

DESOBEDIENCIAS Y CREACIÓN POLICIAL DEL DERECHO: DE LA PROTESTA A LA PANDEMIA

Manuel MAROTO CALATAYUD*

Resumen

La desobediencia ocupa en los discursos jurídicos sobre las prácticas sancionadoras una posición peculiar. Por una parte, es una idea muy presente en los niveles de debate más abstractos, por ejemplo, los que tienen que ver con las justificaciones filosófico-jurídicas del castigo estatal (las «teorías sobre el fin de la pena») basadas en la noción de que es necesario proteger la «fidelidad al derecho», o «reafirmar la vigencia de la norma» o, simplemente, proteger una determinada estructura de autoridad política. Por otra, las desobediencias operan en el plano más concreto y cotidiano del ejercicio del control penal: las infracciones administrativas y penales de desobediencia cumplen la función de dar cobertura legal a la discrecionalidad policial, llegando a veces a permitir, se argumentará aquí, una auténtica creación policial del derecho. En este capítulo se analizarán algunas tendencias en relación con el uso penal y político de la desobediencia en la última década, cristalizadas últimamente durante la gestión de la pandemia.

Palabras clave

Desobediencia, Derecho Penal, Penalidad neoliberal, Policía, Pandemia.

Abstract

Disobedience holds a peculiar position in legal discourses on punitive practices. On the one hand, it is very present as an idea at the most abstract levels of debate, for instance, those related to the philosophical-legal justifications of state punishment (the «theories of the purpose of punishment») based on the notion that it is necessary to protect «the fidelity to the law», or to «reaffirm the validity of the norm», or simply to protect a certain structure of political authority. On the other hand, disobedience operates on the more concrete, everyday level of penal control: administrative and criminal offences of disobedience serve

* Profesor de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Complutense de Madrid. manu-maroto@ucm.es

the function of providing legal cover for police discretion, allowing, it will be argued here, a genuine police construction of the law. This chapter will analyze some trends in relation to the criminal and political use of disobedience in the last decade, most recently crystallized during the management of the pandemic.

Keywords

Disobedience, Criminal law, Criminal law, Neoliberal criminality, Police, Pandemic.

SUMARIO: I. Introducción. II. Una década de ampliación de la discrecionalidad policial. III. La pandemia y las desobediencias. 1. La opción por el orden público y la seguridad ciudadana. 2. La construcción policial del régimen sancionador. 3. La función productiva de la «jurisprudencia policial». IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

EN la historia de las infracciones de desobediencia es común encontrar el afán de impugnar un régimen político anterior (1). Los delitos de desobediencia del Código Penal de 1822, por ejemplo, buscaban la fidelidad a las instituciones de la Constitución de Cádiz, y la correspondiente desobediencia a las órdenes emanadas de las autoridades, tan fácticas como todavía reales, del Antiguo Régimen. A los vencidos republicanos el franquismo los represalió a través de la aplicación retorcida de esa forma de desobediencia agravada que es la rebelión (2). Con este tipo de delitos se busca a menudo, a modo de cláusula de cierre o de tipo de recogida, reafirmar la obediencia a un orden frente a otro.

El presente nos recuerda que estas infracciones también pueden ser utilizadas, no ya para impugnar un régimen político, sino una etapa o ciclo político anterior. Que pueden ser un instrumento para afirmar, simbólicamente y materialmente, un nuevo «orden público», dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Esta es una de las ideas bajo la que voy a explorar las desobediencias, en relación con la utilización de estas infracciones como instrumento de represión de la protesta, primero (a través de la reforma del Código Penal y de la introducción de la nueva Ley de Protec-

(1) Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, «Las desobediencias en Derecho Penal», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2013, n. 4, p. 209. Un recorrido por la regulación en los distintos códigos en: Carmen JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; Susana LORENTE VELASCO, *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Tesis Doctoral, Editorial de la Universidad de Granada, 2010.

(2) Nicolás GARCÍA RIVAS, «Rebelión (Delito de)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2020, n. 18, pp. 288-289.

ción de la Seguridad Ciudadana en 2015), y como instrumento de gestión de la pandemia, después (con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma). Las desobediencias no tanto como cláusula de cierre, sino como mecanismo legal que permite la prefiguración fáctica de un nuevo «orden público» al que, a menudo, siguen *a posteriori* las justificaciones y cambios legales. Un orden construido, en gran parte, a través de la policía(3). Cuando la policía deviene un intérprete dominante de las normas de orden público(4), con frecuencia también promueve y aplica, como veremos, normas nuevas. Creo que no es una simple provocación, por tanto, hablar de una «creación policial del derecho»(5).

