

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

*Alguien ensayó una reforma: la interpolación de unas pocas suertes adversas en el censo de números favorables. Mediante esa reforma, los compradores de rectángulos numerados corrían el doble albur de ganar una suma y de pagar una multa a veces cuantiosa. Ese leve peligro (por cada treinta números favorables había un número aciago) despertó, como es natural, el interés del público.*

Jorge Luis Borges (1941, 71).

## 1. INTRODUCCIÓN

Ángeles Solanes acaba de publicar el primer estudio sistemático en español que versa sobre la función promocional del Derecho (Solanes, 2023). Hasta ahora la trayectoria académica de la Prof. Solanes había estado dedicada con un amplio abanico de publicaciones, desde su tesis doctoral en 1999, al ámbito en el que la doctrina de los derechos humanos se solapa con la protección de los más vulnerables, en especial de los inmigrantes. En este nuevo libro se dedica a estudiar las técnicas que el derecho contemporáneo utiliza para incentivar y facilitar aquellos comportamientos necesarios para constituir una sociedad bien ordenada a través de las sanciones positivas.

Pretendo dar cuenta de este relevante libro, presentado en la sección segunda una breve descripción de su contenido y, a partir de las ideas que contiene, en las siguientes secciones abordar algunas interesantes cuestiones que deja planteadas. En la sección tercera, introduciré una cuestión conceptual referida a cómo distinguir adecuadamente entre penas y recompensas. En la sección cuarta me ocuparé sucintamente de los incentivos que generan lo que ahora se denominan *nudges*, que son leves empujones, codazos. En la sección quinta, me ocuparé de lo que en derecho penal se conoce como derecho premial y de los problemas que abre. En la sección sexta concluiré.

## 2. SIGHTSEEING POR EL LIBRO

El libro tiene cuatro partes. La primera contiene una evolución de la historia de las ideas acerca de la recompensa en el Derecho. La segunda está dedicada a un análisis conceptual y a una taxonomía de la idea de sanción positiva. La tercera contiene un análisis de cómo la función promocional del derecho se incardina en el contexto del Estado social de derecho y es un elemento que lo distingue del Estado liberal, articulado por la idea de las normas jurídicas como prescripciones garantizadas por sanciones negativas. La cuarta concluye con algunos ejemplos de sanciones positivas en el Estado social y democrático español de ahora mismo, con dos interesantes análisis de la respuesta del Estado a la amenaza de la pandemia por COVID-19 y el uso del pasaporte COVID como sanción positiva y, también, las medidas urgentes en materia de contratación laboral establecidas para salir al paso de

los desafíos que, en este ámbito, se abrían con la pandemia y, también, con las consecuencias de la guerra de Ucrania.

La obra contiene dos magníficos epígrafes de dos autores muy perspicaces, que supieron ver *avant la lettre* la relevancia de los incentivos positivos en el Derecho, se trata de Thomas Moro en su *Utopía* (1516) y Jonathan Swift en *Los viajes de Gulliver* (1726). En esta parte se comienza con la idea de recompensa como una manifestación de la discrecionalidad del Soberano a finales del Antiguo Régimen. A continuación, aparecen las ideas al respecto de los Ilustrados, como Montesquieu y Beccaria y, en Inglaterra, las de Bentham, Austin y Stuart Mill, junto con Ihering y Gioia, para terminar en el siglo xx, con la posición de Kelsen, que centró su concepción de la norma jurídica en las sanciones negativas y la respuesta de Bobbio, que abre en Italia una reflexión conceptual articulada en torno de la noción de sanción positiva.

Destaco la parte dedicada a Jeremy Bentham (Solanes 2023, 55-65), un autor que en su inmensa atención a los detalles dedicó muchos esfuerzos a proponer mecanismos para incentivar un funcionamiento más adecuado de las elecciones, de las asambleas legislativas y de los jurados. Hace algunos años Jon Elster (2013) se refirió muy perspicuamente a ello<sup>1</sup>.

