

Ángeles SOLANES CORELLA,
¿Castigar o premiar? Las sanciones positivas,
Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 320 pp.

EMILIA BEA
Universitat de València

Palabras clave: castigo, recompensa, sanción positiva, incentivos, Derecho.
Keywords: punishment, reward, positive sanction, incentives, Law.

Ante escenarios sociales que ya no encajan adecuadamente en un paradigma jurídico centrado en la coacción, pero que encuentran una respuesta fácil en la exacerbación del punitivismo, el libro de la catedrática de la Universitat de València, Ángeles Solanes, desde su propio título, certero y sugerente, nos proporciona una alternativa que, partiendo de sólidas raíces, abre caminos innovadores a la teoría y la filosofía del derecho, marcados con intensa precisión y lucidez.

La reflexión sobre la función promocional del derecho en el marco del Estado social y, más en concreto, sobre las sanciones positivas como técnica especialmente valiosa a la hora de promover conductas a través del incentivo y del premio, sin ser una cuestión nueva, sino inspirada en una larga tradición, se plantea de un modo renovado, inteligente y eficaz, en esta excelente monografía que llena un hueco y es un hito en los estudios sobre el tema, pues lo aborda con singular claridad, rigor y profundidad, a la búsqueda de dispositivos jurídicos que den respuesta a las exigencias de entornos sociales, culturales, económicos y políticos cada vez más complejos. La dificultad teórica de las cuestiones planteadas a lo largo del trabajo es afrontada con un aparato crítico en el que se articulan armónicamente las aportaciones procedentes de la sociología, la historia de las ideas, la lógica, el derecho penal y otros campos del saber y de la ciencia jurídica. Una perspectiva interdisciplinar presidida en todo momento por una mirada estrictamente filosófico-jurídica, con tomas de postura propias convincentemente argumentadas y con-

sistentemente fundamentadas. La temática abordada exigía tener a Norberto Bobbio como principal referente, pero su pensamiento no es aceptado de forma pasiva, sino que se mantiene un cuerpo a cuerpo con su obra a través de un diálogo abierto, al que son convocados los lectores, con el propósito de comprender, revisar y actualizar las principales tesis del maestro turinés.

Esta capacidad de interlocución, tan respetuosa con las posiciones de los demás como firme a la hora de definir la aportación personal, es una constante en la trayectoria académica de la autora, desplegada con gran brillantez y honestidad intelectual en sus numerosos libros y artículos en revistas españolas y extranjeras, fruto de proyectos de investigación nacionales e internacionales, sobre los temas esenciales y más candentes de la filosofía jurídica y los derechos humanos: extranjería, asilo, inmigración, diversidad cultural, discriminación, racismo, desplazamiento por causas medioambientales, ciudadanía inclusiva... A lo largo de toda su obra, Ángeles Solanes nos ofrece un tratamiento exhaustivo y original de problemas que plantean grandes retos, y lo hace siempre sin rehusar ni su envergadura y complejidad ni la transferencia de los conocimientos a la realidad, dada su indefectible atención a la praxis jurídica. La maestría en la utilización de las fuentes doctrinales, jurisprudenciales y legislativas se conjuga eficazmente con la destreza en el uso de otros recursos de carácter histórico o sociológico y con un persistente soporte en la experiencia. También se produce un equilibrio perfecto entre análisis descriptivo y propositivo, así como entre un lenguaje técnico-jurídico muy depurado y el lenguaje común, facilitando diferentes niveles de lectura, desde el muy especializado, hasta el de los ciudadanos interesados, pasando por la sensibilidad de los diferentes operadores jurídicos y sin olvidar nunca la especial preocupación por la formación de los estudiantes, a la que este trabajo contribuirá notablemente.

En el presente libro, estas cualidades investigadoras de la autora y su acreditada cualificación científica se ponen al servicio del interés por revitalizar el alcance premial del derecho como un campo poco explorado, pero que abre grandes perspectivas de futuro al configurar una imagen renovada del mundo jurídico e inaugurar parámetros para una visión integral del fenómeno de la sanción. Las herramientas que nos proporciona, en aras de reforzar la función promocional del derecho, tienen una proyección particular en contextos de crisis y de emergencia, pues, como hemos visto en el caso del colapso financiero y económico de 2008 o en el de la pandemia de 2020, esas situaciones reclaman más que nunca la asunción de nuestras responsa-

bilidades y el cumplimiento de nuestras obligaciones por encima del castigo o la sanción negativa. Es ahí donde las medidas promocionales encuentran todo su sentido, ya que la imposición por la fuerza o la sola coerción de las conductas resulta claramente insuficiente, cuando no contraproducente.

