

CRÍTICA DE LIBROS

La función promocional del derecho. Reseña de: Ángeles Solanes, *¿Castigar o premiar? Las sanciones positivas*, València, Tirant lo Blanch, 2023

The promotional function of law. Review of: Ángeles Solanes, *¿Castigar o premiar? Las sanciones positivas*, València, Tirant lo Blanch, 2023

Nacho Hernández Moreno

Institut de Drets Humans, Universitat de València
nacho.hernandez@uv.es

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6686-662X>

La obra que se reseña a continuación aborda una cuestión fundamental en el ámbito de estudio de la teoría y la filosofía del derecho: la orientación social como una de las funciones del derecho, y la sanción positiva como una de las herramientas posibles y adecuadas para lograrlo. La profesora Solanes va más allá de la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema repressivo que necesariamente se vincula con la existencia de sanciones negativas, una visión hobbesiana de la amenaza y el miedo al dolor como método para garantizar la seguridad del ser humano y del orden establecido para su coexistencia con el resto de los miembros de la sociedad. En efecto, en esta excelente monografía se aboga por el derecho premial y la promocionalidad del derecho en el contexto del Estado social como medios idóneos para motivar a las personas a realizar las conductas deseadas.

Se trata de una lectura obligada en el campo de la filosofía del derecho por su temática, y es, además, formidable por su claridad, concisión y calidad expositiva y argumentativa, por el amplio repertorio de referencias bibliográficas, las valoraciones críticas y expertas de su autora, así como por la diversidad de perspectivas analizadas en el recorrido histórico de la recompensa y de la sanción positiva como instrumento jurídico, una empresa compleja por la heterogeneidad de visiones al respecto, pero que la profesora Solanes consigue llevar a cabo de forma accesible, suficiente y elocuente.

¿Castigar o premiar? Las sanciones positivas se estructuran en cinco apartados: una introducción y cuatro capítulos. En la parte introductoria la autora nos advierte que hay quien estima que la sanción positiva no existe al no haber paralelismo entre la pena y la recompensa, si bien nos anuncia desde ya que la coacción no es el único o el más adecuado de los medios para conseguir los fines que se propone el derecho. Con esa idea de rechazo de la recompensa como instrumento jurídico nos adentramos en un primer capítulo en el que se nos ofrecen nociones esenciales de la perspectiva de cada autor relevante en este ámbito desde el siglo XVI hasta nuestros días que invitan a reflexionar sobre teorías y posturas doctrinales y a indagar en los planteamientos de dichos autores. Se trata de clásicos de la historia del pensamiento jurídico y político de occidente, desde Maquiavelo hasta Kelsen o Hart, pasando por Hobbes, Spinoza, Erasmo, Locke, Montesquieu, Kant, Rousseau, Beccaria o, más recientemente, Bobbio, quien acompañará a la profesora Solanes en esta monografía, y sobre todo en el segundo de los capítulos a propósito de la configuración de las sanciones positivas, sus características y su clasificación.

En este primer apartado de la obra, el camino nos lleva a la alusión a la idea de recompensa desde diversas perspectivas sin que ninguna de ellas necesariamente la sitúe en el mismo nivel que la sanción negativa o que aborde su complementariedad. Solo recientemente se ha hecho y, cuando

así ha sido, se ha hecho mención expresa al término de «sanción positiva». En este capítulo, la profesora Solanes estudia la evolución de la recompensa como antecedente de la sanción positiva. Aquella se entiende como un concepto amplio que incluye a esta última como un tipo específico reconocido y establecido por una norma jurídica. Si bien la recompensa no ha sido asociada al ámbito jurídico, la sanción positiva forma parte de él.

El recorrido que hace la autora comienza en los siglos XVI y XVII y lo hace desde una visión de la recompensa como discrecionalidad del soberano (Bodin) o del Estado (Hobbes) que poco a poco se irá configurando como una sanción establecida legalmente y controlada judicialmente. A pesar de que la sanción negativa se constituye como un medio esencial para lograr el orden al ser un método amenazante y coercitivo que infunde temor y obediencia (Maquiavelo), así como dolor (Hobbes), la recompensa también tiene su espacio para mantener la lealtad de los súbditos o para alentar determinadas conductas deseables de la ciudadanía, así como la colaboración entre los miembros de la sociedad (Spinoza). Locke hablará de la necesidad de una recompensa o castigo anexa a una ley, mientras que Erasmo justifica la premialidad en el hecho de que el ser humano no ha alcanzado la racionalidad pura; es decir, aunque lo ideal sería actuar sin incentivos, ya que la recompensa no provoca la virtud en sí misma (Shaftesbury), como las almas no han avanzado lo suficiente en el *camino del bien*, conviene incitar con premios al *deseo del bien*.

