

RELACIÓN DE ACCESORIEDAD CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO (José Ángel BRANDARIZ GARCÍA)

[Publicado en: FARALDO CABANA, P.(DIR.)/PUENTE ABA, L.M.(COORD.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 91-105 [ISBN 978-84-9985-077-1].

1. Introducción. La regulación de los comportamientos que pueden afectar a la ordenación del territorio y el urbanismo, al patrimonio histórico o al medio ambiente corresponde, *prima facie*, al sector administrativo del Ordenamiento jurídico, en tanto que rama integrada por el grueso de la intervención normativa de la Administración en la regulación de la vida social; ello no empece el hecho de que en el momento actual la necesidad y la idoneidad de la concurrencia del Derecho penal en la tutela de los bienes jurídicos en presencia deba entenderse como una cuestión tendencialmente pacífica.

En consecuencia, uno de los rasgos más relevantes de la regulación prevista en el Título XVI es la intervención concurrente del Derecho penal y del Derecho administrativo en tales ámbitos de tutela. Si bien la presencia de ambas ramas del Ordenamiento resulta materialmente justificada, esta toma de posición no implica desconocer que dicha concurrencia no está exenta de disfunciones y tensiones, normativas y aplicativas. El problema seguramente se acrecienta por el hecho de que el estudio de las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo se ha movido tradicionalmente en planos teóricos, orientados en particular al análisis de los criterios de distinción entre el ilícito penal y el administrativo. Sin que esta cuestión resulte baladí, lo cierto es que la aparición de sectores de intervención penal tendencialmente novedosos, orientados a la tutela de bienes jurídicos de nuevo cuño, caracterizados en general por una dimensión supraindividual, ha puesto de manifiesto problemas inexplorados y complejos para los que la Dogmática tradicional, desarrollada al amparo del Derecho penal clásico o *Kernstrafrecht*, no había dado respuestas¹.

En suma, la tutela penal de los bienes jurídicos contemplados en el Título XVI genera una serie de problemas conectados a la articulación con la regulación administrativa y a la propia praxis de la Administración en la materia. Estos problemas se manifiestan en un ámbito de intervención penal novedosa, en la que el Derecho criminal pone a prueba buena parte de sus postulados y principios, elaborados y perfilados a lo largo de los dos siglos de hegemonía del Estado de Derecho de raigambre liberal.

2. Modelos de articulación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo en el ámbito del Título XVI. La concurrencia del Derecho penal y del Derecho administrativo en la tutela de los bienes jurídicos del Título XVI debe partir de ciertas premisas fundamentales, que han alcanzado en el presente un alto grado de consenso. Una de ellas, ya aludida, es la necesaria concurrencia del Derecho penal en la protección de dichos objetos jurídicos². Como se ha sugerido, otra premisa - no menos relevante - es la preeminencia que, en línea de principio, en estos sectores debe otorgarse al Derecho administrativo, como rama del Ordenamiento idónea para regular y controlar el aprovechamiento razonable del territorio, del patrimonio cultural y de los

¹ Cfr., por todos, HEINE, G., "Accesoriedad", cit., p. 291; HUERTA TOCILDO, S., "Principios", cit., p. 52; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., p. 84.

² Vid., por todos, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., "Complementariedad", cit., pp. 440-441; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "El principio", cit., pp. 1417 ss; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 21 ss; del mismo autor, "Configuración", cit., pp. 569 ss; SESSANO GOENAGA, J. C., "La protección", cit., pp. 22 ss; URRAZA ABAD, J., *Delitos*, cit., pp. 61 ss

recursos naturales, es decir, para gestionar *prima facie* el conflicto entre los diferentes intereses, individuales y colectivos, en presencia³. A partir de estas premisas básicas, debe indagarse el modelo más adecuado de relación entre el Derecho penal y el administrativo. La idoneidad de dicho modelo ha de venir dada, por una parte, por su potencialidad para evitar conflictos entre ambos sectores del Ordenamiento y, por otra, por su capacidad para maximizar las funciones tutelares que les corresponden⁴.

Como criterio fundamental, lo razonable sería ajustarse a un modelo en el que, en función de la gravedad de los comportamientos, operasen, en primer lugar, los controles informales derivados de la alta valoración social que se otorga a los bienes urbanísticos, medioambientales y relativos al patrimonio histórico; en segundo lugar, funcionasen los instrumentos de regulación y control administrativos, mediante prohibiciones, autorizaciones y sanciones; y por último, para los comportamientos dotados de mayor lesividad, entrase en consideración el propio Derecho penal⁵.

