

La genealogía autoritaria del régimen sancionador del estado de alarma

Del “Fast and Furious” al “Jurassic Park”

CARLOS-ALBERTO AMOEDO-SOUTO

Universidade da Coruña

La presente nota fue la base de mi exposición en el Webinar *Derecho Público y Covid-19*, 24 de abril de 2020, organizada por [Regulation and Digital Innovation Research Group UV](#) y el Observatorio 155. Agradezco a los profesores Andrés Boix, Gabriel Domènech, Alba Nogueira y Víctor Bethencourt su invitación al seminario, y a todas las participantes sus comentarios.

1. En la segunda semana de confinamiento forzoso, tras un sprint agónico, publicamos un número especial del *Cronista*, ya bautizado familiarmente como el *Cronista del Estado de Alarma*, cuyos trabajos fueron redactados como un botiquín de primeros auxilios destinados a entender lo que en sí mismo constituye un experimento jurídico sin precedentes en nuestro Derecho Público: el Real Decreto 463/2020.

Aunque fueron trabajos escritos “*a balón parado*”, por lo menos nos han permitido cartografiar jurídicamente con algún detalle lo que teníamos ante nosotros. Bajo un título de resabios foucaultianos, “*Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria*”, traté de describir el sistema sancionador del confinamiento y dar una primera impresión sobre los problemas que planteaba, fundamentalmente desde el punto de vista del respeto a las reglas básicas de ejercicio de la potestad sancionadora. Esta perspectiva desarrollaba una aproximación garantista al contenido del artículo 7 del RD 463/2020, cuyas incertidumbres generan “estado de alarma” en cualquier jurista mínimamente crítico y, por supuesto, entre la propia ciudadanía.

A la vista de lo que ha venido sucediendo en este terreno durante el último mes y medio, he llegado a la conclusión de que este análisis también fue presa del “*fast and furious*” con el que traté de describir gráficamente la reacción del gobierno que se plasmó en el estado de alarma de 14 de marzo. Me faltó analizar con más profundidad el artículo 20 del Real Decreto 463.

El propósito de esta nota es desarrollar ese análisis. El lector o lectora juzgarán si ayuda o no a una comprensión más sistemática de los fenómenos jurídico-administrativos que se han desencadenado desde su entrada envigor.

2. Todos y todas tenemos claro que en materia sancionadora, el artículo 20 del Real Decreto 463/2020 no hace sino reproducir literalmente la Ley Orgánica 4/1981, de estados de alarma, excepción y sitio. En concreto su artículo 10.uno.

Y aquí, el problema fundamental de fondo es que la Ley Orgánica 4/1981 es una ley profundamente marcada por su contexto y, sobre todo, por las inercias jurídicas del franquismo, cuyo influjo, como ha puesto recietemente de manifiesto Bartolomé Clavero, ha sido más duradero en nuestro derecho público del período democrático de lo que estamos dispuestos a reconocer. Creo que no hemos sabido analizar esas inercias consecuentemente.

El hecho de haberse aprobado el 14 de marzo de 2020, por vez primera desde 1978, un estado de alarma con una habilitación sancionatoria general, nos ha situado de bruces ante una norma que ha transportado un ADN jurídico predemocrático, manteniéndolo encriptado durante cuarenta años. El artículo 20 del Real Decreto 463/2020 es una suerte de piedra de ámbar ha permitido conservar adormecidos unos ingredientes “*jurásicos*” que ahora han vuelto a revivir con intensidad.

3. La LO 4/1981 se aprueba cuando ni se había desplegado el modelo territorial constitucional, ni se había desarrollado la jurisprudencia constitucional sobre la potestad sancionadora sobre los artículos 25 y 24 de la Constitución (la primera STC que plantea la comunidad de garantías del ius puniendi estatal a partir de los artículos 24 y 25 CE es la 18/1981, de 8 de junio). La planta estatal del franquismo permanecía arraigada en la mente de los legisladores, y también lo hacía, de manera nada metafórica, la dinámica sancionadora del orden público franquista. Veamos cómo.

En materia sancionadora, el artículo 10.uno de la Ley Orgánica 4/1981 es una norma aparentemente muy sencilla y obvia. A cualquier jurista le parece una norma “de cajón”: “*El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes*”. Quizá por esta aparente quietud, casi “asintomática”, el Real Decreto 463 se ha limitado a reproducirlo literalmente en su artículo 20, sin innovar o desarrollar nuevos contenidos jurídicos.

