



Solanes Corella, A. (2023) *¿Castigar o premiar? Las sanciones positivas*. València: Tirant lo Blanch.

Aitana Torró Calabuig¹

En un momento de auge de las corrientes de política criminal con una posición crítica hacia el exceso de normas punitivas en razón de su insuficiencia o inadecuación para fomentar la observancia de la Ley e influir sobre las conductas humanas, es más evidente que nunca que las doctrinas clásicas del Derecho han quedado desfasadas, las cuales “son como vestidos que se han quedado demasiado estrechos para un cuerpo inesperadamente crecido”, tal y como apuntó Bobbio en *Contribución a la teoría del Derecho* (1980). La obra de Ángeles Solanes Corella, Catedrática en Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia, publicada por la Editorial Tirant lo Blanch en septiembre de 2023, se inscribe con acierto en las nuevas tendencias que están emergiendo en los últimos tiempos, que aspiran a potenciar la función promocional del Derecho en detrimento de su faceta protectora-represiva, más propia del modelo liberal clásico. “¿Castigar o premiar? Las sanciones positivas” es el título de la obra a la que nos referiremos en el presente texto, la cual está dividida en cuatro capítulos, precedidos de una introducción, que nos sitúa, desde el inicio, en la tesitura

de ampliar nuestra mirada hacia fines y técnicas del ordenamiento distintos a la mera coacción, permitiéndonos imaginar nuevos horizontes que permitirán al Derecho asegurar su eficacia y su función como ordenador de las conductas.

En el primer capítulo, Solanes expone la evolución histórica del concepto de sanción positiva desde el S. XVI hasta la actualidad, partiendo del término de recompensa — propio del ámbito extrajurídico — en la obra de autores como Maquiavelo, Bodin, Hobbes o Locke, donde se configura como una concesión discrecional del soberano exenta de control jurisdiccional (p. 27). No será hasta el S. XVIII, con la expansión del Estado y del principio de legalidad, que la recompensa pasará a formar parte del engranaje jurídico, por lo que encontramos en esta etapa histórica el germen del derecho premial. En ese periodo, destacan las tesis de Montesquieu, Kant, Dragonetti o Beccaria, entre otros, los cuales iluminarán el camino hacia la reconsideración del premio como mecanismo para afianzar la obediencia a la norma con base en las ideas ilustradas del Derecho como “instrumento de pedagogía estatal” (p. 43),

¹ Universitat de València.



del reblandecimiento del sistema penal y del necesario reconocimiento de la virtud como vía preventiva del delito (p. 49). Dentro de la corriente del utilitarismo anglosajón y el advenimiento del Estado-administración, surge la concepción benthamiana del ordenamiento jurídico, la cual no niega su carácter eminentemente coercitivo, pero señala a su vez la necesaria inclusión de normas jurídicas promocionales que “inviten a actuar de una determinada manera por medio de la recompensa” (p. 59), instituyendo así una suerte de contraprestación por los servicios ofrecidos y complementando a las penas para garantizar el respeto a la voluntad del legislador. Tras las aportaciones de diversos penalistas, como Asúa o De la Grassière, que incidirán en la línea ya propuesta de fomento de la virtud a través de la alentación de la buena conducta, llegamos al S. XX y a la asunción por parte del Estado de funciones clásicamente relegadas a la esfera privada, donde destacarán las voces de autores como Kelsen, con una visión exclusivamente coercitiva del Derecho, que expulsa a las sanciones positivas de lo público e incluso del propio ordenamiento, en tanto que “elemento extraño al Derecho” (p. 86); así como Bobbio, cuyas ideas servirán en gran parte de hilo conductor de la obra comentada, pues ocupa una posición esencial en la consagración de la juridicidad de la sanción positiva y en la superación de la recompensa como un mero incentivo de obtención de aprobación social (p. 89).