Con todo, esta secuencia lógica de intervención puede hallar diferentes modelos de plasmación. En este sentido, la doctrina tiende a identificar tres sistemas diferentes⁶, cuyos límites plantean, empero, contornos difusos, toda vez que las diversas legislaciones, aun ajustándose genéricamente a alguno de los modelos, suelen presentar características de los restantes. Los diversos sistemas podrían clasificarse del siguiente modo:

- a) *Modelo de independencia del Derecho penal.* En él los tipos penales describen la conducta prohibida sin referencia alguna a conceptos administrativos. En este esquema, en materia medioambiental se tiende a otorgar una protección específica a la salud y a la vida de los seres humanos.
- b) *Modelo de accesoriedad limitada o relativa.* En este modelo se da una cierta subordinación de la intervención penal respecto de la regulación - o la autorización - administrativa, ya que los injustos penales se construyen partiendo de la infracción de normas -o autorizaciones- administrativas. En este esquema se integra la violación de las normas - o decisiones - administrativas como un elemento más del tipo penal.
- c) *Modelo de accesoriedad absoluta o extrema.* Este modelo plantea la subordinación absoluta del Derecho penal respecto de la normativa o la actuación de la Administración, ya que los tipos penales, que se diseñan como normas completamente en blanco, sancionan la simple violación de disposiciones o directrices administrativas. En este modelo se pretende establecer una garantía jurídico-penal de las normas, decisiones y funciones administrativas.

³ Cfr., sobre ello, GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen*, cit., pp. 11-12; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., p. 28; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos*, cit., p. 79; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 89-90.

⁴ Vid. PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., p. 85.

⁵ Cfr., sobre ello, MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., p. 61; del mismo autor, "Configuración", cit., p. 578; SERRANO TÁRRAGA, M. D./ SERRANO MAÍLLO, A./ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Tutela*, cit., p. 110.

⁶ Vid., sobre ello, MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 62-63; "Configuración", cit., pp. 578-579, y 585; del mismo autor, "Delitos", cit., pp. 18 ss; GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen*, cit., pp. 17 ss; HEINE, G., "Accesoriedad", cit., pp. 293 ss. Vid. asimismo MENDO ESTRELLA, A., *El delito*, cit., p. 86; URRAZA ABAD, J., *Delitos*, cit., pp. 132-133. Algunos de estos autores mezclan elementos de la presente clasificación con los de la otra sistematización de la accesoriedad -que se analiza posteriormente-, lo que resulta comprensible, por los estrechos puntos de contacto que se dan entre ambos modos de ordenar la materia.

El modelo al que parecen tender los diferentes Ordenamientos jurídico-penales en la materia es el de accesoriadad limitada⁷.

3. Aproximación crítica a los diversos modelos de independencia o accesoriadad del Derecho penal. Sin perjuicio de que en la materia estudiada parece irse consolidando un modelo de accesoriadad – limitada - del Derecho penal en relación con la regulación administrativa, frente a este esquema se han formulado diversos órdenes de críticas.

En primer lugar, se constata la existencia de un conjunto de críticas que coinciden en rechazar la – relativa - subordinación al Derecho administrativo que este modelo comporta⁸. En este sentido, se suelen criticar la utilización de la técnica de las leyes penales en blanco, que dificulta el conocimiento de la materia de prohibición, y la dependencia de la persecución penal – especialmente cuando se construye un modelo de accesoriadad absoluta - respecto de la actuación de la autoridad administrativa⁹, lo que puede dar lugar a una cierta relajación de los mecanismos de protección, en convergencia con los intereses de los poderes económicos¹⁰. En este sentido, se alude a la quiebra de la división de poderes que la articulación de competencias en este modelo introduce; en efecto, se produce el efecto político de modificación de las fuentes de delimitación de los ámbitos típicos, otorgando una criticable capacidad de actuación al poder ejecutivo¹¹. Por otra parte, se mencionan los riesgos de difuminar la existencia de

⁷ Ejemplo de este modelo es el art. 325. Sobre ello, vid. MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 72, y 74-75; del mismo autor, “Configuración”, cit., pp. 569, 579 y 584; del mismo autor, “Delitos”, cit., p. 20; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “Cuestiones”, cit., p. 37; GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen*, cit., pp. 19 y 56. HUERTA TOCILDO, S., “Principios”, cit., p. 47, discrepa de que el tipo del art. 325 plantee un modelo de verdadera accesoriadad limitada.

El modelo de independencia se plasma en el Ordenamiento español, a modo de referencia, en el tipo del art. 328.1.