Pero este precepto tan aparentemente sencillo, demanda una específica contextualización histórico-jurídica, cuya exposición nos permitirá ir desvelando los profundos problemas que nos ha transportado, 39 años después, hasta estos terribles días de la primavera del año 20.

4. El estado de alarma que regula la Ley Orgánica 4/1981 tiene su precedente inmediato en la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público. Este, como veremos, es el “*dinosaurio*” codificado en la piedra de ámbar del artículo 20 del Real Decreto 463/2020.

Puede afirmarse que el actual estado de alarma ha activado en todo el cuerpo social el ADN del viejo “orden público”, que permanecía apenas activo en las zonas “marginales” del sistema, y que ha llegado a 2020 “transportado” por ese trozo de ámbar que es el artículo 20 del Real Decreto 463/2020.

La LOP franquista no contemplaba un estado de alarma como tal, sino que incluía dentro de unas muy amplias “*facultades gubernativas ordinarias*” la respuesta a casos de “*calamidad, catástrofe o desgracia pública*” (art. 17)¹. En este punto, la LOP de 1959 no se separaba del criterio de la LOP republicana de 1933.

De tal modo que las sanciones que se aplicaban para garantizar en tales casos la obediencia a las autoridades gubernativas no eran otras que la tristemente famosas “sanciones de orden público”, que el artículo 18 habilitaba así: “*Las autoridades gubernativas podrán sancionar los actos contra el orden público a que esta Ley se refiere, cualquiera que sea la forma de comisión, en la cuantía señalada en el artículo siguiente, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales o Autoridades de otra jurisdicción*”.

Por su parte, el artículo 19 distribuía la competencia sancionadora entre alcaldes, gobernadores civiles, director general de seguridad, ministro de gobernación y consejo de ministros conforme a criterios de cuantía, mientras que el artículo 20 introducía criterios de graduación de las sanciones en función de la gravedad y trascendencia del hecho realizado, los antecedentes del infractor, su capacidad económica y cargas familiares.

Pues bien, cuando la Ley Orgánica 4/1981 desarrolla el estado de alarma previsto por el artículo 116 CE, no contempla en materia sancionadora más contenido que lo previsto por el artículo 10.uno. ¿Cuál es ese contenido?

El artículo 10.uno incluye dos cosas.

Por un lado, una tipificación, todo lo ínfima que se quiera, pero tipificación al fin y al cabo, de dos infracciones.

- El incumplimiento de las órdenes de la Autoridad competente.
- La resistencia al cumplimiento de esas órdenes.

¹ Transcribo íntegro el precepto: “*Uno. En los casos en que se produjera alguna calamidad, catástrofe o desgracia pública, las Autoridades gubernativas deberán adoptar por sí mismas o de acuerdo con las demás las medidas conducentes a la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectables y darán inmediata cuenta al Gobierno para que éste resuelva lo procedente.*

Dos. En todo caso, la Autoridad y sus Agentes podrán requerir la ayuda y colaboración de otras personas y disponer de lo necesario en auxilio de las víctimas. Las resoluciones que adopten serán ejecutivas.

Por otro lado, contiene una remisión de la determinación de las sanciones posibles a “las leyes”; tanto las administrativas como las penales (en el texto del proyecto de Ley original, se mencionaban las leyes *penales*; pero el adjetivo se eliminó en el seno de la Ponencia a instancias del grupo parlamentario vasco²).

Esta remisión legal en blanco de la determinación de las sanciones es un rasgo característico y propio del estado de alarma, pues uno de los contenidos obligatorios de la declaración del estado de excepción es la previsión de un cuadro propio de sanciones en caso de contravención (“*La cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la Autoridad gubernativa esté autorizada para imponer, en su caso, a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción*”, dice el artículo 13.d) de la Ley Orgánica 4/1981 de un cuadro propio de sanciones).

La explicación de este rasgo del estado de alarma hay que buscarla en la disposición derogatoria de la Ley Orgánica 4/1981. Esta disposición derogó todos los preceptos relativos al estado de excepción que se contenían en la LOP de 1959, pero en cambio dejó en vigor los preceptos de la LOP relativos a las facultades gubernativas ordinarias para casos de catástrofe, desgracia o calamidad pública, incluido su aparato sancionador propio, que había sido modificado por Ley 36/1971 y por el Real Decreto-ley 6/1977. De hecho, las sanciones de la LOP se mantuvieron formalmente en vigor hasta su derogación por la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana de 1992, cuyo cuadro de infracciones y sanciones adaptó este ámbito al bagaje constitucional de la potestad sancionadora de la Administración.

