

**Solanes Corella, Ángeles. *¿Castigar o Premiar? Las sanciones positivas.*
Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.**

Juana María Gil Ruiz
Universidad de Granada
ORCID: 0000-0002-6062-4355

Fecha de recepción 24/08/2023 | De publicación: 22/12/2023

El tema de la sanción constituye una cuestión fundamental en el ámbito de la Teoría y la Filosofía del Derecho que puede ser abordada desde diversas perspectivas. Por una parte, desde la teoría de la norma, de manera que sería posible cuestionar si la sanción ha de ser considerada un elemento estructural de la norma jurídica o una consecuencia de su incumplimiento, en cuyo caso habría que negar la existencia de sanciones positivas. Por otra parte, podría abordarse el estudio de las sanciones también desde la perspectiva de los conceptos fundamentales que incidiría especialmente en las diferencias entre las sanciones negativas y positivas, así como en la posibilidad de que ambas puedan incluirse bajo un mismo concepto de sanción. Por último, cabría analizar la cuestión de las sanciones al tratar las transformaciones en el modelo de Derecho y en sus funciones, en concreto al tratar su regulación y los mecanismos alternativos.

En este contexto, el excelente trabajo que presenta Ángeles Solanes, se centra en el concepto, las características y las clases de sanciones positivas, y su relación con la función promocional del Derecho. Se remite así, como la autora señala, a una de las cuestiones iusfilosóficas centrales que siguen planteando interesantes interrogantes: la de las funciones del Derecho. En concreto, como el título del libro indica, se analiza la potestad de castigar o premiar para motivar conductas, es decir, la conjunción entre las sanciones negativas y las positivas desde el convencimiento de que existen alternativas a la marcada tendencia punitivista actual.

Para intentar acotar el ámbito de análisis, se toma como punto de partida la idea moderna de recompensa, a partir de los siglos XVI y XVII, en los que pueden encontrarse diversas obras que aluden a esta noción desde dos ámbitos de reflexión filosófica. En primer lugar, la teoría de la razón de Estado, donde se establece ya la perspectiva utilitarista que justificará la mayor parte de la tradición de la recompensa jurídica. Y, en segundo lugar, la filosofía racionalista que se plantea la cuestión de la eficacia, el fundamento y la justificación de la utilización por parte del gobierno de las recompensas.

Durante los siglos XVI y XVII la recompensa aparece como una manifestación de la discrecionalidad del soberano. En cambio, la pena sigue estando íntimamente ligada al ámbito jurídico. Autores como Maquiavelo o Bodin al tiempo que mantienen la necesidad de la pena, entendida como forma de amenaza, temor y coerción, apuestan por atribuir una cierta relevancia a la recompensa. Con Hobbes la recompensa comienza a concebirse como un instrumento jurídico, sin estar al nivel de la pena, que debe separarse de la discrecionalidad del soberano. Dentro de esta perspectiva racionalista, Cumberland utiliza por primera vez el término sanción para referirse tanto a la pena como a la recompensa. Ambas deben ser suficientes para empujar a los hombres a actuar de acuerdo con el fin de la ley. Esa dualidad de ideas latente en Cumberland entre la naturaleza racional y buena, y la necesidad de justificar la recompensa como instrumento útil para el gobierno se encuentra en otros pensadores de finales del siglo XVII como Shaftesbury. Pena y recompensa aparecen como formas de apoyo para el principal instrumento de influencia en el comportamiento humano: el ejemplo. Este autor defiende la recompensa, desde una perspectiva retributiva, como la pena.

Es interesante poner de relieve y analizar atentamente, como enfatiza la autora de este estudio, que en las teorías del siglo XVIII, relativas al derecho premial, confluyen numerosos componentes propios del reformismo ilustrado: la idea de un poder que actúa más con la persuasión que con la imposición, la función educativa del Derecho, el reblandecimiento de la pena, la prevención como objetivo primario de la política penal y la sustitución del sistema de privilegios de las monarquías absolutas por nuevas jerarquías sociales meritocráticas.