⁸ Vid., sobre ello, MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 63-64; del mismo autor, “Configuración”, cit., pp. 579-580; del mismo autor, “Delitos”, cit., pp. 20 ss; URRAZA ABAD, J., *Delitos*, cit., pp. 127-128. Cfr. asimismo, con relevantes matizaciones, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Protección”, cit., pp. 1718-1719.

⁹ Advierten de ello particularmente CORCOY BIDASOLO, M./ GALLEGU SOLER, J. I., “Infracción”, cit., p. 172; GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “Sobre la accesoriadad”, cit., p. 524. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La accesoriadad”, cit., p. 674, considera, no obstante, que el modelo de accesoriadad – relativa - no viola el principio de legalidad, por mucho que genere otros problemas de legitimidad.

¹⁰ Cfr., sobre ello, HEINE, G., “Accesoriadad”, cit., p. 295.

Un fenómeno que guarda relación con la relajación de los mecanismos de control es el de la tolerancia administrativa, ejemplo de la denominada “actuación informal de la Administración”; sobre el particular, en relación con su posible relevancia penal, vid. PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 116 ss; CORCOY BIDASOLO, M./ GALLEGU SOLER, J. I., “Infracción”, cit., pp. 172-173 y 177; HEINE, G., “Accesoriadad”, cit., pp. 296-297 y 311 ss.

Pueden darse prácticas derivadas de la convergencia de intereses administrativos y económicos que vayan más allá de la simple tolerancia administrativa. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos*, cit., p. 59, se refiere a la posible modificación de ciertas magnitudes medioambientales de carácter administrativo por disposiciones de direcciones generales, con la intención de determinar retroactivamente la atipicidad de comportamientos ya investigados. Sobre ello, vid. asimismo MATA BARRANCO, N. J. de la, “Configuración”, cit., p. 594; VERCHER NOGUERA, A., “Las autorizaciones”, cit., p. 912.

¹¹ Vid., sobre ello, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La accesoriadad”, cit., pp. 635 ss, y 673 ss, quien señala que en los tipos contruidos mediante técnicas de accesoriadad, el poder ejecutivo puede delimitar la tipicidad de los comportamientos, bien alterando las prohibiciones contenidas en la norma administrativa o creando permisos que delimiten el tipo (en la accesoriadad normativa), bien operando mediante los actos administrativos (en la accesoriadad de acto). El autor considera, por ello, que las técnicas de accesoriadad plantean problemas de legitimidad, referentes a lo criticable que resulta que sea el poder ejecutivo quien tenga autoridad para definir la responsabilidad penal; de este modo, se da lugar a

un verdadero bien jurídico-penal, y de delimitar los modos de agresión al mismo dotados de un desvalor propiamente penal, a favor de la tutela de las simples facultades de la Administración de control de las agresiones medioambientales o urbanísticas. Por último, se hace referencia a los riesgos de remitirse a una normativa administrativa que no siempre es clara, completa o sistematizada.

Por ello, en algún caso se ha defendido una mayor autonomía del Derecho penal respecto de la normativa y la actuación administrativas, a los efectos de evitar la ineficacia de las normas penales, lastradas por las disfunciones apuntadas¹².

Sin perjuicio de las argumentadas prevenciones que expresan estas críticas, no es posible desconocer que su sentido pleno se difumina cuando el modelo de accesoriad es relativo, así como obviar las propias limitaciones y los riesgos del modelo de autonomía¹³. El postulado de intervención mínima y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos imponen restricciones en la expansión del Derecho penal a ámbitos que no le corresponden, como el de mera regulación de aspectos menores de la vida social¹⁴. Y en ámbitos como el medioambiental o el urbanístico es imprescindible que esa regulación capilar se dé, por la propia complejidad, diversidad y mutabilidad de la materia objeto de las normas, respecto tanto de los ámbitos de intervención y tutela cuanto de los concretos factores de afectación de los bienes jurídicos. Tal intervención reguladora no puede sino corresponder al Derecho administrativo, que debe cobrar protagonismo en la ordenación y el control del aprovechamiento del territorio, del patrimonio cultural colectivo o de los recursos naturales, además de ocuparse de sancionar las agresiones de menor entidad¹⁵. El Derecho administrativo es el orden adecuado no sólo por sus técnicas de intervención, sino también porque el diseño en lo concreto de la política urbanística, cultural o ambiental es una competencia que puede ser atribuida a la Administración sin menoscabo inadmisibles del principio de división de poderes o del principio

una degradación de la calidad democrática de la legislación penal y de la propia imparcialidad en la aplicación del Derecho penal. En un sentido semejante, vid. MÜLLER-TUCKFELD, J.C., "Ensayo", cit., p. 515.

