

The Ontological, Epistemological, and Methodological Dimensions in Academic Legal Research

Julián Hermida¹

Abstract

This article examines the ontological, epistemological, and methodological dimensions of academic legal research, i.e., the process that legal scholars follow in order to analyze legal norms, theories, and principles.

The article examines the concept and main characteristics of academic legal research and differentiates it from professional legal research, which predominates in professional practice and US Law schools, and from empirical research, which predominates in social science research about law. The article also stresses the importance for the academic legal researcher to make these reflections explicit and transparent in their research products.

Keywords: academic legal research; ontology; epistemology; methodology

¹ Professor of Law, UFLO and Algoma University. LL.M, DCL (McGill) and Ph.D. (UCC).

Las dimensiones ontológica, epistemológica y metodológica en la investigación jurídica dogmática

Resumen

El presente artículo examina las dimensiones ontológicas, epistemológicas y metodológicas de la investigación jurídica dogmática, es decir, el proceso que siguen los juristas para analizar normas, teorías y principios jurídicos.

El artículo examina el concepto y las principales características de la investigación jurídica dogmática y la diferencia de la investigación jurídica profesional, que predomina en la práctica profesional y las facultades de derecho de los Estados Unidos, así como de la investigación empírica, que predomina en la investigación en ciencias sociales. El artículo también destaca la importancia para el investigador jurídico académico de hacer explícitas y transparentes estas reflexiones en sus productos de investigación.

Palabras clave: *investigación jurídica dogmática; ontología; epistemología; metodología*

I. Introduction

The purpose of this article is to examine the ontological, epistemological, and methodological dimensions of academic legal research, i.e., the process that legal scholars –as opposed to legal practitioners– employ in order to analyze legal norms, legal theories, and legal principles.

The article aims to shed light on the importance of this tridimensional reflection, which is seldom critically examined or explained.

For this purpose, this article will first clarify the concept of academic legal research and will differentiate it from professional legal research, which predominates in professional practice, and empirical research, which predominates in social science research about law. Then, it will analyze the ontological, epistemological, and methodological dimensions of academic legal research.

II. Academic legal research

The academic legal researcher, generally a Law professor or legal author, discerns, hierarchizes, classifies, and critically reviews legal norms, places them within a certain legal category, and evaluates their place within the legal order. The crucial question that the academic legal researcher asks with respect to a legal norm is whether it is valid in light of its logical relation to other norms (legal order). The purpose is not to use this research to pursue legal actions in a court of law but rather

to demonstrate the validity or invalidity of a legal norm. It is similar to questions that researchers ask themselves in other disciplines such as: Can a claim be justified? And if so, how? Is it verifiable? Does it logically depend on some other claims? Or does it contradict them?

II. 1. Differences with professional legal research

Academic legal research shares some aspects of research in the context of professional practice; but it also greatly differs in the purpose, methods of data collection, data analysis, and other processes. In North America, professional legal research is generally associated with finding legal norms, citing them correctly, and writing memoranda or briefs to advance arguments in legal practice.²

II. 2. Differences with empirical research

Academic legal research is not empirical legal research, either. Empirical legal research combines insights and methodological approaches from different social sciences to delve into the analysis of the roles of legislation, regulation, legal policies, and other legal arrangements at play in society. As a way of illustration, sociolegal scholars conduct empirical research by resorting to the qualitative methods of data collection and by inserting their work within the theoretical debates in Sociology that are relevant to the study of law. Similarly, a legal anthropologist will employ the research methods usually associated with Anthropology such as observation or a life histories to investigate legal phenomenon or a legal agent. In general, in these types of empirical works, the research methods of both data collection and data analysis are the research methods of the ancillary discipline. So, these scholars do not employ the academic legal research method.

III. Ontological dimension

Ontology is the study of being and thus the study of reality. It is the study of beings to the extent that they exist. Christian Wolff claimed that ontology is a discipline that can reveal the essences of things. At the core of ontological debates lies the question about substance and its pre-eminence over all other traits and attributes. Thus, the ontological debates are basically debates on substance (Morfino, 2014). The researcher approaches the research project with a set of explicit and implicit assumptions about the nature of reality and the way it can be investigated. It is thus important to engage in an ontological reflection. This reflection fosters the researcher to question the underlying ontological assumptions

²This type of legal research also predominates in North American legal education and is, generally, taught in first year legal research courses.

with which the researcher approaches the project and to question the character – objective or subjective– of reality, that is, if reality exists outside the researcher or if reality is the product of its intellectual creation (Morgan and Smircich, 1980).

In academic legal research, it is also necessary to reflect about what law is, the characteristics of the law, and what differentiates it from other systems. Additionally, the ontological reflection includes considerations on the nature of the human being, since this is both the subject and the object of the investigation. Therefore, this dimension allows the researcher to reflect on the relationship of the human being with its environment and to question whether the human being is a product of the environment and if people respond mechanically to the situations found in the external world or if, on the contrary, the human being has free will and is the creator of the environment (Burrell and Morgan, 1979).

Ontological debates have existed for more than a millennium; and questions about reality have not been settled. Thus, it is necessary to reflect and make these reflections explicit in the texts academic legal researchers produce when they design, conduct, and communicate our research.

IV. Epistemological dimension

Epistemology answers the question “What can be accepted as knowledge?” This requires an examination of whether law is a science or not. This debate is still unsettled among scholars in both epistemology and law. For many, particularly those who subscribe to empirical and positivist epistemological conceptions of science, law is not a science (Markey, 1984). However, many legal scholars hold that law is a science and that it has a distinct method.

IV. 1. *Is law a science?*

Both legal professionals and epistemologists, many of whom are enrolled in the positivist tradition of science, have criticized the proposition that law is a science on a wide array of diverse grounds.

Some reject the scientific status of law by arguing that law is a branch of practical reason (Kronman, 1985; Perelman, 1980). Other scholars find that law is an art, either the art of argumentation (Fidel and Cantoni, 2004) or the art of social governance by rules of conduct (Posner, 1988). Others emphasize the fact that the law “has remained Aristotelian, while science has built up a new world of analyzed, systematized, and recorded facts (Morse, 1923). The scientific status of law has also been discarded for the reasons that law is a normative phenomenon (Roos, 2014), a social ordering instrument (Fuller, 1975), a body of applied learning (Cowan, 1948) or a product of custom, legislation, and judicial development (Roos, 2014). It has also been rejected for being pragmatic, i.e., for being a set of principles and maxims that aim to clarify concepts and hypotheses and to identify and solve disputes (Morse, 1923).

Popper’s followers have also refused to recognize law as a science by virtue of the normative character of law (O’Connor, 1995). For positivists, norms are not susceptible of being falsified because

their nature is not descriptive but prescriptive, i.e., they are not formulations that refer to explanations about the world, but rather formulations about how people's behavior ought to be in the world (Escobar-Jimenez, 2018).

The interpretations of Thomas Khun's epistemological postulates (Vann Spruiell, 1983) consider the law to be in the pre-paradigmatic phase, i.e., the stage prior to the development of normal science where there is a state of confusion; and different ideas compete with each other (Khun, 2012).

However, according to the French tradition of historical epistemology (Althusser, 1999; Bachelard, 2002; and Bourdieu, 2008) and to some central aspects of Thomas Khun's contributions (2012), science can be conceptualized on different considerations than those sustained by empiricists and positivists. Thus, a discipline is considered scientific when the members of a disciplinary community, grouped around a common paradigm (Khun, 2012) or a research tradition (Laudan, 1978), recognize their disciplinary practice as scientific and engage in institutional social practices that members of other scientific communities also take part in, such as research, communication of results through peer-reviewed publications, participation in conferences, and university teaching, among others.

In this way, law, just like other disciplines, is science. And science –even the natural sciences– is a social construction, where knowledge is conquered, constructed, consented, and epistemologically watched (Bourdieu, 2008).

M. 2. What can be accepted as knowledge in law?

This question calls for different considerations in the three epistemological contexts: a) discovery, where new theories or ideas are generated; b) justification, where most academic legal research takes place; and c) application, where legal practice takes place.

In the context of discovery, there is no particular method –or even logic– for the creation of new concepts, theories, or ideas. Bourdieu (2008) shows that every discovery has an irrational element or a creative intuition and calls for abandoning the idea that research consists of a systematic succession of steps that lead to a conclusion (Bourdieu, 2008). Like other theories, legal theories are created by individuals who produce knowledge in very different ways. They take ideas from social practice, governmental policies, cultural artifacts, other theories, other disciplines, legal texts, and even their own personal lives and experiences, among many other sources. Like in any other science, some theories are the product of serendipity; others are the result of rigorous reflection. All these situations, sources, and experiences constitute the genesis of legal knowledge and, legal science.

In the context of justification, the academic legal researcher analyzes, discerns, hierarchizes, classifies, and critically reviews the legal norm, places it within a certain legal category, and evaluates its place within the legal order. The crucial question that the legal researcher asks with respect to a legal norm is whether it is valid in light of its logical relation to other norms (Holterman and Madsen, 2020).

In the context of application, the legal practitioner legal reduces norms to a set of first principles (which are equivalent to the facts of natural sciences) and reaches a conclusion through deductive reasoning (Hoeflich, 1986), i.e., a uniquely correct result for the case in question (Wells, 1994).

Since epistemological issues and questions are not universally understood or shared, the academic

legal researcher needs to make their epistemological reflections and decisions transparent in their research products.

V. Methodological dimension

The methodological dimension deals with the question of “How can knowledge be produced?” The answer to this question involves decisions that the researcher makes in relation to the selection and application of techniques for collecting and analyzing data. These techniques constitute tools that the researcher uses to work with data and are articulated with the other two dimensions of the methodological process, i.e., ontological and epistemological.

V. 1. Academic legal research

Academic legal research is research based on texts. The research object, i.e., the scope which is the focus of the research, is a text, generally a legal norm, legal principle, or legal theory. And the data used to examine the validity of such text are also texts themselves, which includes other legal norms, journal articles, books, policy documents, and congressional debates, among many other textual sources.

The academic legal research process shares many features of research in other disciplines, which also base their research on texts such as most research in psychoanalysis, philosophy, theology, and critical literary studies.³

The academic legal researcher follows a kind of hermeneutical approach sometimes referred to as doctrinal legal analysis.⁴ This is a systematic process of interpretation, analysis, and critical evaluation of the legal norm. Hermeneutics implies a dialectical process in which the researcher navigates between the parts and the whole of the text to achieve an adequate understanding of the text (hermeneutic circle). This method also involves a translation process, as a new text is produced that respects the essence of the original one while providing added value to the translation by emphasizing the original context of the text.

In hermeneutics research, the researcher explores the history of the text, engages in a dialogue with the text, interrogates it, and seeks answers to their questions. The academic legal researcher makes

³ This kind of text-based research can also be used in virtually any discipline, even when this is not the preferred or most usual approach in those disciplines. This can include, for example, theoretical research projects, where the researchers examine the value, the benefits, or the contradictions of a theory, a meta-analysis research carried out to systematically synthesise or merge the findings of independent studies, or a scholarly critical review of previous works.

⁴ The legal method used in the context of application has sometimes been referred to as doctrinal legal method, which adds to the confusion about the methods used in law. When used as a synonym of legal method it simply aims to predict or influence a court case. In the context of justification, doctrinal legal analysis has the purpose and meaning discussed in this section.

use of all the dimensions of hermeneutics: reading, explanation and translation in order to achieve a deep understanding of the text and, thus, advance legal knowledge.

This process also calls for a constant reflection of the strategies and intellectual processes that the academic legal researcher resorts to in the interpretation of legal texts.

V. Conclusions

Academic legal research is a type of research used to validate or justify a legal theory by analyzing and interpreting a legal norm in light of its logical relation to other norms. Academic legal research differs from professional legal research and empirical legal research in their goal, scope, and methods. This research process is tridimensional and includes ontological, epistemological, and methodological aspects. The work of experienced academic legal researcher includes reflections about each of these dimensions before and during the research itself. These reflections are permanent intellectual activities that guide the researcher throughout the entire process of knowledge production and validation. Making these reflections explicit in research products, such as journal articles and conference papers, contributes to research transparency and integrity.

References

- Althusser, L. (1999). *Writings on Psychoanalysis*. New York: Columbia University Press.
- Bachelard, G. (2002). *The Formation of the Scientific Mind. A Contribution to the Psychoanalysis of Objective Knowledge*. Manchester, UK: Climamen Press.
- Bourdieu, P., Chamboredon, J.C. & Passeron, J.C. (2008). *El oficio del sociólogo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Burrell, G., & Morgan, G. (1979). *Sociological Paradigms and Organisational Analysis: Elements of the Sociology of Corporate Life* (1st ed.). London: Routledge.
- Cowan, T. A. (1948). "Relation of Law to Experimental Social Science". In. *U. Pa. L. Rev.* (96), 484.
- Escobar-Jiménez, C. (2018). "Criterios de Demarcación, Pseudociencia y Cientificidad en el Derecho". En *Cintade moebio*, (61), 123-139.
- Fuller, L. (1975). "Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction". In *BYU L. Rev.* 89.
- Gower, B. (1997). *Scientific Method: An Historical and Philosophical Introduction*. London and New York: Routledge.
- Hoeflich, M. H. (1986). Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell. *The American Journal of Legal History*, 30(2), 95-121.
- Holtermann, J. & Madsen, M. (2020). "European New Legal Realism: Towards a Basic Science of Law". In *CourtsWorking Paper Series*, Nº 215.
- Khun, T. (2012). *The Structure of Scientific Revolutions: 50th Anniversary Edition*. 4th ed. Chicago: University of Chicago University Press.

- Laudan, L. (1978). *Progress and Its Problems. Towards a Theory Scientific Progressive Growth*. Berkeley & Los Angeles: University of California Press.
- Markey, H. T. (1984). *Jurisprudence or "Juriscience"?*, *Wm. & Mary L. Rev.* (25), 525-
- Morfino, V. (2014). *Immaginazione e ontologia della relazione: note per una ricerca*. *Etica & Politica / Ethics & Politics* (XVI) 1, pp. 142-161.
- Morgan, G., & Smircich, L. (1980). *The Case for Qualitative Research*. *The Academy of Management Review*, 5(4), 491–500
- O'Connor, S. (1995). "The Supreme Court's Philosophy of Science: Will the Real Karl Popper Please Stand Up?". *Jurimetrics* 35(3), 263–276.
- Wells, C. P. (1994). *Holmes on Legal Method: The Predictive Theory of Law as an Instance of Scientific Method*. *Southern Illinois University Law Journal* (18), 329-345.

Cambio y repetición: tiempo, semántica y sistematicidad del derecho espacial

Juan Pablo Niemes¹

Resumen

El presente artículo examina, desde una perspectiva histórica, la aparición y evolución del derecho espacial y su relación con los límites territoriales de los Estados. Estos límites, entrado ya el siglo XXI, continúan generando las dinámicas de las relaciones internacionales. Este análisis se efectúa desde los conceptos de tiempo y repetición.

Palabras clave: derecho espacial; evolución histórica; tiempo; repetición

¹ Juan Pablo Niemes es profesor de Historia egresado del Instituto Superior del Profesorado Dr. Joaquín V. Gonzalez y ha presentado exitosamente su tesis de maestría en la Universidad Nacional de San Martín.

Change and repetition: time, semantics and systematicity of space law

Abstract

This article examines the emergence and evolution of space law and its relationship with the territorial limits of states from a historical perspective. In the XXI century, these limits continue to generate the dynamics of international relations. This analysis is grounded on the concepts of time and repetition.

Keywords: space law; historical evolution; time; repetition

Introducción

Aún a comienzos del siglo XXI, excepto por los medios especializados, resultan una rareza las investigaciones en historia del derecho espacial. Los grandes cambios producidos en la tecnología del transporte y exploración humana parecerían ir más rápido que la curiosidad de muchos historiadores.

Un texto de Reinhart Koselleck sobre la historia del caballo y su rol protagónico durante muchos siglos en las hazañas y conquistas del ser humano resulta muy ilustrativo y revelador para pensar la forma en que las sociedades necesitaron, y necesitan aún, acortar las distancias para aquello a lo que se acomete.² Esto revelaría que en los últimos 150 años los avances en los medios de transporte produjeron un cambio radical en la dinámica de la comunicación de las sociedades.

Estos avances junto a las grandes transformaciones que trajeron aparejado el ritmo de aceleración de la vida social constituyen uno de los indicadores más destacados. La complejidad emerge por las cantidades de variables que inciden de manera directa o indirecta en los cambios históricos.

El factor tiempo se convirtió en un objeto cada vez más presente en los análisis de las ciencias sociales. El consenso entre gran parte de la comunidad de historiadores sitúa el comienzo de estos cambios a partir del siglo XVIII.³

El siglo XX inaugura un nuevo período en la era de la tecnología del transporte. La adopción de máquinas voladoras que comenzaron a formar parte de la vida cotidiana. Poco tiempo después, satélites,

² Koselleck, R. (2023). "Der Aufbruch in die Moderne oder das Ende des Pferdezeitalter". En Berthold Tillmann (Hg.). *Der Historikerpreis der Stadt Münster. Die Preisträger und Laudatoren von 1981 bis 2003*. Berlín: LitVerlag. El título traducido del alemán, *El amanecer de la modernidad o el fin de la era del caballo*, se trata de un texto interesante que, aún a la fecha (mayo 2023), no hay traducción, por lo que me rijo de una traducción propia asumiendo los riesgos de mala praxis y equivocada interpretación.

³ Desde los programas de historia en la educación básica de nuestras escuelas hasta la mayor parte de la historiografía del siglo XX sobre dicho período, existen numerosas obras que demuestran que fue entre el siglo XVIII y XIX cuando se produjeron los principales cambios de los que denominamos modernidad.

naves capaces de orbitar la tierra así como el alunizaje. El corolario fue la instalación de una estación espacial internacional en la órbita terrestre y telescopios con enormes capacidades de observación.

El registro de estas transformaciones por parte del derecho puede resultar aún más sorprendente. La necesidad de una mediación legal de vehículos orbitales marcó desde mediados del siglo pasado un nuevo campo de estudio. Pero estos análisis también dejan entrever que en la historia puede haber varias temporalidades que conviven simultáneamente. Así, por ejemplo, la economía tiene un tiempo, como lo tiene la política, la ciencia aplicada, el derecho, etc.

