



**La obligatoriedad de una exhortación: una mirada desde *El Concepto de Derecho* de H. L. A. Hart**

**The obligation of an exhortation: a look from *The Concept of Law* of H. L. A. Hart**

**A obrigação de uma exortação: um olhar a partir de *O Conceito de Direito* de H. L. A. Hart**

Victoria Sasso González

Aspirante a Profesora Adscripta de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho, UDELAR. Profesora Ayudante de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho, UDELAR. victoriasasso@gmail.com

## RESUMEN

En el presente trabajo nos proponemos reflexionar acerca de la obligatoriedad de ciertas reglas de nuestro sistema jurídico, en las que se utilizan expresiones tales como *exhórtase* o *se exhorta*, para solicitar o sugerir a cierto grupo de personas hacer alguna cosa.

Con dicho objetivo, realizaremos un recorrido por los conceptos expuestos por H. L. A. Hart (1961/1998) para, de alguna manera, comenzar a esclarecer algunos aspectos de la cuestión.

Intentaremos identificar qué tipo de regla son las exhortaciones, y a su vez indagaremos si, en casos como el que nos ocupa, la formulación de la regla tiene relevancia en la obligatoriedad de la conducta o, visto desde otra perspectiva, analizaremos si, partiendo de la cuestión de que la regla no tiene el carácter de imperatividad, ni coercitividad, podemos concluir que la conducta descrita no es obligatoria.

Asimismo, apreciaremos si algunos de los conceptos desarrollados por Hart nos aclaran la cuestión, arribando a la conclusión que en las exhortaciones que analizaremos, no resulta relevante la falta de imperatividad de la regla para la obligatoriedad de la conducta, resultando por el contrario trascendente la práctica desarrollada por los funcionarios y particulares, y el concepto del aspecto interno de las reglas.

Palabras clave: exhortación, regla, imperatividad, obligatoriedad, aspecto interno.

## ABSTRACT

The main aim of this paper is to reflect on the mandatory nature of certain rules of our legal system, in which expressions such as "exhórtase" or "se exhorta" are used to request or suggest to a certain group of people to do something.

With this in mind, we will review the concepts set forth by H. L. A. Hart (1961/1998) in order to shed some light on some aspects of the issue.

We will try to identify what type of rule the exhortations are, and in turn we will investigate whether, in cases such as the one under discussion, the formulation of the rule has relevance in the obligatory nature of the conduct or, seen from another perspective, we will analyze whether, starting from the fact that the rule does not have the character of imperativeness, nor coerciveness, we can conclude that the conduct described is not obligatory.

Likewise, we will assess whether some of the concepts developed by Hart clarify the issue, thus concluding that in the exhortations that we will analyze, it is not relevant the lack of imperativeness of the rule for the obligatory nature of the conduct, but rather the practice developed by officials, and individuals and the concept of the internal aspect of the rules are transcendent.

Key words: exhortation, rule, imperativeness, mandatory nature, internal aspect.

## **RESUMO**

No presente trabalho pretendemos refletir sobre a obrigatoriedade de determinadas normas do nosso ordenamento jurídico, em que se utilizam expressões como "exhórtase" ou "se exhorta", de solicitar ou sugerir a determinado grupo de pessoas que faça algo.

Com esse objetivo, faremos um passeio pelos conceitos expostos por H. L. A. Hart (1961/1998) para, de alguma forma, começar a esclarecer alguns aspectos da questão.

Tentaremos identificar que tipo de norma são as exortações e, por sua vez, investigaremos se, em casos como o que nos interessa, a formulação da norma tem relevância na obrigatoriedade da conduta ou, vista de outra perspectiva, analisaremos se, partindo da questão de que a regra não tem o caráter de imperatividade, ou coerção, podemos concluir que o comportamento descrito não é obrigatório.

Da mesma forma, apreciaremos se alguns dos conceitos desenvolvidos por Hart esclarecem a questão para nós, chegando à conclusão de que nas exortações que analisaremos não é relevante a falta de imperatividade da regra pela obrigatoriedade da conduta, sendo, ao contrário, transcendente à prática desenvolvida por funcionários e particulares, e o conceito de aspecto interno das regras.

Palavras-chave: exortação, regra, imperatividade, obrigação, aspecto interno.

### **I.- Introducción**

En nuestro derecho positivo podemos encontrar numerosos ejemplos en los que el Estado, o una parte del Estado, exhorta a otra parte del propio Estado o a otro Estado, a hacer algo. El destinatario de la exhortación, en el marco de su autonomía y competencia decide si acepta o no dicha exhortación, es decir, evalúa si realiza o no lo exhortado.

Teniendo presente que existen distintos tipos de exhortaciones, podemos ver cómo funcionan algunas de ellas, en la práctica.

Ejemplificando, podemos citar la situación en la que un Gobierno Departamental es exhortado por el Poder Ejecutivo a hacer alguna cosa (v.g.: artículo 5 del Decreto Nº 90/021, de 23 de marzo de 2021), en la cual el primero tomará la decisión de realizar o no, lo que le exhortó el segundo, sin que esté prevista ninguna consecuencia jurídica en el caso de no realizar lo exhortado.

Por otro lado, en el ámbito de la asistencia penal internacional, las exhortaciones funcionan como solicitudes en el marco de la cooperación entre Estados. En estos casos, el Estado exhortado analiza si dentro de su marco jurídico, se dan los requisitos para acceder o no a la exhortación, y por lo general la negativa no implica reproche alguno por parte del Estado exhortante.

También es frecuente que se utilice el instrumento de los exhortos como un mecanismo para realizar solicitudes entre distintas partes del Estado. Así, en el Poder Judicial, se utiliza por ejemplo entre juzgados del mismo rango, para requerir la realización de una diligencia en un ámbito territorial en el que no se tiene competencia.

