

¿CASTIGAR O PREMIAR? LAS SANCIONES POSITIVAS

JAVIER GARCÍA MEDINA *

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

La autora capta la atención del lector con el propio título de la obra, el cual pone de relieve desde el inicio la hipótesis de trabajo a la que se pretende dar respuesta y evidencia el complejo reto al que se somete, pues va exigir de la autora profundizar en aspectos históricos, políticos, jurídicos o metodológicos. Desafío que se supera ampliamente dando especial coherencia a un arduo trabajo, tal y como se manifiesta en la propia introducción al señalar “que en el Estado social contemporáneo las técnicas de motivación de conductas, o si se quiere de control social, ya no están centradas únicamente en el desalentamiento de ciertas conductas, sino que se recurre también al alentamiento” (p. 21) y que se cierra indicando que “en la consecución de objetivos por parte del Estado moderno en áreas como el crecimiento económico o la política social, la utilización de técnicas promocionales (entre ellas la de las sanciones positivas), se presenta como especialmente indicada por su fuerza para lograr los fines que se persiguen sin atribuir un mal al sujeto destinatario. En definitiva, si el Estado, al menos el social, pretende no solo “hacer” él mismo, como proponía Kelsen, sino además motivar a “hacer” a los sujetos destinatarios, las medidas promocionales han de proliferar” (p. 301).

Cobran así sentido cada uno de los capítulos de los que consta este magnífico trabajo que nos ofrece la profesora Ángeles Solanes. En el capítulo primero se lleva a cabo un análisis centrado en la evolución histórica de la recompensa. Se parte de los siglos XVI y XVII para indagar sobre la idea moderna de la recompensa y cómo dentro de la teoría de la razón de Estado, ya aparece la dimensión utilitarista para guiar el comportamiento. Perspectiva, esta última, que al fin y al cabo es la preocupación de todo gobierno y es que el derecho sea eficaz. La filosofía racionalista aportó, en este sentido, y, por otra parte, importantes reflexiones sobre cómo fundamentar y justificar el uso de la recompensa para el real cumplimiento del derecho.

* Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. Plaza de la Universidad, s/n, 47002, Valladolid (España). Correo electrónico: javier.garcia.medina@uva.es

La autora prosigue el itinerario histórico sobre el uso de la recompensa y la pena por parte del poder, y muestra cómo en los siglos XVI y XVII la recompensa era un instrumento discrecional del soberano, entiéndase del gobierno, mientras que la pena desplegaba sus efectos principalmente en lo jurídico, sin perjuicio de propuestas en las que sin arrinconar la pena como medio coercitivo se pensaba en la recompensa como un recurso de eficacia (Maquiavelo o Bodin). Un paso más lo dará Hobbes, para quien la recompensa, sin llegar a tener la relevancia de la pena, si debe sustraerse al plano de la discrecionalidad.

El marco que supone el planteamiento racionalista sobre la evolución de la dicotomía entre recompensa y pena, nos coloca ante la aplicación del término sanción tanto a las recompensas como a las penas (Cumberland o Shaftesbury) pues el objetivo a realizar es el cumplimiento de la ley, y este, bien reforzado, se convierte en el principal activo ejemplificante dentro de una sociedad.

Adentrarse en el periodo de la Ilustración, siglo XVIII, hace que la autora nos presente una articulación del derecho premial a partir de las principales propuestas y principios que iban a caracterizar los cambios de la época. El proceso de eliminación de las monarquías absolutas y la ruptura de los correspondientes privilegios en favor de una sociedad fundada en el mérito, hace que el papel del derecho sea visto también de manera diferente, resaltando los aspectos preventivos y educacionales, no sin olvidar que las penas deben ser más proporcionadas y más dulcificadas, dado que el derecho debe orientarse por la idea de persuadir y no por la de la imposición. Estas ideas atraviesan la forma de plantear la recompensa como acicate para el impulso de acciones que se consideran buenas o útiles (Montesquieu o Diderot) o para conseguir el mayor grado de felicidad general de la ciudadanía (Helvetius). La segunda mitad del siglo XVIII será testigo del uso de la recompensa, sin perder su fuerza simbólica, como mecanismo promotor de acciones, ya sea para actividades socialmente útiles (Dragonetti) o medio de prevención y defensa social (Beccaria).