El siglo XVIII ofrece un panorama imposible de unificar, pero la profesora Solanes nos indica dos tendencias claras con motivo de la recompensa como posible sanción jurídica. Por un lado, los autores que defienden su carácter jurídico en el sentido de recompensa como forma legislativa, fuera del alcance del soberano, y controlada judicialmente (Montesquieu), o también su carácter ideal desde una concepción paternalista del Estado que asume que la persuasión y el convencimiento es preferible a la imposición y coerción; en definitiva, que debe priorizarse la prevención del delito a su castigo (Beccaria). Por otro lado, aquellos que consideran la recompensa como un instrumento de promoción o simbólico. En este caso nos encontramos con dos que defienden el perfeccionamiento de la educación como la forma más efectiva, aunque también más compleja, de conseguir el fin perseguido: evitar los delitos

(Beccaria) y crear conciencia e identidad nacional y patriotismo (Rousseau).

La filosofía utilitarista ocupa buena parte de la investigación durante el final del siglo XVIII y principios del XIX con un Bentham que concibe ya la recompensa como un tipo de sanción jurídica, a pesar de su entendimiento de la pena como una herramienta más influyente para prevenir actos nocivos. Sin embargo, si el objetivo es alentar la realización de determinadas conductas positivas de determinados sujetos, la recompensa es el medio adecuado. Austin, en cambio, reniega de la concepción de la sanción como positiva al considerar que dicho concepto va ligado a una obligación, a la desobediencia y al daño como su consecuencia, de forma que conceptualizarla como positiva desvirtuaría su sentido terminológico. El siglo XIX presenta también una amplia variedad de propuestas en las cuales permea el carácter simbólico y honorífico de la recompensa para la prevención del delito. Destacan aquí dos vertientes como aquella que promueve la extensión y racionalización del uso de la recompensa continuando así las tendencias ilustradas, y la concepción de las recompensas como sanciones positivas dentro de la teoría general del derecho iuspositivista. Nos encontramos aquí con Jhering como precursor de la proliferación del derecho premial o a De la Grasserie y su teoría de la recompensa como herramienta jurídica y reglada que da apoyo a la pena y que puede incluso sustituirla.

Finalmente, este capítulo aborda los siglos XX y lo que llevamos de XXI con autores como Del Vecchio, Gray, Kelsen o Bobbio. La primacía que da el autor alemán a la sanción negativa como parte fundamental de la coactividad del ordenamiento jurídico que defiende contrasta con la bobiana que destaca que la recompensa se distingue de aquella no por su positividad, sino más bien por su menor intensidad y argumenta el uso creciente de técnicas de alentamiento y de estímulos por parte del derecho en el contexto de su función de control social.

En el siguiente capítulo, la profesora Solanes aborda el concepto de sanción positiva, sus características y sus clases. En general, se entiende la sanción como una herramienta para reforzar el cumplimiento de las normas y reparar el daño ante una desobediencia. Se trata, por tanto, de la conservación del sistema a través de la atribución de un bien (sanción positiva) o de un mal (sanción negativa). Con respecto a dicho bien, la autora ex-

pone claramente las diferencias existentes entre la sanción positiva y otras figuras semejantes como son los premios y los incentivos. En su versión más pura, ni los primeros ni los segundos pueden ser considerados como sanciones en su vertiente positiva porque o bien le falta la función motivadora (premios) o la retributiva (incentivos). Solo aquella medida que aúne ambas puede ser considerada una sanción positiva; es decir, debe influir (motivar) previamente en la conducta de los sujetos y ofrecer un reconocimiento (retribución) posterior. La profesora Solanes las ejemplifica a través de los sexenios de investigación como sanciones que reconocen la conducta de investigar (retribución) a la par que alienta esa misma conducta a través del elogio, una prestación económica y la posibilidad de reducir la carga docente (motivación).