Todos estos ejemplos tienen algo en común: se utiliza el instrumento de la exhortación, cuando la autoridad que requiere algo, no tiene la competencia para

obligar al destinatario. Y como dicho instrumento carece de imperatividad, resulta entonces una herramienta adecuada para esos fines.

Sin embargo, recientemente ocurrió en nuestro ordenamiento jurídico, un fenómeno relativamente novedoso en el marco de la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV2, en el cual varias disposiciones contenidas en Decretos, exhortaron a instituciones y particulares a hacer alguna cosa, de una forma que resulta bastante diferente a los otros exhortos previamente mencionados.

Por ejemplo, mediante el artículo 4 del Decreto N° 195/020, de 15 de julio de 2020, se exhortó a ciertas personas a que descarguen la aplicación informativa sanitaria *Coronavirus UY*. Resulta, a priori, claro que los destinatarios de la exhortación, podían descargar dicha aplicación desde antes que la exhortación existiera, y que la exhortación en sí no cambió la situación de la ciudadanía, ya que por esencia la exhortación, no tiene el fin de obligar, por su falta de imperatividad. Entonces nos podríamos cuestionar: ¿cuál es el sentido de dicha disposición? Podríamos entender, que al no tener ninguna nota de imposición, resulta meramente informativo.

Ahora bien, hay otros ejemplos que merecen nuestra atención por su peculiaridad, tales como, los artículos 2 y 3 del Decreto N° 359/020, de 22 de diciembre de 2020 y los artículos 6 y 12 del Decreto N° 90/021, de 23 de marzo de 2021.

Por los artículos 2 y 3 del Decreto N° 359/020, se exhortó a los shoppings a extender sus horarios de apertura al público, desde las 10:00 hasta las 23:00 horas, con un aforo de 6.5 m<sup>2</sup> por persona, tanto dentro de los locales comerciales particulares, como en los espacios de circulación.

Por su parte, los artículos 6 y 12 del Decreto N° 90/021, exhortaron a los shoppings al cierre preventivo y provisorio de sus plazas de comidas, hasta el 12 de abril de 2021, y a los casinos de naturaleza privada a permanecer cerrados hasta la misma fecha.

Sin mucho esfuerzo podríamos concluir, que expresiones tales como *exhórtase*, contenidas en un artículo de un Decreto no forman parte el contenido

habitual de las reglas, en las que por el contrario, suele encontrarse como contenidos típicos expresiones tales como: *deberá, establécese, dispónese, modifícase, revócase, suspéndese, etc.*

En cambio, la exhortación parece ser una incitación, que se asemeja más a una expresión de deseo, una solicitud o sugerencia, que a una orden con contenido imperativo. Ahora bien, cuando la autoridad emite una regla, es decir dicta un acto que desde su aspecto externo es una disposición normativa, pero en las que se utilizan expresiones como las mencionadas, se genera la incógnita de si efectivamente estamos frente a una regla que genera obligaciones, con consecuencias jurídicas ante su incumplimiento.

## **II.- Formulación gramatical de las exhortaciones**

Quizás la exhortación se parezca más a una facultad, en el sentido que el exhortado puede elegir si hacer o no hacer lo que se le exhortó. Sin embargo, pensarlo en términos de una facultad, no daría real dimensión al fenómeno, ya que no tendría sentido facultar a alguien, mediante una exhortación, a hacer algo que ya podía hacer en forma previa.

En los ejemplos mencionados, los shoppings tenían desde antes de la exhortación, la posibilidad de organizar sus instalaciones, de forma que hubiera mayor espacio de circulación y menor cantidad de personas en forma simultánea, por lo que pensar en las exhortaciones como facultad, no parece ser lo adecuado. Y esto porque las reglas que establecen facultades, por lo general, lo hacen para que quienes cumplan con ciertos requisitos, puedan optar por hacer lo descrito en la regla, con las consecuencias establecidas en ella, desde el dictado de la misma en adelante. Pero entonces, si lo exhortado ya se podía realizar, el sentido de la exhortación no puede ser una facultad.

Más allá de esto, lo que resulta innegable es que la formulación de la regla en términos de exhortación, le quita el carácter de imperatividad y coercitividad típico de las reglas. Las exhortaciones que nos proponemos analizar carecen del carácter coercitivo, en tanto no regulan, ni ordenan, sino meramente exhortan, solicitan o invitan, sin exigir una conducta determinada. Tampoco se establece una sanción ante el incumplimiento, lo que resulta congruente con la finalidad de las

exhortaciones en general, pero genera una dificultad si pretendemos encasillarlas dentro de algún tipo de regla obligatoria.

También podrían considerarse las exhortaciones como un estándar de conducta sin sanción, pero para entender que se dispuso un estándar de conducta, debería haberse formulado en forma imperativa, exigiéndose la conducta, lo que no se verifica en los casos que se analizan, por lo que resulta indudable que las exhortaciones no pueden ser consideradas órdenes.

Entonces ante esta constatación, nos proponemos analizar algunos de los rasgos característicos que hacen a la noción de regla en Hart, para intentar identificar qué tipo de reglas son las exhortaciones que nos ocupan: esto es, las contenidas en los artículos 2 y 3 del Decreto N° 359/020, y 6 y 12 del Decreto N° 90/021, a las que nos referiremos en adelante como, *las exhortaciones*, para posteriormente ocuparnos del tema de la obligatoriedad.

A dichos efectos, si bien podría pensarse que la teoría de Hart, está arraigada y ejerce su mayor influencia en los sistemas de derecho del *common law*, entendemos sin embargo, que su desarrollo teórico es capaz de explicar cuestiones como las que nos ocupan, en tanto alberga vocación universal y por lo tanto es aplicable a sistemas jurídicos como el nuestro.