En todo caso: en el momento de entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1981, su artículo 10.uno remitía a la potestad de detención en caso de desobediencia a las autoridades y sus agentes (artículo 12.1 LOP)³, a las sanciones del artículo 18 LOP y al tipo penal de resistencia a la autoridad o sus agentes del artículo 237 del Código Penal 1973⁴.

² En su redacción original, el proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana remitida por el Gobierno decía en su artículo 24.b) que “*El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad gubernativa o sus delegados, será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes penales. Si estos actos fuesen cometidos por Autoridades o funcionarios, las Autoridades gubernativas podrán suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos, pasando el tanto de culpa a la Autoridad judicial competente y se notificará al superior jerárquico, a los efectos del oportuno expediente disciplinario*”. El texto propuesto por la Ponencia, publicado en el [BOCG de 14 de abril de 1981](#), ya es el final, sin sufrir modificaciones en trámites posteriores.

³ Que establecía como facultad gubernativa ordinaria que “*La Autoridad gubernativa y sus Agentes podrán detener a quienes cometan e intenten cometer cualquiera de los actos contrarios al orden público, y a quienes desobedecieran las órdenes que les diera directamente la Autoridad o sus Agentes en relación con dichos actos*”.

⁴ Que establecía que “*Los que, sin estar comprendidos en el artículo 231, resistieren a la Autoridad o a sus agentes, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de su cargo, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas*”.

Si esta la lógica jurídica “sistemática” del artículo 10.uno en su momento inicial, en 1981, se entiende que los problemas jurídicos de la garantía punitiva del actual estado de alarma no sean sino consecuencia de la difícil reconstrucción interpretativa de esta lógica sistemática 39 años después, en un contexto político y jurídico tan distinto al de 1981.

5. Volvamos ahora al Real Decreto 463, y tratemos de conectar el artículo 7 con el artículo 20 para contestar a la pregunta de cuáles son las infracciones y las sanciones por incumplimiento del actual estado de alarma.

Pues bien, dos son las infracciones administrativas previstas por el artículo 20. En primer lugar, el incumplimiento genérico del Real Decreto 463; en segundo lugar, la manifestación de una desobediencia expresa a los agentes de la autoridad.

El primer comportamiento típico que constituye infracción es el propio incumplimiento, es decir, un infracción del mandato normativo previsto con rango de Ley –como sabemos, en virtud de la jurisprudencia constitucional– por el artículo 7. La subsunción de sus reglas en los casos concretos se le atribuye al agente de la autoridad, quien resulta así investido de dos potestades administrativas interconectadas: primero, la potestad de juzgar si el comportamiento individual incumple los requisitos del artículo 7 y, en segundo lugar, la potestad de constreñir a su cumplimiento mediante una orden verbal singularizada dirigida al sujeto infractor, cuya inobservancia hace nacer la infracción de desobediencia a la autoridad.

El incumplimiento y la desobediencia son dos tipificaciones distintas, pero íntimamente entrelazadas entre sí, cuya lógica conjunta no es otra que la de construir una potente herramienta de protección del “*principio de autoridad*” (cuya expresión en alemán omito para no crear más estrés jurídico), que constituye el núcleo del sistema de *enforcement* del estado de alarma: el poder disciplinario –y aquí merece la pena ponerse foucaultiano– dado a todos y cada uno de los agentes de la autoridad, y por vía de denuncia, a todo el cuerpo social, que pasan a ser titulares de un poderoso *arbitrio policial* (por parafrasear a Alejandro Nieto), para hacer cumplir el confinamiento forzoso de la población.

Un poder policial muy eficaz, digno del Gran Hermano orwelliano, cuya única justificación jurídica consiste en la finalidad sanitaria de evitar el contagio de la población mediante su aislamiento domiciliario 8principio de necesidad del estado de alarma8 proclamado por el artículo 1.2 de la LOEAES⁵, pero cuya potencia

⁵ En palabras de Pedro CRUZ VILLALÓN, “*Las modificaciones transitorias que sufre el régimen constitucional durante la vigencia de un estado o situación de excepción aparecen presididas por el que es el principio general básico inspirador del derecho de excepción, el principio de necesidad, complementado éste por el de proporcionalidad. En su virtud, las modificaciones del régimen ordinario serán única y exclusivamente las que se revelen necesarias en orden al restablecimiento de la normalidad, y las medidas a tomar en relación con dichas modificaciones*”

hace saltar todas las alarmas del garantismo penal y administrativo contemporáneo.