Por lo que respecta a sus características, se advierte su marcado carácter jurídico a pesar de que no haya sido reconocido históricamente debido a una concepción exclusiva o excesivamente coercitiva del derecho. No obstante, la coacción, que podría parecer que relega a las sanciones positivas a espacios fuera del derecho y que podría entender solo como jurídicas las sanciones negativas, sirve también para justificar el carácter jurídico de las sanciones positivas. Siguiendo a Bobbio, la profesora Solanes argumenta que, si la coactividad es una garantía para el cumplimiento de una sanción, las positivas pueden ser consideradas jurídicas, ya que estas crean en el destinatario «una pretensión al cumplimiento protegida incluso mediante el recurso a la fuerza organizada de los poderes públicos». La autora, además, teniendo en cuenta la postura de Kelsen acerca de que la sanción es un acto coactivo, privativo de un bien, impuesto por un órgano autorizado como consecuencia del incumplimiento de una norma, concluye que esta postura kelsiana, aun siendo válida, es insuficiente en un Estado contemporáneo como se comprobará más adelante en este trabajo. Asimismo, se caracteriza a la sanción positiva como una medida indirecta de control social. Si bien las directas, en el contexto del control social, buscan hacer que el comportamiento sea imposible o necesario, las indirectas, como las sanciones positivas, teniendo en cuenta que el comportamiento deseado es siempre posible, pretenden facilitararlo o retribuirlo una vez realizado.

En cuanto a sus clases, la autora hace una valoración crítica de tres distinciones expuestas por Bobbio para diferenciar las sanciones, de las cua-

les entiende que solo la primera puede servir al propósito de comprender las sanciones positivas. El jurista italiano distingue, por un lado, entre las sanciones que implican medidas atributivas y privativas, entre retributivas y reparadoras, y entre preventivas y sucesivas. En las dos últimas clasificaciones la sanción suele carecer de alguna de las funciones que la definen como positiva: su función motivadora y su función retributiva.

El tercer capítulo aborda la función promocional del derecho y el papel que juegan las sanciones positivas en ese contexto. El análisis funcional del derecho se revela aquí como una herramienta imprescindible para comprender los diversos objetivos que tiene este sistema social frente al rígido estructuralismo del formalismo jurídico. Entre las diferentes funciones, destaca aquí la orientación social por su conexión con la sanción, que se desglosa en dos enfoques que son tratados de forma exhaustiva en este trabajo: la función protectora-represiva propia del Estado liberal, y la función promocional del derecho que aparece vinculada al Estado social.

Así, la primera de las funciones subsumidas en la más general de orientación social se caracteriza por existir en un modelo estatal que prioriza el abstencionismo, el individualismo y la defensa de la propiedad privada, a través de un sistema que debe funcionar sin interferencias del poder. El derecho aquí es un garante externo que solo deba actuar para corregir comportamientos desviados, es decir, debe actuar después. Este es el espacio propicio para la sanción negativa como herramienta para eliminar las conductas no deseadas propia de un Estado que asume un papel de árbitro. Destaca aquí Thomasius y su idea del Estado como conjunto de normas negativas. A pesar de los puntos débiles de su teoría señalados por la profesora Solanes, la autora menciona su postura debido a la influencia de su obra en personalidades como las de Kant o Hegel. ¿Cómo se conjuga este tipo de modelo con la existencia del derecho penal? La autora parte de la idea de retribución absoluta como tesis más tradicional de la teoría de la pena que asocian esta a la idea de justicia sin vincularla a una utilidad social determinada. Se aborda aquí la concepción kantiana de la sanción negativa y su admisibilidad en aras de la justicia y su compatibilidad con un imperativo categórico que impediría justificarla sobre la base de su utilidad social por ser contrario al principio de autonomía. También se ofrece una explicación matizada del *ius talionis* que el filósofo alemán aceptaba

como forma más segura de garantizar la calidad y cantidad del castigo (equivalencia matemática para suplir la situación de desigualdad creada asociada a un criterio de razón y justicia), y la réplica hegeliana que estimaba la ley del talión como criterio equivocado de igualdad ante la inexistencia de baremos o escalas naturales de sufrimiento humano. Con el paso del tiempo, esa idea absoluta cede el paso a la conceptualización de la retribución relativa o utilitarista en la que aparecen las garantías penales y procesales en un momento en el que la dignidad humana, la proporcionalidad de la pena y la prevención del delito son prioritarias.