¿Cuáles hechos paradigmáticos podemos resaltar de ésta situación? De las grandes continuidades observadas en la historia reciente del mundo se encuentra la soberanía territorial estatal. Dos cuestiones atraviesan el presente análisis: la aparición de nuevos tipos de vehículos y su relación con los límites territoriales de los Estados. Éstos límites, entrado ya el siglo XXI, continúan generando las dinámicas de las relaciones internacionales.

El caso particular de la emergencia del derecho espacial en las sociedades occidentales permite observar varios aspectos de la modernidad tardía en los primeros decenios del siglo XX.⁴

No se debe perder de vista tampoco a las empresas que florecieron en las últimas décadas dedicadas a la exploración espacial. Esta cuestión comienza a desmarcarse de los inicios de la era espacial en la cual los Estados fueron los protagonistas de los proyectos.

Cambio y repetición, como reza en el título de este trabajo, parecerían a simple vista dos categorías antagónicas que no compatibilizan con un análisis de continuidad histórica. Sin embargo, sin el cambio y la repetición no sería posible ninguna historia.

El derecho respondió frente a las innovaciones tecnológicas de manera sistémica, es decir, intentando resolver algunos hiatos legales producidos por las velocidades y los alcances de las invenciones. Si bien es cierto que el hiato legal existió cuando comenzaron a surcar los cielos los primeros aviones, para la era espacial ya había una experiencia previa para predecir sobre el alcance y la evolución de las naves cada vez más complejas.

Según analiza Koselleck (2011), “la historia está siempre a la vez sometida a una sucesión cronológica y a una estructuración sistemática”,⁵ y continúa en su análisis sosteniendo que el derecho para existir como tal debe estar “orientado a su aplicación recurrente”.⁶ Entonces, el historiador alemán asegura que el derecho tiene una estructura temporal diferente a otros campos, e incluso frente a la misma historia.

La historia del derecho se mueve en una estructura temporal donde se deben aplicar de manera recursiva determinadas reglas. Visto en una perspectiva temporal más amplia, existe la necesidad de una repetición que se diferencia del devenir de una historia general y en la que pueden suceder

⁴ Previo al derecho espacial surgió el derecho aéreo. Varios autores se ocuparon de éste tópico, como Emile Laude y Paul Fauchille, entre muchos otros que se fueron sumando. A la vez, se han ido constituyendo convenciones internacionales, como la de París (1919), Varsovia (1929), Chicago (1944), y así continúa hasta la fecha..

⁵ Koselleck, R. (2011). *Modernidad, culto a la muerte y memoria nacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 31

⁶ *Ibidem*, p. 33.

acontecimientos que afectan estructuralmente en lapsos de tiempos cortos. Pero más que una necesidad, se trataría de la funcionalidad misma del derecho en las sociedades.

Luego de ésta diferenciación analítica, resulta evidente que, en el caso de la historia del derecho, su semántica y su sistematicidad exigen una recurrencia para la posterior aplicación de normas.

I

El consenso indica el surgimiento del derecho espacial luego de 1957, año en el que se pone en órbita el Sputnik 1. Fue en dicho momento cuando se tornó necesario un acuerdo entre las diferentes naciones y, sobre todo, entre las dos principales potencias, Estados Unidos y Unión Soviética, un acuerdo legal que regule las actividades espaciales y que no amenace las soberanías nacionales, un pacto de uso no violento de la nueva tecnología. El claro ejemplo es el tratado de exploración ultraterrestre que data de 1967.⁷

En los comienzos de la carrera espacial, el tránsito por el aire o por el área espacial extraterrestre adyacente a los territorios nacionales de cualquier satélite o nave tripulada puso en situación de alerta a los países. El derecho debió interceder ante las tensiones desatadas por las disputas de poder en el escenario posterior a la Segunda Guerra Mundial. Pero ¿cómo operó el sistema legal ante una situación inédita en la historia humana?

Para responder esta pregunta resulta necesario comprender la semántica histórica del derecho. Es justamente aquello que señaló Koselleck en cuanto a que el derecho tiene una temporalidad específica a través de la cual debe aplicar con recurrencia las normas convenidas internacionalmente para las actividades en el ámbito ultraterrestre.

Pero ¿cómo es posible entender el cambio y la repetición de conceptos en la historia del derecho espacial si es que existe algo como tal? Para el autor alemán, hay presupuestos antropológicos en la historia humana:

Si todo se repitiera de igual manera, no habría lugar para ninguna transformación, ni tampoco para la sorpresa –ni en el amor ni en la política, ni tampoco en la economía o donde fuera–. Cundiría un aburrimiento de esos que mueven al bostezo. Si por el contrario, todo fuera siempre novedoso o innovador, la humanidad se precipitaría de un día para otro, desamparada y desprovista de toda orientación, en un agujero negro.⁸

El cambio tecnológico emergió antes de que el derecho aéreo pudiera esbozar las primeras reglamentaciones para los aviones y vehículos similares. Por lo tanto, se trató de un proceso de cambio histórico en el cual el sistema del derecho se complejizó dando inicio a una nueva era que continuó en el aire y sigue viajando por el espacio exterior.

⁷ <https://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>.

⁸ Koselleck, R. (2013). *Sentido y repetición en la historia*. Buenos Aires: Hydra, p.128.

Para entender la característica de la característica de repetición conceptual en el derecho espacial se deberían considerar los acuerdos celebrados en los diferentes tratados del espacio exterior. Los textos de los tratados fijan marcos de comportamientos legales preestablecidos o acordados previamente de cara a las misiones espaciales.

Se trata de la elaboración de una semántica jurídica con términos específicos (nave, astronauta, exploración, etc.), con instituciones y agentes dedicados a un campo específico bajo la sistematicidad del derecho.

II

Fue a comienzos del siglo XX cuando el análisis legal de los vehículos aéreos comenzó a despertar interés en el campo del derecho.⁹ Como consecuencia de esta situación algunas universidades comenzaron a considerar el estatus legal de los vehículos aéreos en las cátedras de facultades de derecho. Se destaca, por ejemplo, las responsabilidades de los Estados en la guerra aérea.

Cabe destacar una pregunta: si el derecho tiene su propia temporalidad ¿acaso éste cambio externo al sistema del derecho no lo afectó? Y ¿cómo podría verse afectado un sistema que evidentemente opera con una lógica de repetición conceptual para su funcionamiento? Esta segunda pregunta exige la comprensión de una lógica del denominado acoplamiento estructural, un concepto que se desprende de los análisis de Niklas Luhmann.¹⁰

El acoplamiento estructural, en nuestro caso, refiere a la incorporación de los cambios acaecidos con la innovación de vehículos aéreos y espaciales al propio sistema del derecho. Si bien Luhmann elaboró la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, su clausura operacional se entiende en cuanto que también existe una adaptación evolutiva al cambio. Por lo tanto, los sistemas son *irritados* desde su entorno. Por supuesto que esto requiere una discusión más amplia que abarcaría otro análisis.¹¹ Aquí el concepto de acoplamiento estructural nos sirve para entender cómo se fue constituyendo el derecho espacial como así también sus conceptos.

Un análisis sistémico nos permite entender cómo fue posible que el derecho debió incorporar en su semántica lecturas y observaciones de las actividades de exploración espacial. Este análisis debe ser complementado con un estudio del contexto histórico en el cual surgen los acuerdos internacionales.

La temporalidad del derecho, como se analizó en las páginas anteriores, descansa en la aplicación de reglas recurrentes, en una repetición a lo largo del transcurso del tiempo. Como sistema, su identidad reposa con conceptos celebrados en tratados.

⁹ Emile Laude y Paul Fauchille, entre otros, comenzaron a interrogarse por los impactos de la circulación de vehículos aéreos.

¹⁰ La obra de Luhmann es abundante en torno al desarrollo de su teoría sistemática de la sociedad. *Sistemas Sociales* (1998 [1984]) puede mencionarse como el planteo más importante de sus lineamientos básicos.

¹¹ "A través de acoplamientos estructurales un sistema puede empalmarse a sistemas altamente complejos del entorno, sin que éste deba alcanzar a reconstruir la complejidad de él. La complejidad de estos sistemas del entorno permanece opaca para el sistema." Luhmann, N. y De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, p. 54.

Aun así, existe otra temporalidad del devenir del tiempo físico de la humanidad y en el que se suceden adelantos técnicos. Con la historia podemos observar cómo determinados conceptos obedecieron a contextos particulares, algunos de ellos en plena vigencia.

Entre los conceptos más destacados, citando nuevamente el tratado de 1967, podemos citar: actividad espacial, cooperación internacional, derecho internacional, derecho de propiedad (de vehículos y objetos), astronautas, naves espaciales, etc.¹²

Es evidente que en un mundo heredero de las confrontaciones de la carrera espacial el cambio y surgimiento de conceptos para la nueva dimensión conquistada por la humanidad se ponía en marcha.

III

El cambio y la repetición resultan categorías fundamentales, aunque no excluyentes, para comprender la dinámica histórica de las sociedades modernas.

El caso del derecho espacial ilustra una paradoja temporal. Mientras los cambios técnicos avanzan sin parar, el derecho se debe mantener como un sistema autocontenido, con reglas y lenguajes propios, con una semántica diferenciada de otros campos. Debe garantizar la repetición de las reglas que lo identifican.

Sin embargo, estos cambios técnicos obligan a adoptar al derecho una plasticidad conceptual para poder asir los nuevos avances de la exploración espacial. Esto incluye la creación de nuevos vehículos, la exploración de nuevos lugares del espacio ultraterrestre y la posibilidad de habitar de manera permanente otros lugares fuera de la tierra.

Esta última gesta, la posibilidad de habitar otros lugares, planteará incluso desafíos más profundos al derecho emergido del planeta tierra. Las consecuencias que puedan incidir en las fronteras estatales por el uso de vehículos y objetos espaciales también obligaron a una nueva configuración del derecho.

“La historia del derecho busca estructura y no acontecimientos”, asegura Koselleck.¹³ Es justamente esa identidad estructural abarcativa la que le otorga al derecho una temporalidad diferente frente a la historia de otros campos y sistemas sociales.

Los casos particulares que puedan surgir en la aplicación del derecho espacial se encuentran condicionados por la aplicación recurrente de los tratados internacionales.

Con el surgimiento de una actividad espacial cada vez más pujante, con ciertos altibajos que obedecen a las restricciones económicas tanto de los Estados como de las empresas participantes, la semántica del derecho sedimenta en sus vocabularios la temporalidad de los hechos que irrumpen con nuevos descubrimientos e invenciones.

En la dogmática jurídica del derecho espacial se trata de abarcar la mayor cantidad de conceptos

¹² <https://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>.

¹³ Koselleck, *op. cit.*, p.33

que intervienen en dicha actividad: la situación de los cuerpos celestes, el cosmonauta, las telecomunicaciones y contaminación espacial (*space debris*), entre otros.

Todas estas observaciones históricas nos llevan a establecer que evidentemente el derecho es un sistema social y que el caso particular del derecho espacial representa un claro ejemplo de la estructura iterativa de dicho sistema.

Por lo tanto, el cambio y la repetición resultan fundamentales para entender la conformación de nuevas estructuras sociales modernas. La presión, o irritabilidad dicho en términos sistémicos, de los desarrollos industriales produjeron, en este caso, algunas innovaciones y cambios conceptuales.

Los diferentes ritmos de los cambios sociales condicionan la semántica y, por ende, la producción y reproducción de sistemas sociales. Sin cambios estructurales en la sociedad no serían posibles los grandes cambios conceptuales.¹⁴

Bastaría una cita del jurista Carl Schmitt, quien en su obra *Tierra y Mar* (1942) relata sobre la revolución provocada por la conquista del aire: “Con la aparición del aeroplano se conquista una nueva, tercera dimensión, que viene a añadirse a mar y tierra. El hombre se alza ahora sobre la superficie del suelo y de las aguas y recibe en sus manos un medio de comunicación de especie totalmente nueva y también un arma nueva por completo”.¹⁵

Un breve análisis histórico como el que se expuso aquí sobre la exploración espacial y el derecho que la regula ayuda a observar las diferentes velocidades con las que se configura una sociedad en permanente cambio. Una modernidad impredecible.

Pero es la exploración espacial misma una cuestión que no se puede sujetar únicamente en el pasado de la humanidad. Esta nueva sociedad que convive en cambios constantes exige al historiador un desafío de analizar los horizontes de expectativas que auguran las proyecciones de la ciencia astronáutica.

La historia del derecho espacial y sus conceptos, que oscilan entre cambios y repeticiones, tiene una carga temporal lanzada hacia el futuro.

Bibliografía

- Koselleck, R. (1993). *Futuro Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Paidós.
- Koselleck, R. (2023). “Der Aufbruch in die Moderne oder das Ende des Pferdezeitalter”. En Berthold Tillmann (Hg.). *Der Historikerpreis der Stadt Münster. Die Preisträger und Laudatoren von 1981 bis 2003*. Berlín: LitVerlag. Traducción: Juan Pablo Niemes.

¹⁴ Koselleck ha contribuido en muchos de sus escritos a demostrar que no se puede separar la estructura semántica de la estructura social. Uno de sus artículos más célebres al respecto es “Historia conceptual e historia social” en el compilado *Futuro Pasado* (1993 [1979]).

¹⁵ Schmitt, C. (2015). *Tierra y Mar. Una reflexión sobre la historia universal*. Buenos Aires: Ediciones Sieghels, p. 104

- Koselleck, R. (2011). *Modernidad, culto a la muerte y memoria nacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Luhmann, N. y De Giorgi, R. (1993). *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior: <https://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>
- Qizhi, H. (1997). "The Outer Space Treaty in Perspective". En *Journal of Space Law*, Vol. 25, N° 2.
- Schmitt, C. (2015). *Tierra y Mar. Una reflexión sobre la historia universal*. Buenos Aires: Ediciones Sieghels.

Objeciones de Hart a la concepción de norma jurídica de Austin y Kelsen: críticas a la idea de la amenaza respaldada por una amenaza

Juan Bautista Libano¹

Resumen

La filosofía del derecho ha sido un campo en constante evolución, donde pensadores y teóricos han debatido y cuestionado las bases y conceptos fundamentales de las normas legales y su función en la sociedad. Uno de los nombres más influyentes en este ámbito es Herbert Lionel Hart, cuyas objeciones a la idea de “norma jurídica” han generado un profundo impacto en la comprensión moderna de la naturaleza y función del derecho. En este trabajo se presentan las principales objeciones presentadas por Hart a la idea de “norma jurídica” de Austin y Kelsen, respecto de que se trata de una amenaza respaldada por una amenaza.

¹ Juan Bautista Libano es abogado (Universidad de Buenos Aires), filósofo y especialista en criminología (Universidad Nacional de Quilmes). Es docente en la UBA y en UFLO Universidad, entre otras instituciones, y preside la Asociación de Pensamiento e Investigación Social.

Abstract

The philosophy of law has been a continuously evolving field, where thinkers and theorists have debated and questioned the foundational concepts of legal norms and their role in society. One of the most influential figures in this realm is Herbert Lionel Hart, whose objections to the idea of a “legal norm” have had a profound impact on the modern understanding of the nature and function of law. This paper outlines the main objections presented by Hart to the concept of a “legal norm” proposed by Austin and Kelsen, arguing that it is a command backed by a threat.

I. Introducción

Herbert Hart, prominente filósofo del derecho del siglo XX, es conocido por su obra seminal *El concepto de derecho*, publicada en 1961. En este libro, Hart desarrolló una teoría innovadora que desafió las concepciones tradicionales de las normas jurídicas y propuso una perspectiva más compleja y matizada. En una brevísima síntesis, Hart desarrolló la teoría del positivismo jurídico, argumentando que la validez del derecho no depende de su contenido moral, sino de su aceptación por parte de la sociedad, y distinguió entre reglas primarias, que imponen deberes y derechos, y reglas secundarias, que establecen procedimientos para crear, modificar o extinguir las reglas primarias. Sin dudas, su enfoque analítico y su énfasis en la importancia de las reglas sociales en la creación del derecho han dejado una marca duradera en la filosofía jurídica contemporánea.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, Hart cuestiona la noción tradicional de Austin y Kelsen de que las normas jurídicas se sustentan en la amenaza de sanciones coercitivas. Es decir, si bien reconoce que las sanciones son un elemento importante en la aplicación del derecho, sostiene que la mera existencia de sanciones no es suficiente para definir una norma jurídica. Más bien, argumenta que las normas jurídicas deben ser vistas en términos de reglas que guían el comportamiento, más que como comandos respaldados por amenazas. Bajo este esquema introduce el concepto de la “perspectiva interna”, que implica que para comprender plenamente una norma jurídica, es necesario considerar cómo los individuos dentro de la sociedad la ven y la obedecen. Esto contrasta con la perspectiva externa que se centra en las sanciones y la autoridad, porque esta idea subraya la importancia de la aceptación social y la internalización de las normas como componentes esenciales de la legitimidad del sistema legal.

Estas objeciones de Herbert Hart a la idea de “norma jurídica” propuesta por Austin y Kelsen han dejado una marca indeleble en la filosofía del derecho. Su enfoque en la complejidad de las normas legales y su interacción con las instituciones y la sociedad ha influido en teóricos posteriores y ha enriquecido el debate sobre la naturaleza y función del derecho. Sin dudas, constituyen la base de la distinción que realiza entre reglas primarias y secundarias, así como el énfasis en la perspectiva interna, que han proporcionado herramientas conceptuales poderosas para comprender cómo opera el sistema legal en la realidad.

Por todo ello, en este trabajo se exploran las objeciones fundamentales que Herbert Lionel Hart plantea en relación con la noción de “norma jurídica”, argumentando que estas objeciones han desempeñado un papel significativo en la evolución del pensamiento jurídico. Hart dirige críticas particularmente incisivas hacia las concepciones de la “norma jurídica” propuestas por figuras destacadas como Austin y Kelsen, cuestionando la noción de que ésta se basa en una amenaza respaldada por una amenaza. Su análisis desentraña las limitaciones de estas perspectivas al sugerir que la validez del derecho no se sustenta simplemente en la coerción, sino en la aceptación generalizada por parte de la sociedad. Este enfoque desafiante de Hart ha influido significativamente en la teoría jurídica contemporánea, proporcionando una base para la reconsideración de las concepciones tradicionales sobre la naturaleza y la autoridad de las normas jurídicas.