6. El nudo gordiano del debate sobre la consistencia jurídica del *ius puniendi* del estado de alarma del año 2020 está en la dificultad de encaje de este arbitrio policial dentro de los estándares jurídicos actuales: ¿a dónde nos reenvía el artículo 20 del Real Decreto 463/2020?

Pues por su propia genalogía jurídica, la respuesta no es otra que a la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana y al Código Penal, es decir, el bloque normativo tradicional de protección del principio de autoridad (policial).

De ahí que, pese a las indecisiones y perplejidades iniciales sobre la posibilidad de remisión a leyes sectoriales (de sanidad o de protección civil, o a las ordenanzas locales de convivencia), el propio mando único (el Ministerio del Interior) haya canalizado doblemente las infracciones al Real Decreto de Alarma, mediante la [Orden INT/226/2020, de 15 de marzo](#), por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y la posterior [Comunicación del Ministro del Interior a los Delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del artículo 36.6 de la LO 4/2015, y criterios para la propuesta de sanción](#), de 14 de abril:

- En un sentido orgánico hacia la administración periférica del Estado (las subdelegaciones y delegaciones de gobierno), desplazando la posible competencia sancionadora sectorial de otras administraciones y órganos, que está siendo residual.
- En un sentido sustantivo, hacia el artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015 (“*La desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación*”)⁶, cuando se trate de una mera desobediencia al mandato

habrán de ser siempre aplicadas de forma proporcionada a las circunstancias concretas”. Cfr. “El nuevo derecho de excepción Ley Orgánica 4 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 2, 1981, p. 117.

⁶ No está de más recordar que el artículo 26.h) de la LOPSC de 1992 tipificaba la desobediencia de los mandatos de la autoridad o sus agentes como infracción leve, en los siguientes términos: “Desobedecer los mandatos de la autoridad o de sus agentes, dictados en directa aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuando ello no constituya infracción penal”. Este precepto no fue analizado por la STC 341/1993, cuyo control de constitucionalidad en esta materia se proyectó sobre el tipo de la infracción contenida en el artículo 26.j): “*Todas aquellas que, no estando calificadas como graves o muy graves, constituyan incumplimientos de las obligaciones o vulneración de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o en leyes especiales relativas a la seguridad ciudadana, en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas*”. El importe máximo de la sanción era de 300,51 € La

policial o una resistencia leve, con aplicación de los criterios de proporcionalidad y procedimiento de la Ley Orgánica 4/2015. Y, en los casos de desobediencia grave a la autoridad o sus agentes, hacia el artículo 556.1 CP: *“Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550 [atentado a la autoridad o sus agentes], resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”*.

7. La reconducción de las remisiones del artículo 20 del Real Decreto 463 a este bloque normativo de *“policía de seguridad pública”*, ejecutada al amparo del mando único del Ministro del Interior previsto por el artículo 4.3 del Real Decreto⁷, ha ayudado, sin duda, a simplificar y hacer más eficaz la difícil tarea policial durante el estado de alarma.

No se insistirá lo suficiente en la dificultad de esas tareas, tanto por las peligrosas circunstancias en las que se ha llevado a cabo como por su inédito escenario jurídico, un confinamiento forzoso y general de la población, nunca antes ensayado, cuyo mantenimiento requiere, entre otras posibles medidas de autorresponsabilización ciudadana, un ágil mecanismo de disciplina policial para los casos de incumplimiento. Incumplimiento, además, inevitablemente difuso, a la vista de los conceptos jurídicos indeterminados empleados por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020.