Así, desde las más acuciantes exigencias del presente, el libro nos invita a hacer un recorrido por la historia del pensamiento jurídico para rescatar todos aquellos vestigios del pasado que son el punto de apoyo de la cuidada elaboración de un mapa conceptual sobre las sanciones positivas, situado persuasivamente en la esfera de la función promocional del derecho y encuadrado en las cláusulas del Estado social. Un panorama completo que se divide estructuralmente en cuatro capítulos, precedidos de una introducción en la que se establecen las coordenadas del trabajo con gran agudeza y concisión. La intención de la autora está claramente expresada desde las primeras líneas: “Abordar el tema de las sanciones positivas implica, como punto de partida, asumir que el establecimiento de penas, y con ellas el uso de la coacción, no es el único, ni siempre el más adecuado, medio de que dispone el Derecho para conseguir sus fines”.

Como también se indica en la introducción, la primera parte del estudio se ocupa de reconstruir históricamente la idea de recompensa, ciñéndose a la época moderna, pues en los siglos XVI y XVII aparece ya de forma continua esta idea como una manera de motivar las conductas, aunque no desde una perspectiva estrictamente jurídica. La larga tradición filosófica que ha tomado en consideración la premialidad es el germen de la relevancia que el derecho irá dando a los comportamientos meritorios, abriendo paso a las diversas medidas de carácter promocional, que se deslindarán hasta configurar la especificidad de la actual noción de sanción positiva. Los antecedentes de esta noción son abordados por la profesora Solanes con un encomiable conocimiento de las diversas corrientes de pensamiento, revelador de una cultura filosófico-jurídica y filosófico-política arraigada en el estudio de los textos originales.

Todo este bagaje cultural se despliega desde el inicio del primer capítulo comenzando por el análisis de dos ámbitos de reflexión sobre la recompensa, entendida en los albores de la modernidad como manifestación de la discrecionalidad del soberano, frente a la pena que solo la ley puede establecer: la teoría de la razón de Estado en Maquiavelo, Bodin o Hobbes, que la ve como pura gracia, aunque ya en este último se vislumbra como instrumento de carácter contractual, y la filosofía racionalista, que busca ante todo el funda-

mento y la justificación de la medida. Spinoza será el puente entre una y otra concepción; un filósofo arduo, pero con cuyo pensamiento la autora tampoco teme lidiar, llegando a concluir que el uso de las recompensas encuentra su lugar en cuanto que el Estado racional no debe regirse únicamente por el miedo y el uso de la fuerza, sino que además requiere de la colaboración de los ciudadanos. Dentro de la perspectiva racionalista, será Cumberland, en su tratado sobre las leyes naturales, quien utilice por primera vez el término sanción para referirse tanto a la pena como a la recompensa. La explicación de su contribución se une a la de Shaftesbury a finales del siglo XVII, que, junto a Locke, dejan las huellas que permitirán rastrear la senda que conduce a la configuración jurídica de la recompensa.

La Ilustración, gracias a las obras de Montesquieu, Rousseau, Dragonetti o Kant, entre otros muchos autores, impulsa el nacimiento de la idea de un derecho premial cuyos rasgos van saliendo a la luz sin reiterar argumentos y dando pistas constantes de las distintas vías, entre lo meramente honorífico y lo potencialmente promocional, por dónde transitar. Las referencias son siempre las pertinentes, bien elegidas y bien focalizadas. A este propósito, hay que resaltar la delicada consideración en el libro hacia las razones incluso de aquellos que pudieran estar más distantes de los planteamientos de su autora. Nunca se caricaturiza la posición del otro, sino que se discute, se rebate en algunos puntos y, asumiendo los mejores materiales de la genealogía de cada idea, se confecciona el propio diseño.

Beccaria tiene un lugar de excepción en este recorrido, al igual que lo tendrá Bentham en el tránsito del siglo XVIII al XIX. El gran reformador social, padre del utilitarismo, ya había sido presentado en estudios anteriores de la profesora Solanes como obligada referencia en la génesis del concepto de sanción positiva entre la premialidad y la promocionalidad. La relación con la obra de Mill y Austin resulta especialmente fructífera y es muy ilustrativo recordar cómo, a partir de los mismos presupuestos, se llega en el caso de este último a una concepción de la sanción tan distinta a la de Bentham, ya que excluye las recompensas de su campo de actuación en la medida en que la esperanza de disfrutar de un bien no impone propiamente una obligación.