Especial importancia tiene en este recorrido histórico, la presentación de la teoría de las recompensas de Bentham que plantea a finales del XVIII y principios del XIX, ya que representa el punto de partida para entender la recompensa como sanción. Propone este autor que, si se pretende conseguir la realización de un determinado comportamiento por considerarse socialmente bueno y útil, han de formularse leyes premiales, en el sentido de incentivos para la acción. Es evidente que las recompensas no serían el sustitutivo de las sanciones negativas, pues tienen finalidades diferentes, aquellas alentar actos positivos y estas desalentar actos negativos.

Tras analizar las propuestas de Mill y Austin, la autora nos adentra en las líneas que van a marcar el camino durante el siglo XIX y que se dividen en dos: la extensión y racionalización del uso de las recompensas estatales, encarnada en la tesis de Gioia y de Jhering, y la comprensión de la recompensa como sanción legislativa que puede expresarse en términos de teoría general del derecho iuspositivista. Esta última, se anclaría en la perspectiva de Beccaria al considerar la recompensa como una forma de prevenir los delitos, y que recogerán en su obra *De la Grassérie* o Jiménez de Asúa.

La ciencia económica y administrativa hará uso de incentivos mediante legislaciones específicas al inicio del siglo XX, pero será ya avanzada la segunda mitad del siglo cuando se extienda y asiente el término sanción positiva en vez de recompensa. Ahora bien, en este punto haría solo referencia a un tipo de recompensa y es el fijado como sanción en una norma jurídica, siendo este el objetivo del estudio de Bobbio. Sin embargo, Kelsen llamará la atención sobre la aparición de nuevas modalidades de recompensa, como pueden ser ciertos bienes económicos, lo que hace de las sanciones positivas un instrumento de primer orden en el nuevo Estado asistencial que requiere que el derecho asuma una función promocional para cumplir sus objetivos.

El marco posterior de discusión, finales del siglo XX y principios del XXI, viene determinado por la relación o contraposición que deba establecerse entre sanciones positivas y negativas, materia en la que la obra de Kelsen y la de Bobbio son decisivas, dejando el primero reservado el ámbito jurídico a las sanciones negativas.

El necesario recorrido histórico que la profesora Ángeles Solanes presenta, coloca al lector en las mejores condiciones para adentrarse en el concepto, características y tipologías de las sanciones positivas, cuestión que constituye el contenido del capítulo segundo del libro. Capítulo que puede afirmarse como clave porque en él la autora va a señalar cuál es el concepto de sanción positiva que mantiene. Para ello es fundamental realizar varias consideraciones previas. En primer lugar, el enfoque que adopta parte de la diferenciación entre fin y medio promocional, siendo este último en el que la teoría estructural ha colocado a las sanciones positivas dentro del ordenamiento jurídico, pero subraya que ha de atenderse a una segunda acepción como fin, esto es, la dimensión funcional, lo que llevaría a defender propiamente una teoría estructural-funcional, al modo de Bobbio. En segundo lugar, las sanciones positivas manifiestan una dualidad medio-fin, que posibilita percibir las como instrumentos que promueven la realización de un determinado fin, al presentarse como incentivadoras, motivadoras y premiales, frente a la coacción o la fuerza. En tercer lugar, las sanciones positivas en sentido estricto, han de distinguirse de otros mecanismos

promocionales como premios puros, incentivos puros o facilitaciones. En cuarto lugar, ha de tenerse en consideración cuál sea la voluntad o finalidad que posee quien establece la sanción positiva, puesto que no se puede perder de vista ni la función retributiva, esto es, reconocer la importancia de conductas que se consideran valiosas para el derecho, ni la función motivadora, que implica incentivar la conducta ofreciendo razones para llevarla a cabo. En definitiva, y último lugar, el concepto de sanción positiva en sentido estricto provendría de combinar las dos ideas manejadas, afirmándose frente a la concepción de sanción negativa y procurando cumplir una función previa motivadora y posterior de carácter retributivo.

