

El derecho a ser informado de la acusación y los cambios introducidos por la Administración en el Procedimiento Administrativo Sancionador

Manuel Gómez Tomillo*

SUMILLA

El autor del presente artículo plantea un análisis desde el punto de vista penal y constitucional sobre la indefensión que pueden sufrir los imputados de una infracción en el procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, realiza un análisis del derecho a ser informado de la acusación, componente del derecho a la defensa. El autor manifiesta que la indefensión del imputado se puede dar a lo largo del proceso proponiendo para evitar esto que se opte en el procedimiento sancionador por una inalterabilidad de los hechos, inalterabilidad de la calificación jurídica y la inalterabilidad de la sanción a imponer. Las propuestas del autor tienen por finalidad establecer un proceso justo tanto para la Administración como para el particular, y es por eso que realiza un análisis paralelo con el procedimiento penal del cual es especialista.

1. Introducción

La prohibición de indefensión característica del proceso penal parece incuestionable que debe ser trasladada al ámbito del procedimiento administrativo sancionador.

Pues bien, una de las manifestaciones menos estudiadas de tal prohibición de indefensión, y concretamente del derecho a ser informado de la acusación, lo constituye la exigencia de homogeneidad en las diversas actuaciones administrativas a lo largo del procedimiento sancionador. Desde nuestra perspectiva, el citado derecho a ser informado de la acusación se traduce en tres consecuencias. Por una parte, la inalterabilidad de los hechos sobre los que se asienta la infracción imputada al administrado a lo largo de la tramitación administrativa del procedimiento sin que aquél se pueda pronunciar sobre tal cambio. Por otra, la inalterabilidad de la calificación jurídica en iguales circunstancias. Finalmente, la inalterabilidad de la sanción propuesta.

Resulta evidente que los potenciales cambios pueden efectuarse por la Administración, al menos, en tres momentos. En primer lugar, tras la

apertura del procedimiento sancionador notificada al infractor, durante el paso por la instrucción. En segundo lugar, en la resolución sancionatoria, en relación con la propuesta sancionatoria. Por fin, en vía de recurso administrativo.

En nuestra opinión, en los tres momentos citados, si la Administración modifica los hechos, la calificación jurídica o la sanción propuesta, se debe dar audiencia al inculcado a fin de que éste pueda defenderse frente a tales modificaciones, independientemente de que así esté previsto o no en la normativa aplicable. Se trata de una conclusión que se desprende directamente del derecho constitucional a la defensa trasladado al ámbito administrativo sancionador y que, asimismo, se desprende de los tratados internacionales que integran el Derecho vigente en el Perú. Por otra parte, es una idea que resulta incuestionada en el ámbito de la jurisprudencia penal.

Al respecto, desde una perspectiva formal, podemos partir del artículo 139° inciso 14 de la Constitución Política del Perú, el cual proclama como principio y derecho de la función jurisdiccional "el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso".

* Profesor Titular de Derecho penal. Universidad de Valladolid. España.

Asimismo, puede citarse el artículo 8° inciso 2 b) de la Convención americana de Derechos fundamentales, Pacto de San José, de 1969, el cual establece que toda persona tiene derecho a la "comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada".

No parece que se pueda cuestionar seriamente la aplicabilidad de las anteriores disposiciones al ámbito administrativo sancionador¹. En todo caso, se trata de disposiciones que han trascendido a diversas normas del Derecho positivo peruano.

Así, el artículo 234° inciso 3 de la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General dispone que constituye una característica del procedimiento sancionador:

"Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia".

Del mismo modo, dentro de la normativa sectorial, puede citarse como ejemplo el artículo 4° inciso 1 del Reglamento de la Ley N° 29622, Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, el cual dispone que:

"El derecho de defensa comprende, entre otros derechos y garantías, el derecho a ser

notificado y participar del procedimiento sancionador a través de la presentación de escritos, descargos, recursos, pruebas, así como ser asesorado por abogado".