Al decir de J. C. Bayón (2012), las teorías generales de derecho tienen un propósito descriptivo y general. Y lo segundo, es en el sentido que no se detienen en cuestiones que refieran a una práctica social concreta, es decir que no se pone el foco en aquellos rasgos específicos, particulares o contingentes de un sistema en particular, sino que detienen su atención en lo que consideran común a todo sistema jurídico (p. 18).

### **III.- Las exhortaciones como reglas**

Hart critica reducir el concepto de derecho en términos de mandatos o expresión de deseos (de alguien) y hábitos de obediencia (de otros) expuesto por Austin, y pone el acento en la noción de regla, como pauta o criterio de conducta,

respecto de la cual explica que no es ni una orden, ni un mandato, o no se las podría encasillar en dichas nociones, al expresar que:

...los elementos con que se ha construido la teoría, a saber, las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas mas elementales de derecho. (Hart, 1961/1963, p. 101)

En ese sentido, utiliza la expresión: *órdenes respaldadas por amenazas*, para referirse al modelo objeto de su crítica, que a su vez caricaturiza con el ejemplo del asaltante (Hart, 1961/1963, pp. 24-25), y explica:

...la simple idea de órdenes, hábitos y obediencia no puede ser adecuada para el análisis del derecho. Lo que hace falta, en cambio, es la noción de regla que confiere potestades, que pueden ser limitadas o ilimitadas, a personas que reúnen ciertos requisitos, para legislar mediante la observancia de cierto procedimiento. (Hart, 1961/1963, pp. 95-96)

Entonces, el modelo de órdenes respaldadas por amenazas, es sustituido por el modelo de reglas, en tanto el primero resulta insuficiente desde el punto de vista explicativo, para dar cuenta de ciertos tipos de reglas y algunos fenómenos de la vida social, ya que no puede explicar la distinción que hace Hart de dos tipos de reglas, al que llama primarias y secundarias, siendo las primeras: reglas de obligación y las segundas, de un tipo diferente, que confieren potestades públicas o privadas, y que clasifica en regla de reconocimiento, de adjudicación y de cambio. Al respecto menciona:

...existen importantes clases de normas jurídicas respecto de las cuales esta analogía con órdenes respaldadas por amenazas no cabe en absoluto, por cuanto ellas cumplen una función social totalmente distinta (...) acuerdan a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho. (Hart, 1961/1963, p. 35)

Hart también descarta utilizar la noción de mandato para referirse al derecho, en virtud de que está intrínsecamente relacionado al concepto de autoridad, ya que:



“Mandar es característicamente ejercer autoridad sobre hombres, no el poder de causar daño (...) no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad” (Hart, 1961/1963, p. 26). Y esto, porque dice que la amenaza de sanción ante la desobediencia, no es parte esencial del concepto de mandato, al tiempo que prefiere no utilizar dicho término para referirse al derecho, en tanto pretende analizarlo despojado del sentido de autoridad (p. 26).

Sería difícil encasillar nuestros ejemplos de exhortaciones dentro del concepto simple de orden o de mandato, ya que en su esencia carece del elemento de imperatividad, pero si tenemos en cuenta que Hart adopta un concepto amplio de regla, podríamos partiendo de esa noción, arribar a la conclusión que las exhortaciones, pueden ser ejemplos de regla aunque con ciertas características peculiares.

Scott Shapiro (2011/2014) sobre el punto agrega que:

...como Hart no afirma que todas las normas son órdenes, puede dar lugar a la existencia de reglas que confieren potestades. (...) las reglas que confieren potestades a los testadores para crear testamentos con fuerza jurídica no pueden ser plausiblemente interpretadas como órdenes. (...) Simplemente pierden la oportunidad de disponer de sus bienes después de la muerte tal como deseen. Una teoría del derecho puede dar sentido a normas como estas, que no imponen deberes sino que confieren la potestad de crear, modificar o extinguir deberes, solo si amplía la categoría de las reglas para incluir algo más que las órdenes. (p. 127)

Consecuentemente con esta visión amplia de la regla, no sería un problema afirmar que los decretos que exhortan, y que por lo tanto no contienen órdenes, son igualmente reglas. Pero tampoco resultaría adecuado afirmar que las exhortaciones son reglas que confieren potestades o facultades, tal como aquellas que confieren potestades a quienes realizan testamentos, siguiendo el ejemplo precedente.

Por otro lado, si pensamos que las exhortaciones que nos ocupan, son reglas del tipo de las primarias, nos faltaría el elemento de la imperatividad, que Hart no descartaba en lo que llamó las reglas primarias, sino que por el contrario, entendió que:

...la teoría del derecho como órdenes coercitivas, a pesar de sus errores, partía de la apreciación perfectamente correcta del hecho de que donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria. Al elegir este punto de partida, la teoría estaba bien inspirada, y al construir una nueva explicación del derecho en términos de la interacción de reglas primarias y secundarias, nosotros también partiremos de la misma idea. (Hart, 1961/1963, p. 102)

Entonces, centrándonos en el concepto de regla primaria, el autor considera que son de un tipo básico y que prescriben: "...que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no" (Hart, 1961/1963, p. 101).

Como decíamos, parándonos desde esta perspectiva, nuestros ejemplos carecen de la imperatividad propia de las reglas primarias, por lo que siguiendo la línea de pensamiento de Hart, sólo podremos arribar a la conclusión que las exhortaciones son reglas primarias, si entendemos que son obligatorias en algún sentido.

Ahora bien, también conviene pensar en la distinción que hace Hart entre, la mera conducta convergente (hábito), y la existencia de la regla. El autor apunta a diferenciar el mero hábito de por ejemplo tomar té en el desayuno, de la regla jurídica, ya que a diferencia de ésta, el hábito implica una conducta no obligatoria, en virtud de que no existe una regla que exija tomar té en el desayuno (Hart, 1961/1963, p. 12). Por lo tanto, en caso de apartamiento no existirá ni sanción, ni reproche.

