

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* POR PARTE DE SUJETOS PRIVADOS¹

Miguel León Acosta
Contratado predoctoral
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

Sumario: I. Introducción. –II. ¿Puede el Legislador confiar en todo o en parte el ejercicio del *ius puniendi* a un sujeto privado? –III. ¿Cuál sería el régimen jurídico aplicable en su caso? 1. Derecho público vs. Derecho privado: la potestad pública como criterio de distinción. 2. El *ius puniendi* como potestad pública y sus consecuencias. 3. El Derecho administrativo como marco normativo de referencia para colmar las lagunas normativas en el ejercicio de potestades públicas. –IV. Conclusiones. –V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación viene motivada por dos datos que –podría llegarse a pensar– son contradictorios. El primero es la reciente sentencia del Tribunal Supremo 1160/2020, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020.2812) (en adelante, TRAGSATEC) que examinó la impugnación de una sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Guadiana. Lo interesante de esta sentencia, sin adelantar mucho de lo que se dirá más adelante, es que el Tribunal Supremo anuló la sanción porque, aun habiendo sido impuesta por dicha Administración y por el órgano competente, quien instruyó el procedimiento sancionador fue TRAGSATEC, una sociedad mercantil pública, y, por tanto, por personas –físicas– sobre las que no concurrían las garantías necesarias que exige nuestro ordenamiento. El segundo dato se trata del artículo 107.4 de la Ley 6/2011, de 1 de abril, de Movilidad de la Comunidad Valenciana (en adelante, LMCV) cuyo tener literal es el siguiente:

«Artículo 107. Competencia para la imposición de sanciones.

1. Cuando la competencia en el procedimiento la ostente la conselleria competente en materia de transportes, corresponderá la imposición de las sanciones a la persona titular de la dirección general competente en materia de transportes.
2. Cuando la competencia en el procedimiento corresponda a otros entes de la Generalitat, corresponderá la imposición de las sanciones al órgano que se determine en su regulación propia, salvo en el caso de las sanciones muy graves que serán impuestas por la dirección del ente competente.
3. Cuando la competencia en el procedimiento la ostente el ayuntamiento, corresponderá la imposición de las sanciones al alcalde.
4. En el caso de operadores de transporte que no tengan el carácter de entidad pública, *una vez instruido el expediente* se dará traslado a la administración competente a fin de que sea resuelto de acuerdo con las competencias señaladas en los puntos anteriores».

La única interpretación que encontramos para que ese apartado 4.º tenga un efecto útil, dentro de este precepto sobre el reparto competencial en materia sancionadora, es que el

¹ Proyecto de investigación “Seguridad pública, actividad administrativa de limitación y derecho sancionador”, GC2018-093760-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER,UE).

Legislador estuviese pensando en que sea el propio «operador de transporte que no tenga carácter de entidad pública» (es decir, un sujeto privado) el que instruya el procedimiento sancionador frente a sus usuarios cuando incumplan la normativa de transporte público (y que «una vez instruido el expediente», resuelve la Administración competente). Esto es, contradiciendo aparentemente la STS TRAGSATEC.

Tanto la STS TRAGSATEC como el artículo 107.4 LMCV nos suscitan por separado y en conjunto innumerables interrogantes, pero dada la limitada extensión de este trabajo nos interesa abordar especialmente las dos siguientes.

En primer lugar, como cuestión elemental, queremos reflexionar sobre si, en efecto, el ordenamiento jurídico permite que el Legislador confíe en todo o en parte, como parece ser el caso del artículo 107.4 LMCV, el ejercicio del *ius puniendi* a un sujeto privado.

En segundo lugar, reflexionaremos sobre cuál sería el Derecho aplicable en ese eventual caso, qué principios deben regir su actuación y, no menos importante, qué normas son las que deben concretar aquellos principios, en especial, en el caso de que el Legislador no se haya pronunciado expresamente al respecto.

II. ¿PUEDE EL LEGISLADOR CONFIAR EN TODO O EN PARTE EL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* A UN SUJETO PRIVADO?

Para responder a esta pregunta, debemos hacer notar, en primer lugar, que las principales normas internacionales donde se regula el *ius puniendi* hablan solo, de manera expresa, de penas, delitos y proceso judicial²; lo mismo ocurre con el artículo 24 CE. Por el contrario, es el artículo 25.1 CE el que refleja de una mejor forma nuestra realidad jurídica respecto del *ius puniendi*, hablando de sus dos grandes manifestaciones: las penas impuestas por los Jueces y las sanciones impuestas por la Administración pública.

En esta última línea, se tiende a equiparar *ius puniendi* con estas dos manifestaciones. Así, puede verse cómo en el Diccionario panhispánico del español jurídico se define *ius puniendi* del siguiente modo:

«Potestad del Estado para castigar mediante los dos sistemas represivos existentes en nuestro derecho: el derecho penal, que es aplicado por los jueces y tribunales, y el derecho administrativo sancionador, que es aplicado por la Administración»³.

² Vid. artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 6 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); y 48 a 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

³ Consúltese en: <https://dpej.rae.es/lema/ius-puniendi>.