En contraste con la función protectora, la promocional, más propia del Estado social, va más allá del simple “ordenar, prohibir y castigar”. A pesar de que la represión sigue siendo fundamental e incluso el nervio de todo sistema jurídico (Prieto), es innegable su convivencia con la promoción como herramienta para perseguir el fin deseado por el derecho. La dimensión garantista del Estado social implica la incorporación de pretensiones que se llevan a cabo fuera del ámbito de la coacción como a través de normas de organización (Hayek) o de las sanciones positivas (Bobbio). Se trata, por tanto, de incentivar, estimular, capacitar, facilitar, animar, premiar... en lugar de prohibir. El derecho penal en el contexto del Estado social intervencionista se enfrenta a una paradoja por cuanto aquel supone una amenaza de imposición de un mal mediante una sanción negativa ante conductas tipificadas como delito, mientras que el derecho premial implica la concesión de recompensas a personas culpables cuando se den determinados requisitos beneficiosos para la sociedad (por ejemplo, la colaboración activa en la investigación criminal). A pesar de las posturas iniciales contrarias a la compatibilidad del derecho penal y del premial, y al hecho de que en el ámbito de la prevención general la sanción positiva pueda poner en peligro el efecto intimidatorio de la pena o su carácter de igualdad, abstracción, certeza y determinación legal, la profesora Solanes concluye la posible coexistencia, aunque sea mínima, entre las sanciones negativas y positivas en la prevención especial, sin descartarla en todo caso en el ámbito de la prevención general, ya que tanto las primeras como las segundas son instrumentos de responsabilización y socialización del comportamiento humano.

El cuarto y último capítulo, dedicado a las sanciones positivas en el ordenamiento jurídico del Estado social, nos ofrece claros ejemplos recien-

tes de este tipo de medidas en el contexto de la pandemia por COVID-19. Las normas establecidas durante esta emergencia sanitaria para orientar la conducta de las personas dieron lugar a una compleja interacción entre medidas restrictivas y promocionales. Simultáneamente, se recurrió a sanciones negativas, como la prohibición de la libertad de circulación, y se establecieron medidas promocionales, como subvenciones, exenciones y aplazamientos en el cumplimiento de obligaciones. Quedó claro entonces, como afirma la profesora Solanes, que el recurso a las sanciones negativas es solo una posibilidad para motivar conductas.

La autora centra su atención en el pasaporte COVID y su posible encaje dentro de la categoría de sanción positiva. En efecto, este documento permitía el acceso a servicios y la posibilidad de desplazarse, lo cual estaba vetado para quien no lo tuviera y tenía como objetivo favorecer una conducta deseada como la vacunación para evitar la propagación del virus. También podían ser poseedores de este certificado quienes hubieran pasado la enfermedad en los seis meses previos o quien tuviera una prueba diagnóstica negativa reciente. Si bien haber sufrido la enfermedad no dependía de uno, y las pruebas suponían un coste económico, la vacunación estaba financiada y dependía de la voluntad del sujeto. ¿Se trataba, por lo tanto, de un incentivo para vacunarse o también un castigo para quienes no lo hicieran? La profesora Solanes afirma lo primero, ya que no había sanción negativa, simplemente el incumplimiento de la condición necesaria (no la única en este caso) para la obtención de la promesa de premio (pasaporte COVID) si se realizaba la conducta requerida (vacunación). Se dan así los requisitos de la sanción positiva: promesa de un bien, como es el acceso a establecimientos y servicios; función motivadora *ex ante*, que alienta una conducta deseable; y función retributiva *ex post*, que implica el reconocimiento de dicho comportamiento como digno de elogio y recompensa.

La autora pone después el foco en otras medidas en el contexto de la pandemia que fueron adoptadas en el ámbito laboral para evitar la destrucción sistemática de empleo y frenar la tendencia hacia la temporalidad como mecanismo rápido para ajustar las plantillas. El Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia constituyó una respuesta ante este desafío. Como se advierte en capítulos precedentes, hay diferencias entre los premios puros, incentivos puros y san-

ciones positivas ya que la función motivadora y retributiva solo se dan a la vez en estas últimas, si bien existen espacios comunes entre esas tres figuras que permiten afirmar que los incentivos empleados como técnicas de estimulación eran en realidad sanciones positivas, como aquellas en las medidas jurídicas o económicas destinadas a fomentar la creación de empleo mediante ayudas económicas, subvenciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social.

El exhaustivo análisis realizado por la profesora Solanes en esta obra nos proporciona claridad conceptual sobre la naturaleza de las sanciones positivas como instrumentos jurídicos propios de

la función promocional del Estado social intervencionista más allá de las negativas que coexisten con aquellas y que responden en mejor medida a la represión y protección como elementos de la orientación social de las personas. Como bien dice la autora, la coacción, a pesar de ser un elemento esencial desde la perspectiva del formalismo jurídico, no es el único ni tampoco es siempre el más adecuado de los medios o técnicas que tiene el derecho para conseguir los fines que persigue, sobre todo en un Estado contemporáneo que interviene para que la sociedad lleve a cabo conductas deseables.