II. UNA DÉCADA DE AMPLIACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD POLICIAL

La importancia que las infracciones de desobediencia han cobrado durante la pandemia de 2020 se entiende mejor a la luz de los desarrollos en materia de orden público en la década anterior. La LOPSC y la reforma del Código Penal de 2015 consolidaron legalmente algunas de las prácticas policiales existentes durante el ciclo de protesta social contra las políticas de austeridad. Esta consolidación operó a través de dos cambios: por una parte, la reforma de los delitos contra el orden público; por otra, la eliminación de las faltas del Código Penal, algunas de las cuales, incluida la de desobediencia, pasan a ser convertidas en infracciones administrativas, y por tanto a quedar convenientemente al margen del control del juez penal, y en manos del ejecutivo, a través de la nueva LOPSC(6).

(3) Es en este sentido (el de la continua impugnación fáctica de lo jurídico en las prácticas policiales) en el que Foucault definió la institución policial moderna como «el golpe de estado permanente». «Dicho de otra manera, la policía es la gubernamentalidad directa del soberano en cuanto soberano. Y más aún, la policía es el golpe de Estado permanente. Es el golpe de Estado permanente que va a ejercerse, que va a jugar en nombre y en función de los principios de su propia racionalidad, sin tener que modelarse de acuerdo con las reglas de justicia que hayan sido dictadas», Michel Foucault (2008), *Seguridad, territorio, población*, Ediciones Akal, p. 323.

(4) La idea de la participación de la policía en la producción de normas es habitual en la sociología policial. «Como invocadores de la ley penal, la policía suele actuar en la práctica como su principal intérprete. Por lo tanto, están necesariamente llamados a poner a prueba los límites de su autoridad legal. Al hacerlo, también definen la legalidad operativa del sistema penal. Es decir, si el derecho penal es especialmente relevante para una población que tiene interacciones más o menos recurrentes con la policía, es la policía la que define el sistema de orden para esta población. Esta labor de interpretación, esta función ‘notificadora’ de la policía, es una consideración crucial para evaluar el grado de penetración de la legalidad en un sistema penal». Jerome H. SKOLNICK *Justice without trial. Law enforcement in a democratic society*, segunda edición, 1975, John Wiley & Sons, p. 14.

(5) Una idea similar a la del «canon policial de interpretación», planteada por Eduardo Melero Alonso, «De nuevo sobre el canon policial de interpretación jurídica: a propósito de los interrogatorios por policías encapuchados», <https://fuera depalacio.wordpress.com>, 13 de enero de 2013.

(6) Desde que en 2013 se publicó el borrador de anteproyecto de LOPSC diversos criticaron este aspecto. Ver, por ejemplo, Carlos Hugo PRECIADO DOMENECH, «Ley de Seguridad Ciudadana. Anteproyecto de Ley de Represión Ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas», *Jueces para la Democracia, Boletín de la Comisión Penal*, 5, 2013 «La destipificación de la falta del art. 634 CP supone su castigo administrativo. En realidad, el legislador pretende sustraer del control judicial penal este tipo de infracciones, privilegiándolas con la presunción de veracidad de lo declara-

La reforma de los delitos contra el orden público fue unánimemente criticada en la doctrina como un intento dogmáticamente inaceptable de contener las manifestaciones de descontento social (7). Según Juanatey Dorado, por ejemplo, supuso «un cambio de paradigma en la intervención del Derecho Penal, con la punición, entre otras conductas, de actos que podríamos denominar “pre-preparatorios” de desórdenes públicos que se castigan con la misma pena que el delito consumado. De hecho, es difícil encontrar algún autor que se haya ocupado de analizar las últimas reformas en estos delitos y no denuncie los excesos en la intervención penal en esta materia a los que no cabe encontrar otra finalidad que la de tratar de cercenar la crítica política y la protesta social» (8).

Esa intervención sancionadora contra la crítica política claramente precede, como iniciativa del poder ejecutivo, a las reformas legislativas de 2015. La represión del ciclo de protestas sociales y políticas contra la austeridad empieza en 2008 y tiene su pico entre 2011 y 2013. Las «detenciones e imputaciones» por faltas contra el orden público aumentan un 300 % de 2008 a 2012 (pasan de 638 a 1934); por delitos contra el orden público crecen un 20 % (de 20.329 a 24.841) (9). Aprobada la nueva LOPSC, en el año 2015 se impusieron 4.311 sanciones por desobediencia (art. 36.6 LOSC) y un año más tarde, en 2016, 12.094 (10), es decir, tres veces más. El crecimiento de las sanciones por «faltas de respeto y consideración» a la autoridad (37.4 LOSC), que puede considerarse una «desobediencia en pequeño», parece aún más pronunciado: de 3.130 en 2015 a 19.497 en 2016 (es decir, un 622 % más). Resulta muy significativo que prácticamente dejen de aplicarse, en cambio, las infracciones específicamente relacionadas con el ejercicio del derecho

do por los agentes (art. 52) lo cual pugna con el principio de presunción de inocencia. Téngase en cuenta que el art. 634 imponía una pena de multa de 10 a 60 días (mínimo 20 a 4000 euros, máximo 120 a 24.000 euros) y las infracciones muy graves se castigan con multas de 1001 a 30.000 euros. Por tanto, lo que se está haciendo es sustraer del control judicial penal lo que eran las faltas de desobediencia del art. 634 CP para permitir a la administración imponer sanciones pecuniarias superiores a las penas con presunción de veracidad de lo declarado por los agentes y sujetas a un *soft control* de la jurisdicción contenciosa, cuyo acceso exige el pago de tasa y su demora es de todos conocida, lo que desincentiva el acceso a la misma y genera zonas de abuso e impunidad»