Desde nuestro punto de vista, se debe ir más allá de lo que (*expressis verbis*) se desprende de las anteriores normas (y de otras análogas).

Cada uno de los aspectos citados requiere de una consideración diferenciada, comenzando por la inalterabilidad de los hechos.

2. Inalterabilidad de los hechos

La inalterabilidad de los hechos a lo largo de las diversas etapas por las que transita el procedimiento administrativo, en la medida en que no se comunique al infractor, probablemente, resulte el aspecto menos controvertido del problema. Desde el punto de vista positivo, cuenta con una mayor regulación en relación con la fase administrativa que en lo que concierne a la fase jurisdiccional.

En la normativa general de la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General tan solo en el artículo 237° se indica que:

"En la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento..."².

Desde nuestra perspectiva, se trata de una norma razonable, pero escasa.

¹ Así, vid., entre otras, la STC del Perú de 16 de abril de 2003, Expediente N° 2050-2002-AA/TC, conforme a la cual "No solo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del Derecho administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquél se deben respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no solo tiene una dimensión por así decirlo "judicial", sino que se extiende también a sede "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos humanos lo ha sostenido a cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional (la que tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana" (caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71. Y es que, sostiene la Corte interamericana en doctrina que hace suya este Tribunal Constitucional, "si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula Garantías Judiciales, su aplicación no limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (párrafo 69). "Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas (párrafo 71). La corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo del 2 de febrero de 2001 (párrafos 124-127) e Ivcher, del 6 de febrero de 2001 (párrafo 105)".

En la literatura científica, puede verse, entre otros, J.C. Morón Urbina, "Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración pública en la Ley peruana", *Advocatus* 12 2005, especialmente, N° 16.

² Se trata de una norma muy próxima al artículo 138° inciso 2 de la española Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, la cual dispone que "En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica". Asimismo, en España, debe considerarse el artículo 16° inciso 3 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionatoria (Real Decreto 11398/1993 de 4 de agosto), conforme al cual "Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resultase modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación...se notificará todo ello al inculpado en la propuesta de resolución". Por fin, el artículo 20° inciso 3 del mismo Reglamento establece que: "En la

En cuanto a lo primero, la racionalidad del artículo 237º se sustenta en razones materiales y formales.

Materialmente, en tanto parece incuestionable que mal puede defenderse un sujeto si desconoce los hechos que son objeto de enjuiciamiento³, sostener lo contrario llevaría a un medieval procedimiento inquisitorial.

Formalmente, en la medida en que el punto de vista descrito resulta incuestionado en el marco de la jurisdicción penal, así, en este último ámbito, la doctrina constitucional cierra el paso a que el órgano judicial ante el que se dilucidan los diversos recursos frente a sentencias firmes proceda al cambio del sustrato fáctico sobre el que se sustenta la calificación efectuada en primera instancia⁴.

En cualquier caso interesa destacar dos cuestiones: En primer lugar, no es suficiente para entender conculcado el derecho a la defensa con que varíen las expresiones con las que se describen los hechos, mientras, efectivamente, el *factum* permanezca inalterado⁵.

En segundo lugar, si la Administración decide cambiar los hechos sobre los que asienta la calificación sancionatoria es suficiente para garantizar los derechos del administrado con dar al infractor la posibilidad de ser oído mediante un trámite de audiencia.

Sin embargo, hemos destacado que el artículo 237º de la Ley Nº 27444 de Procedimiento

Administrativo General es una norma escasa. Tal conclusión se desprende de la idea conforme a la cual idéntico razonamiento al efectuado debe mantenerse cuando el cambio en los hechos es anterior a la resolución sancionatoria, esto es, cuando se efectúa por la Administración entre el escrito de iniciación del procedimiento y el escrito de proposición de sanción⁶.