Si bien, nuestros ejemplos de exhortaciones, carecen de imperatividad al igual que el mero hábito, tienen pocos puntos de conexión con él. Y si bien, no podemos pensar en que son reglas que imponen comportarse de cierta forma, tampoco podríamos afirmar que la desviación no genera reproche, hasta no mirar que pasó en la práctica.

Otra distinción relevante sobre el tópico, refiere a la diferencia entre reglas sociales y reglas jurídicas que el autor expone, enfatizando en la cuestión de la reacción ante la desviación. Explica que cuando se trata de reglas sociales puede dar lugar a algún tipo de reproche (aunque de índole informal), mientras que en el caso de reglas jurídicas, la reacción hostil ante el incumplimiento resultará precisa y

se realizará en forma organizada, a través de funcionarios (Hart, 1961/1963, pp. 12-13).

Así, Hart se distancia de la posición realista, que pone el acento en la predictibilidad de la reacción hostil, y se centra en el estatus de la regla como guía de conducta y como justificación de la respuesta ante un apartamiento.

En este sentido, el autor expresa que "...el juez, al castigar, toma a la regla como *guía* y a la transgresión como la *razón* y *justificación* del castigo al transgresor" (Hart, 1961/1963, p. 13).

Estos aspectos que Hart destaca, apuntan en gran parte a mirar hacia la práctica, para ver cómo funcionan las reglas en los hechos. Por ello, y para identificar si hubo cumplimiento, incumplimiento o alguna otra peculiaridad respecto de las exhortaciones, debemos tener en cuenta la práctica y miraremos para ello, la conducta adoptada por los particulares y los funcionarios encargados de fiscalizar.

#### **IV.- Los destinatarios de la exhortación tenían una obligación de hacer de acuerdo a la regla**

Para mirar la práctica (aunque sea en forma acotada), decidimos prestar atención a lo que reportaron los medios de comunicación respecto de los shoppings y los casinos, ante las exhortaciones, al no encontrar supuestos en los que hubiera intervenido alguna autoridad jurisdiccional.

Así, la Revista Casino Perú, citando las palabras del Presidente de la República, en referencia a la extensión de las medidas sanitarias en el país, informó que entre otras, se mantuvo el cierre de las plazas de comidas de los shoppings y los casinos privados, aludiendo a éstas como parte de las directivas gubernamentales ante el crecimiento de los casos de COVID-19 (Revista Casino Perú, 2021).

Asimismo, por la pérdida salarial de los trabajadores de los casinos ante el cierre de las salas de juego (sobre todo por el impacto de no recibir propinas), los sindicatos que nuclean a sus trabajadores, solicitaron apoyos económicos al

gobierno, en el entendido que la medida de cierre fue una decisión gubernamental (La diaria, 2021).

Por otro lado, Subrayado informó que los shoppings resolvieron cerrar las plazas de comida, de acuerdo con lo que pidió el gobierno, en clara alusión a las medidas anunciadas por la Presidencia de la República (Subrayado, 2021).

De lo analizado, se desprende que los destinatarios de las exhortaciones entendieron que la conducta exhortada era obligatoria, vinculando la decisión a la autoridad y no a su propia voluntad.

En este sentido, expresaron que: "...luego del exhorto realizado por el Presidente de la República, a partir del miércoles 24 de marzo y hasta el lunes 12 de abril, la plaza de comidas permanecerá cerrada para el consumo dentro del centro comercial" (NetUruguay, 2021), de acuerdo a lo anunciado en el comunicado de uno de los shoppings de Montevideo.

Por otro lado, analizando que hizo la autoridad en la praxis, podemos concluir que se realizaron dos tipos de fiscalizaciones distintas. Por un lado, basado en potestades de fiscalización que gozan el Ministerio de Salud Pública y las Intendencias Departamentales, que se enmarcan en las competencias dadas por diversas normas (v.g.: artículo 2 de la Ley N° 9.202, de 12 de enero de 1934), se controló el cumplimiento de los protocolos sanitarios aprobados, pero por otro lado y al mismo tiempo, se realizaron fiscalizaciones de las exhortaciones, cuya fuente son los mencionados Decretos que exhortan.

Por lo que, primariamente podemos concluir que se fiscalizó el cumplimiento de lo meramente exhortado, en el entendido que se consideró obligatorio adecuar la conducta a la exhortación.

Así, en referencia a los controles y fiscalizaciones a los shoppings, el Secretario de la Presidencia de la República "recordó las determinaciones en cuanto al aforo y el cierre de las plazas de comida, además de una serie de medidas sanitarias" (Uruguay Presidencia, 2021), en clara alusión al aforo exhortado por los artículos 2 y 3 del Decreto 359/020 y a lo exhortado por el artículo 6 del Decreto 90/021, respecto del cierre de las plazas de comida, a los que se refiere como

*determinaciones*. Asimismo, anunció que en el Mercado Agrícola de Montevideo, se “deberán cumplir las mismas acciones” (Uruguay Presidencia, 2021).

De acuerdo a lo relevado, la alusión a las exhortaciones como *determinaciones* y la exigencia de que se *deberán cumplir* implicó que en los hechos se aplicara el aforo exhortado y se produjera tanto el cierre de las plazas de comida de los shoppings, como de las salas de casinos privados, durante el período de tiempo que se estableció en las exhortaciones, entendiendo los involucrados que dichas acciones, se llevaron a cabo por la existencia de la regla. En efecto, la autoridad sanitaria por medio de sus funcionarios encargados de la fiscalización del cumplimiento de las medidas sanitarias, controló las exhortaciones, considerándolas de esta forma como obligatorias.