No es raro encontrarse con sentencias en las que el Tribunal Constitucional, cuando trata el ámbito de aplicación del artículo 25 CE, se refiera solo a estas dos manifestaciones⁴. Por ello, sería admisible pensar que sencillamente en nuestra Constitución se establecen únicamente dos manifestaciones del *ius puniendi*: las penas impuestas por los Jueces y las sanciones impuestas por la Administración; y que ningún otro sujeto puede ejercer el *ius puniendi*, menos aún los sujetos privados.

Sin embargo, ello no encaja con nuestra realidad jurídica. Como apunta REBOLLO PUIG (2021: 50-51), existen otros sujetos que ejercen el *ius puniendi*. Así, los órganos de las cámaras legislativas sobre sus empleados y parlamentarios⁵, el Tribunal Constitucional⁶ y el Tribunal de Cuentas⁷. Estos ejemplos son suficientes para concluir que «el llamado *ius puniendi* del Estado no se agota en las penas propiamente dichas y en las sanciones administrativas, sino que tiene otras manifestaciones» (REBOLLO PUIG, 2021: 54).

Lo anterior, no obstante, no tiene por qué ser definitivo para afirmar que la Constitución sí permite el ejercicio del *ius puniendi* por privados. De hecho, la STS TRAGSATEC hace una serie de reflexiones que obligan a detenernos algo más en dicha cuestión.

Como se ha dicho, el Tribunal Supremo anuló la sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Guadiana por haberse instruido el procedimiento por TRAGSATEC, una sociedad mercantil pública. Lo llamativo e interesante de este pronunciamiento es que el Tribunal Supremo no puso el acento en la naturaleza de la entidad que participó en la potestad sancionadora confiada a la Administración, sino en las concretas personas físicas que integraban aquella y, en particular, en su régimen jurídico:

⁴ *Vid.*, v. gr., la STC 331/2006, de 20 de noviembre, en la que declara que «los postulados del art. 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos».

⁵ *Vid.* artículos 99 y ss. de la Resolución de 24 de febrero de 1982 por la que se ordena la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados; y artículos 101 y ss. del Texto Refundido del Reglamento del Senado aprobado por la Mesa del Senado, oída la Junta de Portavoces, en su reunión del día 3 de mayo de 1994.

⁶ No solo respecto de sus empleados [*vid.* artículos 14.j), 25.1.d), 84 a 91 y 97 del Acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional], sino también sobre quienes formulen recurso de inconstitucionalidad o de amparo, con temeridad o abuso de derecho, con una sanción pecuniaria de 600 a 3.000 € (artículo 95.3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

⁷ Igual que en el caso del Tribunal Constitucional, *ad intra*, sobre su personal [artículos 23.2.b) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, 2.d) y 13.d) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas]; y, puntualmente, *ad extra* (*vid.* v. gr., artículos 17 a 18 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos).

«el debate no se centra tanto en el ámbito subjetivo de la [sociedad mercantil pública]⁸ y su especial naturaleza jurídica y peculiar relación con el Organismo de Cuenca, sino propiamente en si las funciones encomendadas a aquella pueden ser desarrolladas por personal [...] que no tenga carácter estatutario».

Lo que le importa al Tribunal Supremo es el régimen jurídico de las personas físicas que instruyeron el procedimiento, haciendo notar que «las Administraciones no son sino las personas a través de las cuales se manifiesta su decisión», y recordando la reserva del artículo 9.2 TREBEP en favor del personal funcionario:

«En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca».

Sobre la base del artículo 9.2 TREBEP, el Tribunal Supremo parece dar un significado al precepto más allá de cómo ha de organizarse internamente la Administración en materia de personal, ámbito al que parecía limitarse este:

«no se trata [...] de un mero capricho de las autoridades administrativas en una más que discrecional arbitraria decisión de realizar la actividad administrativa por la vía funcional o de cualquier otra persona ajena a la propia Administración, sino que es aquella la que da garantía al sistema y, lo que es más importante, impone nuestra Legislación».

En efecto, el Tribunal Supremo parece hacer la siguiente reflexión: si el Legislador le ha atribuido a la Administración pública una potestad que implica el ejercicio de autoridad –como es la potestad sancionadora– y, entre el personal de la Administración solo puede ejercerse por el personal funcionario, es por las garantías que rodean a este, entre las que el Tribunal Supremo destacó su sistema de responsabilidad⁹.

Así, tras dejar meridianamente claro que el procedimiento administrativo «se erige como elemento esencial para la adopción de las decisiones públicas de los órganos que integran

⁸ Aquí y en otros puntos de la sentencia el Tribunal dice expresamente a «Entidad Pública Empresarial», aunque debe tratarse sin duda de un error material, por cuanto se refiere a TRAGSATEC, que nunca ha tenido tal naturaleza.

⁹ Un apunte que nos llama la atención pues, por un lado, en materia penal se maneja un concepto material de «funcionario público» (artículo 24.2 Código penal) en que se incluye, sin duda, al personal laboral de la Administración pública; y, por otro lado, el régimen administrativo disciplinario del personal funcionario y del laboral ha tendido a unificarse desde la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público –ahora refundida en el vigente TREBEP–. En la actualidad, en los artículos 93 a 98 TREBEP se disponen unos principios disciplinarios comunes, unas normas comunes a la institución de la prescripción de las infracciones y sanciones, un procedimiento común, unas sanciones comunes y la tipificación de infracciones muy graves y leves. Así, *grosso modo*, su régimen disciplinario solo se diferenciaría en las infracciones graves y leves. Infracciones que, en la práctica, suelen coincidir debido a la habitual remisión de los convenios colectivos al régimen del personal funcionario en cuanto al régimen disciplinario del personal laboral.

ese conglomerado orgánico de carácter público» [artículo 105.c) CE]¹⁰, acaba por anular la sanción impuesta por haberse instruido el procedimiento sancionador por personas físicas distintas al personal funcionario¹¹.