El Tribunal Constitucional español parece haber acogido el punto de vista expuesto. En efecto, tal tribunal viene subrayando, en relación con el procedimiento administrativo sancionador, la inalterabilidad o identidad de los hechos que se imputan como elementos indispensables del ejercicio del derecho de defensa⁷. Se desprende de la jurisprudencia constitucional española que no pueden estimarse como compatibles con la Constitución, las hipótesis en las que se añaden en la propuesta de sanción hechos diferentes de los contenidos en el acto de iniciación o en el pliego de cargos. Del mismo modo, no cabe incluir en la resolución sancionadora otros hechos ilícitos distintos a los contenidos en la propuesta de sanción⁸. Finalmente, no cabe tal mutación ni en la resolución administrativa que resuelve el correspondiente recurso, ni en las resoluciones judiciales que se pronuncian sobre lo actuado en vía administrativa. En cuanto a esto último, desde el punto de vista de la tramitación jurisdiccional de los correspondientes recursos, se carece, al contrario de lo que acabamos de exponer, de una regulación detenida (tanto en España como en el Perú). Pese a ello, por idénticas razones a las

resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia de su diferente valoración jurídica”.

³ En ese contexto, destaca en España la STC 117/2002, de 20 de mayo, donde parte el Tribunal de la idea conforme a la cual “...como ya señaláramos en la STC Nº 225/1997, de 15 de diciembre (RTC Nº 1997, 225), F. 4 “in fine”, y hemos reiterado nuevamente en la mencionada STC Nº 4/2002, F. 3, “desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que “de facto” no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas”. Posteriormente, en el Fundamento Jco. 6º señala que “...este Tribunal ha estimado que “las garantías de defensa del sujeto sometido a un procedimiento administrativo sancionador alcanzan a la integridad -inalterabilidad- de los hechos imputados, desde el mismo momento en que, abierto el expediente sancionador, se deja también expedita a la parte la posibilidad de ejercitar las defensas que estime oportunas para conservar la integridad de su derecho” (STC Nº 160/1994, de 23 de mayo [RTC Nº 1994, 160], F. 3)...”.

⁴ Vid., en la jurisprudencia constitucional española, por muchas, las SSTC de 8 de septiembre de 2002 y de 24 de mayo de 2004. En la doctrina administrativista utiliza el mismo criterio de comparación con la jurisprudencia penal, A. Huelgo Lora, *Las sanciones administrativas*, op. cit., pp. 411 y ss.

⁵ Así, en España, vid. SSTS de 27 de enero de 2003, (Ar. 811), Fto. Jco. 5º; 3 de noviembre de 2003 (Ar. 8893), Fto. Jco. 2º b); y, probablemente, en el mismo sentido, aunque no de forma tan clara, la STC 117/2002, de 20 de mayo, Fto. Jco. 6º y 7º.

⁶ Vid. L. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, 2007, pp. 152 y ss.

⁷ Vid., por todas, STC 98/1989, de 1 de junio, Fto. Jco. 7º.

Al mismo tiempo se desprende de la doctrina del Tribunal constitucional español que la información de tales hechos imputados, además, debe hacerse de una determinada manera: “...el derecho a ser informado de la acusación implica la necesidad de dar a conocer al sometido a procedimiento la imputación formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados, con el fin de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan”, (por todas, vid. SSTC 299/2006, de 23 de octubre, Fto. Jco. 2; 21 de mayo de 2007, Fto. Jco. 2).

Sobre la cuestión, puede verse, ampliamente, L. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo sancionador...*, op. cit., pp. 152 y ss. Evidentemente, tampoco cabe un cambio en la persona imputada; id., pp. 151 y ss.

⁸ Así, claramente, vid., en España, la STC de 23 de mayo de 1993, Fto. Jco. 3º.

expuestas, no parece cuestionable que los órganos de la jurisdicción Contencioso Administrativa deben abstenerse de variar los hechos sobre los que ha versado la calificación jurídica de la Administración.