(7) La crítica doctrinal y social fue tan unánime que causa sorpresa que, diez años más tarde, en abril de 2021, provocara cierto revuelo entre la comunidad jurídica el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal por mencionar expresamente al Partido Popular como artífice de la reforma. Hirió sensibilidades jurídicas el siguiente párrafo: «Con la crisis como oportunidad, desde la llegada al Gobierno del Partido Popular en diciembre de 2011, se inició un proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno».

(8) Carmen JUANATEY DORADO, «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015», *Cuadernos de Política Criminal*, 120, 2016, pp. 40-41.

(9) Ver anuario estadístico del Ministerio de Interior, 2012. Lamentablemente la política de publicación de datos del ministerio no permite desglosar, dentro de las infracciones contra el orden público, las de desobediencia. En 2006, último año en que se desglosó, el 98 % de las detenciones por faltas contra el orden público lo fueron por resistencia y desobediencia (853 de un total de 868). El 82 % de las faltas contra el orden público conocidas por la policía fueron de resistencia/desobediencia (6.459 de un total de 7.876). Ver Anuario Estadístico del Ministerio de Interior, 2006, p. 281.

(10) Por cuantías totales de 2.631.590 euros en 2015 y 7.525.227 en 2016. Según los datos del Portal de Criminalidad del Ministerio de Interior. Hay que tener en cuenta que la LOPSC entró en vigor el 1 de julio de 2015.

de reunión, probablemente absorbidas en alguna de las otras categorías más genéricas de infracción (desobediencia/resistencia o falta de respeto), lo cual permite disociar esas multas del problemático contexto del ejercicio de un derecho fundamental, e invisibilizar estas sanciones en las estadísticas oficiales. Las cifras se mantienen estables durante los años inmediatamente posteriores. Entre 2017-2019 tiene lugar la persecución penal y administrativa del *procés*, un proceso conectado que aquí no puedo más que mencionar, pero que sin duda deja huella tanto en la cultura jurídica y política del país en general en la de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en particular.

En resumen, la actividad policial y sancionadora por vía de las infracciones de desobediencia aumenta de manera pronunciada desde 2008, parece entrar en fase descendente en 2012-13, y retoma impulso en 2015, coincidiendo con la aprobación de la LOPSC y la reforma penal. Es en este contexto, de avance y consolidación de la discrecionalidad policial y administrativa como reacción (a posteriori) a la fuerte protesta social, en el que llega la pandemia de 2020. A partir de marzo de ese año, ese poder pasa de ejercerse selectivamente sobre los «sospechosos habituales» (manifestantes, jóvenes, migrantes, pobres, personas que viven de la economía ilegal) a ser experimentado por toda una población confinada.

III. LA PANDEMIA Y LAS DESOBEDIENCIAS

Buena parte de los análisis del *enforcement* de las restricciones derivadas del estado de alarma se centra en la problemática jurídica del régimen sancionador, sin duda interesante. Menos se ha abordado la cuestión desde el punto de vista del funcionamiento policial y de las implicaciones en la distribución de poder entre órganos estatales, a pesar del indudable protagonismo que han tenido los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y el Ministerio de Interior en la gestión de la crisis, y de la a veces peculiar interacción entre distintos actores institucionales (11).

Durante los meses del primer estado de alarma la policía realizó más de un millón de propuestas de sanción (12), por vía de la infracción de desobediencia de la LOPSC (art. 36.6 LOSC), una cifra tan alta que supera de lejos la suma de todas las impuestas en los años anteriores, y que supone auténticas dificultades técnicas de tramitación. La inmensa mayoría de los expedientes sancionadores no habían concluido en sanción, sin embargo, meses después (13). La cifra de detenidos,

(11) Recordemos que en los primeros meses del estado de alarma se produjo cierta «competencia» entre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Ejército. Militares llegaron en ocasiones a proponer sanciones, sin habilitación legal para hacerlo. Ver, por ejemplo «Defensa justifica que los militares denuncien a infractores del estado de alarma», *El País*, 11 de junio de 2020.