En el entendido que las fiscalizaciones se realizaron para constatar el cumplimiento de lo dispuesto por la autoridad mediante reglas, la exigencia de lo requerido por el exhortante, no se puede fundamentar en otra cosa que en la obligatoriedad de la conducta exhortada, y en los hechos tanto para los particulares, como para la autoridad fiscalizadora el cumplimiento de las exhortaciones fue considerado obligatorio.

En adelante nos referiremos a la autoridad fiscalizadora y a los funcionarios encargados de la fiscalización indistintamente, haciendo alusión a quién dispuso que la conducta sea fiscalizada.

#### **V.- La importancia de la práctica en la obligatoriedad**

¿Cómo podemos explicar entonces, que la regla que exhorta, exige la conducta exhortada? O dicho de otra forma: la referida conducta, ¿de qué forma es obligatoria?

En principio por intuición, seguramente nos veríamos tentados a entender que las exhortaciones no son obligatorias, sin embargo luego de corroborar que en la práctica resultó todo lo contrario, cobra interés el abordaje de la cuestión por Hart que pone el acento en el aspecto interno de las reglas y en la aceptación de la regla

en la práctica, para explicar la obligatoriedad de la conducta, más que en la formulación de la disposición o en la sanción que la respalda.

Sobre esto último, Hart se detiene a explicar la obligatoriedad de ciertas reglas que no contienen una sanción. Advierte que en la diversidad de normas jurídicas existentes en los sistemas jurídicos modernos, "no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo" (Hart, 1961/1963, p. 33), como sí podrían hacerlo por ejemplo las reglas del derecho penal. Afirma que existen, por lo tanto, una multiplicidad de tipos de normas que no responden al modelo simple de órdenes respaldados por amenazas. A la vez dice, que podría considerarse que las órdenes o los mandatos por un lado y el derecho por otro, tienen un aspecto en común, esto es que "...las acciones pueden ser criticadas o valoradas, con referencia a las reglas, como jurídicamente correctas o incorrectas (...) constituyen pautas o criterios de conducta (standards) para la apreciación crítica de acciones determinadas" (p. 41), designando también a éstas como reglas.

Sin embargo, para entender que las exhortaciones encierran un estándar de conducta, deberíamos encontrar en su formulación alguna forma de imperatividad o de exigencia, lo que entendemos no se verifica.

Lo que resulta peculiar en nuestros ejemplos, es que se cumplió con las exhortaciones tal como si fueran reglas del tipo imperativo. Y si bien nos resulta difícil encasillar las exhortaciones que nos ocupan, en algunos de los tipos de regla que analiza Hart, a partir de lo constatado, primariamente podemos afirmar que a pesar de su formulación y teniendo en cuenta su aplicación, se han comportado en la práctica, como estándar de conducta obligatoria o como reglas primarias de obligación.

## **VI.- La sanción y la imperatividad como parte del concepto de regla**

Decíamos anteriormente que para Hart las reglas primarias de obligación, son las reglas que se ocupan de las acciones que las personas deben o no deben hacer (Hart, 1961/1963, p. 117). Ahora bien, ese deber hacer tiene que ver con la obligatoriedad de la conducta, y las acciones con la praxis, por ello resultaba relevante identificar qué había pasado en la práctica.

Respecto de la obligatoriedad, el autor dice que “...se piensa que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande” (Hart, 1961/1963, p. 107). Y esto, porque pone el acento en la obligatoriedad de la conducta exigida por la regla, y no en la sanción como definatorio de la imperatividad. Al respecto, agrega:

Lo que vale la pena destacar es que la insistencia en la importancia o *seriedad* de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como dando origen a obligaciones. (Hart, 1961/1963, p. 108)

Por su lado, Shapiro entiende desacertado el enfoque de Austin que reduce la obligatoriedad a la orden respaldada por amenazas, y prefiere con Hart la idea de las reglas sociales. Afirma que la obligación jurídica, está ligada al concepto de regla, ya que “el germen de la juridicidad está en el compromiso del grupo con un estándar de conducta que todos han de observar” (Shapiro, 2011/2014, p. 132).

Por otro lado, Hart aclara que no podemos ver a la obligación:

...como algo que consiste esencialmente en algún sentimiento de presión o compulsión, experimentado por los obligados. El hecho de que las reglas que las imponen están por lo general sustentadas por una presión social seria, no implica que estar sometido a una obligación establecida por esas reglas es experimentar sentimientos de compulsión o de presión. (Hart, 1961/1963, p. 109)

Esto, para Hart sería desinterpretar a la obligación en términos de sentimientos. Sería como no tener en cuenta en su real dimensión el aspecto interno de las reglas, porque “sentirse obligado y tener una obligación son cosas diferentes” (Hart, 1961/1963, p. 110).

Y de esta forma Hart comienza a delinear uno de sus aportes fundamentales: el concepto de punto de vista interno.

Shapiro entiende que Hart descarta la idea de sanción en el concepto de derecho y explica que:

Al moderar la importancia de las sanciones en la definición del derecho, Hart evitó los errores de sus predecesores. No se vio forzado a tratar las nulidades como sanciones, a representar las reglas que confieren potestades como fragmentos de reglas de deber, (...) tampoco se vio forzado a adoptar una visión restrictiva de la motivación humana. Comprendió que las personas tienen distintas razones para obedecer el derecho, entre ellas un sólido respeto por las instituciones jurídicas. Sin duda, un sistema jurídico solo existe si sus reglas son en general observadas. Pero no todos los que obedecen las reglas lo hacen exclusivamente por miedo al castigo; muchos pueden experimentar el derecho desde el punto de vista interno, es decir, como un conjunto de estándares de conducta legítimos que les impone el deber de obedecer, y esto es lo que ocurre por lo general en los regímenes estables. (Shapiro, 2011/2014, p. 130)

Si seguimos este razonamiento, podríamos concluir que las exhortaciones que nos ocupan, entran dentro de un concepto de regla primaria de Hart, ya que éste no es restrictivo, es decir que no incluye solamente imperativos u órdenes. Y aunque no contengan una orden, ni la amenaza de una sanción, resultan obligatorias en algún sentido.