II. Muchos positivimos

Dentro de las perspectivas convencionalistas, el positivismo jurídico es la teoría que recluta el mayor número de adherentes y defensores en el ámbito de la filosofía del derecho contemporáneo. Una porción significativa del dominio que el positivismo jurídico ha ejercido entre los teóricos del derecho se debe, sin lugar a dudas, a la obra y figura del jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), uno de los más importantes teóricos del derecho del siglo XX. En su libro seminal *Teoría Pura del Derecho*, y bajo el fuerte influjo del neokantismo² y la obra de Vaihinger,³ Kelsen presentó las tesis fundamentales del positivismo jurídico que luego desarrollaría con rigor en varios trabajos posteriores.

Ahora bien, el trabajo de Kelsen recibió muchas críticas desde diferentes ángulos y frentes, no solo de parte de los defensores del derecho natural, sino que también de conspicuos positivistas como

² El neokantismo es un movimiento filosófico que surgió en el siglo XIX como un intento de revitalizar y reinterpretar las ideas del filósofo Immanuel Kant. Centrado en la crítica a las bases del conocimiento, el neokantismo enfatiza la importancia de la epistemología y la ética, así como la distinción entre el mundo fenoménico y el nouménico. Los neokantianos buscaban desarrollar un enfoque riguroso y científico para el estudio de la filosofía, destacando la necesidad de estructuras conceptuales claras y la independencia de las influencias metafísicas. A través de diversas corrientes y adaptaciones, el neokantismo dejó una marca significativa en la filosofía contemporánea y su influencia se puede rastrear en áreas como la teoría del conocimiento, la ética y la filosofía de la ciencia.

³ Hans Vaihinger (Nehren, Alemania, 25 de septiembre de 1852-Halle, Alemania, 18 de diciembre de 1933) fue un filósofo alemán conocido como un estudioso de Kant y por su filosofía del “como si”. Discutió que los seres humanos nunca pueden saber realmente la realidad subyacente del mundo, y que como resultado construyen sistemas de pensamiento y asumen que estos encajan con la realidad: nos comportamos “como si” el mundo encajara en nuestros modelos. En particular, usó ejemplos de las ciencias físicas, como los protones, los electrones, y las ondas electromagnéticas. Ninguno de estos fenómenos ha sido observado directamente, pero la ciencia aparenta que existen, y usa observaciones hechas en estas suposiciones para crear nuevas y mejores estructuras. Uno no puede nunca estar seguro de que el mundo siga existiendo mañana, pero normalmente asumimos que así será. Alfred Adler, el fundador de la Psicología individual, estuvo profundamente influenciado por la teoría de ficciones de Vaihinger.

H. L. A. Hart y Joseph Raz, y de otros autores como Alf Ross y Ronald Dworkin, que obligaron a los partidarios del positivismo jurídico a un replanteamiento de las ideas originales. Por ejemplo, Hart y Raz cuestionan la rigidez de la teoría puramente normativa y jerárquica de Kelsen, argumentando que su énfasis en una estructura normativa sin contenido material es insuficiente para explicar la complejidad y la realidad de los sistemas legales. Hart, por ejemplo, sostiene que Kelsen no aborda adecuadamente la conexión entre el derecho y la moral, mientras que Raz critica la falta de un criterio sustantivo para determinar la validez de las normas. Además, autores como Alf Ross han señalado la falta de flexibilidad de la teoría kelseniana frente a los desafíos prácticos, mientras que Ronald Dworkin ha argumentado en contra de la separación radical entre el derecho y la moral propuesta por Kelsen, abogando por una concepción más integrada de ambos ámbitos en su teoría del derecho como integridad. Estas críticas revelan las tensiones fundamentales dentro del positivismo jurídico y han contribuido a enriquecer el debate sobre la naturaleza y la función del derecho.

Uno de los resultados de este debate ha dado lugar a la distinción actual entre positivismo jurídico incluyente y excluyente. El dilema en torno a la incorporación de la moral en el derecho plantea una cuestión fundamental sobre la relación entre normas éticas y normas legales en una sociedad. Este debate pone de relieve la tensión entre la necesidad de establecer un marco legal que promueva la convivencia y la justicia, y la diversidad de valores morales individuales y culturales. Mientras algunos argumentan que el derecho debe reflejar principios morales compartidos para ser legítimo y efectivo, otros sostienen que la ley debería mantenerse neutral respecto a las perspectivas éticas y centrarse en la protección de derechos y libertades básicas. En última instancia, este dilema plantea interrogantes sobre cómo equilibrar la autoridad del sistema legal con la autonomía moral de las personas y cómo lograr una coexistencia armoniosa entre las esferas jurídica y ética en una sociedad pluralista.

En concreto, las posturas del positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente representan dos enfoques contrastantes en relación con la incorporación de la moral en el ámbito del derecho. El positivismo jurídico incluyente reconoce la influencia de valores y principios morales en la creación y aplicación de las leyes, sosteniendo que existe una conexión intrínseca entre la moral y el derecho, aunque manteniendo una separación conceptual entre ambos. Desde esta perspectiva, la validez de una norma legal no solo se basa en su origen en la autoridad competente, sino también en su coherencia con ciertos valores éticos. Por otro lado, el positivismo jurídico excluyente argumenta que la moralidad debe mantenerse al margen del derecho, enfatizando la idea de que la legalidad se deriva exclusivamente de fuentes positivas como la legislación y la costumbre. Desde esta posición, una norma es válida simplemente porque ha sido promulgada por una autoridad competente, independientemente de su contenido moral.

Estas dos posturas reflejan el debate sobre la relación entre la moral y el derecho, cuestionando hasta qué punto deben interactuar y cómo deberían influirse mutuamente en el contexto legal. Hart, en su teoría del derecho, abordó la compleja relación entre la moral y el derecho de manera más matizada que sus predecesores. A diferencia de la separación radical propuesta por positivistas como Austin, Hart defendió una posición intermedia. Sostuvo que mientras algunas normas jurídicas pueden estar influenciadas por consideraciones morales, no todas las normas legales tienen una conexión

necesaria con la moralidad. En su respuesta a Dworkin contenida en su *Postscript* llama a su positivismo como *soft-positivism*, concluyendo que la incorporación de la moral al derecho no implica renunciar a una concepción positivista de este último.⁴

Hart luego introdujo el concepto de “reglas primarias” y “reglas secundarias” para explicar cómo funciona el sistema legal: las reglas primarias prescriben y prohíben comportamientos, mientras que las reglas secundarias establecen cómo se crean, modifican y aplican las reglas primarias. Aunque Hart reconoció que algunos elementos morales pueden filtrarse en el derecho, su enfoque se centró en el análisis de cómo las reglas legales operan en la práctica y cómo la sociedad las percibe, sin perderse en debates sobre la moralidad subyacente. En general, la posición de Hart marcó un paso hacia una comprensión más sofisticada y contextualizada de la interacción entre la moral y el derecho en el tejido social.

En lo que sigue nos ocuparemos brevemente de las teorías de Austin, Kelsen y Hart, para ver la crítica que dirige esta última a la noción de “norma jurídica” de los dos primeros.

III. La concepción de John Austin

Para John Austin, un influyente jurista y teórico del positivismo jurídico, la aproximación a la pregunta “¿qué es el derecho?” resulta imprescindible antes identificar qué tipo de ley se pretende definir. En este sentido, afirma que existen distintos tipos de leyes, y que siempre hay un “deseo” que las motiva. Luego, a partir de su clasificación de los distintos tipos de leyes, elabora su teoría de los mandatos, y construye su propio concepto de derecho.⁵ Para Austin el derecho se compone de leyes en sentido estricto, que son mandatos establecidos por un soberano, respaldados por una sanción. En

⁴ Jules Coleman denomina a su perspectiva “positivismo incorporacionista”, que resume en dos tesis: a) la tesis negativa, que mantiene la separación entre el derecho y la moral y, por ende, la no conexión necesaria entre ambos; y b) la tesis positiva, según la cual ni la existencia de controversias en torno a la regla de reconocimiento ni el recurso a la moral para la determinación de las normas jurídicas, son incompatibles con la naturaleza convencional del derecho. Wilfrid Waluchow, por su parte, habla de positivismo “incluyente” para denotar su perspectiva. En lo que refiere a la regla de reconocimiento, el argumento principal de Waluchow es que muchos sistemas jurídicos incluyen criterios materiales de validez, los que hacen referencia o están relacionados con estándares morales. Y en lo que toca al contenido de las normas, defiende que éstas también incluyen conceptos cuya definición exige acudir a una deliberación moral. Otros ilustres representantes del positivismo incluyente, cuyas ideas no podemos desarrollar acá, son el positivismo “corregido” de Gregorio Peces Barba, el positivismo “presuntivo” de Frederick Schauer, y el positivismo “sofisticado” de Roger Shiner. En la vereda opuesta se encuentran los defensores del positivismo jurídico excluyente, cuyos exponentes principales son Joseph Raz, Andrei Marmor y Scott Shapiro. La tesis común a estos autores es la exclusión de la moral del catálogo de posibles fuentes del derecho.

⁵ John Austin, en su teoría del derecho, distinguió entre diferentes tipos de leyes con base en su origen y su relación con la autoridad soberana. Según Austin, existen tres tipos principales de leyes: leyes positivas, leyes divinas y leyes naturales. Las leyes positivas son aquellas creadas y promulgadas por una autoridad política reconocida, como el gobierno de un país, y su validez deriva de esta

este sentido, es el elemento del mandato el que resulta crucial para su pensamiento, y por eso el concepto del derecho expresado por él es a veces descripto como “teoría imperativista del derecho”.⁶

Siguiendo a Austin, las normas jurídicas siempre especifican un “sujeto”, destinatario de la orden, el “acto” que debe realizarse, y la “ocasión” en que tal acto debe realizarse. Además, existe un operador imperativo que es el que ordena a los sujetos realizar el acto en cuestión en la ocasión especificada. Es decir, la teoría de John Austin, en este sentido, postula que las normas jurídicas se caracterizan por su estructura imperativa y prescriptiva, y las mismas que presentan elementos esenciales que incluyen la especificación de un “sujeto” claramente identificado, es decir, la persona o grupo a quien se dirige la orden. Asimismo, la norma detalla el “acto” que debe llevarse a cabo, describiendo la conducta o acción requerida por la norma. Otro elemento crucial es la delimitación de la “ocasión” precisa en la cual el acto debe realizarse, proporcionando un marco temporal o situacional para su ejecución. En este contexto, Austin introduce el concepto de un “operador imperativo”, que actúa como el mandato o la orden en sí misma, indicando de manera directa la obligación que recae sobre el sujeto de llevar a cabo el acto en la ocasión específica. Estos elementos conforman la estructura básica de las normas jurídicas según la perspectiva de Austin, y su enfoque ha influido en gran medida en el desarrollo de la teoría legal positivista.

Ahora bien, Austin defendió una postura excluyente en relación con la incorporación de la moral en el derecho. En su enfoque, argumentó que las normas legales son comandos emanados de una autoridad soberana y que su validez no depende de su contenido moral, sino de su origen en la voluntad de esa autoridad. Para Austin, la moralidad y el derecho son esferas independientes y separadas, y la única conexión necesaria entre ambas es que el derecho puede imponer sanciones coercitivas para asegurar el cumplimiento de las normas legales. Austin afirmó que los juicios morales son irrelevantes para determinar la validez de las leyes y que la función del jurista es analizar y describir el derecho tal como es, sin involucrarse en cuestiones morales. La postura de Austin refleja la rigidez del positivismo

autoridad. Las leyes divinas son consideradas como preceptos provenientes de una fuente religiosa o divina, y su fundamento se encuentra en la voluntad de Dios o en principios religiosos. Por último, las leyes naturales son las reglas que, según Austin, rigen la conducta humana en virtud de la naturaleza misma del ser humano y su razón. Aunque Austin dio mayor énfasis a las leyes positivas como objeto central de estudio en su teoría, su distinción entre estos tipos de leyes proporcionó un marco para comprender cómo diferentes fuentes de autoridad influyen en la formación y aplicación de normas legales.

⁶ La teoría imperativista del derecho es un enfoque que sostiene que las normas legales pueden entenderse como imperativos o mandatos que imponen obligaciones y prohibiciones a la sociedad. Según esta teoría, las leyes no son simplemente descripciones de hechos o expresiones de valores, sino que constituyen comandos respaldados por la autoridad del Estado. Esta perspectiva se basa en la premisa de que el derecho tiene una naturaleza imperativa y coercitiva, ya que su cumplimiento es asegurado por la posibilidad de sanciones o castigos para quienes no obedezcan las normas establecidas. En el marco de la teoría imperativista, las normas legales se consideran instrucciones claras y vinculantes que regulan el comportamiento de los individuos en una sociedad y son emitidas por la autoridad competente. Aunque esta teoría ofrece una forma directa de comprender la relación entre el derecho y la coerción, también ha sido objeto de críticas y refinamientos, ya que puede simplificar en exceso la naturaleza compleja y multifacética del sistema legal.

jurídico excluyente y subraya su énfasis en la separación entre la legalidad y la moralidad en la teoría del derecho.

Habiendo llegado a este punto podríamos pensar que para Austin los mandatos jurídicos tienen su origen en la voluntad del soberano, que es quien dicta las normas. En este sentido, en la teoría jurídica de John Austin, el concepto de “soberano” desempeña un papel central y define la fuente última de autoridad en un sistema legal. Sin embargo, vale aclarar que hoy la figura del “soberano” no se ajusta a lo que él tenía en mente. Según Austin, el soberano es la entidad o individuo que posee el poder supremo para crear, modificar y derogar leyes, sin estar sujeto a ninguna autoridad superior. El soberano ejerce su autoridad de manera absoluta y su voluntad se convierte en ley por el simple hecho de su promulgación. En este sentido, en la perspectiva de John Austin, el término “soberano” se refiere a la autoridad suprema y última en un sistema legal y político. El soberano es la entidad o individuo que tiene el poder de crear y modificar leyes, así como de imponer sanciones coercitivas para asegurar el cumplimiento de dichas leyes. Para Austin, la existencia de un soberano es esencial para la validez y la autoridad de las normas legales. El soberano no está sujeto a ninguna autoridad superior y su voluntad se convierte en ley simplemente por ser promulgada. Esta concepción de la soberanía se alinea con el enfoque del positivismo jurídico, que busca identificar la base formal y estructural del derecho en la autoridad de un poder político supremo, sin recurrir a consideraciones morales o metafísicas.

En resumen, Austin enfatiza que el soberano no está limitado por ningún tipo de restricción moral, ética o divina; su autoridad emana de su capacidad para imponer sanciones coercitivas y su dominio sobre un territorio y su población. En este contexto, el concepto de soberanía en Austin refleja la esencia del positivismo jurídico, que busca identificar y analizar las fuentes formales y estructurales del derecho sin consideraciones respecto a su contenido moral o valorativo.

IV. La concepción de Kelsen

Hans Kelsen se mantiene dentro de la tradición positivista, y su objetivo era identificar la esencia de las leyes. En este sentido, le preocupaba saber qué es lo que convertía algo en ley, y para responder a esta pregunta construyó un sistema con diversas partes, que se encuentran unidas como eslabones de una cadena. Más allá de las variantes que puede adoptar la postura teórica del positivismo respecto del derecho, es claro que si seguimos a Kelsen no se puede considerar el valor moral del sistema jurídico. Más bien, como veremos, en su teoría el acento va a estar puesto en la validez jurídica de la norma, es decir, en si fue creada mediante un proceso previamente determinado.

Ahora bien, para entrar en su sistema debemos entender a las leyes como proposiciones (instrucciones) para los funcionarios encargados de aplicar la ley. La teoría del mandato (de Austin) es reemplazada en Kelsen por una teoría de las leyes como órdenes dirigidas a funcionarios. Los funcionarios encargados de la aplicación del derecho entonces serían los destinatarios privilegiados de la ley, los jueces podrían constituir el ejemplo más concreto. No obstante, hay que aclarar que Kelsen

en sus últimos escritos mostró una creciente aceptación del significado de la ley como orientación para los ciudadanos.

En lo que hace al estudio de la norma, para Kelsen estas están fijadas para proporcionar un estándar mediante el cual se juzguen actos. Las normas, de este modo, convierten las simples acciones de los hombres en actos jurídicos. En este sentido, una norma puede ser entendida como una expresión o intención: un individuo (o entidad) desea que otro actúe de una manera determinada en unas circunstancias específicas.⁷ Lo que caracteriza a una norma jurídica, para Kelsen, es su lenguaje prescriptivo. La noción de “deber” es la base de su teoría. Sin embargo, existen otro tipo de leyes, por ejemplo, las que otorgan o delegan poder. Al advertir esto, Kelsen reconoció que además de las leyes que exigen ciertos actos, existen las que autorizan o permiten actos específicos.⁸

Por otro lado, otro concepto central es el de “validez”. La validez de una norma para Kelsen depende de la validez de la norma bajo la cual fue establecida la ley que el acusado ha infringido. La validez de una norma depende entonces de la validez de otra norma, formando toda la serie una especie de jerarquía ascendente.⁹ En el último nivel se encuentra la Constitución o norma fundamental, que es un punto más allá del cual no se puede ir. No nos podemos remontar a una norma anterior, por lo que la validez de esa norma no está en disputa, es presupuesta.¹⁰ En resumen, para Kelsen las normas que

⁷ Kelsen define la “norma” como la unidad básica y fundamental en la estructura del derecho. Según su concepción, una norma es una prescripción que establece una determinada conducta como obligatoria o permitida en una sociedad.

⁸ Kelsen distingue entre normas primarias y secundarias: las normas primarias son aquellas que regulan directamente el comportamiento de las personas, mientras que las normas secundarias son las que establecen cómo se crean, modifican y aplican las normas primarias. Kelsen considera que estas normas forman un sistema jerárquico y escalonado en el que una norma superior autoriza o legitima la existencia de normas inferiores. La teoría normativa de Kelsen es fundamental en su enfoque de la teoría pura del derecho, ya que le permite analizar el sistema legal como un conjunto de normas interconectadas, independientemente de su contenido o valor moral.