A la luz de esta jurisprudencia puede concluirse que la Administración no puede delegar, en sentido amplio, el ejercicio del *ius puniendi*, su potestad sancionadora, ni en todo ni en parte a, desde luego, un sujeto privado; pues ello implicaría que el *ius puniendi* fuera ejercido por personas –físicas– que no reúnen las cualidades del personal funcionario.

El Tribunal Supremo apunta que esto es así porque «lo [...] impone nuestra Legislación», pero hemos de plantearnos si acaso no se puede deducir de la Constitución la necesidad de que quien ejerza el *ius puniendi* reúna las garantías que rodean al personal funcionario. En concreto, por personas que reúnan la garantía, a nuestro entender, más característica de este personal que, más allá de su sistema de responsabilidad, es la inamovilidad¹². En efecto, el dato de la inamovilidad está presente en todas las personas físicas que integran los entes a los que hemos aludido antes, con especial énfasis en quienes ejercen la función jurisdiccional en sentido amplio¹³. Garantía que se presenta como característica también en el Derecho europeo¹⁴.

¹⁰ Sobre la importancia del procedimiento administrativo, conviene hacer notar, aunque sea a pie de página, la contundencia con la que respondió el Tribunal Supremo en este asunto la alegación sobre el grado y las actuaciones en que participó TRAGSATEC: «no es admisible [...] pretender hacer una distinción dentro del procedimiento entre actuaciones esenciales y accesorias del procedimiento para someterlas a un régimen diferente pretendiendo reservar aquellas al personal estatutario [...] y estas susceptibles de poder desempeñarse por terceros, porque eso es desconocer la relevancia de cada trámite que integra el procedimiento, de tal forma que aquellas actuaciones accesorias condicionan la misma tramitación y, de manera particular, la resolución que deba poner fin al procedimiento».

¹¹ Razonamiento que ya ha sido aplicado por Tribunales menores en otros ámbitos distintos de la potestad sancionadora de la Administración. *Vid.*, entre otras muchas, las SSTSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:10361) y de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:14678), que admitieron los recursos interpuestos contra las resoluciones de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento que desestimaron las solicitudes de indemnización complementaria o prórroga adicional a la habilitación temporal, en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC), a causa de haberse tramitado el procedimiento administrativo correspondiente por Ingeniería y Economía del Transporte Terrestre S.M.E. M.P., S.A. (INECO).

¹² Una garantía que, aunque no venga recogida expresamente en el artículo 103.3 CE respecto del personal funcionario de la Administración, «viene formando parte de la esencia de nuestro régimen funcional [desde el Estatuto de MAURA de 1918]» [Miguel SÁNCHEZ MORÓN (2020), *Derecho de la Función pública*, Tecnos, 13.ª ed., pp. 43-45 y 236], pudiendo entenderse reconocida en aquel de forma implícita [José María BAÑO LEÓN (1994), «Garantía constitucional de la función pública y reforma constitucional», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 4 (ejemplar dedicado a “Delitos de los funcionarios públicos”), pp. 9-26]. Esta es, a nuestro juicio, la garantía más destacada del personal funcionario frente al laboral, sin perjuicio de que, en la práctica, por la vía de los hechos sea casi tan difícil remover al personal laboral como al funcionario.

¹³ Así se reconoce en nuestra Constitución respecto de Jueces y Magistrados (artículo 117.1 CE), miembros del Tribunal de Cuentas (artículo 136.3 CE) y miembros del Tribunal Constitucional (artículo 159.5 CE).

¹⁴ En este sentido se reconoce expresamente la inamovilidad de los funcionarios de las Instituciones de la Unión Europea en el artículo 49 Reglamento n.º 31 (CEE) 11 (CEE) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

En efecto, podemos afirmar sin temor a equivocarse que en nuestro ordenamiento jurídico se ha consagrado la inamovilidad como una garantía imprescindible para ciertas personas como aquellas que ejercen la función jurisdiccional y, aunque en menor medida, quienes integran el núcleo duro de la Administración nacional y del resto de instituciones de la Unión Europea. Sin embargo, con todo, no es posible extraer de ahí la conclusión de que única y exclusivamente quienes sean inamovibles podrán ejercer ciertas potestades, como el *ius puniendi*. Tal afirmación solo cabe con respecto de quienes ejercen la función jurisdiccional, pero no del resto. Muestra de ello es el artículo 36 CE en que se reconoce a los Colegios profesionales¹⁵, corporaciones que ejercen ciertas funciones públicas como la potestad disciplinaria frente a sus colegiados [artículo 5.i) LCP], y cuyo personal no es asimilable a los empleados públicos de la Administración, desde luego no a funcionarios. Más allá de la función jurisdiccional, el ejercicio de potestades públicas por personas inamovibles será nada más –y nada menos– que la regla general, ante la que cabrán excepciones, cuando así lo justifique el Legislador; sin que pueda considerarse, por tanto, que exista una reserva absoluta en favor de aquellas personas inamovibles.