¹² En la última doctrina, seguramente la referencia fundamental de la crítica al empleo de modelos de accesoriad del Derecho penal en ámbitos como los estudiados es PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "La accesoriad", cit., pp. 673 ss. No obstante, el autor admite la técnica en relación con la determinación del riesgo normativamente permitido, en el sentido de ampliación de ese riesgo, mediante la autorización de clases enteras de comportamientos – en la accesoriad de normas - o de comportamientos individualmente considerados – en la de actos -. Al margen de la posición de este autor, también se muestran críticos con el modelo de accesoriad COLÁS TURÉGANO, M. A., "Art. 347 bis", cit., p. 217; HUERTA TOCILDO, S., "Principios", cit., p. 52; MESTRE DELGADO, E., "Límites", cit., pp. 523 ss. Vid. asimismo HERZOG, F., "Límites", cit., pp. 81-82.

¹³ Para una detenida exposición de los argumentos que avalan el empleo de la accesoriad administrativa en ámbitos como los estudiados vid. MATA BARRANCO, N. J. de la, "Configuración", cit., pp. 579 ss; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "La accesoriad", cit., pp. 622-623, en sentido crítico.

¹⁴ Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., "Complementariedad", cit., p. 451; HEINE, G., "Accesoriad", cit., p. 315. Cfr. asimismo ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El delito*, cit., pp. 122-123; ERICE MARTÍNEZ, E., "Prevaricaciones", cit., p. 76.

¹⁵ Cfr., de esta opinión, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., "Complementariedad", cit., pp. 443 y 451; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 66 ss, y 75-76; del mismo autor, "Configuración", cit., p. 581; GONZÁLEZ GUITIÁN, L., "Sobre la accesoriad", cit., p. 117; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos*, cit., p. 78; SILVA SÁNCHEZ, J.M., "¿Protección", cit., p. 1719.

En este sentido, resulta interesante la lectura de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992, que razonablemente afirmaba, en referencia a los delitos medioambientales, que "en este caso el legislador tiene que aceptar la realidad de que las infinitas posibilidades de dañar el medio ambiente, unidas a la certeza de que casi todo lo daña en mayor o menor medida hace imposible prescindir de las normas administrativas que ejercen la función preventiva en el ejercicio de cada actividad, pues esas normas delimitan precisamente el marco de lo permitido".

democrático. La inexistencia de esa normativa reguladora convertiría de hecho en ineficaz la intervención penal¹⁶.

Por lo demás, no está claro que un Derecho penal autónomo en estos ámbitos lograra avanzar en el respeto de las exigencias de certeza, toda vez que seguramente habría que configurar los ilícitos penales como tipos abiertos o, en todo caso, como normas con un alto grado de indeterminación¹⁷. En suma, no cabe sino admitir que la primacía en este campo de la tutela de los bienes urbanísticos, medioambientales o relativos al patrimonio histórico debe ser atribuida al Derecho administrativo¹⁸, respecto del que el sector penal del Ordenamiento debe desarrollar una función secundaria y, so pena de dar lugar a conflictos de difícil resolución, accesorio¹⁹.

Por otra parte, la necesidad de que se dé una conexión que pueda caracterizarse como accesoriedad deriva también de la propia unidad del Ordenamiento y de la necesidad de evitar antinomias²⁰, lo cual no tiene una mera trascendencia lógica o técnico-jurídica, sino práctica, en la medida en que pretende evitar situaciones de inseguridad jurídica derivadas de que actuaciones no ilícitas a efectos administrativos puedan generar responsabilidad penal²¹.

No obstante, la admisión de la accesoriedad del Derecho penal en estos ámbitos de tutela no puede ser acrítica, sino que ha de atender a las razonables objeciones formuladas frente a la subordinación – absoluta - del sector penal del Ordenamiento jurídico.

En este sentido, no parece afortunada -ni en los ámbitos estudiados ni con carácter general- la adopción de un modelo de accesoriedad o dependencia absoluta²². Y

¹⁶ Vid., en este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Complementariedad”, cit., p. 451; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 66-67; del mismo autor, “Configuración”, cit., pp. 581-582; del mismo autor, “Delitos”, cit., p. 23; URRAZA ABAD, J., *Delitos*, cit., pp. 131-132.

¹⁷ Cfr. MATA BARRANCO, N. J. de la, “Configuración”, cit., pp. 592 y 594; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., p. 90. Vid. asimismo MÜLLER-TUCKFELD, J. C., “Ensayo”, cit., p. 514.