(12) En concreto 1.142.127 propuestas de sanción. Ver Alexandre PEÑALVER I CABRÉ, «Afectacions a la llibertat de circulació per la pandèmia de la COVID-19 i el seu règim sancionador en l'estat d'alarma», en *Revista Catalana de Dret Públic* (número especial), 2020, p. 115, nota 53.

(13) En respuesta parlamentaria del gobierno al grupo parlamentario popular, en octubre de 2020, se informaba de que solo se habían impuesto 7000 sanciones a fecha de finalización de estado de alarma. Ver Respuesta escrita del gobierno, 184/24092, 1 de octubre de 2020, disponible en: https://www.congreso.es/entradap/114p/e6/e_0068128_n_000.pdf. En octubre, sin embargo, la cifra ya ascendía a 50.000. Ver Repuestas escrita 184/24093 de 01/10/2020, disponible en: https://www.congreso.es/entradap/114p/e6/e_0068129_n_000.pdf

presumiblemente en su mayor parte por delitos de resistencia/desobediencia, era también considerable al final del primer estado de alarma (14). Esta masiva actividad sancionadora y policial convivió con serias dudas sobre la legalidad de las sanciones.

1. LA OPCIÓN POR EL ORDEN PÚBLICO Y LA SEGURIDAD CIUDADANA

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración de estado de alarma, incluye como régimen sancionador una remisión en blanco en cadena. Su artículo 20 establece que «el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio». El artículo 10 de la LO 4/1981 recoge a su vez que «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». El último eslabón de la cadena queda en el aire.

¿Cuáles eran esas leyes? Como ha señalado Amoedo-Souto (15), cuando se aprobó la ley reguladora del estado de alarma, el artículo 10 remitía a la Ley de Orden Público franquista, parcialmente en vigor hasta 1992. La remisión era, efectivamente, a las célebres sanciones gubernativas ordinarias del artículo 18 LOP, y al delito de resistencia a la autoridad del Código Penal de 1973. No debe sorprender que, siendo las remisiones a esos resabios del ordenamiento franquista, esas infracciones no aportaran una descripción particularmente taxativa de los elementos de la infracción. Más llamativo resulta que esa misma lógica se haya visto reproducida treinta nueve años después (16).

A falta de una tipificación de infracciones y sanciones, el Ministerio de Interior establece pronto que los incumplimientos del Real Decreto 463/2020 han de considerarse sancionables por vía de las desobediencias: se impone el orden público frente a la normativa sectorial. Un día después de la declaración del estado de alarma, la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, recuerda (art. 5) que «el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente pueden ser constitutivos de delitos de atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia, tipificados de forma específica en los artículos 550 a 556 del Código Penal», así como que «igualmente, el artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, considera como infracción grave, la desobediencia o la resistencia a la autoridad o 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 identifica-

(14) A finales de mayo de 2020 se había detenido a más de 8.500 personas. Ver «Propuestas de sanción y detenciones por infracciones contra las medidas del estado de alarma a día 23 de mayo», Ministerio del Interior, Madrid, 24 de mayo de 2020: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/11918219

(15) Carlos-Alberto AMOEDO-SOUTO, «La genealogía autoritaria del régimen sancionador del estado de alarma. Del “Fast and Furious” al “Jurassic Park”», Ponencia presentada en el Webinar Derecho Público y COVID-19, 24 de abril de 2020, Universidade da Coruña.

(16) *Ibidem*, p. 5.

ción». Una solución ciertamente no muy respetuosa con los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad, pero razonable en tanto acotada dentro de los límites jurisprudenciales de las infracciones de desobediencia, que exigen la negativa contundente a una orden concreta personalmente notificada. Incluso dentro de ese marco interpretativo (que, veremos, pronto se supera) el recurso a las desobediencias como núcleo del régimen sancionador supone ya una apuesta por la discrecionalidad policial como mecanismo de regulación.

El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que declaró el segundo estado de alarma, reprodujo (art. 15) la misma remisión en cadena. Meses más tarde, la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ha dado un cierto giro hacia una habilitación sancionadora diferente a la LOPSC: la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (17). La nueva ley, efectivamente, recoge en su artículo 31 que «el incumplimiento de las medidas de prevención y de las obligaciones establecidas en esta Ley, cuando constituyan infracciones administrativas en salud pública, será sancionado en los términos previstos en el título VI de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública», y que «el incumplimiento de la obligación de uso de mascarillas establecido en el artículo 6 será considerado infracción leve a efectos de lo previsto en el artículo 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y sancionado con multa de hasta cien euros». (18)

2. LA CONSTRUCCIÓN POLICIAL DEL RÉGIMEN SANCIONADOR

El 14 de abril de 2020, un mes después de la declaración del Estado de Alarma, el Ministro de Interior envía una comunicación a las Delegaciones de Gobierno (19) con algunas llamativas innovaciones sobre la forma de incoar las sanciones. La fundamental: se dan instrucciones diametralmente opuestas a la interpretación jurisprudencial de la desobediencia. El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del RD Real Decreto 463/2020: «debe considerarse desobediencia a las órdenes dictadas por el Gobierno, como autoridad competente en el estado de alarma; órdenes que gozan de valor de ley (STC 83/2016) y constituyen mandatos directos dirigidos a la ciudadanía que han tenido una amplia difusión, además de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, y, por tanto, su inobservancia pueda subsu-

(17) Sobre la génesis de esa ley, y la conflictiva relación entre normas de salud pública y normas de orden público, Santiago MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90-91, 2020-2021.