3. Inalterabilidad de la calificación jurídica

En segundo lugar, hemos sostenido que forma parte de la prohibición de indefensión en el marco del procedimiento administrativo sancionador, la inalterabilidad de la calificación jurídica por la Administración a lo largo de los diversos estratos en los que se estructura tal procedimiento. Como en el caso anterior, materialmente tal cambio puede ser efectuado, al menos, en tres momentos. En primer lugar, tras la apertura del procedimiento sancionador, notificada al infractor durante su paso por la instrucción. En segundo lugar, en la resolución sancionatoria en relación con la propuesta sancionatoria. Por fin, en vía de recurso administrativo. Entendemos que debe prohibirse la modificación de la calificación jurídica en cualquiera de los tres, al menos, una vez más, en tanto en cuanto no se notifique al inculpado posibilitando que éste se defienda.

Desde un punto de vista positivo, la Ley parece autorizar esos cambios en el inciso último del artículo 237° de la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General, cuando indica que:

“En la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica”.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, esas mutaciones le están vedadas a la Administración, al menos si no se escucha al interesado, por un cúmulo de argumentos:

1° Un cambio en la calificación jurídica de los hechos sancionables sin que el infractor pueda manifestar su opinión sobre aquéllos puede determinar una grave indefensión, en la medida en que aquél no podrá discutir uno de los elementos, el jurídico, sobre los que se basa la sanción. En efecto, la Ley, y la Ley sancionatoria en particular, presenta frecuentemente una notable complejidad. El administrado debe tener la oportunidad de discutir la norma que se le va a aplicar, proponiendo interpretaciones más favorables que la efectuada por la Administración que no tiene el don de la omnisciencia (como tampoco lo tienen los tribunales de justicia). El sujeto infractor solo podrá alegar problemas de subsunción en la norma si conoce esta última. Debe tenerse en cuenta que el principio *iura novit curia* es un principio procesal, fundado en la especial cualificación jurídica que se presume al poder judicial y que no tiene por qué tener la misma extensión en el ámbito estricto de la Administración.

2° El cambio en la calificación jurídica de los hechos sin que el infractor tenga la posibilidad de pronunciarse sobre ello le cierra el paso a la posibilidad de alegar un error de prohibición, esto es, una equivocación en cuanto al carácter prohibido de la conducta llevada a cabo⁹. Difícilmente puede el infractor alegar tal error de prohibición si desconoce la norma que se le va a aplicar.

3° Si se produce un cambio en la calificación jurídica, en la medida en que el infractor ignoraba qué norma en concreto iba a utilizarse, no se le da la oportunidad de plantear la posible inconstitucionalidad de tal norma. Al respecto, debe considerarse, por ejemplo, que no resulta un problema menor el que en el Perú pueda tipificarse infracciones por medio de reglamento¹⁰.

⁹ El error de prohibición es el reverso del conocimiento de la antijuridicidad. Está presente siempre que el sujeto no haya conocido al tiempo del acto que su conducta contraría lo dispuesto en una norma penal o, en nuestro caso, administrativo-sancionadora. Desde el punto de vista positivo, en el Derecho administrativo sancionador, se carece de una norma que, con carácter general, regule el error de prohibición de forma análoga a lo que ocurre en el Derecho penal. Sin embargo, como parte inescindible del principio de culpabilidad también en el marco estricto del Derecho administrativo sancionador (ampliamente, sobre la cuestión, vid. M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, 2ª ed., 2010, Cap. 18). No obstante, en alguna norma de derecho positivo peruano, se acepta expresamente su validez; al respecto, vid., excepcionalmente, el artículo 18° literal “e” Reglamento de la Ley 29622 Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, el cual regula como eximente de responsabilidad “El error inducido por la Administración por un acto o disposición administrativa confusa o ilegal”. Esta última es una norma que debe valorarse positivamente, aunque resulta, una vez más, escasa.

¹⁰ Al respecto, como es conocido, vid. el artículo 230° inciso 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual dispone que “Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de Ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la Ley permita tipificar por vía reglamentaria”.