¹⁸ En consecuencia, la eficacia de los instrumentos jurídicos de tutela de los bienes jurídicos en presencia depende, ante todo, de una adecuada regulación administrativa, que discipline específicamente los modos de aprovechamiento que supongan un riesgo asumible, y controle de manera efectiva el respeto de la normativa sectorial. Todo ello, evidentemente, quedará condicionado a la existencia de una inequívoca voluntad política de contener las agresiones a tales objetos de tutela. Vid. MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., p. 72.

¹⁹ Vid., de esta opinión, MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 67 ss; del mismo autor, “Configuración”, cit., pp. 581-582; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos*, cit., pp. 78-79; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 85 y 90; URRAZA ABAD, J., *Delitos*, cit., pp. 131-132 y 136-137.

²⁰ Vid., sobre ello, MATA BARRANCO, N. J. de la, “Configuración”, cit., p. 583; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., p. 81; HEINE, G., “Accesoriedad”, cit., pp. 293 y 296; “El Derecho”, cit., p. 660; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Protección”, cit., p. 1719.

²¹ Vid. CORCOY BIDASOLO, M./ GALLEGOS SOLER, J. I., “Infracción”, cit., p. 171; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 69-70; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I./ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 325”, cit., p. 210. Vid. asimismo MATA BARRANCO, N. J. de la, “Configuración”, cit., p. 583, quien destaca los problemas que para la política pública de protección medioambiental – o urbanística - devendrían de una descoordinación de la intervención penal y administrativa.

²² Vid., sobre ello, entre otros, HEINE, G., “Accesoriedad”, cit., p. 295; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 73-74; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 81-82 y 85, quienes resaltan que la aceptación de la accesoriedad de la intervención punitiva en este ámbito no equivale a optar por un rechazable modelo de Derecho penal accesorio o meramente secundario, que sólo se daría en el esquema de accesoriedad absoluta; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I./ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 325”, cit., p. 209. Parece en cambio defender un modelo de Derecho penal meramente accesorio en esta materia MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos*, cit., p. 79.

ello, en primer término, porque en este esquema, como apuntaban las críticas anteriormente mencionadas, se difumina la necesaria referencia a los intereses tutelados – dignos de protección penal –, ya que se los acaba identificando con las facultades de regulación y control de la Administración, lo que, aparte de remitir los tipos al rechazable ámbito de los delitos de desobediencia, cuestiona seriamente la legitimación político-criminal de la intervención penal²³. Sin descuidar la coordinación con la normativa y la actuación administrativa, como reclama el principio de accesoriedad, el Derecho penal debe proceder de acuerdo con sus parámetros propios, en primer lugar, a seleccionar y definir con claridad un interés que por su merecimiento y necesidad de tutela se haga acreedor de su consideración como bien jurídico-penal y, en segundo lugar, a diseñar tipos que contengan elementos que introduzcan un nivel de antijuridicidad material acorde con el carácter fragmentario del ordenamiento punitivo²⁴. No obstante, la inclusión de una infracción de la normativa o de la actuación administrativas como un elemento o presupuesto más de la responsabilidad penal – bien como elemento típico, bien, en su caso, configurando una específica causa de justificación – introduce dos ventajas reseñables, ya sugeridas: a) por una parte, permite ajustar la valoración del caso concreto, lo que sería difícil para una norma penal que no quisiese incurrir en una indeterminación notable, en un casuismo contraproducente o en una inevitable obsolescencia²⁵; b) por otra parte, evita contradicciones normativas, en aras del mejor respeto de la seguridad jurídica y de la propia coherencia interna del ordenamiento.

4. Modalidades de la accesoriedad penal: la dicotomía entre accesoriedad normativa y accesoriedad de acto. La doctrina especializada suele aludir a una segunda clasificación de las formas de accesoriedad entre el Derecho penal y el administrativo en las materias objeto de análisis²⁶, que mantiene una estrecha relación con la catalogación ya mencionada. Según esta segunda sistematización, se puede distinguir entre:

²³ En este sentido, vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Complementariedad”, cit., p. 445; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 59-60; “Delitos”, cit., pp. 27 y 29; MÜLLER-TUCKFELD, J.C., “Ensayo”, cit., p. 515; SERRANO TÁRRAGA, M. D./ SERRANO MAÍLLO, A./ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Tutela*, cit., p. 109; URRAZA ABAD, J., *Delitos*, cit., pp. 133-134. Vid. asimismo PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La accesoriedad”, cit., pp. 645-646.

²⁴ Vid., entre otros, HEINE, G., “Accesoriedad”, cit., p. 295; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., p. 76; “Delitos”, cit., pp. 29-30; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 82-83 y 85; URRAZA ABAD, J., *Delitos*, cit., pp. 134-135 y 137-138.