⁹ Para Kelsen, el concepto de “validez” en el contexto del derecho se refiere a la conformidad de una norma con otras normas dentro de la jerarquía del sistema legal. La validez no se deriva de criterios externos, como la moral o la utilidad, sino que está intrínsecamente ligada a la estructura interna del sistema jurídico. Una norma es válida si se crea de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos en normas de rango superior, como una Constitución. Kelsen enfatiza que la validez no está relacionada con la eficacia o el cumplimiento de una norma, sino con su colocación correcta dentro de la jerarquía normativa. Además, el concepto de validez en la teoría kelseniana establece una noción puramente formal, alejada de juicios de valor y juicios sobre la moralidad de las normas. Este enfoque en la validez como un aspecto formal y estructural del derecho es fundamental en la construcción de su teoría pura del derecho.

¹⁰ La “norma fundamental” es un concepto esencial en la teoría jurídica de Kelsen, que representa el fundamento último de validez para todo el sistema legal. También conocida como “hipótesis fundamental” o “norma básica”, esta idea sostiene que la validez de todas las normas dentro de un ordenamiento jurídico depende de su conformidad con esta norma fundamental. Sin embargo, la norma fundamental no es una norma positiva que pueda encontrarse en un texto legal; más bien, es una hipótesis teórica necesaria para dar coherencia al sistema legal. Kelsen comparó la norma fundamental con una regla de reconocimiento, una norma secundaria que establece cómo se identifican y reconocen las normas válidas en un sistema jurídico. Aunque el concepto puede parecer abstracto, la norma fundamental de Kelsen cumple una función crucial al proporcionar un vínculo conceptual que conecta y legitima todas las normas en un ordenamiento legal, independientemente de su contenido específico.

forman cualquier sistema jurídico se pueden considerar válidas presuponiendo la validez de la norma fundamental. Por eso, la validez de una norma depende de otra norma superior y, en última instancia, de la norma que está en la base de la Constitución.

Es de destacar que la validez moral del régimen jurídico no es considerada en absoluto. La validez de la norma fundamental se asume, y las normas que provienen de esta (los mandatos acompañados de un imperativo) deben ser cumplidas para que sea eficaz. La “eficacia” es otro de los términos que está en la base de la teoría de Kelsen.¹¹ Una norma es eficaz si se obedecen las reglas que se pueden deducir de ella, o si en caso de no ser obedecida, los funcionarios toman medidas específicas ante la desobediencia.

Kelsen, bajo estos presupuestos, define al derecho como un sistema de coerción que impone normas establecidas por actos humanos de acuerdo con una Constitución. La eficacia de las normas es la que otorga validez a la norma fundamental. El sistema de normas puede ser visualizado en forma de pirámide, situando en la cúspide a la norma fundamental. Desde arriba hacia abajo las normas se concretan, es decir, se vuelven menos generales y más específicas (de general a particular). Por otro lado, Kelsen se pregunta qué es lo que tienen en común el derecho de los antiguos babilonios y el derecho contemporáneo de los Estados Unidos. Su respuesta es que en ambos casos se trata de “una técnica social que consiste en obtener comportamientos deseados por medio de la amenaza de sanciones coercitivas”. En un contexto de nítida separación entre los reinos del ser (*sein*) y del deber ser (*sollen*), Kelsen aclara enfáticamente que este último en ningún caso posee un contenido de tipo moral.¹²

Se comprende de esta manera que en una teoría donde el “deber ser” consiste en una relación puramente lógica entre norma, enunciado normativo y conducta, el concepto de *validez* adquiera una

¹¹ En la teoría legal de Kelsen, el concepto de “eficacia” se refiere al aspecto de una norma que se relaciona con su observancia y cumplimiento en la práctica social. Aunque la eficacia es importante para determinar cómo las normas influyen en el comportamiento humano y en la estructura de la sociedad, Kelsen distingue claramente entre la eficacia y la validez de una norma. Mientras que la validez se deriva de la posición jerárquica dentro del sistema normativo y su conformidad con la norma fundamental, la eficacia se relaciona con la realidad empírica de cómo las normas son aplicadas y respetadas en la sociedad. Kelsen argumenta que la eficacia de una norma no es un criterio para su validez, ya que una norma puede ser válida incluso si no es completamente eficaz en su aplicación. Esta separación entre eficacia y validez es un aspecto fundamental de la teoría pura del derecho de Kelsen, que busca analizar el derecho de manera despojada de consideraciones extrajurídicas.

¹² En la filosofía del derecho de Kelsen, el concepto de “deber ser” desempeña un papel crucial al distinguir la normatividad propia del ámbito legal. Kelsen argumenta que el derecho no debe ser confundido con descripciones empíricas de hechos, sino que se centra en establecer cómo deben ser las cosas, es decir, en las normas que regulan la conducta humana. El “deber ser” refleja la naturaleza prescriptiva de las normas legales, que indican cómo deben comportarse las personas en la sociedad, en contraposición a las afirmaciones sobre cómo son los hechos en el mundo. Kelsen busca aislar la esencia normativa del derecho, alejándose de juicios de valor y de cuestiones metafísicas, y enfocándose en la estructura y función de las normas en sí mismas. En este sentido, el “deber ser” es una característica intrínseca del sistema legal, y su análisis riguroso es fundamental para la comprensión de su teoría pura del derecho.

importancia fundamental. En este sentido, según Kelsen una norma jurídica válida solo puede ser concebida en el contexto de un sistema de normas válido. Es importante precisar que para Kelsen las normas importan deberes, pero no en el sentido moral, sino en un sentido jurídico-objetivo. La teoría pura de Kelsen considera la existencia de una norma hipotética fundamental que constituye la premisa mayor de todo el sistema jurídico, en el sentido de que la validez de todas las demás normas se derivan de ella y, por su parte, ella misma no es generada por ninguna otra norma, pues se *presupone*.

En concreto, uno de los pilares de su enfoque radica en el análisis “puro” del derecho, caracterizado por despojar a la teoría legal de consideraciones metafísicas o referencias a un hipotético derecho natural. Kelsen defendió la separación radical entre el derecho y la moral, argumentando que la validez y la eficacia de las normas jurídicas deben evaluarse sin confundir criterios éticos. Para él, el único derecho existente es el derecho positivo, el que es, en contraste con concepciones que enfocan en el derecho que debería ser. Este enfoque también le llevó a concebir el derecho como una realidad normativa, construida por un entramado de normas interconectadas. En este sentido, estableció una distinción clave entre los reinos del ser y del deber ser, separando las leyes naturales, regidas por la causalidad, de las normas que regulan la conducta humana, basadas en la imputación. Su noción de eficacia de una norma separada de su validez desafió percepciones convencionales: una norma puede ser válida por haber sido creada de acuerdo con un procedimiento formal previsto, independientemente de su aplicación práctica. Kelsen rechazó dualismos conceptuales, como el contraste entre derecho positivo y derecho natural, al igual que la dicotomía entre derecho público y privado o entre derecho objetivo y subjetivo.

Por todo esto, una de las distinciones cruciales que promovió Kelsen es la diferencia entre la filosofía del derecho y la teoría del derecho. Mientras la primera aborda cuestiones de justicia y puede considerarse una rama de la filosofía moral, la segunda se enfoca en el derecho tal como es en la práctica, es decir, el derecho positivo. Su objetivo es analizar la estructura y conceptos fundamentales del conocimiento legal, proporcionando una base teórica para comprender el sistema jurídico en su conjunto. En resumen, los aportes de Kelsen resaltan la necesidad de abordar el derecho desde una perspectiva despojada de suposiciones metafísicas y morales, destacando la importancia del derecho positivo y las normas en su configuración. Su enfoque metodológico y sus análisis han dejado una marca perdurable en la filosofía y teoría del derecho, transformando nuestra comprensión de la naturaleza y la estructura del sistema legal.

V. La postura de Hart

Herbert Lionel Hart, en su crítica a la concepción de John Austin acerca de las normas legales, introduce un enfoque más matizado y complejo sobre la naturaleza del derecho. A diferencia de Austin, quien consideraba las normas como simples órdenes respaldadas por amenazas o mandatos emanados de una autoridad soberana, Hart cuestiona esta visión simplista. En lugar de reducir el derecho a comandos coercitivos, Hart sostiene que las normas jurídicas no pueden ser completamente

comprendidas desde esta perspectiva unidimensional. Argumenta que el análisis de Austin no logra dar cuenta de la diversidad y complejidad inherente al sistema jurídico, ya que este último abarca no solo comandos imperativos, sino también reglas secundarias que establecen procedimientos para la creación y modificación de normas, así como la adjudicación de conflictos legales. En su obra destacada, *El concepto de derecho*, Hart propone una teoría del positivismo jurídico que destaca la importancia de la aceptación social y la reglamentación interna en la validez de las normas, ofreciendo así una visión más sofisticada y completa de la naturaleza del derecho.

En este sentido, Hart desafía la visión simplista de las leyes como simples órdenes respaldadas por amenazas, proponiendo una perspectiva más sofisticada y contextualizada. En primer lugar, señala que esta concepción no puede aplicarse de manera uniforme a todas las leyes, especialmente a las leyes civiles, que no siempre se expresan como comandos directos con amenazas de coerción. Hart destaca la diversidad de funciones y formas que asumen las leyes en una sociedad compleja, incluyendo no solo mandatos imperativos, sino también normas que regulan acuerdos contractuales, establecen derechos y deberes y proporcionan marcos legales para la resolución de disputas. En segundo lugar, Hart destaca la diferencia fundamental con respecto a la perspectiva de Austin en cuanto a la aplicabilidad de las leyes. Mientras que en la visión de Austin el soberano está excluido de las leyes que él mismo establece, Hart sostiene que todos los individuos están comprendidos por las leyes, incluidos aquellos que participan en su creación. Este enfoque más inclusivo reconoce que la autoridad legal no se sitúa fuera de la comunidad, sino que es internalizada por todos los miembros de la sociedad. Finalmente, Hart subraya que la génesis de una ley difiere significativamente de la generación de una amenaza. Mientras que las amenazas suelen emanar de un individuo o entidad con poder coercitivo, las leyes emergen de procesos legislativos más complejos que involucran debates, votaciones y la participación de múltiples actores. Este análisis pionero de Hart destaca la necesidad de una comprensión más matizada y contextual del funcionamiento de las leyes en una sociedad, superando la simple noción de órdenes respaldadas por amenazas propuesta por Austin.

Por ello, Hart sostiene de manera contundente que el derecho no puede ser simplificado a una única clase de normas con un contenido uniforme. A diferencia de la concepción restringida de las normas coercitivas que imponen obligaciones o prohibiciones, Hart destaca la existencia de otras normas que desempeñan roles distintos y contribuyen a la función social del derecho. En este sentido, señala que hay normas que rigen la realización de “acuerdos jurídicos”, los cuales poseen efectos que pueden hacerse valer ante otras personas. Estos acuerdos jurídicos, como contratos, testamentos y matrimonios, no se limitan a establecer obligaciones o prohibiciones, sino que, de manera fundamental, reconocen u otorgan facultades y poderes para realizar ciertos actos. Estas reglas no imponen restricciones, sino que, en cambio, confieren la capacidad de crear y extinguir obligaciones, marcando así una diferencia crucial con las normas coercitivas. En este sentido, Hart introduce una visión más amplia y compleja del derecho, reconociendo su capacidad no solo para imponer deberes, sino también para facultar y regular las interacciones sociales de manera variada y multifacética.

Cuando incorporamos reglas que confieren facultades al lenguaje normativo, surge un vocabulario enriquecido con términos como “validez”, “nulidad” y “efecto jurídico”. Para comprender la distinción en la función de estas reglas, es esencial reconocer que aquellas que otorgan facultades no son sus-

ceptibles de ser “transgredidas” de la misma manera que las normas coercitivas. En este contexto, la inobservancia de las formalidades establecidas para un testamento o un matrimonio no constituye una violación de la ley, sino que simplemente impide la existencia de dichos actos jurídicos. La falta de cumplimiento de estas formas no se interpreta como una infracción, sino como la ausencia de una situación que pueda tener efectos jurídicos oponibles a terceros. Este matiz es ejemplificado por la situación de quienes conviven sin contraer matrimonio legal. Aunque pueda considerarse injusto que las parejas casadas y las no casadas no gocen de los mismos derechos, desde la perspectiva del derecho, la convivencia sin formalizar el matrimonio no constituye una violación de normas, sino más bien una diferencia en las consecuencias legales. En este caso, no se trata de una transgresión de la ley, sino de la falta de entrada en una situación específica con efectos jurídicos reconocidos, como el estatus de heredero. Es crucial reconocer estos matices para comprender la complejidad del derecho en su capacidad para regular no solo las obligaciones y prohibiciones, sino también las facultades y las relaciones que dan forma a las interacciones sociales.

Vale resaltar que Hart presenta dos objeciones fundamentales para refutar la idea de que la nulidad constituye un castigo. En primer lugar, sostiene que la nulidad no puede ser categorizada como inherentemente mala o punitiva, ya que en ciertos casos puede incluso considerarse beneficiosa. Esta perspectiva desafía la noción tradicional de que las sanciones, por definición, deben ser perjudiciales para aquellos que las experimentan. En el contexto de la nulidad, Hart señala que su aplicación no siempre implica un perjuicio para el individuo, ya que en algunos casos puede resultar en beneficios o consecuencias deseables. Por ejemplo, la nulidad de un contrato puede liberar a las partes de compromisos onerosos o desventajosos, actuando así en su favor.

La segunda objeción de Hart va más allá al cuestionar la equiparación estructural entre distintos tipos de normas, particularmente entre las coercitivas y las facultativas. Argumenta que la nulidad, como consecuencia de no cumplir con las formas prescritas para un acto jurídico, no sigue la misma lógica de las sanciones coercitivas que imponen deberes u obligaciones. La nulidad, en cambio, se deriva de reglas facultativas que confieren poderes y facultades. En este sentido, Hart destaca las diferencias estructurales inherentes a las normas coercitivas y facultativas, sosteniendo que la nulidad no se ajusta al modelo clásico de sanción, ya que no impone un castigo propiamente dicho, sino que refleja la falta de cumplimiento de ciertos requisitos normativos específicos. Estas objeciones de Hart contribuyen a una comprensión más matizada de la naturaleza de la nulidad y su relación con el concepto de castigo en el marco del pensamiento jurídico.

En las normas que establecen prohibiciones, se presenta una estructura dual que comprende tanto la prohibición de realizar ciertas acciones como la sanción asociada a la transgresión de dicha prohibición. Esta división clara entre la acción prohibida y la consecuencia punitiva es evidente en diversas normas legales que imponen deberes y restricciones. Por otro lado, en las normas que otorgan facultades para la creación de obligaciones se observa una singularidad estructural: en lugar de dos elementos distintos, estas normas consisten en un solo componente que detalla exactamente cómo se generan nuevos derechos y obligaciones. Este contraste subraya la diferencia esencial entre la naturaleza y función de las normas prohibitivas y las facultativas. Mientras que las primeras establecen límites y sanciones, las segundas proporcionan directrices precisas sobre cómo se pueden crear derechos y obligaciones, destacando la importancia de los procedimientos y condiciones en la

formación de actos jurídicos válidos. Este análisis contribuye a una comprensión más profunda de la diversidad estructural de las normas jurídicas y sus roles en la regulación de la conducta en sociedad.

Por otro lado, Hart también plantea una objeción significativa en relación con el origen de las normas, particularmente cuando se trata de normas consuetudinarias con efectos legales. Mientras que las órdenes tienen un origen claro y concreto en la voluntad y deseo de una persona identificable, las normas consuetudinarias, que se basan en costumbres con implicaciones legales, presentan un origen más incierto. Hart destaca la dificultad de categorizar estas normas como simples “órdenes”, ya que su surgimiento no responde a la voluntad directa de una autoridad identificable. En el caso de las normas consuetudinarias, el problema radica en la falta de una figura central que emita una orden específica. La interpretación de estas normas como una “orden tácita” de la autoridad actual se vuelve problemática, ya que no se puede presuponer que el silencio de la autoridad respecto a una costumbre en particular implique una orden para que los tribunales la consideren como derecho. Hart subraya que la autoridad puede desconocer completamente las costumbres legales de un lugar o simplemente no darles importancia, sin que esto implique necesariamente una orden de seguirlas.¹³

Hart por ello enfatizó la importancia de distinguir las reglas secundarias, como las reglas de reconocimiento y las reglas de cambio, que establecen cómo se crean, modifican y aplican las normas primarias. En contraposición a la visión de amenazas y mandatos, el autor propuso que las normas jurídicas son mejor entendidas como pautas que guían el comportamiento, no solo como imperativos respaldados por coerción. Esta crítica de Hart sentó las bases para su propia teoría del derecho, que considera la complejidad y las múltiples capas de las normas, así como su papel en la estructura y evolución del sistema legal.

Hart critica también la noción de hábito de obediencia presentada por Austin, argumentando que es insuficiente para explicar la continuidad en los sistemas jurídicos cuando hay un cambio de gobernante. Contrario a la idea de un hábito generalizado de obediencia, sugiere que existen normas específicas diseñadas para garantizar una transición ininterrumpida de poder. Estas normas, según Hart, son esenciales para mantener la estabilidad y la continuidad en el sistema jurídico, incluso cuando hay cambios en la autoridad gobernante. Además, Hart cuestiona la noción de soberanía, señalando que en la realidad jurídica contemporánea existen límites legales, lo que significa que ya no hay soberanos con poder ilimitado. Este punto contradice la perspectiva de Austin, que concebía la soberanía como un poder supremo e ilimitado.