La galería de contribuciones, que Ángeles recorre con admirable autoridad, adquiere una riqueza de tonos y matices aún mayor cuando nos adentramos de pleno en el siglo XIX y nos encontramos ante figuras de la talla de Gioia, que añade a la visión utilitarista de la recompensa, la función retributiva, o Jhering, que la relega al terreno propio de las relaciones económicas, y

De la Grassérie, que le otorga un carácter simbólico, o Jiménez de Asúa, que la entiende como instrumento de prevención. Será precisamente en el campo de la teoría penalista donde la referencia a los precedentes históricos adquirirá su punto álgido en el desarrollo del libro, pues todo lo dicho hasta aquí aportará los elementos necesarios para comprender las diferencias entre la óptica liberal clásica, centrada en la función protectora-represiva que entiende de la pena en su vertiente retributiva y/o preventiva, y la óptica del Estado social, en la que adquiere relevancia la función promocional del derecho y se plantea la compatibilidad entre derecho penal y derecho premial y entre la sanción negativa y la positiva.

Pero, sin duda, además de Del Vecchio o Gray, que se aproximan tímidamente a la cuestión del derecho premial, serán Kelsen y Bobbio los grandes juristas que establecerán en el siglo XX los ejes de la discusión sobre la sanción que la profesora Solanes examina con extraordinaria fidelidad a los distintos momentos en la evolución de sus obras. Como ya anticipamos, Bobbio es el interlocutor por excelencia de la autora en este ensayo, pues, como es sabido, su aportación a la propia aparición de la noción de sanción positiva y a la revalorización de la función promocional resulta decisiva.

El capítulo segundo del libro, con Bobbio y más allá de él, analiza diferentes herramientas promocionales con el objetivo de establecer una delimitación de la sanción positiva en su singularidad entre figuras afines. Los instrumentos que entran en esta comparación son los premios puros, los incentivos puros y las facilitaciones. Los primeros, los premios en sentido estricto, tienen una función retributiva *ex post* y no motivadora; no son socialmente irrelevantes, pues guían conductas al convertirse la persona premiada en un modelo a seguir, pero no apelan directamente al autointerés del destinatario, el cual no actúa por esta motivación. Los segundos, los incentivos puros, por el contrario, tienen una función básicamente motivadora *ex ante* y no retributiva, con un carácter prioritariamente económico o material. En tercer lugar, las facilitaciones ni reconocen ni motivan, pero sí posibilitan la realización de una acción proporcionando medios que la hacen más fácil o menos gravosa. En relación con estas figuras, la categoría que nos interesa, la sanción positiva rigurosamente considerada, será la técnica promocional más fuerte porque reúne los elementos motivadores de los incentivos puros y los elementos retributivos de los premios puros, o se sirve de incentivos y premios en sentido amplio, es decir, opera *ex ante*, alentando la conducta, y *ex post*, reconociéndola.

A partir de esta doble connotación, Ángeles Solanes elabora un concepto de sanción positiva simétrica en cierto sentido a la sanción negativa y, a través del análisis detallado de sus características, muestra a las claras su carácter marcadamente jurídico y su potencial como técnica amable, podríamos decir, asertiva y quizá hasta empática, de control social. En principio, y siempre perfilando los argumentos y contrargumentos, nos situamos ante una concepción que dista significativamente de la de Kelsen, quien entiende el derecho como ordenamiento coactivo y ve en las normas sancionadoras negativas el concepto primario del derecho, si bien, por encima de la preeminencia de estas normas, lo más relevante para él es la capacidad del derecho de regular el uso de la fuerza pues es el monopolio de esta función lo que impide su uso indiscriminado. Coincidiendo con este núcleo, Bobbio desarrolla las tesis kelsenianas abriendo la puerta a un análisis funcional que en algún grado estaba en ciernes en el análisis estructural, pero que adquiere ahora una nueva dimensión, ya que, como si se tratara de su reflejo, se añade a las tradicionales funciones retributiva-negativa y preventiva, las funciones retributiva-positiva y motivadora, y, con ello, se supera la mera función protectora-represiva gracias a la presencia de la función promocional.