(18) La Abogacía General del Estado defendía ya esta opción, la de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, a principios de abril de 2020. Ver Consuelo CASTRO REY, «Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el Estado de Alarma», Abogacía General del Estado, 2 de abril de 2020, disponible en: <http://covid19.femp.es/wp-content/uploads/2020/04/tipificacion-y-competencia-adm-para-tramitar-y-resolver-informe-de-la-abogacia-del-estado.pdf>

(19) «Comunicación del Ministro del Interior a los Delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del art. 36.6 de la ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción», 14 de abril de 2020, Disponible en: https://www.sup.es/sites/default/files/pdf/Comunicacion_Ministro_a_Delegados_del_Gobierno_15042020_0.pdf

mirse en el tipo infractor de la desobediencia a la autoridad del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana».

En efecto, «las medidas limitativas de la libertad de circulación contenidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de octubre, constituyen órdenes del Gobierno, directa y expresamente dirigidas a la ciudadanía» y «como incumplimiento de tales órdenes de la autoridad debe calificarse la mera inobservancia por la ciudadanía, no precisada de requerimiento previo de los agentes de aquella». Las normas del Real Decreto serían, así, órdenes directas del gobierno: extrañas órdenes con rango de ley (STC 83/2016, FJ 10) que «no constituyen normas abstractas adoptadas por el Gobierno para regir con carácter general y ordinariamente la conducta de la ciudadanía, sino expresos, concretos y directos mandatos u órdenes».

Las instrucciones ignoran, así, que tan importante como el conocimiento de la prohibición es el conocimiento del sentido, la naturaleza, la gravedad y la cuantía de la sanción. La legalidad y la taxatividad de las infracciones no son un solo un instrumento para asegurar la publicidad de las normas de prohibición entre la ciudadanía, sino un mecanismo de contención del poder sancionador de las autoridades y, en particular, de la actuación de la policía. Un régimen sancionador como el que propone el Ministerio carece de ese elemento de certeza y determinación en la actuación policial y sancionadora: todo incumplimiento del Real Decreto pasa a ser potencialmente una misma infracción grave, la de desobediencia del 36.6 LOSC. Es por eso por lo que el documento propone «como indicaciones de carácter meramente orientativo para los órganos instructores de los expedientes sancionadores y para conocimiento de los agentes de la autoridad, unos criterios para la recogida de los hechos denunciados en los boletines de denuncias y la posterior graduación de las propuestas de sanción» (20). Esa es una de las partes más controvertidas de la comunicación del 14 de abril de 2020: su propuesta de «graduación de sanciones», por motivos evidentes.

Primero, porque es difícil no ver en ella la creación de infracciones nuevas (por vía no ya reglamentaria, sino de unas simples instrucciones internas) a partir de una raíz común, supuesto injusto de desobediencia. Especialmente cuando alguno de los criterios propuestos, pretendiendo acudir a criterios materiales, nada tiene que ver con la desobediencia: la «entidad observada del riesgo», la «presencia de menores» o el «acudir a una segunda residencia», circunstancia esta última que a parecer del ministerio refleja «una actitud evidentemente dolosa y dotada de mayor culpabilidad» (21).

(20) La instrucción continúa afirmando que «no obstante, los órganos instructores de cada expediente deberán, en virtud del artículo 33 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, realizar las labores de graduación de la infracción y propuesta de sanción en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes que hayan sido reseñadas en los boletines de denuncia».

(21) «1. Actitud del denunciado hacia los agentes: la actitud de aceptación resignada de la denuncia no exigirá el reflejo de ninguna circunstancia especial. Por el contrario, sí se consignará si el infractor ha reaccionado con menosprecio, jactancia o mala educación o si ha llegado a y todas las frases o expresiones que haya proferido insultos o amenazas contra hacia los agentes por si se deduce intimidación o amenazas (en ambos casos que no constituyan infracción penal) 2. Entidad observada del nivel de riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública (número de personas, circunstancias, proximidad, etc.). 3. Persistencia en la infracción: se reflejará si al agente le consta que el infractor no respeta con carácter general las limitaciones a la libre circulación establecidas en el R.D. 463/2020. Asimismo, se reflejará respecto de los establecimientos que incumplan lo establecido en el artículo 10 de citada norma repetidamente. 4. Presencia de menores, personas con discapaci-

Segundo, por la forma de graduar la entidad de la desobediencia, a través de criterios inaceptables que tienen que ver con la actitud del sancionado frente a la sanción de la autoridad. Las instrucciones consideran una suerte de criterio atenuante (o, al menos, de no base a partir de la cual se dan o no las agravantes) la «actitud resignada» del denunciado hacia los agentes. Nótese la gravedad de las implicaciones de este último inciso: la graduación de la sanción propuesta se determina por elementos subjetivos percibidos en el denunciado una vez que se le comunica que va a ser denunciado (22).