Ni siquiera en el propio seno de la Administración esta reserva, que podría entenderse derivada directamente del artículo 103.3 CE, se aplica en términos absolutos. También aquí juega como regla general frente a la que caben excepciones. Ejemplo de ello es la posibilidad criticada pero asumida por la doctrina de que ciertas potestades públicas como

Y, respecto de quienes ejercen la función jurisdiccional en sentido amplio, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han interpretado de los respectivos artículos 6.1 CEDH y 47 CDFUE el carácter necesario de su inamovilidad. *Vid*, la STEDH de 28 de junio de 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, rec. 7819/77; 7878/77, § 80; y las SSTJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18; y de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, asunto C-619/18 (ECLI:EU:C:2019:924 y ECLI:EU:C:2019:531). Un análisis de estas últimas puede encontrarse en Nuria MAGALDI, «La garantía de independencia del Juez europeo: una revolución encubierta del TJUE», en imprenta.

¹⁵ A este respecto, ha de apuntarse que la parquedad del artículo 36 CE («La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos») no nos debe llevar a confusiones. La misma –entendemos– no viene motivada en la intención de dar al Legislador un especial margen de discrecionalidad para configurar *ex novo* sus elementos más esenciales, sino, al contrario, en que estos, precisamente por su tradición, no necesitaban ser explicitados. En este sentido, debe ponerse de relieve que durante la elaboración y promulgación de la Constitución estaba –y sigue estando– en vigor la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (en adelante, LCP), en la que curiosamente tampoco se definen. Lo que sí queda claramente explicitado en la Ley, que debe servir a interpretar el papel de esta institución, aunque fuera una Ley preconstitucional, es que esta institución es un «cauce orgánico para la participación de [la ciudadanía] en las funciones públicas de carácter representativo y demás tareas de interés general» (Exposición de Motivos), entre las que destaca por encima del resto la ordenación del ejercicio de las profesiones (artículo 1 LCP).

la sancionadora sean ejercidas por los cargos políticos que se encuentran en la cúspide de la Administración pública (ALARCÓN SOTOMAYOR, 2014: 162)¹⁶.

En definitiva, aunque sea y deba ser la regla general, no existe en nuestro ordenamiento (no se ha entendido así), una reserva absoluta para ejercer el *ius puniendi* en favor de las personas que sean inamovibles. Y, aclarado este extremo, no encontramos obstáculo para afirmar que en nuestro ordenamiento el Legislador, al menos de forma excepcional, puede confiar el ejercicio del *ius puniendi* a un sujeto privado. El hecho de que todos los casos a los que hayamos hecho alusión en este epígrafe sean relativos a sujetos públicos no es, en nuestra opinión, más que reflejo de esa regla general, de que el poder sancionador del pueblo sea ejercido precisamente por las instituciones que ha creado *ad hoc* la sociedad.

III. ¿CUÁL SERÍA EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN SU CASO?

En cuanto a esta segunda cuestión que nos planteábamos, su respuesta se antoja mucho más complicada. De hecho, a día de hoy tenemos muchas más preguntas que respuestas. Aun así, entendemos provechoso y necesario abordarla. Para ello, para saber qué principios y normas deben regir el ejercicio del *ius puniendi* por un privado, creemos menester abordar, en primer lugar, la distinción básica entre el Derecho privado y público; en segundo lugar, el encuadramiento del *ius puniendi* en este último y sus consecuencias; y, en último lugar, reflexionar sobre cómo hallar las normas que concreten los principios que deben regir la actuación del sujeto privado en el ejercicio del *ius puniendi*, cuando no las haya previsto expresamente el Legislador.

1. Derecho público vs. Derecho privado: la potestad pública como criterio de distinción

La distinción entre Derecho público y Derecho privado constituye la *summa divisio* del Derecho. Se trata de una división sistemática, de carácter dogmático, que se ha utilizado desde, al menos, el Derecho romano (ROBLES, 2015: 46) y que sigue presidiendo nuestro Derecho, a pesar de que no se ha encontrado aún hoy un criterio que satisfaga unánimemente a la doctrina. Con todo y teniendo todavía hoy detractores¹⁷, es una distinción que, como decimos, es ampliamente utilizada. No es este el lugar para profundizar sobre la cuestión, pero sí es necesario exponer aquí lo más brevemente posible nuestra posición.

¹⁶ *Vid.*, v. *gr.*, en materia de seguridad ciudadana, en la que se reconoce competencia para sancionar al Ministerio del Interior, al Secretario de Estado de Seguridad y a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Melilla (artículo 32.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana).

¹⁷ *Vid.*, v. *gr.*, FAJARDO FERNÁNDEZ (2015).

Si es común distinguir entre Derecho público y Derecho privado es porque nos permite identificar rápidamente un conjunto de normas, con unas características comunes, que son candidatas para aplicar en el caso concreto que se plantee. Pero, sobre todo, una serie de principios que nos orientan sobre cuáles deben ser esas normas concretas que han de aplicarse y cómo han de interpretarse. Lo primero que debe abordarse, entonces, es la distinción de principios entre Derecho público y Derecho privado, y su razón de ser.