### **VII.- La obediencia y la existencia de la regla**

Por otro lado, podemos ver las exhortaciones, desde la perspectiva de la obediencia.

Sobre esto, Hart advierte que el término obediencia sugiere tanto el respeto a la autoridad, como la referencia al cumplimiento de órdenes (Hart, 1961/1963, p. 64). Dicha referencia a las órdenes, nos retrotrae a la idea del asaltante con la que el autor discrepa. Sin embargo esta idea es, en un punto relevante, porque el autor expresa que esta cuestión de hecho de la obediencia general, es decir que generalmente hay más obediencia que desobediencia, resulta en una diferencia esencial entre las normas jurídicas y la orden del asaltante (p. 30), ya que a diferencia de ésta, las normas jurídicas tienen la característica de tener cierta permanencia. Hart se refiere a esto, relacionándolo con la creencia general que a la desobediencia, probablemente sobrevendrá la ejecución de la amenaza, con cierta persistencia, hasta que la orden sea revocada (p. 29). Y explica que la mayor parte



de las órdenes contenidas en reglas son frecuentemente obedecidas, mucho más que desobedecidas.

Esto significa que en la práctica, lo que generalmente acontece con las reglas es que son generalmente obedecidas, porque existe esa creencia general de la amenaza y en este punto, hay que tener presente que el autor entiende a la obediencia en un umbral mínimo, para la existencia del derecho y agrega que el poder de llevar a cabo las amenazas contenidas en la orden ante una desobediencia sólo se lo puede concebir "...si se sabe que un número considerable de habitantes están dispuestos a obedecer voluntariamente, es decir con independencia del temor de las amenazas, y a cooperar en la ejecución de éstas contra quienes desobedezcan" (Hart, 1961/1963, p. 30).

Como decíamos, Hart concibe la obediencia como una condición mínima necesaria para la existencia del orden jurídico, esto es, que las reglas primarias que exigen cierta conducta, tienen que ser mayormente obedecidas que desobedecidas, de lo contrario no podríamos hablar de orden jurídico (Hart, 1961/1963, p. 142).

En definitiva dice:

Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo. (Hart, 1961/1963, p. 113)

Aclara que no se puede hablar en términos de mera obediencia respecto de las reglas secundarias, o al menos sería inadecuado ponerlo en esos términos, porque obediencia no implica *per se*, consciencia de la corrección de lo que se hace, distanciándose de esta forma de la explicación del fenómeno en términos de obediencia habitual. Aunque sí le concede a Austin que ésta, puede explicar la relación de los ciudadanos comunes con las reglas primarias, en el caso de las

secundarias se requiere una aceptación compartida de la regla de reconocimiento (Hart, 1961/1963, pp. 142-143).

No nos detendremos a profundizar en el concepto y características de la regla de reconocimiento, ya que excede el objeto de este trabajo, por lo que sólo mencionaremos que en el caso de los funcionarios fiscalizadores de las exhortaciones, la aceptación de la regla de reconocimiento se da en la práctica, al aplicar mediante la fiscalización las reglas primarias creadas de conformidad con dicha regla.

Como conclusión dice el autor que la afirmación de que un sistema jurídico existe es un enunciado bifronte: por un lado la obediencia general de los ciudadanos comunes respecto de las reglas primarias que exigen una conducta determinada (independientemente de los motivos de la obediencia) y por otro, la efectiva aceptación de los funcionarios de las reglas secundarias como pautas compartidas de conducta oficial, que a su vez son criterios y razones para la crítica en caso de desviación de las reglas primarias (Hart, 1961/1963, p. 145).

En lo que nos ocupa entonces, con relación a las razones de la obediencia de las reglas primarias, Hart explica que no tienen gran relevancia, y que generalmente la obediencia tiene más de una posible explicación: muchas veces se basa en una cuestión de conveniencia, otras en una cuestión de cálculo para evitar las consecuencias desfavorables de la desobediencia (Hart, 1961/1963, p. 142). Así, los responsables o propietarios de los shoppings y casinos privados, pudieron haber cerrado sus establecimientos, por diversas razones. De esta forma, no implica que la persona que obedece, lo haga porque piensa que hace lo correcto, ello no es relevante (puede darse o no). Puede ser consciente o estar de acuerdo con que está cumpliendo con una pauta o criterio de conducta, o no, tampoco tiene porque percibir la corrección de sus actos, ni estar consciente de la obligatoriedad de lo que hace (p. 143).

Y esto se vincula con el punto de vista interno:

Quien obedece no necesita, aunque puede, compartir el punto de vista interno que acepta las reglas como pautas o criterios de conducta para todos aquellos a quienes

se aplican. En lugar de ello, puede limitarse a ver en la regla algo que exige de él una acción bajo amenaza de pena; puede obedecerla simplemente por temor a las consecuencias o por inercia, sin pensar que él u otros tienen la obligación de comportarse así y sin estar dispuesto a la autocrítica o a la crítica de la conducta ajena en caso de desviación. (Hart, 1961/1963, pp. 143-144)