La crítica más fundamental de Hart se dirige a la idea de que las normas jurídicas son simplemente órdenes coercitivas. Argumenta que la estructura de las normas jurídicas plantea un problema

¹³ Además, Hart advierte que aplicar la presunción de que el silencio de la autoridad significa una orden en el contexto de los Estados modernos es poco razonable. A diferencia de situaciones más íntimas, como el ejemplo de un comisario que omite actuar frente a la tortura de sus oficiales, donde se podría presumir que tácitamente permite o alienta dicho comportamiento, en el ámbito de los Estados modernos, la aplicación de esta presunción carece de fundamento razonable. Hart resalta la complejidad y la falta de claridad en el origen de las normas consuetudinarias, desafiando la noción de que todas las normas pueden ser equiparadas a órdenes emanadas de una voluntad consciente y claramente expresada.

fundamental para la concepción de órdenes, ya que las que emiten las órdenes son las mismas que las reciben. Esto resulta en una situación absurda, ya que implica que uno se da órdenes a sí mismo y se amenaza con castigarse si no cumple. Hart sugiere que la distinción entre el “legislador” y el “ciudadano” es esencial para entender la dinámica de las normas jurídicas. Sin embargo, para establecer esta distinción, se necesitarían reglas de procedimiento, como las reglas facultativas, que son incompatibles con la idea de que las reglas son simplemente órdenes de una persona a otra.

En resumen, Hart desafía la perspectiva de Austin al subrayar la importancia de normas específicas para la transición de poder, cuestionar la noción de soberanía ilimitada y argumentar que las normas jurídicas no pueden ser reducidas a simples órdenes coercitivas debido a la estructura peculiar de su emisión y recepción. Estas críticas forman parte fundamental de la teoría del positivismo jurídico de Hart, que busca proporcionar una comprensión más sofisticada y precisa de la naturaleza del derecho.

Por ello, en *El concepto de derecho*, Hart introduce una distinción fundamental entre las normas primarias y secundarias, proporcionando así un marco teórico más completo para comprender la complejidad del orden jurídico. Las normas primarias, según Hart, son aquellas que imponen obligaciones y regulan conductas, abarcando tanto normas penales como las de responsabilidad civil. Estas normas establecen deberes y derechos para los individuos, definiendo la conducta aceptable dentro de la sociedad. Por otro lado, identifica las normas secundarias como reglas que confieren potestades, autorizando a individuos o grupos a crear, modificar o extinguir normas. Estas normas secundarias son vitales para la operación y evolución del sistema jurídico. Hart clasifica las normas secundarias en tres categorías: reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación. Las reglas de reconocimiento sirven para identificar qué normas pertenecen al sistema jurídico, estableciendo un criterio de origen como factor determinante. Las reglas de cambio indican los procedimientos para que las normas primarias puedan cambiar dentro del sistema, permitiendo así la adaptación y desarrollo del ordenamiento jurídico en respuesta a las necesidades cambiantes de la sociedad. Por último, las reglas de adjudicación otorgan competencia a los órganos jurídicos para determinar si se ha infringido una norma primaria y, en caso afirmativo, aplicar las correspondientes consecuencias legales.

Esta distinción entre normas primarias y secundarias, junto con la clasificación de las normas secundarias en reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, ofrece una visión más completa y detallada de la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Hart busca superar la visión simplista de las normas como simples órdenes coercitivas, reconociendo la complejidad y la diversidad de funciones que desempeñan en la regulación de la conducta y la administración de la justicia.

De esta manera, Hart desarrolla una crítica perspicaz a la teoría de Hans Kelsen, en particular a la noción de la norma básica como una presunción fundamental. En contraste, Hart propone que la base fundamental de cualquier ordenamiento jurídico no es una presunción, sino un hecho concreto: la regla de reconocimiento. Este concepto es central en la teoría de Hart y representa una diferencia clave con respecto a la perspectiva kelseniana. En la visión de Hart, la regla de reconocimiento no deriva su validez de otras normas, como lo sugería Kelsen, sino que es una regla que existe y se sustenta en la aceptación práctica por parte de los jueces. Los jueces, al utilizar expresiones como “Es la regla en el país X que Y”, están implícitamente reconociendo y aceptando la regla de reconocimiento

que determina la validez de otras normas dentro del sistema jurídico. En otras palabras, la regla de reconocimiento sirve como un criterio práctico adoptado por los jueces para distinguir y validar las normas que forman parte del ordenamiento jurídico.

La contribución de Hart radica en cambiar la perspectiva de la norma básica de ser una presunción a ser un hecho concreto que surge de la práctica y la aceptación de los actores jurídicos. Mientras que para Kelsen la norma básica es una presuposición lógica, para Hart es una realidad que se observa en la conducta efectiva de los jueces al reconocer y aplicar normas en su labor diaria. Esta concepción de la regla de reconocimiento como un hecho, en lugar de un concepto *a priori* o una presuposición lógica, subraya el enfoque empírico y pragmático de Hart en la teoría del derecho.

VI. Conclusión

El análisis de Herbert Lionel Hart representa un hito significativo en la evolución de la teoría jurídica al cuestionar y superar la concepción simplista de la norma como una mera amenaza respaldada por sanciones, defendida por juristas como John Austin y Hans Kelsen. Hart introduce conceptos innovadores, como las reglas secundarias, que permiten una comprensión más profunda de la complejidad inherente al sistema legal. Su enfoque destaca la importancia de la aceptación social y la eficacia como elementos fundamentales en la construcción y operación del sistema legal. Al desafiar la idea de que todas las normas pueden reducirse a comandos respaldados por amenazas, Hart resalta la interacción dinámica entre las normas primarias que imponen obligaciones y las normas secundarias que confieren potestades para crear, modificar o extinguir normas. Este enfoque matizado revela la interdependencia de las normas y la necesidad de considerar la aceptación social como un factor crucial para la validez y efectividad del sistema jurídico.

La crítica de Hart promueve una apreciación más rica de cómo las normas legales operan en la práctica y cómo se integran con nociones fundamentales como la obediencia, la autoridad y la aceptación. Su perspectiva destaca la complejidad de la relación entre el sistema legal y la sociedad, subrayando que el derecho no es simplemente un conjunto de órdenes coercitivas, sino un fenómeno social dinámico que evoluciona en respuesta a las necesidades y valores cambiantes de la sociedad. En este sentido, las objeciones formuladas por Hart a la noción de "norma jurídica" han generado una revolución en la conceptualización y comprensión del derecho en la sociedad contemporánea. Su enfoque integral ha redefinido la manera en que abordamos la filosofía jurídica, destacando la complejidad inherente a las normas legales y su interacción dinámica con los individuos y las autoridades.

Las contribuciones de Hart continúan siendo relevantes en la actualidad y siguen inspirando a académicos y estudiosos en su búsqueda de una comprensión más profunda y precisa del derecho. Su enfoque ha influido en las discusiones contemporáneas sobre la interpretación del derecho, la dinámica de los sistemas legales y la relación entre el derecho y la sociedad. En última instancia, Hart ha dejado un legado duradero que ha enriquecido la filosofía jurídica y ha contribuido a moldear la forma en que abordamos las cuestiones legales en la sociedad moderna.

Bibliografía

- Alchourrón, C y Bulygin, E. (1996). "Norma jurídica". En Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (coord.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, pp. 133-147.
- Bulygin, E. (1996). "Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho". En *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp.331-338.
- Guarinoni, R. V. (2006). *Derecho, Lenguaje y Lógica*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*. 13ª edición. Oxford: Oxford University Press, caps. II a V [*El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1ª edición, 1968].

Philosophical shift in criminal law in Canada

Keagan Gilfillan¹

Abstract

There has been a philosophical shift in criminal law for the 40 or so years in Canada that represents a divergence from its earlier forms. The shift to precautionary policing and a securitized society has strongly changed the formation of criminal law protections and policies. This paper maps out some of the relevant case law in criminal law over the last 40 years and discusses some of the precedents that were set from the resulting decision in them. By examining the results, we see that there is a shift in how policing and rights are treated and viewed by the judicial system and the state.

Keywords: criminal law; Canada; civil liberties; charter of rights and freedoms

Cambio filosófico en el derecho penal canadiense

Resumen

En los últimos 40 años, ha habido un cambio filosófico en el derecho penal en Canadá, lo que implica divergencia radical con sus formas anteriores. El cambio hacia una vigilancia policial

¹ Keagan Gilfillan is an Honours BA in Political Science candidate at Algoma University in Sault Ste Marie, Canada and his research areas include criminal law, Canadian politics, and normative political theory. He is the former MPP Green Party Candidate in the Sault Ste Marie riding for the 2022 Ontario Provincial election.

preventiva y una sociedad seguritizada ha cambiado fuertemente la formación de políticas y protecciones del derecho penal. Este artículo traza parte de la jurisprudencia relevante en derecho penal de los últimos 40 años y analiza algunos de los precedentes que se sentaron a partir de la decisión resultante en ellos. Al examinar los resultados, vemos que hay un cambio en la forma en que el sistema judicial y el Estado tratan y ven la actuación policial y los derechos.

Palabras claves: *derecho penal, Canadá, libertades civiles, carta de derechos y libertades*

I. Introduction

Since the introduction of the Charter in Canada during the mid 1980s, criminal law protections for individuals have slowly, yet consistently, been eroded. While they are protected constitutionally, the stance of the Court in many cases has both expanded ancillary police powers and weakened protections that once belonged to individuals. The influence of 9/11 and the rise of modern technological society has accelerated this shift for various reasons. This paper will argue that over the last three decades criminal law protections in Canada have been slowly eroded and police powers greatly expanded showcasing a philosophical shift to preventative policing. This paper will first track some of the most influential cases in the steady erosion of rights and the influence of the Waterfield test on these cases and how it has been misused. The next section will focus on specific erosions of rights such as privacy and due process. The last section concerns the philosophical shift in criminal law and policing and where it may originate from.

II. Case law and Waterfield test

It is important to first discuss the Waterfield test and its usage throughout the Charter era and showcase the consistence decline in the rights of individuals in favour of the state (Jochelson, 2012).

II. 1. Waterfield test

The Waterfield test originated from outside the Canadian legal system and in the context of the Canadian courts, has been misused based on its original purpose. The test, conceived in 1963 in an English Appeals court, was seen as a means of limiting the authority of police in the interference of an individual's liberty or property (Jochelson, 2012). With this in mind, it is important to note, as Jochelson (2012) writes, "the test developed was not intended to create *ad hoc* police power outside of this context" (p. 358).

II. 2. *Dedman v. R.*

This was the first post-Charter case wherein the Waterfield test was used to create police powers (*R. v. Dedman*, [1985] 2 S.C.R. 2). In this case, the appellant was stopped by a compulsory RIDE program which had the intention of finding drunk drivers. After the officer smelled alcohol, they requested that the individual provide a breath sample. The accused refused and was promptly arrested and charged with failing to provide a breath sample. As there was no common law or legislative impetus for the stop, it was eventually impugned (Jochelson, 2012). The SCC did eventually rule in favour of the police power, acknowledging that while the accused liberty was interference with, the “detention fell within the scope of common law duties of police powers –most notably the control of traffic linked to the common law duties of crime prevention and protection of life” (Jochelson, 2012, p. 361). This marked an important turn in the Court’s stance on Waterfield, it had now become a gap-filling measure that expanded police powers judicially in cases where the end justified the means (Jochelson, 2008). The dissenting judges –Dickson, Beetz, and Chouinard– posited the opposite verdict, writing that “these random stops by the police under the RIDE program are indistinguishable from detention for question or investigation and, without validity enacted legislation to support them, are unlawful” (1985).

II. 3. *R. v. Godoy*

In this case, the Court once again used Waterfield as a means to expand police power (Jochelson, 2012). A call to 911 was cut off and the police were dispatched to the location to investigate. After knocking on the door, the accused answered and reassured them everything was alright. The officers gained entry to the house and found the accused’s spouse, who had suffered injuries. The accused was arrested for assault (*R. v. Godoy*, [1999] 1 SCR 311). This created a justification for warrantless home entry powers in response to dropped calls (Jochelson et al., 2020). Just as in *Dedman v. R.*, the conduct of the police was deemed justifiable based on the eventual outcome, the arrest of the accused for assault (Jochelson, 2008).

II. 4. *R. v. Mann*

The eventual outcome of *R. v. Mann* expanded the Waterfield test and allowed for powers of warrantless investigative detention and correlative search powers (Jochelson, 2012; Jochelson et al., 2020). In this case, officers were responding to a break and enter. In the same area, they encountered Mann, who then complied with the officer’s request for a pat-down search. The officer found a baggie of marijuana in Mann’s pocket as well as other baggies, afterward arresting Mann for purposes of trafficking. As Jochelson (2012) writes, “Mann...provided tacit evidence that the ancillary powers test could not only create *ad hoc* police powers, but could provide a test of justification that would pass constitutional muster” (p. 363).

II. 5. R. v. Clayton

In *R. v. Clayton*, the constitutional development of investigative detention was further clarified in the context of the use of *Waterfield* (Jochelson, 2012). Police responded to a call about four individuals with guns in the parking lot outside a business. Four different vehicles were included within this call's description. Police ended up setting up a roadblock where they eventually arrested the suspects. The Court did acknowledge that the action interfered with the liberty and property of the accused, but since the officers were acting in line with their duty of investigative and preventive duty, it was allowed (Jochelson, 2012; Jochelson et al., 2020).

II. 6. R. v. Kang-Brown; R. v. AM

In both of these cases, the result allowed for the possibility of warrantless sniffer dog searches, though, as Jochelson (2012) writes, "both cases found the police's actions had not passed constitutional muster" (364). As in the other cases, the judges in the majority believed that the warrantless activity, while an infringement of liberty, falls under the umbrella of common law investigative duties of police (Jochelson, 2012). Both Justice Deschamps and Rothstein determined where there was an important purpose, such as curbing the drug trade, then the searches could be justifiable (Jochelson, 2012; *R. v. Kang-Brown*, [2008], para. 189). On the opposing end, the minority in *Kang-Brown* –Justices LeBel, Fish, Abella, and Charron– lamented the abandonment of the tradition of liberty protection (Jochelson, 2008).

II. 7. Further cases and conclusion

The cases provided above are not an exhaustive list and there are many more that showcase the point in hand. Across the modern Charter era in Canada, there are cases and rulings that showcase the slow erosion of liberties in Canada. The follow is more that could be examined (Jochelson et al., 2020, p.113):

At the Court, ancillary police powers have been advanced further to establish: warrantless police protective searches at the front door of a home when responding to a noise complaint (*R. v. MacDonald*, 2014); and warrantless drug sniffer dog searches in airports, bus depots, high schools and on roadsides (*R. v. Kang-Brown*, 2008; *R. v. A.M.*, 2008; *R. v. Chehil*, 2013; *R. v. MacKenzie*, 2013). In the search incident to arrest context, common law search powers have proliferated to delineate protective and evidence searches including pat-downs (*R. v. Caslake*, 1998), strip searches (*R. v. Golden*, 2001), penile swabs (*R. v. Saeed*, 2016), and cell phone searches (*R. v. Fearon*, 2014).

A consistent pattern is shown through the highlighted cases. Through *Waterfield* usage, the Court developed further police powers, lower reasonable expectation of privacy, and complete lack of

warrant requirements that support the view of police investigation and actions that focus on the result rather than the process (Jochelson and Ireland, 2019; Jochelson, 2012).

III. Erosion of civil liberties and philosophical shift

As the case studies have shown, the recent developments illustrate a steady trend toward the bolstering of common law police powers at the expense of liberties and a philosophical shift in the way security is done through society (Jochelson et al., 2020; Murphy, 2020; Zedner, 2007). This will be examined further in the proceeding sections.

III. 1. Preventive policing and state of securitization

A shift has taken place from responding to wrongs that have been committed towards a stance on pre-crime policing that focuses on preventative measures, often at the expense of rights (Murphy, 2020; Jochelson, 2012). This trend has been further accelerated by the vast expansions made in technologies over the last decades. With phones and computerized devices common place for all citizens, the realms in which the state can intrude on an individual's privacy and innermost thoughts have expanded greatly, making the ethic of pre-crime policing more effective. This increased visibility feeds into the ethic of pre-crime because of the various modes of surveillance that are available (Jochelson and Ireland, 2019). As Zedner (2007) writes, "the post-crime orientation of criminal justice is increasingly overshadowed by the pre-crime logic of security" (p. 262).

This trend is likely influenced by 9/11 and the resulting focus on maintaining that an event such as that does not take place again. The threat of catastrophic risk increased pressures on governments to maintain a high level of security and anticipate any future events that may take place, requiring a large security apparatus (Zedner, 2007). A likely consequence of this is the expanded police powers we see today. A subtle theme within many of the cases examined is that often the Court acknowledged that interference with protected liberties had taken place, but that the result of the event (imprisonment of the accused) justified the means by which the process started. It showcases a belief that the ends justify the means if the end is considered important enough and prudent. The liberal conception of a rights-bearing society is shifting towards a view of the potential harm to society being a more prudent cause (Murphy, 2020).

III. 2. Threatened civil liberties

Naturally, these developments have severely harmed and threatened existing civil liberties. Various rights have been threatened, including due process, privacy, and property. Court rulings have repeatedly bolstered police powers using the Charter as justification, often at the expense of

due process rights (Jochelson et al., 2020). As this became more common, Courts tended to show a willingness to tolerate unfair practices, especially when given the totality of circumstances that supported the need for intervention (Murphy, 2020). The steady deference of the Court to the state can mean that further due process violations are bound to happen as the Court increasingly weighs security objectives against those of the accused (Jochelson and Ireland, 2019). The reasonable expectation of privacy has also been impacted, which has further implications. As privacy expectation goes down, so do the minimal protections that would be provided (Jochelson and Ireland, 2019).

Overall, as Jochelson and Ireland (2019) write, “the after-the-fact approach to delineating police powers allows an increasing amount of information to be available to the state. The expanded access (...) and broad search powers have in ways not anticipated by the legislature” (p. 135). Over time, civil liberties have taken a backseat to expanded police powers. Liberties are seen to be contextually contingent, and the Courts spend more and more time evaluating the admission of evidence, granting greater leniency to how it was acquired as time goes on (Jochelson and Ireland, 2019).