²⁵ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La accesoriedad”, cit., p. 677, rechaza, en cambio, este argumento, señalando que para justificar un modelo de accesoriedad no basta con que la materia sea compleja o esté en constante cambio, ya que esas cuestiones deberían afrontarse con una buena praxis legislativa, y no recurriendo a soluciones tecnocráticas.

²⁶ Sobre esta clasificación, vid. ERICE MARTÍNEZ, E., “Prevaricaciones”, cit., pp. 70-71; GÓMEZ RIVERO, M.C., *El régimen*, cit., p. 25; MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 77-78; del mismo autor, “Configuración”, cit., pp. 585 –nota núm. 73– y 586; del mismo autor, “Delitos”, cit., pp. 30 ss; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 86-87.

Sin perjuicio de exponer la clasificación tal como ha sido articulada por la literatura dominante, no cabe perder de vista que la dicotomía fundamental en la materia es la que deslinda entre accesoriedad normativa y accesoriedad de acto. Estas son, de hecho, las dos únicas clases que considera PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La accesoriedad”, cit., pp. 627 ss. El autor señala sobre el particular que lo que caracteriza a ambas técnicas, y lo que las distingue de la accesoriedad conceptual, es que en ellas comportamientos que resultan subsumibles en el tipo penal no pueden ser considerados típicos porque no se entran en el supuesto de hecho de la normativa extrapenal. El autor añade que los efectos políticos y materiales de ambas técnicas son netamente diferentes a los que corresponden al empleo de elementos normativos o de remisiones implícitas. En el mismo sentido de esa clasificación bimembre vid. MENDO ESTRELLA, A., *El delito*, cit., p. 86.

- a) *Accesoriedad conceptual*: es la clase de accesoriedad en la que la norma penal se relaciona con conceptos administrativos mediante elementos normativos, que hallan su sentido en la regulación extrapenal.
- b) *Accesoriedad de Derecho o normativa*: en este modelo el tipo se suele configurar como ley penal en blanco y se remite de modo explícito - o implícito - a la violación de la normativa administrativa²⁷.
- c) *Accesoriedad de acto o formal*: en este esquema, propio en particular de la accesoriedad absoluta, la relevancia penal del hecho se hace depender completamente de la violación de una actuación administrativa concreta, o de la inexistencia de una autorización del comportamiento, lo cual puede operar bien como elemento típico, bien como elemento integrante de la exclusión de antijuridicidad²⁸.

La accesoriedad conceptual es la técnica que, *prima facie*, menores reparos debe generar, ya que la articulación de los dos órdenes normativos mediante la inclusión en los tipos penales de elementos normativos cuya significación remite a la regulación administrativa maximiza, en línea de principio, la garantía de taxatividad de los preceptos penales en la descripción precisa de las conductas objeto de responsabilidad²⁹. No obstante, llevan razón aquellos autores que apuntan que el empleo de elementos normativos escasamente delimitados no supone ningún avance en relación con la garantía de certeza³⁰.

La accesoriedad de Derecho o referente a normas, en la cual no toda infracción de una normativa extrapenal puede determinar la tipicidad penal del hecho³¹, se aborda específicamente en otro apartado, mediante el estudio de las leyes penales en blanco.

La accesoriedad de acto o formal se manifiesta en los casos en que los tipos penales se construyen sobre la violación de una actuación administrativa de carácter

²⁷ Un ejemplo arquetípico de accesoriedad normativa es el art. 325, como recuerdan CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Complementariedad”, cit., pp. 448 y 452; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “Cuestiones”, cit., p. 37; GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen*, cit., pp. 45-46; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos*, cit., pp. 57 y 62.

²⁸ Ejemplos de accesoriedad de acto son el delito contra la ordenación del territorio previsto en el art. 319.1 –antes de la reforma operada por la LO 5/2010- o el delito contra el medio ambiente del art. 326 a) (vid. MATA BARRANCO, N. J. de la, “Delitos”, cit., p. 36). No obstante, sobre la problemática particular de la accesoriedad de acto en el tipo del art. 326 a), vid. PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 92 y 94; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos*, cit., pp. 110-111.

GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen*, cit., p. 26, por su parte, destaca que el hecho de que la normativa administrativa suela condicionar la licitud administrativa del hecho a la existencia de autorización no difumina la delimitación entre la accesoriedad normativa y la accesoriedad de acto, pues las consecuencias de la ilicitud del acto son completamente distintas en una y otra. Cfr., en el mismo sentido, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “Cuestiones”, cit., p. 37.

²⁹ Vid., en este sentido, URRAZA ABAD, J., *Delitos*, cit., p. 136.