Las sanciones positivas poseen tres características identificativas: su carácter jurídico, su relación con las sanciones negativas y su condición de instrumento indirecto de control social. Desde esta perspectiva se observa el tránsito de una concepción del Estado liberal al Estado social, o mejor a una visión de los Estados actuales ya no como meros organizadores de la fuerza sino como aglutinadores de recursos, fundamentalmente económicos, que les posibiliten conducir e influir en los comportamientos de los ciudadanos, más que dedicar medios de fuerza para utilizar la coacción y reprimir aquellas actuaciones que se consideran contraproducentes.

Fijado el concepto de sanción positiva, la autora pasa a establecer la relación y el papel que aquella puede tener con la función promocional del derecho, cuestión que se aborda ya en la tercera parte de esta obra. Adoptar un análisis funcional del derecho equivale a preguntarse sobre las funciones que desempeña el derecho ya de carácter represivo, distributivo/promocional o ya, en otro sentido, de conservación, estabilización o innovación y cuál sería su alcance. Planteado en otros términos, es lo mismo que preguntarse por los medios que el Derecho utiliza para conducir las conductas de los individuos en un cuerpo social y verificar los resultados que se obtienen. Para poder responder si un determinado derecho incide más en una función represiva o promocional ha de atenderse a los distintos recursos que operan (penas/ castigos en la función represiva; premios, incentivos, facilitaciones y sanciones positivas en la función promocional). La dimensión innovadora la dará el contenido propio de los comportamientos propuestos.

El capítulo va avanzando a través de un análisis tanto de la función protectora-represiva del derecho como de la promocional, de forma que queda muy asentado el estudio de la sanción y su papel en los distintos tipos de Estado en los que actúan. La dicotomía de que la primera función era más propia del Estado liberal clásico y la segunda del Estado social, debe ser superada por la idea de que ambas tienen que convivir, pero atribuyendo un papel cada vez más elevado a las sanciones positivas, como señalaba Bobbio, puesto que los Estados, cada vez más, pretenden poner en marcha

medidas para alentar unos comportamientos y desalentar otros. El uso, por tanto, que el Estado hace del sistema normativo es determinante para orientar las conductas, pues bien se reprimen o se castigan ciertos comportamientos o bien se procuran otros comportamientos que se consideran deseables.

Si se considera la perspectiva del derecho desde la concepción liberal clásica, entonces el derecho se manifiesta fundamentalmente a través de normas con sanciones negativas, y en ese sentido, la autora centra sus esfuerzos en presentar las propuestas que hacen autores como Thomasius, Kant y Hegel. Sin dejar de lado, claro está, por su relevancia, la teoría de la pena de los dos últimos, al considerar que ha de tener un sentido retributivo o preventivo, entendiendo que el castigo operaría como un remedio neutralizador de delitos futuros.

Consideración específica merece el análisis de la compatibilidad entre función promocional y derecho penal en el Estado social. Enfocar el derecho penal desde una óptica de derecho premial, obliga a adoptar una perspectiva muy diferente de la que se había tenido del derecho penal. Si bien es cierto que la doctrina penalista actual camina por vías menos partidarias de las penas ejemplares con el fin de conseguir los fines del Derecho penal, e inclinarse por los valores de dignidad y libertad, parece que la incorporación de sanciones positivas en el marco del Derecho penal podría funcionar no solo para la prevención general sino también especial como elemento motivador en la recuperación del reo, en su caso. En definitiva, el hecho de que el Derecho penal acoja técnicas y medidas promocionales, implica que se le está atribuyendo una misión más amplia que la que hasta ahora se le encomendaba de defensa social.

En la última y cuarta parte de este trabajo, la profesora Ángeles Solanes acomete la tarea comprometida de articular y presentar la interrelación de la función promocional del derecho en un contexto de Estado social a través de sanciones positivas, siempre sin olvidar las posibles fricciones o compatibilidad con el derecho penal, principal herramienta en la orientación de conductas sociales.