IV. Conclusion

As has been shown within this paper, the last three or so decades have seen huge reductions in due process and privacy rights in Canada and greatly expanded police powers. This is a worrying trend and if it continues it is hard to predict how much erosion may take place. In all the cases presented a pattern emerges. Courts tend to side with the police and state on issues, fully willing to expand and create new powers based on the circumstances, even if there is no pending or active legislation on the matter (Jochelson and Ireland, 2019). Often when the goal the Court establishes seems urgent, less care is given to liberty issues or long-term ramifications to rights. The philosophical shift and stance towards the prevalent attitude of preventative policing are showcased by these cases. As technologies are expanded and more included by everyday individuals, these implications are likely to get worse. 9/11 forever changed the state of security in Canada and has led to an increased adherence to pre-crime logic. If this trend continues, it is hard to predict where it may lead. Like many sociological trends through history, it may fizzle out and be replaced, or like others, it may become a dominant and permanent feature of the modern state.

Bibliography

- Jochelson, R. (2008). “Crossing the Rubicon: of sniffer dogs, justifications, and preemptive” deference. In *Review of Constitutional Studies*, 13(2), p. 209.

- Jochelson, R. (2012). “Ancillary issues with Oakes: the development of the Waterfield test and the problem of fundamental constitutional theory”. In *Ottawa Law Review*, 43(3), p. 355.

- Jochelson, R., and Ireland, D. (2019). *Privacy in peril: Hunter v Southam and the drift from reasonable search protections*. Vancouver: UBC Press.
- Jochelson, R., Ireland, D., Ziegler, R., Brenner, E., and Kramar, K. (2020). "Generation and Deployment of Common Law Police Powers by Canadian Courts and the Double-Edged Charter". In *Critical Criminology*, 28(1), pp. 107-126.
- Murphy, B. (2020). "Regulating Undercover Policing: Subjects, Rights and Governmentality". En *Critical Criminology*, 28(1), pp. 65-84.
- *R. v. Dedman*, [1985] 2 SCR 2, 20 CCC (3d) 97.
- *R. v. Godoy*, [1999] 1 SCR 311, [1998] SCJ N° 85.
- Zedner, L. (2007). "Pre-crime and post-criminology?" In *Theoretical Criminology*, 11(2), pp. 261-281.

The recent erosion of Criminal law protections

Jeff Conley¹

Abstract

Since the events of September eleventh, 2001, there has been a major change within the application of criminal law protections within Canada. These changes have resulted in the erosion of criminal law protections that once shielded Canadian citizens from the monopoly of power that the state exercises. Nevertheless, these changes have left Canadian's defenseless against the legal system as the cardinal rules that Beccaria (1963) once theorized as the foundation of criminal law have shifted to a manner of precautionary policing. The goal of this paper is to provide an understanding of how these principles work in practice, over theory, through using relevant examples to denote the significance they have on Canadians. By the end of this paper, it will have been demonstrated with clarity that there has been a significant change in the criminal law procedures that Canadian's once knew, and that legislation now protects the government from society, rather than society from the government.

Keywords: criminal law; Canada; protections; precautionary harm; corrective training

¹ Jeff Conley is an undergraduate student at the Algoma University campus located in Sault Ste. Marie Ontario, Canada, who is completing a combined specialization BA in the studies of Law and Justice and History. His research includes themes of contemporary Canadian history and the influence that criminal law has within this study. Through applying legal principles to Canadian history, he is able to illustrate how these once cardinal protections within the legal system have eroded within Canadian jurisdictions.

La reciente erosión de las protecciones del derecho penal

Resumen

Desde los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, ha habido un cambio importante en la aplicación de las protecciones del derecho penal en Canadá. Estos cambios han resultado en la erosión de las protecciones del derecho penal que alguna vez protegieron a los ciudadanos canadienses del monopolio del poder que ejerce el Estado. Sin embargo, estos cambios han dejado a los canadienses indefensos frente al sistema legal, ya que las reglas cardinales que Beccaria una vez teorizó como la base del derecho penal se han convertido en una forma de vigilancia policial preventiva. El objetivo de este artículo es proporcionar una comprensión de cómo funcionan estos principios en la práctica, más que en la teoría, mediante el uso de ejemplos relevantes para indicar la importancia que tienen para los canadienses. Al final de este artículo, se habrá demostrado con claridad que ha habido un cambio significativo en los procedimientos de derecho penal que alguna vez conocieron los canadienses, y que la legislación ahora protege al gobierno de la sociedad, en lugar de a la sociedad del gobierno.

Palabras clave: *derecho penal; Canadá; daño precautorio; disciplina correctiva*

I. Introduction

This essay will examine a main theme that has had a recent urge within criminal law.

This essay will course analyze multiple concepts that support the argument that the principles of criminal law society once knew as defined through Beccaria no longer exist. Furthermore, examples will be used to argue that the criminal safeguards that once protected individuals from the government's monopoly of power are no longer present within the judicial system. This is important as the erosion of these rights have left individuals defenseless against state power, and the procedures that criminal law was once forged upon regarding concrete social harm and protecting the rights of the accused have completely changed.

II. Disappearance of criminal law principles

II. 1. Criminal law and its historical evolution

September eleventh, 2001, can be seen as a distinctive change within criminal law principles according to legal scholars. The criminal law that was known in society for hundreds of years changed

after the events of September eleventh and resulted in a paradigm shift regarding the erosion of criminal law principles. Before evaluating this shift, it is important to understand what criminal law used to entail. Italian philosopher Beccaria (1764) helped shape what criminal law looked like for past centuries and hypothesized a style of criminal law that rooted out the arbitrary nature of criminal law within the Middle Ages. He stated that society needed to have clear laws that were understood and published, and that no one could be prosecuted for a behavior that was not a crime before an action was committed. Furthermore, he argued that punishment had to be proportional to the crime in action, and that everyone had to go through due process and stand before a trial where the facts of the case were analyzed to ensure that no one could be convicted without evidence or proof beyond a reasonable doubt. This is significant as everything known about criminal law was adopted by constitutions emerged during Beccaria's thoughts (Beccaria, 1764). Nevertheless, this mindset is not prevalent within present day law. Before the attacks of September eleventh, a crime was an action that had a very clear physical act and intention. If there was no action or intention, then there could be no crime. Again, the criminal law process was based and forged on protecting the rights of the accused. The mind set was that the criminal system would ensure that no innocent person would suffer a criminal punishment.

II. 2. The transformation

The criminal law system used to be set on a foundation that focused mainly on the protection of the accused. The bulk of criminal law used to be centered around the idea of protecting individuals from the state and the monopoly of force it had. These principals nonetheless are now disappearing, and individuals do not have the protections they once had when the state exercises this monopoly of power. Consequently, due to this erosion people are now limited and defenseless against states power. Procedure has now completely changed within the criminal justice system.

II. 3. Erosion of mens rea and actus reus

A crime used to require both *mens rea* and *actus reus*. That is a voluntary action with a distinct thought processor intention following the action itself. However, this is no longer present within criminal law. Within Canada, there has been a great number of crimes adopted with no strong *actus reus*. Within the Criminal Code (CC), there are many crimes that are merely thought crimes, or crimes with no physical acts; such as conspiracy. For centuries it was understood that in criminal law a behavior to constitute a crime needed an action as well. Furthermore, *mens rea* typically referred to intention, negligence, and knowledge. However, impact is now included within the umbrella of *mens rea*. This is wrong as criminal law used to require a very clear *actus reus* and *mens rea*. Today however it is dependent on how the crime was perceived.

II. 4. Move from intentional mens rea (subjective test) to impact on victim

A victim can now feel threatened regarding a crime, and their impact can constitute a crime about their feelings. This is a huge change within criminal law procedures, and yes, it is argued that this western phenomenon empowers the victim, but it also erodes the rights of the accused. It does not matter anymore what the intentions of the perpetrator was or even negligence. Traditionally what counted was the intention of the perpetrator or negligence, but negligence was seen in an objective way through the eyes of the judge and jurors. Now, criminal law allows things to be judged through the eyes of the victim. Criminal law was supposed to be impartial where a third party of either judge's or jurors would provide answers, not the victims.

II. 5. Adoption of blank criminal laws and broad definitions

Governments today now have the power to arrest, detain and charge people with crimes that are very broad by definition, or every day conducts. This is a direct in version of Beccaria's argument that laws need to be clear and published (Beccaria, 1963). Nonetheless, this is not the case in present day criminal law as this theory has eroded. Crime in the past used to entail mainly physical harm, or theft but this is not the case today, virtually everything can be considered a crime through the process of using blank penal laws which are argued to be unconstitutional. This was extremely evident during the quarantine act of Covid-19 in which statements were made such as "if you do not comply with a government official's request, you can be detained and arrested". If you do something and learn that it was a crime after the fact, this is extremely dangerous. Nevertheless, there are very broad criminal laws which result in people being convicted and going to prison. Many of Canada's laws in the CC are so broad that almost anything can be considered a crime, and there is very little society can do to combat this as the safeguards that were once used to protect citizens from the government have eroded.

III. The means of Corrective training

III. 1. Criminal punishment

Criminal punishment has changed overtime, but the goal of punishment itself remains relatively stable. In essence, the goal is for those in power, or the ruling class is to exercise influence over those who they seek to control through normalizing judgment and conduct. Power was used in punishment that ranged from physical to psychological, but the goal is the same: to make everyone comply to the rules established from powers above. Simply put, power is used as a discipline. In turn, society internalizes these rules because we believe them, and we don't question them. We have adopted this ideology as if it was our own because we believe it is the right thing to do. Now punishment works through discipline, and it is a way that those in power such as the government, make those without

power think that what they are doing is right, rather than following external ideologies that differ. The success of disciplinary power in “training” depends on the following three elements:

III. 1. a) Hierarchical observation

The idea of hierarchal observation is that society is always observed from those in power. As Foucault (1995) theorized, in certain institutions, society is viewed and conforms to what is told of the mouth of fear of being reprimanded. This theory can be illustrated using the panopticon in prison. A panopticon is a large tower that a prison guard would sit in and look down on the prisoners to see everything, even though in reality, he could not view every niche action. Nevertheless, this form of separating power through hierarchical observation results in prisoners refraining from doing wrong because they are believed to be seen. This is relevant today through surveillance instead of panopticons, but the outcome is the same. Society refrains from doing wrong because it is micromanaged and viewed in every element of life, and because of fearing punishment or challenging the notion of those in power, we internalize it and follow accordingly. Furthermore, the erosion of principles in criminal law that used to safeguard society from this monopoly of state power make it impossible to not conform without punishment.

III. 1. b) Normalizing judgment

Judgment is an ideology that the thoughts of those in power need to be internalized by the subjects they overlook. This is done through using a two-step system; both micro-penalties, and rewards. Both systems aim to make society conform to ideologies and societal norms through internalizing the thoughts of those in power. Society will only conform to these notions if they actually believe them to be true. For example, if someone goes to work, and respects the government, they are thought to be rewarded through employment and freedoms that advance them on a social ladder. In essence, it is the belief that if you do the right thing, you are rewarded, but should one deviate from these standards, and they will be punished such as cancelled, or fired from their job. The main premise that normalizing judgment has on society is that of adopting the ideologies of those in power. This normalization makes people homogenous, where everything is uniform and the same. This in turn creates masses within society who will not question authority. It is not possible now for society to deviate this judgment because the government can now criminalize anything they deem fit.

III. 1. c) Examination

The government examines society to see if its members have conformed to the notion of ideologies of its rulers. In every aspect of life people, are monitored through exams and evaluations. Foucault (1995) discussed that these examinations result in people being seen as cases that governments can

use to judge whether one has conformed or needs to be corrected, reprimanded, and punished. This is very evident throughout the main theme of the course as the surveillance society we live in produced by trackers, data, and CCTV cameras allow the government to invade on society's privacy and criminalize every day conducts or deviations from norms.

IV. Shift in precautionary harm

IV. 1. Anti-Terrorism laws and threats to national security

The government uses the adoption of anti-terrorism laws that were created after 2001 as a means of viewing people's emails, search histories and more. The idea in theory was good as it allowed for governments to prevent harm before it occurred. However, this enables the government the ability to spy on everyone and demonstrates the rhetoric of a panopticon being used to analyze everything we do. This is practically all over the western world. This is an inversion of the criminal law principles that were once present in law. The focus used to be on social harm, but now the focus is on threats to society. Governments adopt new crimes under the guise of protecting society, rather than monitoring behavior or thought. This results in many of these new crimes being victimless, where no one is harmed, and the social aspect is very vague. In other words, it is a risk to society that is not concrete. This is evidently demonstrated through the new kind of social harms in "Threats against national security" as governments can criminalize anything that MAY endanger society before it happens. This is dangerous as it allows the government to criminalize any conductor thought that they believe has the potential to harm society. This is an erosion of the principle of social harm as it is impossible to say that a crime has been committed if no harm occurred. Nevertheless, this allows governments the ability to spy on its citizens.

IV. 2. Surveillance society:

Many of the measures that the government has adopted are implemented in a way that is problematic to society. This can be seen through the recent shift in society being monitored in every aspect of life. It is argued that the recent development is a shift of the harm principle we once knew as the focus of criminal law is no longer protecting society from the government; rather protecting the government from society. We live in a society where we are monitored through cameras everywhere and virtually nothing done online, or in a public or private setting is going unnoticed. Between phones and trackers there is nothing you can do online that goes untraced regard less of the precautions one can take. This is argued to be a safeguard that the government has adopted to protect itself from society and illustrates the shift to precautionary harm, through monitoring its subjects.

V. Over use of court orders

V. 1. The criminalization of conducts that are not crimes (Broadness)

The court system often imposes court orders on conducts, that are in themselves not crimes. For example, if someone commits a crime, they can be imposed with probation from certain actions such as being restricted from driving a vehicle, after driving under the influence. This seems straightforward and just. However, court orders have been adopted in very broad terms and there many kinds of probations that can be imposed even if they are not related to the crime that person was accused of. Court orders are used to criminalize conducts that are not present within the Criminal Code. This is dangerous as it allows the court system to make drastic decisions that can impact one's life and subjects them to the monopoly of power the state has.

Court sanctions can criminalize everyday conducts such as using a credit card, talking to someone, or going places. Due to these court orders being so broad, it is often difficult for individuals to live a normal life while adhering to these orders. Consequently, many people end up breaking these court orders to maintain any quality of basic life and then get convicted.

Simply put, there has been an erosion of criminal law principles that once existed to protect individuals from the state's monopoly of power. Society does not have these protections anymore, and this allows the state to impose any sanction they choose to. These very broad definitions of court orders, relate to the theme that has traversed criminal law through recent years, that being: if a government wants to penalize you, they can and they will. This is because these broad definitions allow for practically anything to be criminalized, even if they are not listed within the Criminal Code. This is the method that governments use to do whatever they want with individuals.

VI. Erosion of criminal law safeguards

VI. 1. Increase in the use of propensity evidence

Within Criminal law the use of propensity evidence was forbidden. Propensity evidence refers to a rule regarding that just because someone committed certain actions in the past, it is not just to assume they committed the same or similar action they are being accused of now without providing reasonable evidence. However, this cardinal rule that was once present in law, no longer exists. This is a direct example of the erosion that has taken place within criminal law, as safeguards that were once present to protect individuals from being accused on anything other than proof beyond a reasonable doubt has been faded out.

VI. 2. Defamation law suit against accused who denies they have committed a crime

Up until recently, if you were accused of a crime, you had the right to defend yourself.

However, you can not do this now. Although you can in theory, it is very likely to have negatives that far outweigh the benefits. The things that one says within their defense can be used against them if someone files a defamation lawsuit regarding the defenses made. This is a way of restricting the constitutional process of defending yourself in trial, and it is argued to be not only unconstitutional, but a clear demonstration of the erosion of safeguards society once had against governments exuding a monopoly of power. By the government permitting these defamation law suits, they are restricting both the right and ability to defend in a criminal trial. This makes it hard for one to defend themselves against their government as they are essentially powerless and unprotected. It is argued that governments should have limits and respect them. However, these limits are now blurred.

VII. Counterarguments

VII. 1. Counterargument for disappearance of criminal law principles

One may argue that the disappearance of criminal law principles is just a continuation of the ever changing ways that law has been administered within society. However, although they may as know ledge that yes, law is in fact changing, it is changing at a rate that is too rapid and negating principles and safeguards that it was forged upon for hundreds of years. The principles of criminal law that were seen as essential within Beccaria's time are now being thrown out for a shift in protecting the government rather than its citizens (Beccaria, 1963). This is irrational as the government already has a monopoly of power over its citizens and does not need the same protections that its people do. Nevertheless, it is argued that criminal law should return to the goal of ensuring that no innocent person shall suffer a criminal punishment.

VII. 2. Counterargument for the use of corrective raining

Though one may argue that the use of corrective training is extremely effective as it creates individual units from a mass of bodies through using elements of Hierarchical observation, normalizing judgment, and examination to create a homogeneous society of control. It is argued that society should challenge the status quo and question things that are present in everyday life. This is important because the status quo is being imposed on society by force. So, if society critically questions and analyzes these theories, it can allow for reflection on how these institutions truly work.

VII. 3. Counterargument for the shift in precautionary harm

While yes, the argument can be made that a shift in precautionary harm-based governance through anti-terrorism laws, threats of national security, and surveillance is important because it does have real implications such as stopping real harm, this was not the point I was arguing. Rather, I was using these examples to demonstrate that while the laws have subsistence of societal benefits underpinned within them, it allows for governments to micromanage its citizens, and invade privacy. This is argued to be a safeguard that the government has adopted to protect itself from society and illustrates the shift to precautionary harm, through monitoring its subjects.

VII. 4. Counterargument for the use of court orders

Court orders have relevance as they can act as deterrents to stop from engaging in prohibited behavior out of fear of being prosecuted. Yes, this is true. However, the main argument is that the broadness of definitions and criminalization of every day conducts that are not present within the Canadian Criminal Code illustrate the monopoly of power that governments have over its citizens. This is important as it illustrates a theme that has traversed criminal law principles in recent years, that being: if a government wants to penalize you, they can and they will. This is because these broad definitions allow for practically anything to be criminalized.

VII. 5. Counterargument for the erosion of criminal law safeguards

While the erosion of criminal safeguards such as the recent resurgence of importance placed on a victim's testimony empowers them and can therefore be seen as a positive, it has negative consequences on the accused. The two eroding safeguards I focused on depict the corruption that is now rampant within the criminal court system and shows that victims are no longer protected through processes that used to be there.