Para abordar la misma, conviene partir de unas premisas de nuestro Derecho que, a mi parecer, son aceptadas sin mayores recelos por la doctrina y que se han ido fraguando y consolidando, en especial, desde finales del siglo XVIII con las primeras declaraciones de derechos humanos y las primeras constituciones en el continente europeo.

La primera premisa es que la legitimidad del Derecho, como conjunto de principios y normas que regulan una sociedad, radica en el pueblo, en la propia sociedad. La segunda es que dos de los principios que presiden la regulación del individuo, del miembro de la sociedad, son la libertad y la igualdad en dignidad, como proclama el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Principios que son base para la eficaz búsqueda de la felicidad de los miembros de la sociedad y, por tanto, como resultado lógico, del conjunto de la sociedad. Por último, la tercera premisa es la imposibilidad, ineficacia o, cuanto menos, ineficiencia de que la sociedad actúe en su conjunto para crear esas normas por las que se autorregule, para controlar su respeto y para realizar otras acciones que redunden en el interés general de la sociedad. Surge así la necesidad de que ciertas personas concretas de la sociedad actúen por ella, para lo cual ostentarán una serie de poderes cuyo reconocimiento tiene un fundamento y fin cualitativamente distintos a aquellos que derivan de la libertad genérica del individuo.

Este último dato es el que motiva que se distinga entre Derecho público y privado. Y es que la actuación de las personas en nombre de la sociedad en su conjunto no está presidida por los principios de libertad e igualdad. Es el carácter vicarial de los poderes, que pueden llamarse públicos, el que implica un cambio radical en los principios que han de orientar la conducta de la persona y, en definitiva, en la perspectiva respecto de su regulación.

De este modo, las personas cuando actúan en nombre propio pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en el ordenamiento, sobre la base del principio de libertad genérica, teniendo como límite el respeto de los derechos del resto de personas, que son iguales en dignidad. Lo pueden hacer, y de hecho esa es la intención, para su propia satisfacción. Y lo pueden hacer por la mera voluntad, por capricho, incluso de manera arbitraria.

Sin embargo, por imperativo lógico, los principios que rigen los poderes públicos, los que se ejercen en nombre del conjunto de la sociedad, son radicalmente distintos. Una persona –o, más ampliamente, un sujeto de Derecho– no puede actuar en nombre de la sociedad salvo que así se establezca, expresa o implícitamente, en el ordenamiento (vinculación positiva al ordenamiento jurídico). La persona que actúe en nombre de la sociedad deberá hacerlo en beneficio de esta última y no de sus propios intereses¹⁸. Y, evidentemente, la persona que actúe en nombre de la sociedad deberá hacerlo de manera objetiva, razonable y razonada (interdicción de la arbitrariedad). Estas son, a nuestro juicio, las bases que permiten y justifican distinguir entre Derecho público y privado¹⁹.

En cuanto al criterio que permite distinguir entre Derecho público y Derecho privado, lo que más se suele repetir, al menos como punto de partida, es que el Derecho público es aquel que regula el régimen jurídico de los sujetos públicos –de los Poderes públicos–, mientras que el Derecho privado es el que se encarga de regular las relaciones entre los sujetos privados. A partir de aquí comienzan las disparidades, aclarando los diferentes elementos de aquella afirmación, matizándola o, incluso, terminando por negarla.

En nuestro caso, creemos que aquel es el punto de partida más idóneo desde un punto de vista dogmático, pues permite visualizar rápidamente con un grado de acierto elevado nuestra realidad jurídica. Sin embargo, no creemos que sea exacto, como ya se ha podido intuir en la exposición de las bases del Derecho público y del Derecho privado.

A nuestro entender, de acuerdo con los principios que rigen uno y otro bloque, Derecho público no es solo el Derecho que regula la actuación de los sujetos públicos –entendidos como entidades creadas por la sociedad en su conjunto–, sino el Derecho que regula la actuación de la sociedad en su conjunto materialmente realizada por un sujeto de Derecho, ya sea este un sujeto público o privado. Por tanto, el criterio que sirve para distinguir Derecho público y Derecho privado no es de carácter subjetivo, sino objetivo. Criterio que podemos identificar con el concepto de potestad pública en un sentido muy similar al que define GAMERO CASADO (2021, 64-66). Esto es, como un poder atribuido *por y para* la sociedad en su conjunto. Dicho de otro modo, estaremos ante un supuesto de Derecho público cuando se ejerza un poder que no se derive de la libertad genérica que se reconoce

¹⁸ Esto ya se dijo expresamente con enorme claridad en el artículo 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «*La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée*».

¹⁹ Sin perjuicio de otros principios igualmente importantes como pueden ser los de motivación, transparencia o responsabilidad.

a las personas para su propia satisfacción, sino que se atribuya por el ordenamiento para satisfacción de unos intereses que trascienden a quien ejerce aquel poder.

2. El *ius puniendi* como potestad pública y sus consecuencias

Entendida la potestad pública en los términos expresados, no cabe duda alguna de que el *ius puniendi* lo es, en tanto expresión de la voluntad de la sociedad de castigar a un sujeto. Se trata de un poder atribuido por la sociedad cuyo fin mediato es la prevención de ciertas conductas contrarias al ordenamiento, con el fin último de satisfacer el interés general, no el interés particular de quien ejerce ese poder punitivo²⁰.