No es indiferente que se aplique una norma u otra, puesto que cabe que una norma esté correctamente desarrollando una norma legal y otra no. Por otra parte, nada impide que una norma presente problemas, por ejemplo, de taxatividad y otra no, etc¹¹.

Los puntos de vista aquí defendidos, me atrevería a decir, son válidos incluso en las hipótesis en las que el cambio beneficie al infractor, por ejemplo, al transitar de una infracción muy grave a otra distinta grave o leve, o de una infracción grave a otra leve. También en este último caso se requeriría otorgar al administrado la posibilidad de pronunciarse. Desde nuestro punto de vista, la conclusión expresada es clara, si se considera que, desechada la más grave, el imputado puede no estar de acuerdo con la nueva calificación. Esta última normalmente llevará aparejados problemas técnico jurídicos específicos, por lo que

la mayor parte de los argumentos anteriormente expuestos permanecerán en vigor: el sujeto puede considerarse inocente del nuevo cargo y apuntar frente al mismo un error de prohibición (pudo conocer una norma, pero no otra), circunstancias especiales modificativas de la responsabilidad que solo operan en relación con el nuevo precepto, interpretaciones alternativas a la que se le pretende imponer (piénsese, de nuevo, en la poliédrica regulación legal), plantear una cuestión de inconstitucionalidad de la nueva norma beneficiosa para él, etc¹².

Una última cuestión puede destacarse en cuanto a la inalterabilidad de la calificación jurídica: con ello se hace referencia tanto a la imposibilidad de modificar el título de imputación objetivo, esto es, el concreto tipo aplicable al caso, como a la prohibición de cambiar el título de imputación subjetivo. Es decir, lo que no cabe es

¹¹ Existen otros argumentos en los que no entramos:

4° El cambio de calificación jurídica puede imposibilitar en ocasiones que el infractor pueda alegar circunstancias atenuantes especiales (que juegan en relación con unos específicos tipos y no con otros) y que implican una situación fáctica previa que puede desconocer el tribunal. En la medida en que tales circunstancias frecuentemente se fundamentan en razones conexas con la culpabilidad del sujeto la carga de su prueba incide sobre el infractor. Si a éste no se le da la oportunidad de acreditarlas, se le produce una clara indefensión.

5° Si el potencial infractor ignora el tipo concreto que se le va a aplicar, no podrá alegar causas de justificación en relación con determinados elementos constitutivos de la infracción; piénsese que una causa de justificación puede operar en relación con un tipo y no con otro. Como en el punto anterior, la carga de su prueba incide sobre el infractor, por lo que si a éste no se le da la oportunidad de acreditarlas, se le está causando indefensión.

6° No es razonable que se exija por parte del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Constitucional español la inalterabilidad del tipo subjetivo (que no haya mutaciones en cuanto a la calificación de los hechos como dolosos o imprudentes) y, sin embargo, se pueda cambiar el tipo objetivo (como veremos a continuación).

7° No se entiende que, si la sanción a imponer es más grave que la sanción inicialmente prevista, sí que deba darse audiencia al infractor y no en el resto de casos. Si se cambia la infracción a una más grave, ciertamente el infractor tiene el derecho de pronunciarse, pero, coherentemente, por las mismas razones debe tener la posibilidad de alegar si la infracción a la que se cambia se encuentra sancionada con igual castigo.

8° Por otra parte, en ocasiones, cambios en la calificación pueden encubrir cambios en los hechos, que, de acuerdo con la doctrina constitucional resultan inalterables. Eso es lo que ocurrirá, a título de mero ejemplo, en las hipótesis en las que se cambie la acusación de autoría a complicidad en la infracción (y como hemos visto, en ocasiones, la participación en la infracción administrativa es punible, bien como complicidad, bien como inducción). En efecto, no puede ser lo mismo llevar a cabo la acción descrita en un tipo que ayudar, cooperar, incrementar el riesgo de que tal acción tenga lugar; desde la perspectiva fáctica, no es lo mismo contaminar que ayudar a que otro contamine. En consecuencia, aparece claro que el cambio en la calificación determina un cambio en los hechos, los cuales, insistimos una vez más, deberían ser inmutables.