Antes de entrar directamente en este análisis funcional, la autora nos proporciona una definición de sanción positiva que perfila la posición de Bobbio y se aparta de ella en algunos aspectos: "Las sanciones positivas son medidas que sin incidir directamente en el comportamiento del destinatario (no constriñen, no obligan, ni prohíben) alientan, incentivan, o dan razones para que el sujeto se decida a llevarlo a cabo (función motivadora). Una vez realizado dicho comportamiento, lo reconocen o elogian (función retributiva) y así ejercen un control sobre dicho comportamiento". En atención a estas notas, las sanciones positivas serán clasificadas de forma paralela a las clases de sanciones negativas, distinguiendo entre aquellas que implican medidas atributivas y privativas, aquellas que implican medidas retributivas y reparadoras y aquellas que implican medidas preventivas y sucesivas. Es muy interesante la conexión que se establece entre unas y otras y quizá todavía más la cantidad de ejemplos que se proporcionan tanto en este como en apartados anteriores.

No hay ni una sola noción en el libro que no tenga su correlato en algún supuesto concreto correspondiente. Esta capacidad de la profesora Solanes de concretar cada idea en un ejemplo específico, y hacerlo con admirable exactitud, debe ser puesta de relieve, pues es un factor insustituible de apro-

ximación a cuestiones complejas que se nos hacen así cercanas e inteligibles, que impiden toda tentación de abstracción conceptual, que muestran la relación entre los presupuestos teóricos y sus consecuencias prácticas, que tienen una dimensión pedagógica de primer orden y que, en definitiva, nos sitúan ante una teoría y filosofía del derecho que responde a exigencias sociales y a la praxis jurídica real, y de ahí también la importancia de la interdisciplinarietà que se respira a lo largo del libro.

De todas las disciplinas y saberes, la sociología jurídica es la que incide de lleno en el análisis funcional del derecho, desarrollado en el capítulo tercero a efectos de ubicar las sanciones positivas dentro de las funciones del derecho. Este capítulo se nutre de aquellas teorías, ya anticipadas, que, en el seno del Estado liberal de derecho, propugnan directa o indirectamente la función protectora-represiva del derecho, donde la coerción es la piedra angular de la teoría y la filosofía jurídica. Siguiendo el hilo conductor del texto, vemos que la sanción institucionalizada se entiende en gran parte de la ciencia jurídica como aquello que establece la diferencia entre el derecho y otros fenómenos normativos u otros ámbitos de la vida práctica, y, en particular, la diferencia entre derecho y moral, llegando incluso a identificarse con el concepto de derecho. Dado que un importante sector de la doctrina considera que la pena constituye el fundamento mismo del derecho moderno, la autora se adentra con gran acierto en aquellas propuestas que la justifican desde la perspectiva retributiva o desde la perspectiva preventiva. Según lo indicado en el primer capítulo del libro, es singularmente en el campo de la teoría penalista donde los antecedentes históricos cobran toda su magnitud para comprender las diferencias entre modelos. Las ideas de Kant o de Hegel recobran todo su protagonismo en este ámbito, al tiempo que son abordadas las teorías de signo utilitarista, con un pormenorizado análisis de las diversas doctrinas de la prevención: general negativa o de la intimidación, general positiva o de la integración, especial negativa o de la incapacitación y especial positiva o de la corrección. Es de resaltar el esfuerzo de la autora a la hora de explicitar las características de las diferentes propuestas, que quedan perfectamente acotadas.

Dentro de este mismo ámbito, y tras plantear una interesante discusión sobre el riesgo de utilizar la terminología funcionalista –riesgo que Jori ve en Bobbio pero que Solanes reconduce a sus justos términos–, se plantea la compatibilidad entre función promocional y derecho penal en el Estado social; un planteamiento que resulta apasionante pues se cuestiona la predisposi-

ción negativa por parte de los penalistas de admitir la concurrencia entre derecho penal y premial. La autora es bien consciente de que la introducción de la función promocional a través del premio puede, a priori, considerarse una contradicción con la propia naturaleza de la pena, pero subraya la conveniencia de prestar atención a propuestas del tipo de la de Mantovani, que basa dicha coexistencia en la potenciación de la idea retributiva, o bien desde el prisma de la prevención general, que ve tanto en las sanciones negativas como en las positivas un ejercicio fundamental de política “disuasivo-propulsiva”. No obstante, siguiendo a Bricola, se enfatiza la consideración del derecho premial como una manera de impulsar la prevención especial, evitar la reincidencia y facilitar la reinserción social siempre que se base en el presupuesto constatado de un comportamiento realmente meritorio. Los denominados delitos permanentes pluriofensivos serían los más apropiados para este intento y, en cualquier caso, premiar la colaboración con la justicia es el principal objetivo.