La atribución al derecho de una función promocional mediante sanciones positivas no se ha sustraído al debate doctrinal, sobre todo a partir de su formulación en la obra de Bobbio y los consiguientes argumentos en contra. Pero si se toma una perspectiva crítica, como hace la autora, se puede avanzar en la dirección según la cual se apunta no al interés meramente formal del concepto de sanción, sino también al contenido y alcance social de la misma, en aras de su eficacia y eficiencia. Este marco es el idóneo para analizar la interrelación entre la función promocional del derecho y el derecho penal dentro de un Estado social, o si se quiere procurar la superación de una postura esencialmente punitivista que ya se

vio más próxima al Estado liberal clásico, y encaminarse a una situación en la que sin abandonar la pena como medio de orientación de las conductas se puedan incorporar sanciones positivas. Es esta última la opción por la que se decanta esta obra, al entender que las sanciones positivas sí pueden ser un medio muy motivador en la orientación de las conductas y el cumplimiento de las normas dentro de los actuales Estados sociales. Operar mediante técnicas de alentamiento, favoreciendo comportamientos socialmente ventajosos mediante promesas, va a ir generando un efecto sucesivo de cumplimiento, si se da, claro está, el retorno adecuado y prometido para el sujeto que cumple.

Concebida así la función promocional y el papel que deben desempeñar las sanciones positivas, la profesora Ángeles Solanes ilustra las posibilidades de esta toma de posición con dos ejemplos en los cuales aparecen combinados premio e incentivo. En primer lugar, la pandemia por COVID-19 provocó una situación que había que gestionar de forma diferente dado su carácter excepcional. El recurso a las sanciones negativas se hacía necesario, por tanto el enfoque punitivista no se abandonaba, pero se introdujeron también una serie de normas de organización, promocionales y permisos, que se sustanciaron en exenciones, subvenciones o aplazamientos de obligaciones. Más en concreto se señala el papel que en este sentido podía tener el pasaporte COVID. En segundo lugar, se alude a la situación que se derivó para el mercado de trabajo en la pospandemia y que requería una reforma laboral, garantía de estabilidad en el empleo y modificaciones en el mercado de trabajo. Había que abordar los efectos de la pandemia, pero también algunas de las deficiencias previas del mercado de trabajo, como la alta temporalidad que refleja procesos de contratación utilizados por los empresarios como medio de ajuste rápido y económico de las plantillas. El objetivo era precisamente evitar despidos y articular un marco jurídico laboral novedoso, justo y eficaz. La autora se detiene en ver cómo algunas medidas en forma de incentivos y apoyo al empleo, que se pueden considerar como sanciones positivas, desempeñaron un papel adecuado para alentar unos comportamientos que se consideraban socialmente necesarios y valiosos.

En conclusión, el libro que nos presenta la profesora Ángeles Solanes cumple con las expectativas que se propuso desde el inicio. Es un trabajo sólido y coherente no solo en su discurso y argumentación sino en sus propósitos porque revela la intención de la autora de generar una ciudadanía comprometida con los fines compartidos ya que se pretende que el ciudadano comprenda las razones que mueven a esa conducta valiosa y actúe en consecuencia. Es una obra relevante, porque suscita la reflexión permanente sobre cómo deben orientarse las conductas y se interroga por el para qué

han de ser potenciados ciertos comportamientos. Es un trabajo pertinente, ya que tocaba reflexionar sobre esta cuestión, porque ante una especie de atonía de recursos y motivaciones racionales para obrar en el marco social, más dominado por la idea iuspunitivista, se abre la ventana a pensar que cabe pararse a pensar y ofrecer nuevas salidas. En consecuencia, es una oferta de lectura, pero también de acción innovadora, al proponer que, ante los nuevos retos de la sociedad, del Estado de derecho, del Estado social, ya no valen instrumentos de visión a corto plazo sino ampliar el horizonte si lo que se quiere es una sociedad más libre e igualitaria. En último término, una oferta para cambiar las cosas que son socialmente valiosas.