Así la recompensa es vista como un bien “concebido” no “debido” por una acción que se juzgue buena o útil, en autores como Montesquieu o Diderot, y como un instrumento para conseguir el fin del Derecho (entendiendo por tal la felicidad general de los ciudadanos) en otros como Helvetius. Hacia la segunda mitad del siglo XVIII comienza a entenderse la recompensa como instrumento de promoción, por ejemplo, de determinadas actividades socialmente útiles en la obra de Dragonetti, y como instrumento de prevención y defensa social según Beccaria. No se pierde, sin embargo, el carácter simbólico de la recompensa.

Con Bentham comienza la superación de la visión de los juristas que negaban a la recompensa el carácter de sanción. Este autor ha sido considerado como el fundador del derecho premial y es un referente indiscutible en la materia. Bentham mantiene que la recompensa está indicada en los casos en los que se persigue una finalidad útil y la pena sería ineficaz, es decir, para alentar actos positivos.

Como acertadamente señala la profesora Solanes, en el siglo XIX pueden distinguirse dos tendencias con relación a la recompensa que marcarán de forma determinante la evolución posterior. Una primera que mantiene las propuestas de extender y racionalizar el uso de las recompensas estatales, retomando buena parte de los planteamientos de las teorías premiales del s. XVIII. La segunda tendencia que aborda el estudio de la recompensa como sanción legislativa que puede insertarse en una teoría general del derecho iuspositivista, que se desarrollará fundamentalmente en el siglo XX.

Especialmente estimulante es el diálogo con los pensadores del siglo XIX que continúan con las tendencias ilustradas. Entre ellos se destaca a Gioia, que considera la recompensa como un instrumento de apoyo de la pena para aumentar la eficacia de la ley. En la segunda mitad del siglo XIX Jhering se ocupa de la recompensa al distinguir dos motores fundamentales del comportamiento social egoísta: la recompensa y la coacción. Para este autor mientras la primera corresponde a la esfera propia de las relaciones económicas, la segunda se reserva a la esfera del Derecho y el Estado. En los escritos de distintos penalistas de finales del siglo XIX y principios del XX reaparece la idea ya expuesta por Beccaria de utilizar la recompensa como instrumento de apoyo de la pena y como forma de prevención de los delitos, así por ejemplo se aprecia en la obra de De la Grassèrie y Jiménez de Asúa.

A principios del siglo XX la idea del establecimiento de incentivos a través de una legislación específica se desarrolló desde la ciencia económica y administrativa. Hasta la segunda mitad del siglo no comenzará a aumentar el uso legislativo de las recompensas, a partir de este momento se generaliza la utilización del término sanción positiva en lugar de recompensa en sentido genérico. El paso de una a otra noción implica una concreción, puesto que, el término sanción positiva alude sólo a un tipo de recompensa: al establecido como sanción en una norma jurídica. En el análisis de esta categoría específica de recompensa es fundamental la obra de Bobbio, y en contraposición con ella en esta cuestión la de Kelsen, que advierte de la aparición de nuevas formas de recompensa distintas de las tradicionales, que ya no se basan en la reputación como poder de atracción o incentivo sino, por ejemplo, en los bienes económicos. Este autor pone de relieve como la proliferación de las sanciones positivas coincide con el advenimiento del Estado asistencial y la función promocional que éste desempeña a través del Derecho.

El estudio de las sanciones positivas, desde finales del siglo XX y principios del siglo XXI, exige, desde una perspectiva actual, establecer su relación con las denominadas sanciones negativas, ya que, se trata de una categoría que toma la sanción como pena para definirse y caracterizarse a *sensu contrario*. En el establecimiento de un paralelismo entre sanción negativa y positiva, presenta especial relevancia la obra

de Kelsen para quien las sanciones negativas deben prevalecer en el ámbito jurídico. En la contraposición entre ambos tipos de sanciones, se toma como punto de referencia la obra de este autor junto a la de Bobbio.

La segunda parte de este óptimo libro analiza de manera crítica y reflexiva el concepto, características y tipología de las sanciones positivas. Para ello, es interesante el enfoque por el que opta la autora a partir de la distinción entre fin y medio promocional. Precisamente en esta segunda acepción es donde tradicionalmente la teoría estructural ha ubicado a las sanciones positivas en el conjunto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, como enfatiza Solanes existe también la primera, la relativa al fin, que reclama la profundización en la dimensión funcional, o si se quiere el recurso a una teoría estructural-funcional como se indica en la terminología bobbiana.