Tras este breve pero incisivo repaso histórico, crucial para entender el trasfondo de la temática que nos ocupa, la profesora Solanes procede a realizar, en el capítulo segundo, una aproximación conceptual a la idea de sanción positiva desde una visión estructuralista, ubicándola primeramente dentro de la noción genérica de sanción, la cual tiene como principal cometido “la conservación del sistema” (p. 94), y exponiendo sus particularidades respecto a una serie de términos parejos como los premios o los incentivos puros. La autora defiende que la sanción positiva en sentido estricto ha de aspirar a reunir tanto un elemento motivacional (*ex ante*) que incide directamente en el autointerés del sujeto, propio de los incentivos puros, como un elemento retributivo o de reconocimiento (*ex post*), como es el caso de los premios puros. Para ilustrar lo que viene exponiéndose, se dan una serie de ejemplos de sanciones positivas, como los sexenios (p. 120) o la libertad condicional en el ámbito penal (p. 122).

Una de las notas distintivas que deberá acompañar a las sanciones positivas es su carácter jurídico, defendido por Bobbio pero cuestionado frontalmente por Kelsen, dado que la sanción positiva encaja difícilmente en la concepción exclusivamente coercitiva del orden jurídico que hemos señalado anteriormente, la cual se revela en la actualidad como excesivamente rígida y reduccionista, tal y como expone Solanes, en cuestiones como la falta de consideración de las relaciones entre Estado y agentes económicos o en



una estricta “separación entre el ámbito de lo público y de lo privado” (p. 135). Siguiendo con la contraposición entre las posturas bobbianas y kelsenianas, la profesora Solanes aduce que el jurista austriaco propone una distinción entre técnicas directas e indirectas de motivación, situando a la sanción en forma de pena o recompensa en la segunda tipología. Por su lado, para Bobbio, la sanción es una medida indirecta de control social, que pretende obstaculizar, facilitar o retribuir una conducta “sin incidir directamente en el comportamiento del destinatario” (p. 152). A la hora de clasificar las distintas modalidades de sanciones positivas, siguiendo el mismo esquema que se emplea para las negativas, la autora conviene que la clasificación entre sanciones que implican medidas atributivas de ventajas y privativas de desventajas es la que más adecuada se revela (p. 165), existiendo la posibilidad de que se combinen ambas categorías en una misma norma, ejemplificado esto último con las normas de lucha contra el crimen organizado que regulan el arrepentimiento y la colaboración en la investigación (p. 156).

La autora adquiere, en el capítulo tercero, un enfoque funcional (p. 171) para exponer cómo la función promocional del Derecho, surgida con el Estado social, es subsumible en la más relevante de las tres funciones básicas que busca el Derecho: la orientación social (p. 177). Antes de entrar en materia, se justifica la trascendencia de la combinar la perspectiva funcional con la estructural debido

a que la cuestión de las sanciones positivas rebasa lo estrictamente jurídico para adentrarse en los campos de lo sociológico, lo filosófico o lo político (p. 171), además de ser un enfoque adecuado a la hora de analizar especialmente los efectos de “un determinado medio de coacción y promoción social que denominamos Derecho” (p. 172).

Volviendo a la cuestión de la orientación social, para guiar la conducta de un grupo de individuos, el ordenamiento hace uso tanto de su función promocional como de la protectora-represiva, siendo ésta última la propia del Estado liberal clásico (p. 185). Siguiendo la clasificación realizada por Bobbio, Solanes expone, por un lado, la lógica *protectora-represiva*, que se fundamenta en la limitación de las interferencias del Estado a través del Derecho – considerado como “ultima ratio” (p. 184) —, encontrando puntos de anclaje en teóricos retribucionistas absolutos como Kant, que identifica ley penal con imperativo categórico (p. 197) o Hegel, para quien la pena supone la retribución necesaria para “reestablecer la voluntad general representada por el orden jurídico” (p. 200). Estas tesis absolutistas han sido matizadas por las doctrinas relativistas, las cuales otorgan peso a la prevención especial positiva o “al fin que se persigue con la pena” (p. 207). En contraposición a esta, encontramos la lógica *promocional*, según la cual el Estado adquiere un rol de incentivación y estimulación de “comportamientos socialmente útiles” (p. 212). Así, será el



paso del Estado liberal al Estado social el que determinará la incorporación de las sanciones positivas al ordenamiento jurídico para complementar a las negativas. Solanes concluye que las normas premiales pueden encontrar legitimación tanto desde el punto de vista de la prevención general, como “un instrumento fundamental de política “disuasivo-propulsiva” (p. 228), como de la prevención especial, especialmente en el ámbito de “las conductas post-facto” (p. 230), en tanto en cuanto la sanción es un instrumento de “responsabilización y socialización del comportamiento humano” (p. 233).