Merece la pena acudir al cuadro de «*Criterios de graduación de las propuestas de sanción*» (página 12 del documento) para percatarse de hasta qué punto esto se asemeja a un listado de infracciones nuevas. Todo ello, recordemos, en una comunicación del Ministro que no tiene rango de reglamento, y que recoge, por lo demás, incluso la cuantía de la multa a imponer en cada grupo de «hechos» (se evita denominarlo como supuestos de hecho o como infracciones): desde los 601 euros de quien acepta resignadamente la propuesta de sanción, hasta los 10.400 por la «organización o participación en actividades en común, festejos, celebraciones, etc.» Es difícil de entender, por lo demás, cómo opera, en relación con este listado de pseudo-infracciones, el sistema de graduación previsto en el artículo 33 de la LOPSC.

3. LA FUNCIÓN PRODUCTIVA DE LA «JURISPRUDENCIA POLICIAL»

Resulta complicado no ver esa «propuesta de gradación» como claramente contraria al artículo 25.1 CE, y al principio de tipicidad y de prohibición de analogía en la potestad sancionadora administrativa (recordemos que el art. 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que «solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley», y el 27.4 que «las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica»).

Lo cierto es que parece una interpretación «netamente policial», orientada a empujar hasta a un terreno nuevo la vigencia del principio de autoridad. En tal

dad o en situación de vulnerabilidad, en especial en los supuestos de circulación mediante vehículo no permitida que incremente los riesgos de contagio del COVID-19. 5. Número de ocupantes del vehículo (con independencia de que se identifique a todos los ocupantes mayores de edad). 6. Causa de la infracción: especialmente, y en lo que se refiere a este apartado, se reflejará cuando la circulación no permitida tenga la finalidad del desplazamiento hacia segundas residencias, lo que implicaría una actitud evidentemente dolosa y dotada de mayor culpabilidad. 7. Dificultad de identificación: se reflejará tal circunstancia haciendo especial mención en los supuestos en que la falta de documento de identificación haya sido buscada deliberadamente a juicio del agente».

(22) Siguiendo esa misma lógica, las instrucciones podrían por ejemplo haber igualmente previsto una causa de exculpación para los casos en los que el denunciado alabara la actuación de los agentes, o incluso se mostrara agradecido por sancionarle, manifestando así un máximo grado de fidelidad al derecho y a la autoridad. Contra esta algo inquietante idea, ver STS 187/2021 de 3 marzo, citando la STS 722/2018, de 23 de enero: «la conducta desobediente puede presentarse con una apariencia de amabilidad, respeto simulado o fingido acatamiento», sin que requiera un anómalo elemento subjetivo del injusto, consistente en «querer desobedecer», e insistiendo en que «lo que el delito exige es desobedecer con conocimiento de que se está haciendo (querer incumplir el mandato)».

grado es así, que en la jurisprudencia dicha posibilidad interpretativa (la de las disposiciones generales y las leyes como órdenes) solo aparece presente como la hipótesis de un «sinsentido» a evitar. El Tribunal Supremo ha sido, efectivamente, tajante respecto a los límites interpretativos de la desobediencia a la autoridad por parte de particulares (23), estableciendo que es necesario un requerimiento personalmente notificado para que entren en juego las desobediencias. Así lo recoge por ejemplo el Fundamento C), apartado 1.3.2, de la STS 459/2019 (caso del *Proceso*), así como las precedentes SSTS 722/2018, 23 de enero de 2019 y 177/2017, 22 de marzo, y más recientemente la STS 187/2021 de 3 marzo: «En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts. 556, 348.4.c, 616 quáter CP), el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Solo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento. (...) Lo decisivo en tales casos es que la falta de acatamiento (...) sea la expresión de una contumaz rebeldía frente a lo ordenado».

Las instrucciones resultan, así, llamativamente contrarias a la jurisprudencia y al principio de legalidad y tipicidad: se insinúan como un auténtico «esfuerzo productivo» de confrontación con ambos, puesto en marcha con ocasión de la excepcionalidad del estado de alarma y del protagonismo político de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y el propio Ministerio. Hay que tener en cuenta que se trata de una toma de posición claramente consciente: dos semanas antes de la publicación de la comunicación, un completo y contundente informe de la Abogacía General del Estado (24) establecía que: «el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede ser calificado automáticamente como infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015. Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento».