La segunda parte está centrada en la valiosísima contribución de Bobbio (1977) que puso sobre la mesa la cuestión en la teoría jurídica contemporánea. Lo que produjo una bien interesante literatura en la teoría jurídica, y también en la sociología del derecho, italianas de finales del siglo pasado. Tal vez el aspecto crucial es el intento de distinguir entre premios e incentivos. Pero como la autora reconoce (Solanes 2023, 100) siguiendo a Gavazzi (1983) esta distinción es difícil de realizar puesto que el establecimiento de un premio suele actuar también como un incentivo<sup>2</sup>. Sea como fuere, en el capítulo se halla un excelente mapa conceptual que permite orientarse en este ámbito.

La tercera parte ubica de manera muy adecuada la función promocional del derecho en el Estado Social del derecho. Del Estado liberal clásico, en el que la función del Estado estaba limitada a abstenerse de vulnerar los derechos de los ciudadanos y a reprimir aquellos comportamientos de los ciudadanos que dañaran con sus acciones a otros ciudadanos, la función de vigilante nocturno, como a veces se dice, se pasó al Estado social de Derecho, en el cual el Estado procura establecer las bases que permitan a todos alcanzar un bienestar suficiente para desarrollar sus planes de vida. Y aquí las sanciones negativas por sí solas no alcanzan.

El cuarto capítulo aplica estas ideas de un modo muy original. Con la caja de herramientas que ha completado en los tres capítulos anteriores, la autora nos muestra como la idea de sanción positiva está en condiciones de iluminar

---

<sup>1</sup> Y yo me hice eco de ello en Moreso (2019). A los trabajos de Bentham que referencia Solanes, valdría la pena añadir Bentham (1990, 1993, 1999). Aunque la literatura manejada en esta parte referida a los autores históricos es siempre muy adecuada y pertinente, añado dos actualizaciones que merecen ser tenidas en cuenta. La obra de Bentham *Of Laws in General* (1970), editada por H. L. A. Hart, cuenta con una actualización más respetuosa con los manuscritos benthamianos a cargo de Philip Schofield (Bentham 2010). Y la *Allgemeine Theorie der Normen* kelseniana con una traducción mucho más confiable de nuestro colega Miguel Ángel Rodilla (Kelsen 2020).

<sup>2</sup> Entre nosotros, la escuela *alicantina* también se ocupó de ello, por ejemplo, Pérez Lledó (2000) y Lara (2001).

determinadas medidas legislativas adoptadas en los últimos años en nuestro país. Especialmente acertado me parece es contemplar el pasaporte COVID como una sanción positiva, no se obliga a nadie a obtenerlo (previa la vacunación), pero determinadas posibilidades se hacen depender de estar en su posesión: los viajes en avión o en tren, la asistencia a restaurantes, conciertos u otros eventos públicos, etc. Creo que es un ejemplo prístino de cómo guiar el comportamiento mediante incentivos, sin el uso de sanciones negativas.

### 3. PENAS Y RECOMPENSAS: *EL BASELINE*

En esta sección voy a referirme a una cuestión conceptual que la autora apunta en una ocasión al menos (Solanes 2023, 136 nota 74):

Puede suceder, de forma extraordinaria, que quien recibe la sanción no la conciba como un mal, sino que bien por remordimientos, porque así asegura techo y comida o por cualquier otro motivo, desee que se le aplique dicha sanción, por ejemplo, la pena de prisión, de forma que el castigo inicial establecido por el ordenamiento jurídico sería recibido por el destinatario como un bien, y no como un mal.

