auto de archivo, se hace con base en el conocimiento que se tiene de los hechos y su autoría en el momento de dictarse dicho auto. Pero si posteriormente aparecen nuevas pruebas o testimonios que revelan que aquellos mismos hechos, sobre los que se produjo el archivo, sí pudieran ser constitutivos de delito y sobre la autoría de los mismos, no es que sea posible, es que entonces es obligado reabrir la investigación para esclarecer las circunstancias circundantes, sin que el auto de archivo suponga vedar esa posibilidad, pues aquel auto, la única cosa juzgada que comprendían era que los hechos no eran constitutivos de delito con los datos obrantes en el momento en que se archivaron, sin perjuicio de lo que puede aparecer posteriormente, y por tanto, tiene un carácter de sobreseimiento provisional, supuesto en que legalmente está contemplada la posibilidad de reapertura de los sumarios.

En definitiva, todo lo expuesto, conducía a la conclusión de que no se trataba de un sobreseimiento definitivo, pues no era tal la resolución que se dio, sino el archivo tras diligencias previas, por lo que dicho auto de archivo tendría carácter de sobreseimiento provisional, y por tanto, procede la reapertura de las diligencias previas, en función de las nuevas pruebas aportadas y solicitadas.

Por lo tanto, en este caso se produjo la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, el cual establece:

*“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

*2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”*

Así, observamos que se cumplían los presupuestos por los que el Tribunal Constitucional considera que se produce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a un proceso con todas las garantías, y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes en la defensa de sus derechos, vulneración que provocó, en consecuencia, indefensión.

Y esa indefensión se produjo básicamente por la vulneración del art. 141 de la Ley Procesal Militar, según el cual las diligencias previas tendrán por objeto las actuaciones esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento penal aplicable, ya que se estaba denegando la práctica de diligencias pertinentes con tal fin, del art. 3 de la Ley Procesal Militar, según el cual no se procederá penalmente contra persona alguna por hechos por los que ya hubiera sido juzgada en un proceso penal anterior, en el que haya recaído sentencia firme o auto, también firme, de sobreseimiento definitivo o libre, ya que se estaba denegando la práctica de diligencias cuando no se había dado

## INFORMACIÓN JURÍDICA

ninguna de las anteriores resoluciones, y acuden los autos recurridos a una equiparación forzada a éstas, para denegarlos, y se infringe el art. 251 de la Ley Procesal Militar, según el cual en los sobreseimientos provisionales, cuando existan motivos suficientes para ello, la reapertura de la causa se acordará por auto del mismo Tribunal que acordó el sobreseimiento, de oficio o a petición del Fiscal Jurídico Militar o de las partes personadas, que lo harán en escrito motivado... ya que el auto de archivo tiene naturaleza de sobreseimiento provisional. Y con ello, se vulnera el art. 24. C.E.

En este sentido, citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22-05-07 (ED 2007/57776) “*TERCERO. - El contenido esencial de la demanda presentada hace referencia a una supuesta lesión del derecho de los recurrentes a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) al no haberseles admitido a una serie de diligencias de investigación que habrían propuesto una vez reaperturadas las diligencias previas....*”

*Ahora bien, asimismo hemos afirmado que puede ser revisada en la vía de amparo la decisión de sobreseer las diligencias si se violan las garantías constitucionales entre las que se encuentra el agotamiento de los medios de investigación (STC 40/1998, de 10 de marzo, FJ 3), ello entendido, no como el derecho a practicar todas las diligencias que la parte solicita, sino solamente aquellas que el Juez estime lícitas y pertinentes (SSTC 85/1997, de 22 de abril, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5), aun cuando desde luego, resulta factible controlar por parte de este Tribunal Constitucional las decisiones judiciales cuando hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o en el caso que habiéndose admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al órgano judicial(STC 240/2005, de 15 de noviembre, FJ 4, por todas).”*

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 04-03-04 (ED 2004/267412). La Sentencia del Tribunal Constitucional de 26-06-00 (ED 2000/15593) y la sentencia del Tribunal Constitucional de 08-02-93 (ED 1993/1092).

En definitiva, podemos llegar a la conclusión de que los dos autos referidos anteriormente eran nulos, tanto el del Tribunal Militar Territorial Segundo, por el que se falló desestimar el recurso de queja presentado por esta parte, así como el del Juzgado Togado Militar Territorial, por el que se denegó la reapertura de las diligencias previas, y ello por suponer una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, en su vertiente de derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar todos los medios de prueba, lo cual produce indefensión, derecho éste, previsto y garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

MADRID C/ Infanta Mercedes 109-111, Planta 1ª. 28.020 - Tlf. 655 826 309. Fax: 954 453 192

SEVILLA 1 Despacho Virgen de Regla C/ Virgen de Regla Nº. 1, Esc A, Pl 1ª, Local 3. CP 41.011. Tlf. 954 277 440 - 655 826 309. Fax: 954 453 192

SEVILLA 2 Despacho Adolfo Suárez Av. Presidente Adolfo Suárez Nº. 8, Bajo. CP 41.011. Tlf. 655 826 309 - 649 224 328 - 854 524 746.

HUELVA C/ Tendaleras 12, 3º. B. CP 21.001. Tlf. 959 282 330 - 655 826 309 - 674 261 231. Fax: 959 540 141.

BADAJOS Avda. de Villanueva nº 9. C.P. 06005 Tfños: 655 826 309. Fax: 954 453 192

ÉCIJA (Sevilla) C/ Blas Infante Nº. 6, 3º-9. CP 41400. Tlf. 954 832 817 - 655 826 309 - Fax: 955 902 891

CORDOBA C/María Cristina nº. 13, oficina 202. C.P.: 14.002 Tlf: 655 826 309 - 628 560 131

PALMA DEL RÍO (Córdoba) C/ Cigüela 55. CP 14.700. Tlf. 659 753 516 - 665 826 309.

[www.bufeteosuna.es](http://www.bufeteosuna.es) · [osuna@bufeteosuna.es](mailto:osuna@bufeteosuna.es) · [@bufeteosuna](mailto:@bufeteosuna)



### ARFAGA CAMBIA DE SEDE

**Nuestra Hermana en la FAME, la Asociación Regional de las Fuerzas Armadas en Galicia, ha cambiado de sede**

**Antes: Plaza de España, 8, 1º, 15001-La Coruña / Actualmente es:**

**C/. San Andrés, núm. 36, 1º, 15003-LA CORUÑA**

**(Entrada por Circulo de Artesanos de La Coruña)**

**Teléfono: 881 879 762 / Mail: [arfaga@msn.com](mailto:arfaga@msn.com)**