Esta había sido hasta entonces, por lo demás, la postura del mismo Ministerio, plasmada en la Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de seguridad (25), según la cual, siguiendo el criterio jurisprudencial: «debe entender-

(23) Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, «¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1 del código penal) el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?», en Carlos Brito Siso, Manuel Maroto Calatayud (eds.), *Guías sectoriales COVID-19, Sección de Derechos Humanos*, ICAM.es, 2020, disponible en: <https://web.icam.es/bucket/Guia%20DDHH.pdf>

(24) Ver Consuelo CASTRO REY, «Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el Estado de Alarma», *op. cit.*

(25) Ver «Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre la práctica de los registros corporales externos, la interpretación de determinadas infracciones y cuestiones procedimentales en relación con la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana», disponible en <https://seguridadpublica.es/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=86793>. Un breve comentario de esta instrucción comentario en: Eduardo Melero Alonso, «Comentario a la Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre la LOPSC», 19 de octubre de 2018, disponible en: <https://fueraepalacio>.

se que una leve o primera negativa al cumplimiento de las órdenes o instrucciones dadas por los agentes no puede constituir una infracción del artículo 36.6, si no se trata de una conducta que finalmente quiebre la acción u omisión ordenada por los agentes actuantes o les impida el desarrollo de sus funciones» (26).

De este modo, han sido ya numerosas las sentencias que, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y con frecuencia alegando también el informe de la Abogacía General del Estado, han revocado sanciones con estos argumentos (27). Por ejemplo, la Sentencia 26/2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Orense, de 16 de febrero, recuerda que la ausencia de un mandato concreto es causa de atipicidad, y establece que: «las normas se pueden infringir, pero no se desobedecen» (28). La sentencia del Juzgado Contencioso núm. 1 de Pontevedra de fecha 24/11/20 insiste en que «por el cauce de la “desobediencia a la autoridad” tipificado en la LOPSC no se puede castigar la mera inobservancia de disposiciones generales. Esa práctica, sin lugar a dudas, vulnera los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica consagrados en nuestra Constitución, principios anudados a un derecho fundamental (art. 25 CE) que no se suspendió durante el estado de alarma» y en que estaba en lo cierto «la Abogada General del Estado en su Dictamen de 2 de abril de 2020 cuando concluye que las limitaciones de circulación establecidas en el artículo 7 del RD 463/2020 guardan un vínculo mucho más estrecho con la finalidad de protección de la salud ínsita a la normativa sectorial sanitaria (art. 27 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública), que con la de protección de la seguridad ciudadana (art. 3 de la LOPSC), disponiendo la primera de su propio régimen sancionador, cuya aplicación compete principalmente a la Administración de las Comunidades Autónomas» (29).

Llegados aquí, parece que el sistema de fuentes tiende a volver a imponerse, y que los tribunales habrán de ir reafirmando en sus sentencias la vigencia del principio de tipicidad de la actividad sancionadora. Es interesante, sin embargo, pensar en lo ocurrido hasta ahora: la interpretación que sirvió para emitir más de un millón

wordpress.com/2018/10/19/comentario-a-la-instruccion-13-2018-de-17-de-octubre-de-la-secretaria-de-estado-de-seguridad-sobre-la-lopsc/

(26) Estas instrucciones fueron recurridas por el Sindicato Unificado de Policía ante la Audiencia Nacional, entre otras cosas por innovar en la definición de desobediencia, al describirla con un criterio restrictivo. La Audiencia Nacional (SAN 4890/2019, Sala de lo Contencioso, 18 de diciembre de 2019) desestimó el recurso, entre otros motivos por considerar que la instrucción no tenía valor normativo. No me consta que ningún sindicato policial haya recurrido la, ciertamente más innovadora, comunicación de 14 de abril de 2020, del mismo ministerio.

(27) Para una revisión reciente de sentencias penales: Eduardo RAMÓN RIBAS, *Desobediencia, estado de alarma y COVID-19*, Tirant lo Blanch, 2021.

(28) Ver también Luis ROCA DE AGAPITO, «Las normas no se desobedecen, se infringen», *Diario La Ley*, núm. 9632, 2020.

(29) En igual sentido, han anulado las respectivas multas por desobediencia impuestas durante el estado de alarma, por infringir el principio de tipicidad, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo de 9 de octubre de 2020; Sentencias del 19 y 27 de octubre de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo; Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pontevedra de 11 de noviembre de 2020; Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra de 24 de noviembre de 2020; Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Lugo de 19 de noviembre de 2020; Sentencia núm. 148/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Bilbao, de 2 de noviembre de 2020; Sentencia 27/2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Bilbao, de 10 de febrero de 2021.

de propuestas de sanción durante el primer estado de alarma, no por contraria a derecho, dejó de cumplir plenamente su función de habilitar a la policía para llevar a cabo una ingente actividad presancionadora (30). Permitió a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en definitiva, amenazar de manera (esta sí) concreta, individualizada y personal con la imposición de una sanción a un porcentaje significativo de la población española. Un masivo dispositivo de regulación social que no necesitó de una base legal clara y que, en realidad, tampoco requiere de la finalización de los expedientes para haber sido surtido importantes efectos de control social y disuasión (31).