En nuestros ejemplos, seguramente los particulares (dueños de shoppings y casinos privados), pudieron actuar por ambas razones: temor a las consecuencias o inercia, pero sin detenerse a pensar si realmente la conducta exhortada era obligatoria o no. Simplemente se comportaron tal como fue requerido y esto, para Hart, es todo lo que se necesita para la existencia del derecho en general y de una regla en particular. Al respecto expresa que: "...es compatible con la existencia de una minoría que no sólo transgrede la regla, sino que además se rehúsa a considerarla como una pauta o criterio de conducta para sí o para los demás" (Hart, 1961/1963, p. 70). Y esto reafirma la idea que el aspecto interno, no es exigido respecto de los ciudadanos, sino respecto de los funcionarios. Así aclara que la cuestión de que los funcionarios deben obedecer las reglas secundarias, debe ser matizado, en el sentido que dice que lo que los jueces y legisladores hacen, no puede ser bien interpretado en términos de obediencia, sino que más bien que la obediencia se restringe a una condición mínima necesaria para la existencia del orden jurídico: esto es que las reglas primarias de obligación tienen que ser más obedecidas que desobedecidas (independientemente de las razones para obedecer). Y esto lo distancia de la posición de Austin, para quien el hábito de obediencia a órdenes era parte del concepto de derecho (Hart, 1961/1963, p. 140).

Por su parte Shapiro dice que:

En efecto, Hart argumenta que la existencia de un sistema jurídico es imposible si los funcionarios no adoptan el punto de vista interno respecto de sus reglas secundarias. Mientras que la mayor parte de la población debe simplemente *obedecer* las reglas primarias por cualquier razón, las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación existen solo si son aceptadas por los participantes del derecho como estándares legítimos de conducta. (Shapiro, 2011/2014, p. 130)

Para la existencia de un orden jurídico, entonces, se necesita por un lado una mayoría de ciudadanos que obedezcan las reglas primarias y por otro que los funcionarios acepten las reglas secundarias desde el punto de vista interno y que las apliquen (Shapiro, 2011/2014, pp. 130-131). Entiende que los funcionarios al aceptar la regla de reconocimiento, evalúan la conducta de los ciudadanos con relación a las reglas primarias, que son las que ellos están obligados a obedecer (p. 122).

Así en nuestros ejemplos, al asumir a las exhortaciones como reglas primarias del orden jurídico, la autoridad fiscalizadora exigió su cumplimiento por parte de los dueños de los shoppings. De esta forma, el aspecto interno de las reglas, asumido por quienes se encargan de fiscalizar, resulta lo suficientemente explicativo para dar cuenta de la obligatoriedad de las exhortaciones. Es decir, en nuestros ejemplos los funcionarios fiscalizadores entendieron a las exhortaciones, como obligatorias y por ello exigieron la adecuación de la conducta de los ciudadanos a ella.

### **VIII.- La relevancia del aspecto interno en la obligatoriedad**

Si miramos el tema de los hábitos de conducta, al que Hart dedica cierta atención, podemos ver en la diferencia entre regla y hábito, algunas cuestiones interesantes.

Si bien la regla y el mero hábito comparten la característica que la conducta es seguida o repetida por el grupo social (o la mayor parte de este), de acuerdo al autor las diferencias entre ambos son variadas (Hart, 1961/1963, p. 69).

En el hábito, no es necesario que la desviación de la conducta ocasione una crítica del resto del grupo, sino que alcanza con que la conducta en términos generales sea convergente. Sin embargo, para que exista una regla no alcanza con que la mayor parte del grupo repita la conducta, se hace necesario asimismo que a las desviaciones, se siga la crítica del grupo y que exista cierta presión para que el apartamiento no se verifique. Además las desviaciones de la regla, son consideradas por el grupo como buenas razones para exponer la referida crítica, la cual es vista como legítima (Hart, 1961/1963, p. 70). Esta cierta presión de la que

habla, para que el apartamiento no suceda, entendemos se constató en la práctica mediante la actitud de los funcionarios fiscalizadores.

Además hay otro aspecto que no posee el hábito y lo diferencia de la regla, es lo que ya adelantamos que Hart denomina como el aspecto interno de las reglas.

En el caso del hábito, para que exista no es necesario que los miembros del grupo actúen pensando en que la conducta es general, y tampoco que eduquen a otros en dicho hábito, pero estos aspectos sí son relevantes en el caso de la regla (Hart, 1961/1963, p. 71).

Así afirma:

Por contraste, para que exista una regla social por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo. Además del aspecto externo que comparte con un hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar, toda regla social tiene un aspecto "interno". (Hart, 1961/1963, p. 71)

Aunque no podemos saber por qué los particulares y funcionarios fiscalizadores, actuaron de la forma en que lo hicieron, podemos vislumbrar que el concepto del aspecto interno de las reglas, que expone Hart, puede arrojar luz sobre la obligatoriedad de las exhortaciones.

Como venimos de decir, el tema de la obligatoriedad de la conducta, para Hart debe ser analizada a través del concepto del aspecto interno de las reglas.

Para ello, propone verlo desde dos puntos de vista: el externo y el interno, entendiendo que ninguno de ellos puede por sí solo proporcionar una mirada acabada de la complejidad que implica el fenómeno.

Explica que el punto de vista externo (el del realismo, que se limita a constatar regularidades de conducta), puede predecir que el tránsito probablemente se detendrá ante la luz roja, como un signo de que quienes conducen automóviles, se comportarán así. Este punto de vista es el de aquellos participantes de la práctica que rechazan las reglas y las ven sólo como un signo de un posible castigo. Pero esta perspectiva no puede dar cuenta de toda la dimensión que proporciona el punto de vista interno (el de quienes usan las reglas para guiarse y como fundamento para

criticar la conducta de los demás miembros del grupo, así como el fundamento de la presión social y el castigo a quien se aparta de la conducta regular). Esto es, que los participantes de la práctica ven en la referida luz roja del ejemplo, una señal para detenerse y una razón para comportarse de dicha forma. Así, el punto de vista interno, proporciona la mirada de la forma en que los propios miembros del grupo que aceptan las reglas, observan su propia conducta de carácter regular. Que exista una razón para que ellos se detengan frente a luz roja, hace según el autor, que dicha acción de detenerse sea una pauta, un criterio de conducta y una obligación (Hart, 1961/1963, p. 112).