El cuarto capítulo del libro se adentra aún más a fondo en el Estado social, lugar por excelencia, como hemos ido viendo, de la función promocional del derecho y de las sanciones positivas. Bobbio hizo bien patente esta correlación y el libro profundiza en ella y la pone al día abordando detenidamente los cuatro criterios que sirven para caracterizar este modelo, por los medios, los fines, la estructura y la función. Las objeciones a la propuesta bobbiana sobre sanciones positivas, formuladas principalmente por Gianformaggio y Guastini, son revisadas con el cuidado habitual, disintiendo respecto a la afirmación de que la técnica promocional deba cumplir un papel subsidiario, ya que Solanes prueba que puede considerarse complementaria del resto de técnicas utilizadas por el ordenamiento jurídico para asegurar el respeto de sus normas. A su juicio, la función de orientación social puede hacerse efectiva a través de las sanciones positivas, que pueden ser medidas indirectas de control social. Sale a la luz de nuevo la convicción de la autora de que las sanciones positivas constituyen uno de los medios básicos para asegurar que las normas jurídicas sean eficaces, en el sentido amplio del término, produciendo los efectos que de ellas se espera y permitiendo alcanzar comportamientos socialmente útiles, para lo cual las sanciones negativas han demostrado ser insuficientes.

La pandemia del Covid 19 y las medidas urgentes de contratación laboral son el banco de prueba de esta exigencia en el Estado contemporáneo del uso de técnicas de motivación que pretenden hacer partícipe al sujeto

destinatario de aquello que se estima necesario fomentar. Y lo son porque la ausencia de respuesta a esta exigencia se hizo evidente cuando se pretendió alentar comportamientos basados en la responsabilidad y la solidaridad a través de prohibiciones, como la suspensión de la libertad de circulación. Afortunadamente, operaron también medidas promocionales como el pasaporte COVID, que, entre los requisitos para su obtención, incluía la vacunación, ejemplo idóneo de sanción positiva pues se trata de un medio de estimulación de un acto considerado socialmente útil –muy recomendable pero no obligatorio– que opera *ex ante* y *ex post*, cumpliendo la doble función motivadora y retributiva, ya que incide directamente en el autointerés del sujeto para que realice la conducta y se reconoce y elogia esa conducta meritoria. Igualmente, las medidas de contención de la contratación temporal evidenciaron el alcance de la función promocional a través de sanciones positivas. El Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia y, más en concreto, el Real Decreto-Ley 1/2023 son examinados concienzudamente en el último apartado del libro con la finalidad de determinar si las medidas urgentes de incentivación a la contratación laboral prescritas se ajustan al concepto de sanción positiva, llegando a la conclusión de que sí es posible englobarlas en esta figura y presentarlas como muestra tangible de la importancia creciente de la función promocional del derecho. En especial, de los supuestos incluidos en el Decreto, analizados todos detalladamente uno por uno, el que mejor ejemplifica la idea de incentivo-premio, propia de la sanción positiva, es la contratación de mujeres víctimas de la violencia de género, de violencias sexuales y de trata de seres humanos, que dará derecho a una bonificación en la cotización durante cuatro años, además de otros beneficios.

La observación de situaciones como las que acabamos de comentar y de otros casos que aparecen impecablemente documentados por la autora, nos sugiere que, para apreciar adecuadamente el alcance y significación de *¿Castigar o premiar? Las sanciones positivas*, podría ser conveniente hacer un recorrido de sus páginas en dirección inversa, es decir, desde el último apartado al primero, y no porque requiriera otra estructuración, sino todo lo contrario, porque están tan bien organizados formalmente los conocimientos y tan sistematizado todo su contenido, que, cuando llegamos al final, es cuando realmente nos damos cuenta de las virtualidades del enfoque del libro y de lo indispensable que resulta en la actualidad una reflexión tan fundamentada en lo mejor de la historia del pensamiento jurídico. Por ello, no es

tal vez aventurado pensar que, si en una coyuntura tan inhóspita como la de la crisis sanitaria y social de la pandemia, se hubiera contado con este libro, habría sido más fácil establecer medidas adecuadas, justificarlas y dotarlas de sentido, y a buen seguro podemos augurar que será una pieza clave en la delimitación de nuevos espacios jurídicos. En definitiva, estamos ante un libro excelente, de imprescindible lectura, en el que, con una voz propia, su autora, Ángeles Solanes Corella, ha sabido fraguar un sólido y firme cimiento teórico sobre el que reconstruir magistralmente conceptos y afrontar con tanta resolución y solvencia los desafíos del presente.

EMILIA BEA
Universitat de València
e-mail: ebea@uv.es