En este escenario, podrá gustar más o menos, pero la solución adoptada no parece carente de consistencia jurídico-administrativa. Los cuerpos policiales están más familiarizados con este tipo de infracciones “autorreferenciales” de seguridad, diseñadas para garantizar la obediencia a los mandatos de la policía, que con las infracciones de leyes sectoriales como las de salud o protección civil. Con las sanciones de la Ley Mordaza las subdelegaciones del gobierno y su personal podrán aspirar a estandarizar y automatizar mejor los más de 700.000 expedientes sancionadores-masa que les han venido encima. Una tarea no menor, si tenemos en cuenta su número, sus trámites esenciales (aunque se

STC 341/1993, en su fundamento 10, salvó la constitucionalidad del precepto, con la excepción de la remisión a las reglamentaciones específicas o las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas. Recuérdese, en todo caso, que el Tribunal Constitucional ha comenzado ya a redactar las sentencias de los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la Ley Orgánica 4/2015, aunque no me consta que su artículo 36.6 haya sido impugnado singularmente.

⁷ *“Los Ministros designados como autoridades competentes delegadas en este real decreto quedan habilitados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio”*.

tramiten por procedimiento abreviado) y el plazo de un año de caducidad de los expedientes sancionadores de la Ley Orgánica 4/2015 (artículo 50).

8. Ahora bien, las inquietudes que genera lo anterior no son pocas.

La intensidad de las potestades policiales habilitadas es peligrosa, si se pierde de vista la finalidad última del confinamiento –evitar contagios– y el principio de proporcionalidad, incluido el principio “*favor libertatis*”, cuya formulación general (art. 4 de la Ley 40/2015) no ha sido derogada por el estado de alarma. De hecho en el artículo primero punto 3 de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, se lee que “*Las medidas previstas en la presente Orden se aplicarán de acuerdo con los principios de proporcionalidad y necesidad, dirigidos a proteger la salud y seguridad de los ciudadanos y contener la progresión de la enfermedad*”. Elementos jurídicos que no cuadran bien con el mensaje de “*tolerancia cero*” que los mandos policiales extendieron a través de las ruedas de prensa diarias del equipo técnico en el Palacio de la Moncloa, mensaje traducido operativamente al “*usted hace lo que yo le diga y si no va al calabozo*”.

La genealogía jurídica del sistema sancionador, y su potencial carácter lesivo de los derechos fundamentales de circulación y libre elección de residencia (que, recordémoslo, sólo han sido limitados, no suspendidos), demandan una interpretación jurídica garantista de las sanciones y los delitos de desobediencia, a hacer valer en los correspondientes procedimientos sancionadores y los procedimientos penales abreviados que se abran.

No es correcto pensar que las garantías jurídicas básicas del *ius puniendi* estatal “*son para el verano*”. Es decir, que deben ser olvidadas en aras de un fin superior, conforme al brocardo “*Salus publica suprema Lex esto*”. Las garantías que derivan de los artículos 25 y 24 CE son plenamente vigentes; ni han sido suspendidas ni limitadas por el estado de alarma, por lo que deben utilizarse extensivamente en los muchos miles de expedientes sancionadores y procedimientos abreviados que se han remitido para ulterior tramitación. Tramitación que se producirá con toda probabilidad en un escenario menos *estresado* que el actual, y quizá más favorable para resituar el equilibrio óptimo entre eficacia y garantía.

Desde este punto de vista, por ejemplo, pueden ser alegadas, a mi juicio, las normas sancionadoras básicas más favorables que se contienen en las Leyes 39 y 40/2015 (como el artículo 27.4 de la Ley 39/2015 (“*Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica*”), las exigencias en materia de tipicidad y proporcionalidad, los elementos subjetivos del “*incumplimiento*”, así como las exigencias de prueba fáctica del “*incumplimiento*”, cuando las normas correspondientes de la Ley Orgánica 4/2015 sean menos favorable para el infractor.

El recorrido administrativo y judicial de todas estas sanciones será largo. En especial, si tenemos en cuenta la apertura de la jurisdicción constitucional de

amparo ante la alegación de la vulneración de los derechos constitucionales recogidos por los artículos 25 y 24 de la Constitución, aun a sabiendas de que aquí es probable que la “alarma” cree muchos “matices” a su aplicación garantista, en deferencia judicial al “legislador de alarma” y sus agentes.

9. Una última idea para acabar.

De la situación que estamos atravesando debemos extraer aprendizajes para el futuro. La Ley Orgánica 4/1981 y su respuesta a las catástrofes sanitarias es manifiestamente mejorable. Es necesario que reflexionemos sobre su articulación jurídica. La potestad disciplinaria al servicio de su cumplimiento también merece una reflexión específica para que la próxima vez que la desgracia colectiva sobrevenga, podamos aplicar estándares jurídicos constitucionalmente actualizados a la actuación de los poderes públicos.