Para Hart este aspecto interno es una “actitud crítica reflexiva” (Hart, 1961/1963, p. 71) en relación con el patrón de conducta, ya que el comportamiento exigido en la regla, es considerado como un criterio o pauta a seguir por el grupo. Pero esta actitud crítica reflexiva, no tiene que ver con una cuestión de los sentimientos que experimentan los individuos, porque el sujeto puede no sentir compulsión a la realización de la conducta que exige la regla, pero sin embargo aceptarla (p. 72).

Es decir que en lo que nos ocupa, no son relevantes los sentimientos de los sujetos, sino su actitud ante la exhortación, que se tradujo en la exigencia de conformidad, y el reconocimiento de que dicha exigencia está justificada (Hart, 1961/1963, p. 72), como aconteció en la práctica.

## **IX.- Consideraciones finales**

Entendemos que no es necesario que se den todas las actitudes descritas en la práctica, para afirmar que existió una actitud crítica reflexiva de los sujetos. Al fundamentar el cierre de los shoppings y los casinos privados, en las medidas del gobierno, por un lado, y al fiscalizar su cumplimiento, exigiendo su conformidad por otro, vislumbramos que existió tanto por parte de los particulares como de los funcionarios, dicha actitud crítica reflexiva, y ella pudo ser identificada en la práctica objeto de nuestro análisis.

Con relación a la referida aceptación de las reglas por parte de la mayoría de los miembros del grupo, el autor expresa que a éstos, se les exige una comprensión

relativa, ya que la comprensión cabal sobre el funcionamiento del sistema y sus intrincados vericuetos, se reserva solo para los funcionarios y expertos. Entonces, concluye que la aceptación es un fenómeno complejo en el que los funcionarios y ciudadanos comunes participan de diversa manera (Hart, 1961/1963, p. 76).

En el caso de las exhortaciones, aparentemente la aceptación fue amplia, no existiendo evidencia de que la regla no se haya aceptado o aplicado en alguna hipótesis. Por el contrario: como fuera expresado, tanto los particulares, como los funcionarios participaron de la práctica, aceptando la regla. Así, los encargados de fiscalizar aceptaron en forma consciente las reglas secundarias que les confieren potestad fiscalizadora, y las primarias (las exhortaciones). En cambio en el caso de los particulares, la aceptación de este tipo de reglas se dio en una forma diferente: manifestaron su aceptación, mediante la conformidad o aprobación con los resultados de la creación administrativa, al usar esas reglas como fundamento de su accionar (Hart, 1961/1963, p. 76).

En definitiva, siguiendo esta forma de ver la obligatoriedad de las reglas de Hart, resulta indiferente en el caso que nos ocupa, que la disposición no haya exteriorizado una orden o que su formulación carezca de imperatividad y de sanción. Por el contrario lo relevante es que se verificó en la práctica de los particulares y funcionarios, la obligatoriedad de la conducta exhortada, cobrando interés el abordaje de la cuestión por el autor.

En ese sentido, en vez de buscar la obligatoriedad en la exigencia de la formulación de la disposición o en la sanción que respalde la regla, Hart se centra en un concepto que se construye en gran medida desde la práctica. Y por ello, al poner el acento en la aceptación de la regla en la práctica por parte de los particulares y los encargados de fiscalizar, en la importancia de la presión social que se encuentra tras la misma y en el aspecto interno de las reglas, esta perspectiva teórica es capaz de arrojar luz para comprender el fenómeno de las exhortaciones, delineando así una posible explicación respecto de su obligatoriedad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bayón, J.C. (2012). ¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia? En J, Ferrer, J.J, Moreso y D. M. Papayannis (Eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*. Marcial Pons.

Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho* (Trad. G. Carrió). Abeledo Perrot. (Trabajo original publicado en 1961).

Shapiro, S. (2014). *Legalidad* (Trad. D. M. Papayannis y L. Ramírez Ludeña). Marcial Pons. (Trabajo original publicado en 2011).

## REFERENCIAS DE MEDIOS DIGITALES CONSULTADOS

La diaria. (2021, 30 de marzo). *Sindicatos del Casino y Resort Enjoy exigen alternativas para los trabajadores tras el cierre de los casinos privados*.

<https://ladiaria.com.uy/maldonado/articulo/2021/3/sindicatos-del-casino-y-resort-enjoy-exigen-alternativas-para-los-trabajadores-tras-el-cierre-de-los-casinos-privados/>

NetUruguay. (2021, 24 de marzo). *Reducción de horario y cierre de plaza de comidas en Nuevocentro*. <https://neturuguay.com/2021/03/24/reduccion-de-horario-y-cierre-de-plaza-de-comidas-en-nuevocentro/>

Revista Casino Perú. (2021, 21 de mayo). *Uruguay extiende el cierre de casinos hasta el 30 de mayo*. <https://www.revistacasinoperu.com/uruguay-extiende-el-cierre-de-casinos-hasta-el-30-de-mayo/>

Subrayado. (2021, 24 de marzo). *Los shopping reducen horario de apertura al público y cierran las plazas de comidas*. <https://www.subrayado.com.uy/los-shopping-reducen-horario-apertura-al-publico-y-cierran-las-plazas-comidas-n731901>

Uruguay Presidencia. (2021, 9 de junio). *Ejecutivo e intendencias realizarán operativos conjuntos para garantizar cumplimiento de protocolos sanitarios*. <https://www.gub.uy/presidencia/comunicacion/noticias/ejecutivo-intendencias-realizaran-operativos-conjuntos-para-garantizar-0>