¹² Se trata de una tesis que se viene defendiendo desde antiguo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su Sala Segunda. Destacamos, al respecto, la STS de 30 de septiembre de 1988 (Art 7181), en cuyo Fto. Jco. 1º, donde se lee que "...el planteamiento de la denominada tesis (scil. la sugerencia del órgano sancionador a las partes acusadoras de un cambio de calificación), no solo es indispensable cuando, el Tribunal, entienda que procede calificar, los hechos de autos, de una manera más grave a como lo han hecho las acusaciones, o, cuando, el referido órgano jurisdiccional, entienda es aplicable una eximente no invocada por alguna de las partes, sino también cuando el Tribunal de instancia, entienda que, el delito o delitos objeto de acusación, no han sido certeramente calificados, procediendo, a su juicio, calificarlos como constitutivos de otro delito distinto, aunque se halle igualmente, o incluso más benignamente, sancionado que la infracción que fue objeto de acusación pública, popular o particular..." (cursiva nuestra).

Del mismo modo, la STS, Sala 2ª, de 4 de abril de 1997 (Ar. 2699), Fto. Jco. 1º: sostiene que: "El principio acusatorio, por su parte, según la doctrina de esta Sala, se manifiesta en las siguientes declaraciones: 1.º) Las Audiencias Provinciales, no pueden penar un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación, ni tampoco infracciones que no hayan sido tema de dicha acusación; 2.º) Tampoco se puede sancionar un delito distinto del que se acusó, aunque la pena de una y otra infracción sean iguales, o incluso la correspondiente al delito invocado, sea inferior a la del que fue objeto de acusación, a menos que exista entre ellos una patente homogeneidad; 3.º) Así mismo, no pueden apreciarse circunstancias agravantes o subtipos agravados, que no hayan sido invocados por la acusación;..." (cursiva nuestra).

acusar por una infracción cometida dolosamente y posteriormente calificar los hechos como simplemente imprudentes, o a la inversa. La razón evidente reside en que los requisitos del dolo y de la culpa son diversos y el inculpado tiene derecho a defenderse con los argumentos que procedan en uno u otro caso. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, si bien en el Derecho administrativo sancionador es suficiente con la presencia de imprudencia, no puede sancionarse en iguales términos los hechos cuando son dolosos que cuando son meramente culposos¹³.

Como es evidente, para evitar causar indefensión al administrado, sería suficiente sencillamente con que tanto en el escrito de iniciación del procedimiento como en los momentos intermedios, incluida la propuesta de sanción, se calificasen los hechos alternativamente como dolosos o imprudentes.

En definitiva, cambios sorpresivos en la calificación de los hechos, incluyendo el título de imputación subjetivo, sin otorgar al infractor la posibilidad de pronunciarse sobre aquéllos, deben ser rechazados por incompatibles con el derecho constitucional a la defensa¹⁴.

4. Inalterabilidad de la sanción a imponer

En tercer lugar, forma parte del mismo derecho constitucional a la defensa, y más concretamente

del derecho a ser informado de la acusación, trasladado al procedimiento administrativo sancionador, la prohibición de introducir cambios por parte de la Administración en la sanción a imponer, sin escuchar al infractor. Formulada con otras palabras, la Administración no debería poder incrementar la sanción al administrado a lo largo de las diferentes etapas en las que se estructura el procedimiento sin dar a aquél la oportunidad de pronunciarse. A tal efecto, resulta indiferente que la Administración se mueva dentro del recorrido previsto en la Ley o utilice potenciales circunstancias agravantes no consideradas en los momentos procedimentales anteriores¹⁵.