Tratándose de un poder punitivo, su regulación estará sujeta a una serie de principios que, por imperativo lógico, habrán de aplicarse con independencia de si nos encontramos ante el *ius puniendi* o ante una sanción impuesta entre sujetos privados. Así, por la propia naturaleza de la sanción, se requiere para su imposición de un acto previo por parte del sancionado que sea antijurídico, típico y culpable, lo cual comprende a su vez otros principios como la irretroactividad de la norma, en sentido amplio, desfavorable o el principio de responsabilidad personal.

No obstante, la calificación del poder punitivo como potestad pública, como *ius puniendi*, implica unas consecuencias de gran trascendencia. Por lo pronto, como potestad pública, solo podrá ejercerse cuando así lo permita el ordenamiento, siempre y en todo caso para satisfacer en última instancia el interés general y no el del sujeto que castiga, y habrá de ejercerse de forma objetiva, razonable y razonada. En segundo lugar, el hecho de hablar concretamente de *ius puniendi* conlleva, por un lado, que los principios sancionadores antes enunciados adquieran un rango cualitativamente distinto. Estos pasan a ser, en rigor, derechos fundamentales para quienes se someten a dicho poder, con independencia de quien lo ejerza²¹. Por otro lado, conlleva igualmente la aplicación de otros principios como el *non bis in idem* o el derecho de defensa y los que comprende este. Principios que

²⁰ Quedan, por tanto, extramuros del *ius puniendi* las sanciones privadas, entre las que pueden mencionarse la cláusula penal acordada entre dos privados en un contrato, aun habiéndose configurado como sanción (artículo 1153 Código civil), o el poder disciplinario que se reconoce al empresario frente a sus trabajadores [artículos 45.1.h), 54 y 58 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET)]. Ni en uno ni en otro caso concurren a la vez los dos datos caracterizadores de la potestad pública. En el primero el poder se atribuye por un privado (la otra parte del contrato) y en el segundo el poder se atribuye por el Legislador, pero, como bien apuntó ya FERNÁNDEZ LÓPEZ (1991: 333), para satisfacción del propio interés del empresario. De ahí que puedan ejercer o no esos poderes a tenor de lo que dicte su voluntad, sin estar sujeto a la búsqueda del interés general.

²¹ Así se deduce de la interpretación material que han hecho el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los respectivos artículos 25.1 CE, 49 CDFUE y 7 CEDH.

tienen igualmente rango de derechos fundamentales, de acuerdo con los artículos 24 y 25.1 CE, 48 y 50 CDFUE y 4 del Protocolo n.º 7 y 6 CEDH y la interpretación que se han hecho de ellos.

3. El Derecho administrativo como marco normativo de referencia para colmar las lagunas normativas en el ejercicio de las potestades públicas

Hasta ahora, se ha expuesto brevemente a qué principios debería responder el ejercicio del *ius puniendi*, con independencia de que el sujeto que lo ejerza sea un privado. Pero es ineludible plantearse qué normas han de concretar y hacer efectivos tales principios, qué normas de nuestro ordenamiento han de aplicarse en caso de que el Legislador guarde silencio tras atribuir en parte o en todo el ejercicio del *ius puniendi* a un sujeto privado. Es cierto que la «simple» consagración de algunos principios en la CE o en los Tratados internacionales basta para su plena efectividad, sin que sea necesario desarrollo legal²². Sin embargo, otros principios –en especial los principios comunes del Derecho público– requieren de una concreción para su plena eficacia²³.

Dada la limitada extensión de este trabajo, nuestra intención aquí se limita a reflexionar sobre el papel que puede tener el Derecho administrativo en esta cuestión.

Lo primero que debe destacarse a este respecto es que, ante la falta de un marco normativo que podamos identificar con un Derecho público común y a su «esencia expansiva [...] en el Derecho público interno» (COSCULLUELA, 2008: 37) por su extraordinario desarrollo doctrinal y jurisprudencial, el Legislador ha encontrado en el Derecho administrativo un bloque normativo al que remitirse puntualmente al regular actuaciones materialmente similares, aunque realizadas por un sujeto distinto²⁴.

Ante tal situación, no es de extrañar que la doctrina en no pocas ocasiones utilice incluso como sinónimos Derecho público y Derecho administrativo, en especial cuando se trata

²² Así, por ejemplo, la antijuridicidad o la presunción de inocencia. Muestra de ello es que el Legislador ni siquiera los nombra cuando enumera «los principios de la potestad sancionadora» en los artículos 25 a 31 LRJSP. Con todo, su efectiva es plena.

²³ Por ejemplo, es necesario que el Legislador concrete el modo y grado de motivación de los distintos actos resultado del ejercicio de una potestad pública; o las situaciones en que se entienda que existe un riesgo de que el sujeto ejerza la potestad pública sin la necesaria imparcialidad tal que sea inadmisiblesu actuación; o que, en aras del derecho de defensa y la seguridad jurídica, se fije un procedimiento con unos trámites previamente determinados para ejercer el *ius puniendi*.