VIII. Conclusion

Through carefully analyzing the disappearance of criminal law principles, the means of corrective training, the recent shift in criminal law moving to precautionary harm, the overuse of court orders, and the erosion of criminal law safeguards, this essay has demonstrated that the elements of criminal law, society once knew no longer exist. Furthermore, this essay has provided examples to illustrate that criminal law has shifted from a focus of concrete social harm to a shift of precautionary harm, or protecting the government from its society, rather than protecting society from the government. This is significant as society no longer has protections from the monopoly of power the government

has. This in turn allows the government to have unchecked power that is not limited and authorizes it with the ability to criminalize any conduct, or thought they deem appropriate. This is dangerous as it often results in victimless crimes and unconstitutional procedures that were once unthinkable in criminal law.

Bibliography

- Beccaria, C. (1963). *On Crimes and Punishments*. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Foucault, M. (1995). *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. New York: Vintage Books.

An examination of the erosion of criminal law

Dante Coccimiglio¹

I. Introduction

In 1764, Cesare Beccaria (1963) published his book *On Crimes and Punishments*, a work which transformed Europe's arbitrary ordeal-based approach to criminal law and effectively set it on a path on which it would remain for just under 300 years. From Beccaria's work sprung forth a plethora of ideas such as, that laws must be clear and known in advance by all citizens, that there must be proper evidence in order to convict someone of a crime, that the accused must have committed a physical action with intent in order for a crime to have been committed, which for many of us have become synonymous with criminal law itself. However, the last twenty years or so have seen many of these ideas diminished to such a degree that they have become all but absent from criminal law, in turn leading to the destruction of the Beccarian idea of criminal law to which we had become accustomed. In its place a new version of criminal law has emerged, one which leaves ordinary people and the accused vulnerable to unfair treatment at the hands of governmental powers, who in turn may use this newfound power to punish any who oppose them. This essay will demonstrate the ways in which criminal law, as it was known for hundreds of years, has been eroded. This will be done by first examining how aspects once necessary for a crime to have occurred, (social) harm, *actus reus* (the guilty action), and *mens rea* (the guilty mind), have been done away with. This will be followed

¹ Dante Coccimiglioi is a fourth-year undergraduate student at Algoma University studying Law and Justice and English. He is interested in legal protections, 19th century literature, and international relation.

by a discussion of how the key rights of knowing the law in advance and the necessity of evidence to be found guilty have too been destroyed.

II. Aspects of criminal law which have been eroded

II. 1. Erosion of the necessity for harm in criminal law

The need for harm to have been caused in order for a crime to have occurred in criminal law has practically disappeared. A tenant of the criminal law system as it had been known was that in order for a crime to have been committed, someone needed to have been harmed by the actions that occurred. Initially, this harm was restricted to only physical harm (e.g., a broken arm, a black eye, death), though it was later expanded to also include social harm (e.g., laws like those that criminalized homosexuality, in which nobody was actually being physically harmed but contained actions which were deemed detrimental to society and its values). This expansion of what constituted harm made it easier for governments to prosecute individuals and convict them even if the actions they were committing were not causing any physical harm to anybody. While this expansion was advantageous for governments and diminished the idea of harm being a necessity in criminal law, there were still protections against it being abused such as the *deminimus* principle, which protected people from being prosecuted when their actions caused minimal social harm. However, this protection has been done away with today, as even crimes with practically no harm of any kind may lead to a conviction. A prime example of this erosion can be seen in the recent case in the United States in which a 12-year-old girl was arrested and convicted by the Supreme Court for eating a single French fry on a subway platform, which violated a law prohibiting eating on subway platforms (Sullivan, 2003). This case contained absolutely no physical harm of any kind, and social harm so incredibly miniscule that the *deminimis* principle ought to have been applied. While some may argue that this expansion of what is considered harm may be a good thing in protecting society and societal values, and that strict enforcement of the law in cases like this one are only trying to enforce said protections, the protections it strips from ordinary people doing ordinary things and power it gives to governmental bodies far outweighs these potential positives.

II. 2. Erosion of the need for *actus reus* in criminal law

The idea of what constitutes the *actus reus* (guilty action) of a crime has also been expanded to the brink of its destruction. The *actus reus* is one of two main aspects that must have been present in an offender's behaviour in order for their actions to be considered a crime. As its English name, the guilty action, implies, the *actus reus* of a crime is the action of the crime. Naturally, this action had always been a physical one, like punching in assault or pulling the trigger of a gun in murder. However,

recently crimes have been adopted which broaden what is considered *actus reus* to such an extent that it is not truly an “action” at all. Crimes that demonstrate this perfectly are those of conspiracy² and placing a bet for another person³, as the *actus reus* in both is merely speaking, which never could have constituted an action in our prior conception of criminal law. While it may be argued that this broadening of *actus reus* was necessary in order to accommodate crimes of this kind, which address issues were not or did not need to be considered in prior times, what we should be asking ourselves is whether we should be adopting laws and criminalizing behaviours which do not contain a physical action. As was the case with the aforementioned expansion of harm, the expansion of *actus reus* simply makes it easier for governments to convict or charge people for performing everyday behaviours like speaking with one another by diminishing the protection provided by this necessity for criminal behaviour.

II. 3. Erosion of the need for mens rea in criminal law

Perhaps one of the most eroded aspects of criminal law, the need for a valid *mens rea* (guilty mind) to constitute a crime has been virtually removed from criminal law altogether. *Mens rea* is the second of the two aforementioned main aspects that must be present in an offender’s behaviour in order for a crime to have been committed. Whereas the *actus reus* is concerned with what actions the offender committed, the *mens rea* instead focuses on their mental state regarding said actions. Initially, the main type of *mens rea* required was intent, meaning that a person would need to have intended to commit the guilty action in order for a crime to have occurred (e.g. want to hurt someone so you punch them in the face). It should be noted that while not as prevalent as intent, negligence too existed as a type of *mens rea* very far back. The number of these categories were later expanded to also include knowledge and recklessness as types of *mens rea*. Though this made it easier for individuals to have a mental state that would lead to a crime having been committed and made it easier for governments to convict people, they were not so far removed from the initial ideas of *mens rea*, with knowledge sharing similarities to intent and recklessness to negligence. However, *mens rea* was destroyed altogether with the recent introduction of victim impact being considered in place of *mens rea*. Victim impact essentially makes all other types of *mens rea* superfluous in the new criminal law system, as it no longer matters what the mental state of the offender was, but instead focuses on what the victim perceived their mental state to be. A great example of this being applied comes in the form of the recent case in which a frustrated man cursed at a police officer. The police officer then claimed to have felt threatened by the man’s coarse language, which is a crime (threatening a police officer). In court the man explained that he in no way intended his words to be a threat. While the court accepted the man’s explanation, agreeing that there was no intent in the man’s behaviour, he was still convicted because the officer maintained that he felt threatened by the

² Criminal Code, R.S.C., 1985, c.C-46, s. 465.

³ Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 203.

man's words. While I do not deny that it is also important to protect the interests of victims in the criminal law system, said protections are not worth it if they strip away the protections of the accused to such an extreme degree that one of the basic tenants of our justice system has essentially been disposed of altogether. Victim impact provides not only victims, but also governments, the power to convict anyone they would like so long as they claim to have perceived a certain type of *mens rea* after experiencing one of the wide range of behaviours/actions that are connected with crimes today.

II. 4. Erosion of legal promulgation

An essential aspect of Beccaria (1963), and the world's conception of criminal law is that laws must be promulgated or known to people in advance. In order for a law to be valid and for a person to have violated it, said law must be made public and known to all citizens of that jurisdiction in advance. This is a key protection of citizens, as it stops them from being punished for behaviours that they had no way of knowing were criminal. However, two large developments in criminal law have been made which have largely eroded this protection.

II. 4. a) Blank laws

Blank laws are one of the largest contributors to the erosion of promulgation in criminal law. Blank laws are laws that do not specifically prescribe one behaviour that is criminal, but rather set out a certain criteria that must be followed and can include a wide range of unknown behaviours. This is illustrated by the quarantine act adopted during the Covid-19 pandemic. Per this act, a person must comply with any order of a government agent. This law does not specify what these orders may include and there is no way for a person to know what behaviours are prohibited or criminal until the order is issued to them. This to me is a seemingly indefensible practice, which destroys basic legal protections of citizens and places incredible power in the hands of governments.

II. 4. b) Ambiguously worded/Reinterpreted laws

Ambiguously worded laws are another one of the main ways in which promulgation has been eroded in criminal law today. One of the basic ideas of Beccaria's need for promulgation in criminal law is that those laws must also be clear. There is little point in making a law publicly known if those you are telling are still unsure of what behaviour is prohibited. Laws of this kind also allow governments to criminalize a behaviour if it fits under the broad umbrella provided by the law. Laws like this have recently been adopted with greater frequency. A law that exemplifies this is that of misrepresentation, which criminalizes the act of saying something untrue for your own personal gain. This crime is so broad and ambiguous that many people likely commit it every day, thus providing governments the opportunity to arrest and likely also convict anybody they want for violating this

law. Legal ambiguity may expand past wording and into the way in which laws are interpreted by courts. Even if a person thinks they know the behaviour that a law is prohibiting, they may still be convicted if the courts reinterpret the law in such a way that nobody would be able to anticipate, thus making a wide variety of unknown behaviours criminal. This can be seen in the current case involving the Freedom Convoy protests. The protesters are being charged with the crime of mischief, which is defined as destroying property or making it useless to others. However, all the protesters did was honk the horns of their trucks. The courts have reinterpreted the crime of mischief in such a way that they are claiming that the noise from the horns made the surrounding area useless to others. This is a preposterous claim and one that any familiar with the law would likely never anticipate after reading it. As such, it is as though the law was not promulgated at all, as no citizen could have known that this behaviour would be considered criminal. Though one may argue that laws must have some degree of ambiguity in order for them to apply to a wide enough range of behaviours to make them effective (if laws were too specific, we would need a ridiculous number of them to cover one behaviour), I think all can agree that ambiguity and reinterpretation of this degree have essentially rid criminal law of promulgation and allowed for governments to charge people for behaviours that they would have no way of anticipating the criminality of.

II. 5. Erosion of the necessity for evidence in criminal law

Finally, one of the most basic concepts in criminal law as it was known, the need for evidence to prove your guilt beyond a reasonable doubt, has too seen a great erosion in recent years. The need for evidence to convict someone was one of the main differentiators called for by Beccaria between his conception of criminal law and the pre-existing model popular in the Middle Ages. In the Middle Ages, guilt was decided by ordeals that had nothing to do with evidence pertaining as to whether the accused actually committed the crime in question. However, Beccaria called for a trial-based approach in which evidence must be presented that actually had relevance to whether or not the accused had committed the crime. This concept has protected accused individuals from being wrongfully accused or convicted of crimes that there is no proof that they committed. Though this has been a pillar of the criminal justice system as we knew it for centuries, it can be seen how two major developments have rendered the need for evidence practically non-existent in criminal law today.

II. 5. a) Victim statements

Victim statements have played a large part in eroding the need for evidence in criminal law. As mentioned above, victim statements allow for victims to express the way in which they perceived the accused's actions and the impact that said actions had on them. Though in the previous conception of criminal law, evidence would be needed to convict someone of a crime, now they can be convicted if the victim's perception of their actions matches the description of the crime. If we return to the prior example about victim statements regarding the man who was convicted of threatening a police

officer after cursing at one, we see that the prosecution did not have to collect any evidence that the man was intending to threaten the police officer aside from the officer's own victim statement claiming that he perceived the man's words as a threat. In fact, the accepted evidence of the man's own testimony that it was not his intent to threaten the officer was ignored in the face of the victim statement. As was expressed above, the idea of protecting and giving power to victims is not a bad one, though I do not feel it is worthy to pursue it at such a high cost to the rights and protections of the accused and citizens at large. Victim statements have superseded evidence and the need to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt, instead giving governmental powers the authority to arrest or punish whoever they please in spite of evidence of their innocence.

II. 5. b) Propensity evidence

The use of propensity evidence has done significant damage to the need for evidence to prove one's guilt in criminal law. Though it holds the word "evidence" in its name, propensity evidence is anything but. Rather than examining and presenting facts of the criminal behaviour being tried in the case, propensity evidence instead delves into the past of the accused and makes the claim that if they were found guilty of a similar crime in the past, it is likely that they are also guilty of the crime for which they are being tried in the present. The very existence of propensity evidence is baffling, as it spits in the face of the criminal justice system by essentially punishing offenders a second time for crimes for which they have already paid their debt to society. It is making the judgement that the criminal justice system must not work, as it denies that any former criminal could have been rehabilitated and learned from the mistakes of their past through the punishment they faced. In addition, it creates a vicious cycle in which an innocent person may be convicted on the basis of a past crime, and then be convicted again on the basis of the conviction they just faced. Propensity evidence could be argued to be of some use for police officers as they are attempting to narrow a suspect pool, but is an unstable crutch even then and should never be used as the decider of a person's ultimate guilt. Propensity evidence gives more power to governments as well, as it essentially allows them to convict whomever they would like of a crime if they have committed a similar one in the past, and as we have seen with the other erosions of criminal law, said initial conviction should be relatively easy for them to obtain.

III. Conclusion

In conclusion, it can be seen how criminal law has been eroded from the state in which we once knew it. Protections individuals had in this prior state such as, the need for *mens rea*, *actus reus*, and harm to constitute a crime have all disappeared. In this vanishing, the need for evidence to prove an accused person's guilt beyond a reasonable doubt and the need for laws to be promulgated have gone as well. With all of these protections of individuals gone, it is easier than ever for governments to pick and choose who they would like to punish or imprison, as there are no longer impenetrable

legal barriers for them to overcome. It is as though criminal law has not evolved, but rather regressed back to a form more similar to the arbitrary ordeals of the Middle Ages than Beccaria's ideas. We must all hope for a return of the protections once offered by criminal law, for without them, we are all vulnerable to unfair treatment and punishment.

Bibliography

- Canadian Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
- Beccaria, C. (1963). *On Crimes and Punishments*. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Sullivan, E. (2003). "Hedgepeth v. Washington Metropolitan Area Transit." Legal research tools from Casetext, September 30, 2003. <https://casetext.com/case/hedgepeth-v-washington-metropolitan-area-transit>.

Sexual assault in Canada and Germany

Tyler St. Amour¹

Abstract

This article examines the crime of sexual assault in Canada. It focuses on the elements of the crime and the sanctions set forth in the Canadian Criminal Code. It also analyzes the crime of sexual assault in Germany. A comparison between the definitional terms and elements of both crimes shows that there are more similarities than differences and that the existing differences are mainly differences in terminology rather than substance.

Keywords: sexual assault; comparative law; Canada; Germany

El delito de agresión sexual en Canadá y Alemania

Resumen

Este artículo examina el delito de agresión sexual en Canadá. Se centra en los elementos del delito y las sanciones establecidas en el Código Penal canadiense. También analiza el delito de agresión sexual en Alemania. Una comparación entre la tipificación de este delito en ambas jurisdicciones

¹ Tyler St. Amour is a graduate of Algoma University's B.A. (Law and Justice).

revela que existen más similitudes que diferencias y que las diferencias son principalmente diferencias de terminología más que de fondo.

Palabras clave: *agresión sexual; derecho comparado; Canadá, Alemania*

I. Introduction

The Criminal Code of Canada, as pursuant to section 265, states the following: A person commits an assault when, without the consent of another person, applies force intentionally to that other person, directly or indirectly; attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person; has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

A conviction for sexual assault requires proof beyond reasonable doubt of two basic elements, that the accused committed the *actus reus* and that he had the necessary *mens rea*. The *actus reus* of assault is the act of applying force without consent, therefore, it is unwanted sexual touching. The *mens rea* is the intention to apply force, knowing of, or being reckless or wilfully blind to, a lack of consent, either by words or actions, from the person being touched.

The crime of assault occurs when a person intentionally applies force, directly or indirectly, to another person; or attempts or threatens to apply force to another person and by doing so has caused or causes another person to believe on reasonable grounds, that the person has the ability to apply said force; or while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs. The sanctions for assault are as follows: a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or b) an offence punishable on summary conviction.

II. Sexual assault - *Actus reus* - Voluntary act

The *actus reus* of sexual assault is established by proving that force was applied, the sexual nature of the contact, and the absence of consent. It is sufficient for the Crown to prove that the accused's actions were voluntary.

The voluntary actions required for sexual assault include; directly or indirectly apply force to another person; or attempt or threaten to apply force; or accosts or impedes another person or begs. The sexual nature of the assault is determined objectively; the Crown need not prove that the accused had any *mens rea* with respect to the sexual nature of his or her behavior as stated in *R. v. Chase*, 1987 Can LII 23 (SCC), [1987] 2S. C. R. 293. The judge stated a motive of sexual gratification was not required behavior.

III. Sexual assault - *Actus reus* - Causation

Causation of sexual assault is determined by applying the But-For test. If not for the actions of the defendant, would the claimant have suffered harm, or have believed on reasonable grounds, that there is a present ability to apply force. This is subject to an objective test, the reasonable person test, that is, would a reasonable person have believed the same given similar circumstances. Therefore, it must be considered whether harm has or may have occurred due to the actions or gestures of the defendant, it also must be considered how a reasonable person may have reacted in similar circumstances, would a reasonable person have perceived fear. There is causation where the accused causes the complainant to believe on reasonable grounds that there is a present ability to apply force, or where the accused has applied force.

IV. Sexual assault - *Actus reus* - Social harm

The social harm aspect of a crime requires that there was wrongful conduct and, or wrongful result. The victim must feel fear on reasonable grounds. The inclusion of assault and sexual assault in the Criminal Code expresses society's determination to protect the security of the person from any non-consensual contact or threats of force. The wrongful conduct is the act of threatening or applying force without consent, the wrongful result is fear and physical harm.

V. Sexual assault - *Mens rea*

Sexual Assault requires that a person intentionally applies or threatens to apply force without consent, to another person. This defines the element of *mens rea* for sexual assault as intent. The onus rests with the crown to prove that the actions of the accused were voluntary and that the accused had intent to cause harm by committing sexual assault.