El fundamento del punto de vista expuesto reside en que la Ley no establece un sistema de sanciones rígido sino un marco flexible. Mal puede defenderse el inculpado si no tiene la posibilidad de introducir alegaciones a la concreta sanción propuesta. Como resulta evidente, es perfectamente imaginable que, por cualquier razón, la propuesta punitiva de la Administración esté mal calculada. Así, por ejemplo, cabe que haya errado proponiendo una sanción muy grave cuando procede una grave o leve; es posible que la punición sea excesiva por no haber considerado factores atenuatorios; no es descartable que se haya incurrido en desproporción por muy variadas circunstancias, etc¹⁶.

No obstante, para impedir la indefensión del administrado, siempre será posible que la

¹³ Vid. M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Op. cit.*, Capítulo 14.3.

¹⁴ De alguna forma tal criterio entiendo que cuenta con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional español. Así en las, SSTC 129/2006, de 24 de abril, Fto. Jco. 7º; 21 de mayo de 2007, Fto. Jco. 2 declara el Tribunal que "... este derecho (scil. a ser informado de la imputación), en su proyección en el ámbito administrativo sancionador, no implica que en la fase de inicio del procedimiento disciplinario exista obligación de precisar de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica correspondiente, sino que la imputación puede ir precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento siempre que se dé "... ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena"" (subrayado nuestro).

¹⁵ En ese sentido se expresa inequívocamente en España la STS, Sala 3ª, de 23 de septiembre de 2002 (Ar. 9419), Fto. Jco. 5º: "...la propuesta del Instructor es un momento decisivo del expediente sancionador que abre la última vía de defensa efectiva a la que tiene derecho el expedientado frente a los hechos que se dan por probados y frente a la calificación de los mismos. Es equivalente al escrito de calificación definitiva del proceso penal, mientras el pliego de cargos puede equipararse al procesamiento o inculpación. A la vista de los términos de la propuesta, el órgano decisorio para poder desviarse de ella en sentido agravatorio tenía que ofrecer al expedientado la última oportunidad de defenderse del cargo de agravación que se le imputaba".

¹⁶ Prescindimos en este caso de explicitar que, desde un punto de vista procesal penal, apenas se cuestiona que el juez o tribunal sentenciador no puede desbordar el máximo de pena pedido por la acusación. En los últimos tiempos, en la jurisprudencia española en la materia se llega al punto de cerrar el paso a imponer penas que vayan más allá de la más grave pedida en concreto por la acusación, lo que supone que el juez o tribunal no puede utilizar todo el recorrido que la Ley le permite. Al respecto, vid., por ejemplo, la STS 1319/2007, de 12 de enero (Ar. 323), Fto. Jco. 1º.

Vid., no obstante, otros criterios en la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo, permitiendo utilizar todo el recorrido permitido en abstracto, SSTS -Sala 4ª-, de 11 de febrero de 1981, 22 de septiembre de 1982, y 17 de enero de 1992, Sala 3ª; vid., asimismo, STC 43/1997, de 10 de marzo y 75/2000, de 27 de marzo requiriendo un específico razonamiento judicial, todas ellas citadas por J. Garberí Llobregat; G. Buitrón Ramírez, *El procedimiento administrativo sancionador*, 4.ª ed., Valencia, 2001, pp. 247-8.

Administración tanto en el escrito de iniciación del procedimiento comunicado al infractor, como en el escrito de proposición de sanción o en cualquier

otra actuación que pueda prever el ordenamiento jurídico, se refiera a un genérico marco sancionatorio, dejando su concreción al órgano resolutorio.

Pese a lo expuesto, en materia sancionatoria administrativa, el Tribunal Constitucional ha admitido la constitucionalidad de imponer una sanción que desborde la prevista en la propuesta de resolución, pero dentro de los márgenes establecidos en la Ley. En tal sentido se pronuncia en la STC 55/2006, de 27 de febrero, Fto. Jco. 6º. De acuerdo se muestra, L. Alarcón Sotomayor, *El procedimiento administrativo sancionador...*, op. cit., p. 175, en el marco estricto del procedimiento administrativo.