²⁴ Ello puede hacerse a través de la remisión desde la norma que regula la actuación del sujeto distinto a la Administración pública, como sucede en el artículo 68.3 Acuerdo de 27 de marzo de 2006, adoptado por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en reunión conjunta por el que se aprueba el Estatuto del Personal de las Cortes Generales; y en el artículo 642.1 LOPJ, sobre las normas de procedimiento del Consejo General del Poder Judicial. O, también, previendo directamente la extensión de la norma original administrativa a otros sujetos, como sucede en los artículos 32.3 LRJSP; 2.3, 3.4 y 3.5 LCSP; 1.3 LJCA o 2.4 LPAC.

de contraponer el primero con el Derecho privado o de delimitar el segundo. Y resulta lógico que la doctrina haya intentado en numerosas ocasiones definir o delimitar el Derecho administrativo sobre un criterio material que permita explicar por qué a veces se aplican a sujetos distintos de la Administración pública normas que se han calificado unánimemente por la doctrina como normas administrativas. El último intento en este sentido corresponde a GAMERO CASADO (2021). Este trata de hallar en el ejercicio de la potestad administrativa el criterio de aplicación del Derecho administrativo, motivado, como él mismo explica, en las distintas referencias que se hacen a la potestad administrativa para aplicar diferentes normas administrativas a sujetos distintos de esta²⁵. A este respecto, hemos de destacar lo loable de todos estos intentos de encontrar datos comunes entre la Administración, otros sujetos y sus respectivos regímenes jurídicos. Ello sin duda es enriquecedor y puede resultar muy útil para identificar principios y normas comunes del Derecho público o, más restrictivamente, de algo que podría llamar Derecho del Poder ejecutivo. Sin embargo, no creemos acertado identificar a esos principios y normas eventualmente comunes con el Derecho administrativo. Esto supone negar la peculiaridad de la Administración, de unas características singulares y la existencia de unos principios y normas particulares que se adapten a aquellas (al menos puede llevar a pensar que se está afirmando eso), lo que no parece encajar con nuestro ordenamiento. Como razonaba DEL SAZ CORDERO (1992, 172 y ss.), puede entenderse que es la propia Constitución la que consagra una reserva de Derecho administrativo sobre la base de las referencias que se hacen en la Constitución en los artículos 103, sobre la Administración pública, y 153.c), sobre su control por la Jurisdicción contencioso-administrativa, así como en su artículo 149.1.18 CE al régimen común de las Administraciones públicas, a la expropiación, a los contratos y concesiones administrativas y a su responsabilidad. En efecto, parece deducirse de la Constitución la voluntad de que la Administración tenga, sin perjuicio de los comunes al Derecho público, unos principios y normas propios que –entendemos– se fundamentarían en las peculiaridades de la Administración pública. Este es un ente –o, más bien, conjunto de entes–, persona jurídica –destacaríamos GARCÍA DE ENTERRÍA (2020: 54 y ss.)–, cuyos recursos son enteramente públicos (*ex, inter alia*, artículos 27.7, 133.4 y 135 CE), cuya organización está presidida por los principios de

²⁵ Destacadamente los artículos 2.2.b) de la LPAC y de la LRJSP, que prevén su aplicación a las entidades de derecho privado vinculadas a la Administración en el caso de que ejerzan potestades administrativas; así como el artículo 2.d) LJCA que establece la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para juzgar aquellos actos administrativos de control respecto de los dictados por los gestores de servicios públicos «que impliquen el ejercicio de potestades administrativas».

jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (artículo 103.1 CE), cuyos órganos son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley (artículo 103.2 CE), y que es dirigida por el poder político (artículo 97 CE), razón por el cual se consagra su estructura burocrática basada en su personal funcionario (artículo 103.3 CE).

Con respecto a las normas administrativas a las que hacíamos alusión a pie de página (nota 25) que extendían su ámbito de aplicación puntualmente a sujetos distintos, nótese que precisamente son estas las que evidencian de una forma más clara la singularidad de unas normas dirigidas a la Administración, que sugiere hablar de Derecho administrativo sobre una base subjetiva y no objetiva como se ha pretendido en diversas ocasiones. Todas esas normas tienen en común el que son aplicadas a la Administración pública.

A los efectos que nos interesa, entendemos que el hecho de que en algunas ocasiones se extiendan algunas normas, la mayoría de las veces muy parcialmente, a otros sujetos no puede interpretarse en el sentido de que puedan, ni mucho menos deban, aplicarse las normas que se contienen en aquellas leyes administrativas a sujetos no previstos en su ámbito de aplicación por realizar una actuación análoga a la que podría estar realizando la Administración pública.

Así, en el caso que nos planteábamos, en el caso de que un sujeto privado esté ejerciendo en todo o en parte el *ius puniendi* y el Legislador no haya previsto expresamente algún extremo de su regulación será oportuno acudir al Derecho administrativo, al Derecho que regula la Administración, porque será probable que en él se encuentren soluciones a la cuestión que puedan tomarse de ejemplo, que incluso se llegue a la conclusión de que se apliquen en el mismo sentido que a la Administración. Pero ello no nos puede llevar al error de trasladar automáticamente el régimen jurídico previsto para la Administración a los sujetos privados que eventualmente ejerzan el *ius puniendi*, pues al fin y al cabo son sujetos distintos, con distintas características y, por tanto, posiblemente con un régimen en mayor o menor medida distinto²⁶.