La dualidad medio-fin evidencia que las sanciones positivas son medios o técnicas que aúnan las condiciones de incentivación, motivación y premialidad, para la consecución de un fin perseguido por la norma, sin la coacción o uso de la fuerza.

La aproximación conceptual se centra en diferenciar entre cuatro instrumentos de carácter promocional en los modernos ordenamientos jurídicos: premios puros, incentivos puros, facilitaciones y sanciones positivas en sentido estricto. Especialmente interesantes resultan los ejemplos que se ponen en cada uno de los casos para reforzar esta diferenciación.

Es fundamental en esta distinción la voluntad o finalidad perseguida por el dador. Igualmente hay que tomar en consideración la función retributiva, entendida como el reconocimiento de conductas meritorias consideradas como valiosas para el Derecho; y otra motivadora, que supone un incentivo de la conducta aportando razones para la acción. Ambas ideas llevan al concepto de sanción positiva en sentido estricto que esta investigación mantiene, construida *a sensu contrario* desde la idea de sanción negativa, y cumpliendo una función *ex ante* (motivadora) y *ex post* (retributiva).

El análisis de las características propias de la sanción positiva y su tipología permite enfatizar su carácter jurídico, la convivencia con la sanción negativa, y el papel de medidas indirectas de control social que realizan las sanciones positivas. Resulta de especial interés la clasificación que se propone para distinguir entre sanciones atributivas y privativas, retributivas y reparadoras, preventivas y sucesivas. De las tres distinciones que se plantean, la autora entiende que la que mejor puede trasladarse de las sanciones

negativas a las positivas es la primera. En las sanciones que conllevan medidas retributivas y reparadoras y en las que implican medidas preventivas y sucesivas la traslación es especialmente dificultosa, ya que, se detecta la ausencia de alguna de las funciones que definen a la sanción positiva. En cambio, si se conjugan a un mismo tiempo las sanciones preventivas y sucesivas, como ocurre con las sanciones negativas, podría hacerse lo mismo con las positivas.

El estudio conceptual de la noción de sanción positiva deja paso en la tercera parte de esta interesante monografía al estudio de la relación entre este concepto y la función promocional del Derecho. Como la autora advierte el abordaje de esta cuestión es propedéutico, a los efectos de señalar su utilidad en el estudio de las sanciones positivas. Entre otras cuestiones, se mantiene que el análisis funcional del Derecho se ha centrado en si el Derecho tiene únicamente una función de carácter represivo o también distributiva, promocional, etc.; y, por otra parte, si tiene una función de conservación, estabilización o innovación y dentro de qué límites. Ambos aspectos se refieren, respectivamente, a los medios que emplea el Derecho para condicionar comportamientos dentro de un determinado grupo social y a los resultados obtenidos respecto al conjunto de la sociedad.

Según la profesora Solanes para mantener que el Derecho desempeña una función represiva o promocional es imprescindible observar el tipo de remedios que utiliza, o lo que es lo mismo, atender a las penas o castigos (función represiva) y a los premios, incentivos, facilitaciones y sanciones positivas (función promocional). En cambio, para señalar su carácter más o menos innovador se atenderá a las medidas concretas que se establecen a través de dichos remedios. Así, es posible afirmar que el análisis funcional puede utilizarse tanto para analizar los efectos, que surgen a partir de la utilización de un determinado medio de coacción y promoción social que denominamos Derecho, como para estudiar los resultados que derivan de los comportamientos que a través de ese medio han sido establecidos (prohibidos, alentados, incentivados, etc.) o de las instituciones sociales que al estar reguladas por normas jurídicas denominamos Derecho de un grupo social. De estas dos cuestiones interesa especialmente la primera sin menospreciar la segunda que resulta determinante para establecer el carácter conservador o innovador de un ordenamiento jurídico.