³⁰ MORALES PRATS, F., “La estructura”, cit., pp. 229 ss, apunta que elementos normativos tendencialmente indeterminados pueden resultar más perturbadores desde la perspectiva de la garantía de taxatividad que el propio recurso a la ley penal en blanco (pues no encuentran soporte normativo en las disposiciones extrapenales, y su exégesis queda atribuida en exclusiva al juzgador) y, por tanto, más rechazables. Realiza una reflexión coincidente GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen*, cit., p. 25. Discrepa, en cambio, de este planteamiento, HUERTA TOCILDO, S., “Principios”, cit., p. 49, nota núm. 33.

³¹ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La accesoriedad”, cit., pp. 650 ss, quien considera que no puede tener relevancia penal la infracción de normas meramente de procedimiento, o de normas de contenido sustantivo cuyo objeto sea ajeno al interés de tutela penal. En consecuencia, la normativa extrapenal relevante para la tipicidad debe quedar restringida a aquella que prohíba comportamientos peligrosos para el bien jurídico protegido, a la que contribuya a concretar el comportamiento típico o a la que imponga normas de cuidado para intentar evitar que la conducta supere el riesgo permitido.

prohibitivo o sobre la realización de un comportamiento no cubierto por una autorización de la autoridad administrativa, o que excede del alcance de lo autorizado.

Esta técnica de construcción de los tipos penales genera reparos, en primer lugar, desde la perspectiva del principio de legalidad. Y ello no tanto porque con la misma se dificulte necesariamente la certeza que debe garantizarse en la descripción del comportamiento prohibido³². Los reparos desde esta perspectiva se deben fundamentalmente a que la accesoriedad de acto pone en cuestión el fundamento político-constitucional del principio de legalidad, ya que se remite *de facto* a la autoridad administrativa la selección de los comportamientos susceptibles de generar responsabilidad penal³³. Y si bien en el origen liberal del principio de legalidad se proscribía tal atribución competencial con la intención de conjurar los excesos punitivos del Ejecutivo, en el ámbito urbanístico o medioambiental esa autoridad adicional de la Administración comporta también el riesgo contrario, esto es, que una eventual convergencia de intereses entre Administración y entidades infractoras pueda desatender la necesaria tutela de los bienes jurídicos³⁴.

Por otra parte, esta técnica de tipificación merece las mismas críticas ya expresadas en relación con el modelo de accesoriedad absoluta, en el sentido de que tiende a construir tipos carentes de una antijuridicidad material propiamente penal, sancionando la mera desobediencia administrativa³⁵.

A mayor abundamiento, la accesoriedad de acto comporta una problemática de resolución en cierta medida compleja, relativa a la exigencia de requisitos de validez o de mera eficacia del acto administrativo para otorgarle relevancia a efectos de exclusión de la responsabilidad penal³⁶. En línea de principio, como entiende generalmente la doctrina³⁷, no parece razonable condicionar la relevancia penal del comportamiento a la

³² Vid., en este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La accesoriedad”, cit., p. 674. De otra opinión, URRAZA ABAD, J., *Delitos*, cit., p. 138.

³³ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La accesoriedad”, cit., pp. 638 ss, quien señala que esa autoridad del poder ejecutivo es especialmente relevante en el caso de los actos discrecionales; MATA BARRANCO, N. J. de la, “Delitos”, cit., p. 37. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I./ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículo 325”, cit., p. 209, por su parte, consideran que la accesoriedad de acto no es constitucionalmente admisible, ya que podría suponer un régimen de dispensa individual de responsabilidad penal al arbitrio de un funcionario público.

³⁴ Cfr. sobre ello MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 90-91; del mismo autor, “Delitos”, cit., p. 37, que se refiere a prácticas como acuerdos entre la Administración y la industria, selección de denuncias, negligencia en la inspección y en la persecución, concesión fraudulenta de autorizaciones, etc.; GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen*, cit., pp. 13-14, quien cita el interesante caso enjuiciado en la STS de 30-11-1990 (RJ 1990(9269)); URRAZA ABAD, J., *Delitos*, cit., p. 137.

³⁵ Vid. PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., p. 94. Vid. asimismo, con matizaciones de relieve, HEINE, G., “Accesoriedad”, cit., pp. 296-297.

³⁶ Vid., sobre ello, GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen*, cit., p. 15; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, 2ª ed. cit., p. 255; MATA BARRANCO, N. J. de la, “Delitos”, cit., pp. 37-38; HEINE, G., “Accesoriedad”, cit., pp. 303 ss; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 92 ss.