Y, entonces, la pena, una sanción negativa, no opera como una amenaza, sino como una oferta, como una sanción positiva. Por ello, mi epígrafe de Borges y su cuento de la lotería de Babilonia que no solo tiene, como es usual en las loterías, premios, sino que también dispone de castigos, de sanciones negativas. De las novelas dickensianas sabemos que algunas personas cometen pequeños delitos con el objetivo de ser encarceladas, y disponer así de abrigo y comida, huyendo del frío y el hambre en las calles. Es algo que sigue ocurriendo<sup>3</sup>. Para estas personas, las sanciones negativas del derecho penal actúan más bien como recompensas, como premios. En un artículo seminal sobre el concepto de coerción, Nozick (1969/1997) ya había puesto de manifiesto que para distinguir entre «amenazas» y «ofertas» es preciso disponer de una *baseline*, de una referencia para comparar la situación previa a la amenaza u oferta y la situación posterior. Una comparación que alude a lo que ocurre en situaciones de «normalidad», pero también siguiendo a Nozick debemos distinguir entre un uso «predictivo», no-moralizado, de normalidad y un uso «normativo», moralizado. Tal vez mayor atención a la abundante literatura sobre la coerción podría arrojar alguna luz sobre ello<sup>4</sup>.

### 4. *NUDGES*

Cuando Ángeles Solanes (2023, 276-277) se refiere a la técnica del Pasaporte-COVID dice que dicho instrumento podría ser comprendido con el artesanal conceptual que procede de la denominada «arquitectura de la elec-

---

<sup>3</sup> Véase esta espeluznante crónica en *The Guardian* del 2 de noviembre de 2022, <https://www.theguardian.com/society/2022/nov/02/unhoused-people-shelters-homelessness-to-jail-cycle>

<sup>4</sup> Vd., por ejemplo, Anderson (2023), Schauer (2015). Me referí brevemente a esta cuestión en MORESO (2016).

ción», como un *nudge*, y que ha sido desarrollada magistralmente, como es sabido, por Sunstein y Thaler (2008). Desarrollar esta sugerencia de la autora enriquecería, sin duda, nuestra comprensión de la función promocional del derecho. Por ejemplo, ahora que la tecnología lo hace posible, es más eficiente evitar el robo de coches haciendo que solo puedan abrirse leyendo la retina del usuario del auto, que usando la máquina del derecho penal. Se evita un comportamiento haciéndolo prácticamente imposible.

Aquí solo deseo añadir que mi ejemplo preferido de este tipo de mecanismo, de *nudge*, es aquel que he denominado el ejemplo del «carro autopoiético»: unos treinta años atrás en España, con la proliferación de las grandes superficies comerciales, cuando los clientes acudíamos a hacer nuestra compra los sábados por la mañana, a menudo no hallábamos ningún carro libre para poder hacerla. Las grandes superficies incrementaron el número de empleados con el cometido de recoger los carros abandonados y colocarlos en la entrada a disposición de los clientes, otros colocaron grandes carteles recordando a los clientes la obligación de devolver el carro a su lugar, incluso algunos amenazaron con castigar con pequeñas multas a los que no devolvieran el carro. Todos los mecanismos fallaron. Al final, la solución vino sin necesidad del ejercicio del poder normativo, con un ejercicio del poder gubernamental: para disponer de un carro era preciso poner una moneda de un precio menor (50 céntimos o un euro actuales) en una ranura del carro, moneda que automáticamente devuelve el carro solo cuando se lo sitúa en el lugar adecuado, en el lugar de salida<sup>5</sup>.

## 5. EL DERECHO PREMIAL, ¿LA SOAVE INQUISIZIONE?

Uno de los ámbitos en los que más presencia han tenido las sanciones positivas, ha sido el derecho penal de carácter premial. Por ello entendemos las medidas penales y procesales tendentes a favorecer la delación y confesión de delincuentes de crímenes relacionados con el terrorismo o con el tráfico de drogas, por ejemplo. Medidas que van desde rebajas de las penas hasta la promesa de no inculpación, a cambio de obtener información que los cuerpos de seguridad del Estado pueden usar para dismantelar organizaciones criminales. A nadie se le esconde la relevancia actual de este asunto. Sin embargo, el uso de los premios en este ámbito no está exento de controversia. Solanes (2023, 226-227) es bien consciente de ello. Lo dice así<sup>6</sup>:

Ante la posibilidad de admitir el premio en el ámbito penal se plantean diversas dudas e inconvenientes:

- 1) Con el premio se introduce un coeficiente de inseguridad en la relación entre los cómplices.
- 2) El efecto intimidatorio de la pena puede verse afectado por el hecho de que el delincuente pueda evitar ser sancionado negativamente o al menos

<sup>5</sup> El carro autopoiético hace referencia, es claro, aunque algo frívolamente, a la sociología de LUHMANN, N., y TEUBNER, G., Vd. Teubner (1988).

<sup>6</sup> Véanse las dudas al respecto de Luigi Ferrajoli, el Cesare Beccaria de nuestros días, en FERRAJOLI (1984, 1989, cap. XII).

obtener importantes beneficios si, por ejemplo, es capaz de demostrar que está arrepentido (aunque realmente no lo esté).

3) La concesión de un premio en el ámbito penal rompe uno de los principios fundamentales del derecho penal, incluso del propio Estado moderno de Derecho, que es el de la proporcionalidad de la pena respecto de la gravedad del delito y a la culpabilidad del delincuente. Asimismo, pierde el carácter de igualdad, abstracción, certeza y determinación legal.

Leyendo a Ángeles y las dudas e inconvenientes que plantea al derecho premial, recordé que cuando escribía mi tesis doctoral, sobre la teoría del derecho de Jeremy Bentham, un autor no muy favorable a algunas garantías procesales de los acusados<sup>7</sup>, leí alguna literatura italiana crítica con la legislación penal de carácter excepcional promulgada en una Italia todavía azotada por el terrorismo, tanto de la extrema derecha como de la extrema izquierda. En uno de esos trabajos, Padovani (1981) comparaba la legislación que premiaba la delación, con la legislación que castigaba con la tortura a los que no confesaban. Decía (Padovani 1981, 541): ‘El contenido ciertamente es de signo diametralmente opuesto: no la amenaza, sino la esperanza, no la violencia, sino la templanza [*mitezza*] constituyen el vehículo de penetración. La inquisición se ha convertido en suave, pero la lógica es la misma, inspirada en la intervención directa sobre el imputado que es llamado a transformarse en un medio de prueba, a convertirse en cooperador activo de la investigación procesal bajo la presión de los estímulos ‘adecuados’.

Es obvio que son cuestiones que vuelven a preocuparnos a todos. Si traigo esta reflexión aquí es porque, aunque convencido de que los Estados democráticos tienen la legitimidad para establecer los mecanismos tendentes a impedir que el terrorismo actúe socavando la trama que soporta nuestra convivencia, también estoy preocupado por la incapacidad reiterada que el Estado de derecho muestra, en la realidad, para ahorrar las prácticas de lo que a veces se conoce como *Deep State*, los servicios secretos, por ejemplo. Parece que dichos servicios son necesarios, por ejemplo, para diseñar estrategias de infiltración en las organizaciones criminales del terrorismo global. Pero que sean necesarios no puede querer decir que estén al margen del Estado de derecho, esta frágil construcción que protege nuestros derechos y que nos permite vivir con dignidad. Valiéndome de una expresión de Hobbes, aunque para otros fines, no podemos dejar este ámbito de actuación del Estado en el *Kingdom of Darkness*, en el reino de las tinieblas<sup>8</sup>.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

De Bobbio aprendimos, y seguimos aprendiendo, muchas cosas, de teoría jurídica, de filosofía política, de historia de las ideas. Todavía me admira cada vez que lo leo el afortunado modo en el que combinaba la claridad con

---

<sup>7</sup> Parece que BENTHAM, por ejemplo, rechazaba el derecho al silencio de los acusados puesto que solo, decía él, los culpables tenían interés en guardar silencio. Para un análisis pausado de esta idea de Bentham, puede verse Lewis (1990).