Finalmente, en el capítulo cuarto, el análisis de las sanciones positivas se sitúa en el marco del Estado social, donde encontrarán un acomodo adecuado para desplegar todo su potencial y conformar un auténtico ordenamiento promocional, con sus notas distintivas respecto a los medios que emplea (medidas indirectas de alientamiento a hacer o no hacer, p. 237), los fines que persigue (provocar la realización de un comportamiento deseado, p. 238), la estructura (inversión del sujeto activo o sancionante y sujeto pasivo o sancionado, convirtiéndose el sancionante en el titular del deber y el sancionado en el del derecho, p. 242) y la función (tanto conservación del sistema como innovación, p. 244). A continuación, la autora señala la utilidad de las sanciones positivas como medio “no solo para cumplir algunas de las funciones del Derecho (...) sino también para asegurar que las normas jurídicas sean eficaces”

(p. 253), teniendo en cuenta que la motivación de los sujetos es un elemento esencial para asegurarla.

En último término, Solanes conecta toda la exposición teórica relativa a la función promocional del derecho con dos cuestiones surgidas en relación a la excepcionalidad sanitaria que ha venido teniendo lugar los últimos años. La profesora Solanes emplea la producción legislativa que se desarrolló en el contexto de la crisis del COVID-19, partiendo del Real Decreto 463/2020, dada la originalidad y variedad de la misma — sin olvidar todas sus controversias, como la limitación o suspensión de normas iusfundamentales — para exponer una serie de medidas de carácter prohibitivo, de difícil encaje constitucional en algunos casos, complementadas con un arsenal de sanciones positivas como “las subvenciones, las exenciones o los aplazamientos de obligaciones” (p. 268). El pasaporte COVID es uno de los mecanismos de sanción positiva empleados para motivar cierta conducta socialmente útil: la vacunación. Esta medida se ajustaría de manera muy adecuada a la técnica del “nudging” (p. 276), en tanto que método de los poderes públicos para influenciar en los comportamientos de los sujetos a bajo coste y con fines beneficiosos. El segundo caso tiene que ver con las medidas urgentes en materia de contratación laboral que se adoptaron con el Real Decreto-Ley 1/2023, el cual incluye una serie de medidas que podrían enmarcarse como sanciones positivas, cuyo fin es



fomentar la contratación y estabilización laboral de las personas destinatarias de la norma a través de bonificaciones en la cotización, complementando a las negativas, con el recurso a la ley penal justificado en la exposición de motivos de la misma ley.

Con esta última parte de actualización de la teoría bobbiana de la función promocional del derecho, que la autora conecta de forma muy clarificadora con ejemplos recientes, finaliza la obra, quedando diversos interrogantes abiertos, como el fundamento teórico que debe encontrarse en la base del derecho promocional, esto es, si se trata de una cuestión de utilidad social o de justicia; si se debe premiar la

mera observancia de la norma o también la supererogación, corriendo el riesgo de profundizar en las lógicas meritocráticas a través del Derecho o si el derecho promocional puede erigirse como una verdadera alternativa al criticado punitivismo. En todo caso, la propuesta de Solanes invita a repensar el Derecho desde ópticas distintas a las represivas, permitiendo otras formas de construir y aplicar el Derecho más actualizadas y eficaces, pero, sobre todo, más en consonancia con los valores de justicia, igualdad y libertad que se encuentran en el fundamento de nuestro ordenamiento jurídico y del Estado social y democrático de Derecho que lo enmarca.