³⁷ Vid., en este sentido, CORCOY BIDASOLO, M./ GALLEGU SOLER, J. I., “Infracción”, cit., p. 171, nota núm. 46; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “Cuestiones”, cit., p. 37; HEINE, G., “Accesoriedad”, cit., p. 304 –con matizaciones de relevancia–; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 96-97; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos*, cit., p. 63; VERCHER NOGUERA, A., “Las autorizaciones”, cit., p. 911, así como la STS de 30-11-1990. En particular, PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 87-88, señalan que los controles sobre la validez (es decir, sobre el carácter no nulo ni anulable) de la autorización son propios de los modelos de accesoriedad limitada, mientras que para la estructura de accesoriedad absoluta, es suficiente la eficacia del acto (lo que sólo se excluye por su carácter nulo). Frente a esta opinión, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La accesoriedad”, cit., p. 641, considera que la mayor parte de los actos administrativos discrecionales no son nulos, sino anulables, de modo que se intuye hartamente difícil

mera licitud formal de la autorización, sin prestar atención a su relevancia material, es decir, a su respeto a la normativa urbanística, medioambiental o protectora del patrimonio cultural, pues en otro caso se podría generar una situación de impunidad de conductas gravemente atentatorias contra los bienes protegidos³⁸. Por lo demás, si es necesario indagar la validez de la autorización, se genera un problema específico de acreditación de la licitud material del acto, lo que podría dar lugar a supuestos de prejudicialidad³⁹.

Por otra parte, con el modelo de accesoriedad de acto se intensifican las disfunciones en materia de conocimiento de la antijuridicidad, ya que el sujeto que ve su actividad amparada por una autorización administrativa, aun ilícita, puede desconocer o malinterpretar el sentido de su comportamiento⁴⁰. Por lo demás, se genera con esta comprobación de la licitud de la autorización una situación de inseguridad jurídica, que precisamente es lo que se pretende evitar con una razonable coordinación de las dos ramas del ordenamiento en presencia⁴¹.

que un tribunal penal, en ausencia de una sentencia firme de anulación, pueda determinar su invalidez, y afirme en consecuencia la tipicidad penal de un hecho, de modo que cabe concluir que en este modelo de accesoriedad los actos administrativos meramente anulables tienen capacidad para excluir la tipicidad penal.

Al margen de ello, PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., p. 92; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “Cuestiones”, cit., p. 38; HEINE, G., “Accesoriedad”, cit., p. 303; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos*, cit., p. 87, indican que en materia penal no cabe plantear la cuestión de las autorizaciones ilícitamente obtenidas (por cohecho, falsedad, engaño, falta de suministro de información necesaria, etc.), pues no pueden tener trascendencia alguna. En relación con otros problemas de tipicidad que presentan los ilícitos con accesoriedad de acto, vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La accesoriedad”, cit., pp. 668 ss

³⁸ En este sentido, MORALES PRATS, F., “La estructura”, cit., pp. 232-233, recuerda que, al menos en materia medioambiental, no es infrecuente que los comportamientos atentatorios contra el interés tutelado estén cubiertos por una autorización, a falta de una práctica eficiente de vigilancia y control administrativos.

³⁹ Vid., sobre ello, PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 87-88, 97 y 113 ss, quienes apuntan, no obstante, que en opinión de la doctrina procesalista el legislador pretende que las cuestiones que puedan condicionar la exclusión de la responsabilidad penal se solventen en sede penal, lo que debe ser aplicado a estos casos. A la misma conclusión llega CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Complementariedad”, cit., p. 467, así como la propia STS de 30-11-1990.

⁴⁰ Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Complementariedad”, cit., p. 466; PRATS CANUT, J. M./ MARQUÉS I BANQUÉ, M./ MORÁN MORA, C., *Derecho*, cit., pp. 97 ss, que hablan en estos casos de error de prohibición. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “Cuestiones”, cit., p. 38; GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen*, cit., p. 50; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, 2ª ed. cit., p. 255; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos*, cit., pp. 57 y 89 ss, los consideran en cambio como errores de tipo, que, para el último de estos autores, serán en principio invencibles.

En relación con esta problemática de error, HEINE, G., “Accesoriedad”, cit., pp. 301-302, apunta soluciones que se han ensayado en otros Ordenamientos.

⁴¹ Vid., sobre ello MATA BARRANCO, N. J. de la, *Protección*, cit., pp. 91-92. Vid. asimismo HEINE, G., “Accesoriedad”, cit., pp. 305-306. Por su parte, GÓMEZ RIVERO, M. C., *El régimen*, cit., pp. 51-52, sostiene que en los casos de actos administrativos no válidos pero eficaces puede plantearse la aplicación de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, siempre que se den los requisitos subjetivos que condicionan la aplicación de la eximente.