El estudio, por una parte, de la función protectora-represiva del Derecho, y de la promocional por otra, completa el análisis de la sanción en conjunción con el tipo de Estados en las que dichas funciones se potencian. La pretendida oposición entre ambas funciones en el Estado liberal clásico y en el Estado social se aborda desde la perspectiva de que están llamadas a convivir dentro de un mismo modelo estatal,

si bien con una importancia muy diferente. Se verifica, como ya sostuviera Bobbio, que la mayor presencia de las sanciones positivas debe vincularse al aumento en el Estado contemporáneo de las técnicas de alentamiento. Es en este contexto en el que la función promocional adquiere una mayor relevancia y se distancia de la imagen tradicional del Estado protector-represivo para dejar paso a un Estado asistencial.

La profesora Solanes sostiene que una diferencia genérica entre la función protectora-represiva más propia del Estado liberal, y la promocional, que se desarrolla en el seno del Estado social, alude al uso que el Estado hace del sistema normativo. En el primer supuesto el sistema tiende a impedir la realización de determinados comportamientos no queridos o a castigarlos en caso de que se produzcan, en el segundo intenta provocar comportamientos deseados. Es así como intenta orientar conductas. Entre unos y otros se sitúan una serie de comportamientos que pueden considerarse indiferentes. Respecto a estos últimos comportamientos la función del ordenamiento jurídico puede ser represiva, cuando se opta por establecer que solo determinados actos van a ser válidos, es decir, jurídicamente eficaces; o promocional desde la perspectiva de la tutela que el ordenamiento jurídico concede.

Desde el enfoque liberal clásico del Derecho, como conjunto de normas reforzadas con sanciones negativas, se revisan las propuestas de Thomasius, Kant y Hegel, con una especial atención a las teorías de la pena de estos dos últimos autores que la justifican bien desde la perspectiva retributiva, al más puro estilo kantiano, o en la concepción preventiva (relativa o utilitarista) que ve en el castigo un medio para la prevención de futuros delitos, desde un enfoque general o especial, y atendiendo a la naturaleza de las prestaciones de la pena, desde una dimensión negativa o positiva.

La compatibilidad entre función promocional y derecho penal en el Estado Social cierra este capítulo. Así se evidencia que en el contexto del Estado social-intervencionista aparecen instrumentos de prevención especial inadecuados en el modelo liberal clásico, más acordes a las nuevas funciones que el Estado asume, entre ellas, la promocional, aunque su compatibilidad con el derecho penal puede verse como cuestionable. Ciertamente ha existido una falta de predisposición negativa por parte de la doctrina penalista a admitir la compatibilidad entre el derecho penal y premial, es decir, a considerar la posibilidad de que en este ámbito del Derecho tradicionalmente reservado a los ilícitos más graves sean admisibles disposiciones destinadas a incentivar y premiar. Como propone Solanes la utilización de técnicas de carácter promocional en el derecho penal supone una visión de este distinta al tradicional papel de defensa social que se le había atribuido, entendiendo que la misión que este debe realizar es más amplia.

La cuarta y última parte del libro se centra en la función promocional del Derecho en el marco del Estado social, en el que se van a desarrollar las sanciones positivas. Como destaca la autora la relación entre la función promocional y la sanción en su versión positiva ha sido cuestionada por una parte de la doctrina. Desde la discusión generada a partir de la teoría bobbiana se puede reflexionarse de manera crítica y propositiva, como se plantea en este estudio, acerca de aspectos tan básicos como la conveniencia de no acudir a una interpretación meramente formal del concepto de sanción. En ese sentido, es fundamental atender a su contenido o consideración social y a la necesidad de distinguir entre eficacia y eficiencia de las normas.

Desde esta perspectiva se aborda la compatibilidad entre la función promocional y el derecho penal en el Estado social. A diferencia de las posturas que han apuntado por la permanencia del punitivismo, es posible sin negar el poder coactivo del Estado y de la primacía de la pena como medio de orientación de conductas el recurso a las sanciones positivas. El recorrido que establece la relación entre derecho penal y premial a partir de la discusión doctrinal penalista permite cuestionar los tradicionales postulados de la teoría de la pena heredados del Estado liberal clásico.