IV. CONCLUSIONES

En la gestión de la pandemia se ha recurrido masivamente al dispositivo policial de orden público y seguridad ciudadana, en lugar de a la legislación de salud pública. Las identificaciones, propuestas de sanción y, en último término, las detenciones, han sido el repertorio policial fundamental de control del espacio público durante el primer estado de alarma, que ha tenido en las desobediencias de la LOPSC y el Código Penal el elemento nuclear de su habilitación legal para actuar. La intervención policial ha sido, sin embargo, relativamente autónoma del «campo jurídico» y ha llegado, por ejemplo, a manejar sus propias elaboraciones de nociones centrales, como la de la propia desobediencia.

Hemos tenido ejemplos llamativos de «creación policial del derecho» basada en la desobediencia. Algunos relativamente irrelevantes, como la publicación de listas policiales de productos de primera necesidad cuya adquisición justificaba la salida del hogar, o la exigencia de portar determinada documentación para poder moverse en entre barrios. Otros han sido más preocupantes, como la producción de nuevas categorías de infracciones a través de simples instrucciones ministeriales. Otros casos, como el del vídeo, difundido en redes sociales, de la entrada policial en un domicilio en el que se celebraba una fiesta, por considerar la policía que la negativa a identificarse constituía un «delito flagrante» de desobediencia, apuntan al peligro persistente de la «creación policial del derecho»: la expansión de nociones puramente formales de la desobediencia que consideran el principio de jerarquía como fundamento del orden jurídico, y que pugnan abiertamente con el significado material de los derechos fundamentales como garantías frente al Estado.

(30) Es importante recalcar, además, que un buen número de sanciones habrán llegado a imponerse, bien por finalización del expediente sancionador, o bien por pronto pago voluntario. Por lo demás, el pequeño porcentaje de propuestas de sanción finalmente convertidas en sanción parece indicar o bien una falta de disposición real a sancionar, o bien una desconfianza en que la legalidad de las sanciones, o bien una incapacidad para gestionar la masiva cantidad de multas propuestas. Probablemente se produce una mezcla de los tres motivos.

(31) Sectores de las FCSE han criticado el aparente escaso empeño en finalizar los expedientes como una suerte de agravio profesional. Criticado sin embargo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Las desobediencias en Derecho Penal», *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013.
- AMOEDO-SOUTO, C. A., «La genealogía autoritaria del régimen sancionador del estado de alarma», Ponencia presentada en el Webinar Derecho Público y COVID-19, 24 de abril de 2020, Universidade da Coruña.
- CASTRO REY, C. «Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el Estado de Alarma», Abogacía General del Estado, 2 de abril de 2020.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1 del código penal) el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?», en Carlos Brito Siso, Manuel Maroto Calatayud (eds.), *Guías sectoriales COVID-19, Sección de Derechos Humanos*, ICAM.es, 2020.
- FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población*, Ediciones Akal, 2008.
- GARCÍA RIVAS, N., «Rebelión (Delito de)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, 2020.
- JUANATEY DORADO, C., «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 120, 2016.
- *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LORENTE VELASCO, S., «Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia», Tesis Doctoral, Editorial de la Universidad de Granada, 2010.
- MELERO ALONSO, E., «De nuevo sobre el canon policial de interpretación jurídica: a propósito de los interrogatorios por policías encapuchados», <https://fueradepalacio.wordpress.com>, 13/01/2013.
- «Comentario a la Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre la LOPSC», <https://fueradepalacio.wordpress.com>, 19/10/2018.
- MUÑOZ MACHADO, S., «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90-91, 2020-2021.
- PEÑALVER I CABRÉ, A., «Afectacions a la llibertat de circulació per la pandèmia de la COVID-19 i el seu règim sancionador en l'estat d'alarma», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. especial, 2020.
- PRECIADO DOMENECH, C. H., «Ley de Seguridad Ciudadana. Anteproyecto de Ley de Represión Ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas», *Jueces para la Democracia, Boletín de la Comisión Penal*, 5, 2013.
- RAMÓN RIBAS, E., *Desobediencia, estado de alarma y COVID 19*, Tirant lo Blanch, 2021.
- ROCA DE AGAPITO, L., «Las normas no se desobedecen, se infringen», *Diario La Ley*, núm. 9632, 2020.
- SKOLNICK, J. H., *Justice without trial. Law enforcement in a democratic society*, Segunda Edición, John Wiley & Sons, p. 14, 1975.