<sup>8</sup> Como es sabido, la cuarta parte del *Leviatán* de Hobbes lleva por título ‘Of the Kingdom of Darkness’ (Hobbes 1651/2012).

la profundidad el maestro turinense. Con él aprendimos también que, al enfoque estructural de la teoría jurídica, el enfoque que adoptó Hans Kelsen, le convenía ser complementado con un enfoque funcional. Es cuando adoptamos esta segunda perspectiva, cuando estamos en condiciones de tomar en consideración y de analizar con detalle la función promocional del derecho.

En este libro, Ángeles Solanes ha decidido seguir esta estela bobbiana y nos ha regalado esta crucial contribución que no solo sirve como mapa y brújula para orientarnos en este territorio, sino que también nos equipa adecuadamente y nos permite vislumbrar cuestiones que nos empujan a explorar nuevas tierras. Son dos muy buenas razones para leerlo.

## REFERENCIAS

- ANDERSON, S. (2023). Coercion. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/coercion/>>.
- BENTHAM, J. (1990). *Securities against Misrule and other Constitutional Writings for Tripoli and Greece Schofield*, P. Schofield ed. Oxford: Oxford University Press.
- BENTHAM, J. (1993). *Official Aptitude Maximized; Expense Minimized Schofield*, P. Schofield ed. Oxford: Oxford University Press.
- BENTHAM, J. (1999). *Political Tactics*. M. James, C. Blamires, C. Pease-Watkin, C., eds. Oxford: Oxford University Press.
- BENTHAM, J. (2010). *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*. P. Schofield ed. Oxford: Oxford University Press.
- BOBBIO, N. (1977). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoría del diritto*. Milano. Ed. di Comunità.
- BORGES, J. L. (1941). La lotería en Babilonia. *Sur*, 76 (enero): 70-76.
- ELSTER, J. (2013). *Securities against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FERRAJOLI, L. (1984). Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei delitti e delle pene*, 2: 277-292.
- FERRAJOLI, L. (1989). *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza.
- GAVAZZI, G. (1983). Diritto premiale e diritto promozionale, en AA. VV. *Diritto premiale e sistema penale*. Milano: Giuffrè, 37-52.
- HOBBS, T. (1651/2012). *Leviathan*, Critical edition by Noel Malcolm in three volumes: 1. Editorial Introduction; 2 and 3. The English and Latin Texts, Oxford: Oxford University Press.
- KELSEN, H. (2018). *Teoría general de las normas*. Traducción y presentación de M. A. Rodilla. Madrid: Marcial Pons.
- LARA, R. (2001). Sobre la función promocional del Derecho. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 31: 553-576.
- LEWIS, A. D. E. (1990). Bentham's View of the Right of Silence. *Current Legal Problems*, 43/1: 135-157.

- MORESO, J. J. (2016). Schauer on Coercion, Acceptance, and Schizophrenia. *Ratio Juris*, 29/2: 215–222.
- MORESO, J. J. (2019). Spanish Emancipation: Bentham on Law and Politics in the Spanish World. *Special Issue: Bentham around the World. Journal of Comparative Law*, 14/2: 161-173.
- MORESO, J. J. (2020). Cenerentola e la zucca. Marco Brigaglia sobre el poder en Michel Foucault. *Diritto & Questioni Pubbliche*, XX/ 1: 207-220.
- NOZICK, R. (1969/1997). Coercion, en R. Nozick, *Socratic Puzzles*. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 15-44.
- PADOVANI, T. (1981). La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento'. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 24: 529-545.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2000). Sobre la función promocional del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23: 665-687.
- SCHAUER, F. (2015). *The Force of Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- TEUBNER, Günther (ed.) (1988). *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: De Gruyter.
- THALER R. H., y SUNSTEIN, C. (2008). *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press.

Jose Juan MORESO\*

---

\* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)–BIAP (Barcelona Institut of Analytic Philosophy). email: josejuan.moreso@upf.edu, <https://orcid.org/0000-0003-2702-569X>