El ordenamiento jurídico en cuanto sistema encaminado a orientar conductas, más allá de las prohibiciones y los castigos, recurre a medidas de alentamiento y tiene unas pautas diferenciales en cuanto a los medios, los fines, la estructura y la función, que permiten identificarle. Resulta muy acertado como propone la profesora Solanes, desde la polémica que suscita la diferenciación entre medio y fin promocional, sostener el valor de las sanciones positivas como medios para la orientación social, o lo que lo mismo, como formas de dirigir conductas a través de la motivación para el cumplimiento de las normas. Mantener esta postura permite actualizar y completar la propuesta realizada por Bobbio cuando apuntaba al carácter insuficiente de las concepciones tradicionales del Derecho basadas en su función protectora y represiva y la importancia creciente de la función promocional. Reconstruirla y modernizarla pone en evidencia que el recurso a las técnicas de promoción de conductas se ha convertido en una característica distintiva de los modernos Estados sociales.

Los ejemplos que se proponen en la parte final de esta excelente obra evidencian las múltiples posibilidades que tienen las sanciones positivas cuando se conciben, como hace la autora en este trabajo, desde la conjunción entre el premio y el incentivo. De las múltiples posibilidades que se apuntan, el primero de los ejemplos se centra en la situación derivada de la pandemia por COVID-19. La excepcionalidad de dicha situación ofrece una oportunidad para reflexionar sobre cómo las normas

jurídicas pueden orientar las conductas con sanciones positivas. En efecto, no puede negarse que la declaración del Estado de alarma tuvo un carácter controvertido por la especial afectación a determinados derechos fundamentales que exigió una actuación extraordinaria en la que se recurrió a la posibilidad de castigar el incumplimiento de las medidas establecidas a propósito de la pandemia con sanciones negativas. Esta visión no se aparta del enfoque punitivista que reduce la orientación de conductas al incentivo o desincentivo que implica la sanción negativa.

Junto a esas normas de conducta de carácter restrictivo, la pandemia propició también la aprobación de normas de organización, promocionales y permisos para alcanzar determinadas situaciones favorables tales como subvenciones, exenciones o aplazamientos en el cumplimiento de las obligaciones. Así, por ejemplo, el denominado pasaporte COVID, que se analiza con detenimiento en este estudio desde diferentes enfoques, constituye para la autora una muestra de la posibilidad de motivar determinadas conductas que, por diferentes motivos, el legislador considera especialmente valiosas desde la configuración de un incentivo-premio entendido como sanción positiva.

El segundo ejemplo, que cierra este trabajo, profundiza en las medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo que surgieron tras la pandemia. Como se expone en esta investigación, el ámbito de derecho laboral ofrece múltiples posibilidades para el recurso a las sanciones positivas. En el caso de España, la situación tras la pandemia se unió a la alta temporalidad que ha venido arrastrando el ámbito laboral español como una característica identificativa a la que se intentó hacer frente. Con la nueva normativa, la finalidad era la de evitar la destrucción sistemática del empleo para conseguir un marco jurídico novedoso en el que sustentar un pretendido modelo de relaciones laborales más justo y eficaz. Dichas propuestas hacen referencia, por una parte, a la contratación laboral y, por otra, a la flexibilidad interna como alternativa al despido. Todo ello perseguía revertir la tendencia empresarial a acudir a la contratación temporal como mecanismo ágil y económico de ajuste de plantillas.

El sugerente análisis de los incentivos y otros instrumentos de apoyo al empleo que, en opinión de la autora, pueden catalogarse como sanciones positivas desde la idea de promesa de premio que en ellos subyace, sugiere y aporta alternativas a la visión lineal que prioriza en la orientación de conductas la reprobación de aquellas consideradas indeseables, frente al incentivo y el premio de las que se cree que son valiosas.

No puede negarse que este gran ensayo permite al lector pensar, desde el prisma de la sanción, sobre esa gran pregunta abierta de cómo es mejor orientar conductas. Con ella se suscitan interrogantes acerca de cuáles son las técnicas para desempeñar dicha función y los fines que se persiguen. Desde la reflexión lúcida, abierta y crítica que propone Ángeles Solanes, se ofrecen respuestas a esas dudas. Es imprescindible aceptar esa invitación que lanza a considerar la importancia de premiar, para fortalecer valores como el de la libertad y la igualdad, en los ordenamientos jurídicos de los modernos Estados de Derecho.