²⁶ Nótese que, en virtud del principio de tipicidad en sentido estricto, queda vedada la aplicación de las normas del *ius puniendi*, por lo que a los sujetos privados que ejerzan el *ius puniendi* solo podrán ser penados o sancionados si han actuado contrario a Derecho y se ha previsto expresamente en la Ley. Es decir, con carácter general, no podrán ser condenados por los delitos previstos particularmente para los empleados públicos, ni podrán ser sancionados de acuerdo con el régimen disciplinario de estos.

Piénsese, igualmente, en el caso de que el sujeto privado al ejercer el *ius puniendi* ocasione unos daños al justiciable que no tenía el deber de soportar. Si se trasladase automáticamente el régimen aplicable a la Administración, el sujeto privado tendría una responsabilidad objetiva de acuerdo con el artículo 106.2 CE. Pero ello podría resultar desproporcionado, pues la lógica del artículo 106.2 CE es que el daño generado por los servicios públicos en sentido amplio sea repartido entre toda la sociedad, no que tuviese que ser asumido por un solo sujeto, como sería el caso. Iguales precauciones debería hacerse, por ejemplo, respecto del reparto competencial dentro de la estructura del sujeto privado, pues su organización no tiene por qué

IV. CONCLUSIONES

La presente comunicación ha tenido por objeto reflexionar sobre dos cuestiones relativas al eventual ejercicio en todo o en parte del *ius puniendi* por parte de sujetos privados. La primera de ellas ha sido si, precisamente, nuestro ordenamiento permite el ejercicio del *ius puniendi* por privados, si el Legislador puede confiarles esta función o, por contra, la Constitución o alguno de los tratados internacionales ratificados por España lo impide. La respuesta en nuestra opinión es afirmativa. No hemos encontrado obstáculos ni en la Constitución ni en ningún tratado internacional que impida el ejercicio del *ius puniendi* por sujetos privados, más allá de su sometimiento a una serie de principios y normas.

Esta ha sido, de hecho, la segunda cuestión sobre la que se ha querido reflexionar: ¿cuál sería el Derecho aplicable, esos principios y normas a las que se debe someter el privado que ejerce el *ius puniendi* en caso de que el Legislador guarde silencio en algún extremo? De lo dicho sobre ello, debe subrayarse, primero, que, al tratarse de un poder punitivo, habrán de aplicarse todos aquellos principios que derivan de la propia lógica del castigo: antijuridicidad, tipicidad, irretroactividad, responsabilidad personal... En segundo lugar, deben aplicarse el resto de los principios propios del *ius puniendi* consagrados, de acuerdo con sus máximos intérpretes, en la Constitución, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y, en tercer lugar, como potestad pública que es el *ius puniendi*, deberán aplicarse todos aquellos principios propios del Derecho público: satisfacción del interés general como fin último, vinculación positiva al ordenamiento, interdicción de la arbitrariedad... Por último, en cuanto a las normas que concretan esos principios, debe volverse a destacar la virtuosidad del Derecho administrativo como marco de referencia para hallar en él las respuestas a todas aquellas cuestiones que no haya abordado el Legislador expresamente. Sin embargo, hemos de ser prudentes y no trasladar automáticamente todas las soluciones que se han previsto para la Administración a los sujetos privados que ejercen el *ius puniendi*, pues estos y aquella son sujetos distintos y, por tanto, su tratamiento también lo deberá ser.

seguir la lógica que se ha establecido para la Administración pública; o respecto de las situaciones en las que la persona física que ejerce el *ius puniendi* debe abstenerse, en atención a las menos garantías que ofrecen –o que pueden ofrecer– los miembros de un sujeto privado frente a los de la Administración.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2014), «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, n.º 195, pp. 135-167.
- BAÑO LEÓN, José María (1994), «Garantía constitucional de la función pública y reforma constitucional», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 4 (ejemplar dedicado a “Delitos de los funcionarios públicos”), pp. 9-26.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (2008), *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, 19.ª ed.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia (1992), «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en Carmen CHINCHILLA MARÍN, Blanca LOZANO CUTANDA & Silvia DEL SAZ CORDERO, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas & Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 101-195.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier (2015), «Derecho público y Derecho privado. Los cinco sentidos de una distinción», *Persona y Derecho*, n.º 72, pp. 75-90.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda (1991), *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2020), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 19.ª ed., Civitas-Thomson Reuters.
- MAGALDI, Nuria, «La garantía de independencia del Juez europeo: una revolución encubierta del TJUE», en imprenta.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2021), «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», en Manuel REBOLLO PUIG, Alejandro HUEGO LORA, Javier GUILLÉN CARAMÉS & Tomas CANO CAMPOS (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Civitas.
- ROBLES, Gregorio (2015), «Derecho público y Derecho privado: ¿Una “distinción funestísima” (Kelsen)?», en María J. ROCA (coord.), *Derecho público y Derecho privado. Diferencias de régimen jurídico y cuestiones actuales de recíproca influencia*, Iustel, pp. 39-80.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2020), *Derecho de la Función pública*, Tecnos, 13.ª ed.