The crime of sexual assault requires general intent as stated in *R v. Chase*.² This is consistent with the approach adopted by this Court in cases such as *Leary*,³ and *Swietlinski*,⁴ where it was held that rape and indecent assault were offences of general intent.

The test to be applied in determining whether the impugned conduct, action, or gesture, was of a sexual nature is an objective one: "Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer. The part of the body touched, the nature

² *R.v.Chase*, 1987,Can,LII 23 (SCC), [1987] 2 SCR 293.

³ *Learyv. The Queen*, [1978] S.C.R. 29.

⁴ *Swietlinskiv. The Queen*, 1980 Can LII 53 (SCC), [1980] 2 S.C.R. 956.

of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force, will be relevant”.⁵

This requires an objective test, the reasonable foreseeability test. The court must consider if it was reasonably foreseeable that the crime of sexual assault may occur.

The application of the *mens rea* on behalf of the complainant is relevant in the crime of sexual assault. It is necessary that the courts consider the mind of the complainant on the grounds for consent as defined under sections 265(3) and 265(4) of the Criminal Code. This means that the crown must prove that the actions or gestures of the accused were intentional, and, that the accused caused the complainant to feel fear and, or experience harm, as well that there was no valid consent.

VI. Assault grading - Aggravated assault and aggravated sexual assault

Aggravated assault is defined pursuant to section 268 of the Criminal Code of Canada, aggravated sexual assault is defined pursuant to section 273 of the Criminal Code.

Section 272 of the Criminal Code defines sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm.

An assault or sexual assault becomes aggravated when, in the process of committing assault or sexual assault, wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant. Everyone who commits aggravated sexual assault carries increasingly severe sanctions given the circumstances of the assault. Such factors include cases of sexual assault which consider the following; a restricted firearm or prohibited firearm is used in the commission of the offence, subsequent offences, and the age of the complainant. If the victim of an aggravated sexual assault is under the age of sixteen, the act carries a minimum sentence of imprisonment for five years, to a maximum of imprisonment for life. A first offence carries a sanction of a minimum of imprisonment for five years, whereas a subsequent offence carries a mandatory minimum sentence of seven years imprisonment.

No consent may be obtained in a case of aggravated sexual assault where the agreement or consent is expressed by words or conduct of anyone other than the complainant, the complainant was unconscious or otherwise incapable of consenting to the activity for any other reason, the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust or power of authority, the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity, or the complainant revokes consent at any point, thus expresses a lack of agreement to continue to engage in the activity. The Criminal Code of Canada states on these grounds that consent must be immediate and direct, from the complainant and no other third party, that the complainant must give consent on his or her own free will, without coercion from the defendant. Consent cannot be obtained by abusing a power of authority, for example, an employer may not threaten to fire an employee if he or

⁵ R. v. Chase, 1987 Can LII 23 (SCC), [1987] 2 SCR 293.

she does not take part in sexual activities, similarly, an employer may not offer an employee a raise in return for sexual favours or in return for engaging in sexual activities or conduct. The Criminal Code further indicates that consent may be revoked at any time prior to or while engaging in a sexual activity.

VII. Sexual assault - Consent

VII. 1. The age of consent in Canada is sixteen years of age

No consent is obtained where it is obtained by, application of force to another person, threats or fear of application of force to another person, fraudulent, exercise of authority, as pursuant to Section 265 (3) of the Criminal Code of Canada.

The absence of consent, however, is subjective and determined by reference to the complainant's subjective internal state of mind towards the application of force, at the time it occurred. To be legally effective, consent must be freely given. Therefore, even if the complainant consented, or his or her conduct raises a reasonable doubt about his or her non-consent, circumstances may arise which call into question what factors prompted the apparent consent. The Criminal Code defines a series of conditions under which the law will deem an absence of consent in cases of assault, notwithstanding the complainant's consent or participation. As defined pursuant to 265 (3), these include submission by reason of force, fear, threats, fraud or the exercise of authority, and codify that consent given under fear or duress is ineffective. Furthermore, there is no consent where there is lack of agreement, meaning consent must be expressly given, valid consent cannot be implied.

VIII. Sexual assault - Special defences - Implied consent - Accused's belief as to consent

Section 265 (4) of the Criminal Code of Canada states the following; Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief. This renders a defence where an accused was given reason to believe, on reasonable grounds, that consent was given and present.

IX. Sexual assault crime in a European civil law jurisdiction - Germany

The civil law jurisdiction of Germany derives mainly from the civil law systems of European countries,

particularly Portugal, the Napoleonic Code and the Germanic law. There are many codified statutes in force in Germany.

IX. 1. The age of consent in Germany is fourteen years of age

Provisions relating to sexual assault are defined under section 177 of the German Criminal Code, and states as follows:

Section 177; Sexual assault; sexual coercion; rape;

(1) Whoever, against a person's discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person in curs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years.

(2) Whoever performs sexual acts on another person or has that person perform sexual acts, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person in curs the same penalty if

1. The offender exploits the fact that the person is not able to form or express a contrary will;

2. The offender exploits the fact that the person is significantly impaired in respect of the ability to form or express a will due to said person's physical or mental condition, unless the offender has obtained the consent of that person;

3. The offender exploits an element of surprise;

4. The offender exploits a situation in which the victim is threatened with serious harm in case of offering resistance or;

5. The offender has coerced the person to perform or acquiesce to the sexual acts by threatening serious harm.

(3) The attempt is punishable.

(4) The penalty is imprisonment for a term of at least one year if the inability to form or express a will is due to the victim's illness or disability.

(5) The penalty is imprisonment for a term of at least one year if the offender

1. Uses force against the victim;

2. Threatens the victim with a present danger to life or limb or;

3. Exploits a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender's influence.

(6) In especially serious cases, the penalty is imprisonment for a term of at least two years. An especially serious case typically occurs where

1. The offender has sexual intercourse with the victim or has the victim have sexual intercourse or commits such similar sexual acts on the victim or has the victim commit them on them which are particularly degrading for the victim, especially if they involve penetration of the body (rape), or;

2. The offence is committed jointly by more than one person.

(7) The penalty is imprisonment for a term of at least three years if the offender

1. Carries a weapon or other dangerous implement;

2. Otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or over coming he

resistance of another person by force or threat of force or;

3. Places the victim at risk of serious damage to health.

(8). The penalty is imprisonment for a term of at least five years if

1. The offender uses a weapon or other dangerous implement during the commission of the offence or;

2. The offender a) seriously physically abuses the victim during the offence or b) by committing the offence places the victim in danger of death.

(9) In less serious cases under subsections (1) and (2), the penalty is imprisonment for a term of between three months and three years, in less serious cases under subsections (4) and (5) imprisonment for a term of between six months and 10 years, and in less serious cases under subsections (7) and (8) imprisonment for a term of between one year and 10 years.⁶

Subsequently followed by section 178 reads as follows:

Section 178 Sexual assault, sexual coercion and rape resulting in death;

If, by committing sexual assault, sexual coercion or rape (section 177), the offender causes the victim's death at least recklessly, the penalty is imprisonment for life or imprisonment for a term of at least 10 years.

X. Sexual assault crime in a European civil law jurisdiction - Germany

X. 1. *Actus reus*

The voluntary act of this crime is performing sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them. Similar to the voluntary act of sexual assault under the Criminal Code of Canada, applying force without consent, this act requires the accused performing physical acts against the free will of another person.

X. 2. *Mens rea*

The *mens rea* pursuant to the German Criminal Code requires that the action is against a person's discernible will or if the offender exploits the fact that the complainant is not capable of forming or expressing a contrary will. These mimics the notion of consent under the Criminal Code of Canada. In both jurisdictions, the crime relies heavily on the mental state and perception of the victim. The German Criminal Code, however, does not specify or define a specific element of *mens rea* for this

⁶ *German Criminal Code*; Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322), as last amended by Article 2 of the Act of 19 June 2019 (Federal Law Gazette I, p. 844).

crime, the German Criminal Code requires and assumes intention as the active element of *mens rea*, where an element of *mens rea* is not specifically defined or stated. Whereas the Criminal Code of Canada does require intent. Section 178 of the German Criminal Code states that the *mens rea* for sexual assault, sexual coercion and rape resulting in death, must require, at least, the element of recklessness.

XI. Sexual assault crime in a European civil law jurisdiction Germany assault grading

Similar aggravating circumstances are a factor under the Criminal Code of Canada and the German Criminal Code, such as carrying a weapon, the age of the victim, and the abuse of power or authority. Such circumstances carry more severe sanctions in both jurisdictions. Both jurisdictions define and separate aggravating circumstances such as Section 178 of the German Criminal Code which sanctions Sexual assault, sexual coercion and rape resulting in death, similar to Section 272 (1) of the Criminal Code of Canada which sanctions Sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm.

Each jurisdiction so carries sanctions separately for sexual crimes on minors such as Section 176a of the German Criminal Code which sanctions aggravated sexual abuse of children, or Section 273 (2) (a.2) which sanctions penalties for sexual assaults on persons under the age of sixteen years.

XII. Comparison with the sexual assault offence in Canada

The age of consent is higher in Canada, sixteen years of age, as opposed to that in Germany, where the age of consent is fourteen years of age. Each jurisdiction carries the age of legal responsibility at the age of eighteen years of age.

The crimes in each jurisdiction carry similar sanctions depending on similar aggravating circumstances. Each jurisdiction defines a threat as a possible act of assault or similar sexual crime based on the relevant Code. Each jurisdiction carries its own terminology for the crime of sexual assault. In Canada, the crime is defined under the Criminal Code as sexual assault, whereas Germany defines the crime as sexual assault, sexual coercion, and rape, as pursuant to Section 177 of the German Criminal Code.

Other specific similar factors among aggravating and mitigating factors for these crimes such as age, consent, will, weapons, violence, and among other factors, are outlined in previous paragraphs and in the following concluding paragraphs.

XIII. Conclusions and comparison

The crime of sexual assault requires that a person intentionally, directly or indirectly, applies force or threatens to apply force, to another person, without the valid consent of the other party. The sanctions for this crime vary depending on various mitigating and aggravating circumstances such as consent, age, weapons, bodily harm, maiming, and other factors which come into force upon determining the presence and severity of the crime of sexual assault.

Throughout the studies of various jurisdictions, it is apparent that different jurisdictions carry similar provisions and sanctions for similar actions, these provisions are similarly sanctioned, however, they were defined differently pursuant to their relevant Codes, under different terms and vocabulary. For example, whereas the Criminal Code of Canada enforces the notion of consent, Germany substitutes this notion of consent for what is defined as the notion of discernable will. Although, these jurisdictions carry different terms and definitions for the crime of sexual assault, the provisions and sanctions therein carry similar notions and morals.

Bibliography

- R. v. Chase, 1987 Can LII 23 (SCC), [1987] 2 SCR 293. Disponible en: <http://canlii.ca/t/1ftlr>.
- R. v. Ewanchuk, 1999 Can LII 711 (SCC), [1999] 1 SCR 330. Disponible en: <http://canlii.ca/t/1fqpm>.
- R. v. V.(K. B.), 1993 Can LII 109 (SCC), [1993] 2 SCR 857. Disponible en: <http://canlii.ca/t/1fs1r>.
- R. v. Nicolaou, 2008 BCCA 300 (Can LII). Disponible en: <http://canlii.ca/t/1zjlv>.
- Swietlinskiv. TheQueen, 1980 Can LII 53 (SCC), [1980] 2 S. C. R. 956.
- Criminal Code (R. S. C., 1985, c.C-46).
- German Criminal Code; Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322), as last amended by Article 2 of the Act of 19 June 2019 (Federal Law Gazette I, p. 844).

Por qué un perito habría de estudiar un posgrado de investigación para la mejor elaboración de su dictamen pericial

Wael Sarwat Hikal Carreón¹ y Rubí Sánchez Noriega²

Resumen

La elaboración de un dictamen resulta ser una tarea compleja y de suma responsabilidad. La optimización en la confección de un dictamen pericial idóneo se centra en la investigación, ya que el ser un especialista en un área no determina el éxito del contenido. El compromiso social al que se enfrenta el perito ante la justicia y sus tribunales es la peritación misma que radica en la diversidad de campos

¹ Doctorando en Filosofía con Acentuación en Estudios de la Educación. Magister en Trabajo Social con Orientación en Proyectos Sociales y Licenciatura en Criminología (Universidad Autónoma de Nuevo León). Director de proyectos en la Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León. Contacto: wael.hikalcrr@uanl.edu.mx. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1278-567X>

² Doctoranda en Derecho Constitucional, Penal y Amparo. Magister en Ciencias Forenses y Victimología. Licenciada en Derecho y Licenciatura en Criminología (Universidad Autónoma de Durango, campus Zacatecas). Se desempeñó como perito en la Fiscalía General de Justicia del Estado de Zacatecas. Profesora de tiempo completo en el Instituto de Formación Profesional de la Secretaría de Seguridad Pública de Zacatecas. Contacto: rubisancheznoriega@gmail.com. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5271-2075>

POR QUÉ UN PERITO HABRÍA DE ESTUDIAR UN POSGRADO DE INVESTIGACIÓN PARA LA MEJOR ELABORACIÓN DE SU DICTAMEN PERICIAL (WAEI SARWAT HIKAL CARREÓN Y RUBÍ SÁNCHEZ NORIEGA) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2023 / VOL. 07 / N° 07 / ISSN 2618-4192.

del conocimiento que desprendan una vinculación legal-forense. Para ello la normatividad señala los requisitos para presentar un examen forense, cuyo objetivo es aportar a la procuración de justicia certeza en la emisión de un dictamen pericial. Se mencionan las similitudes entre un peritaje y una tesis de posgrado, su estructura y descripción de cada elemento. Así pues, el estudiar un posgrado en investigación proporcionará al estudiante las herramientas idóneas para una completa y mejora en la elaboración de documentos que demandan investigación. Por ende, la tesis es el resultado de una formación en un proceso de saber investigar y desarrollar habilidades para la identificación de un problema que requiere atención. La ventaja en sí es la total dedicación por aprender sobre argumentación, metodología y exposición, temas pilares en el desarrollo de un posgrado y en la dictaminación pericial.

Palabras clave: documento; investigación centrada en un problema; investigación empírica; metodología; justicia

Why a forensic expert should study a research post grade for the best preparation of his forensic expert opinion

Abstract

The preparation of an opinion turns out to be a complex and extremely responsible task. The optimization in the preparation of an appropriate expert opinion focuses on research, being a specialist in an area does not determine the success of the content. The social commitment that the expert faces before the justice system and its courts is the expertise itself that lies in the diversity of fields of knowledge that give off a legal-forensic link. To this, the regulations indicate the requirements for submitting a forensic examination, whose objective is to provide the administration of justice with certainty in the issuance of an expert opinion. The similarities between an expert report and a postgraduate thesis, their structure and description of each element are mentioned. Thus, studying a postgraduate degree in research, will provide the student with the ideal tools for a complete and improvement in the preparation of documents that demand research, therefore, the thesis is the result of training in a process of knowing how to investigate and develop skills for the identification of a problem that requires attention. The advantage itself is the total dedication to learn about argumentation, methodology and exposition, pillar issues in the development of a postgraduate and expert opinion.

Keywords: document; empirical research; justice; methodology; problem-focused research

I. Introducción

Una de los retos fundamentales en la investigación de los delitos es la pericia, el cuidado y sigilo que se le aplica a la verdadera búsqueda de indicios, detalles, datos que den luz en el camino a la verdad. Para ello se obliga a la necesidad de desarrollar el sentido estricto de no solo la profesionalización en la ciencia a fin o en la especialidad, arte u oficio del que se denota se es el indicado para opinar, sino que esto va más allá, de dominar lo que se practica. Se refiere, pues, a plasmar en líneas la experiencia y la experticia, palabras que den respuesta a los interrogantes que surgen de los hechos fácticos que se presentan como resultados de diversas conductas.

El cargo de perito demanda alto compromiso, sobre todo al momento de materializar el producto de su conocimiento, labor, generar sus hipótesis, analizarlas para establecer sus conclusiones, y más aún, por ello la objetividad es un principio pilar en la confección de un dictamen pericial. Pero ¿qué es en sí un dictamen pericial? ¿Acaso es solo una opinión del perito? Si bien es cierto, la doctrina nos regala infinidad de definiciones que intentan escudriñar en la explicación acertada sobre el término que se analiza. Por ello no nos encuadramos en una u otra definición, todas expresan el objetivo principal del concepto.

Así que la descripción juega de la mano de la redacción un papel imprescindible para la elaboración del dictamen, desde el planteamiento del problema, así como la fundamentación y su procedimiento, el método, el análisis o estudio, los resultados, las consideraciones, y no se diga, las afamadas conclusiones, según sea el caso, serán piezas clave en la argumentación del mismo, esto es, que se pretende crear un documento que ofrezca la ilustración detallada para dar luz a la parte interesada, siempre apegado a la verdad.

Para lograrlo, además de los elementos descritos, es necesario tener claro que el ser un especialista en una determinada área no es sinónimo de saber elaborar un dictamen pericial completo, útil y objetivo. Estas cualidades se adquieren alimentándose de herramientas que con el paso del tiempo auxiliarán a la construcción idónea del instrumento, ya que el éxito resulta de la constante preparación en ambas esferas. La primera, la del dominio y actualización del tema, y la segunda, el conocimiento para elaborar de manera compleja pero precisa el dictamen, con un lenguaje técnico en su contenido pero un lenguaje sencillo en sus conclusiones. Esto se debe a que el cuerpo del dictamen puede ser técnico o experimental si la especialidad lo demanda, pero conforme se van obteniendo resultados las conclusiones se esperan en un lenguaje sencillo y claro.

II. La función del peritaje y del perito ante los jueces y la sociedad

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21 señala: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial” (Cámara de Diputados, 2022, p. 25).

Y aunque los jueces no están en donde ha ocurrido un delito o hecho presumible de tal ilícito para

investigarlo directamente, a éstos corresponde el evaluar el acto y sus actores para determinar la responsabilidad y veredicto a aplicar (Dávila Rodríguez, 2018). Puesto que el juez no realiza el estudio del caso en la escena, es decir, éste no recoge los materiales y pruebas idóneas para reconstruir lo sucedido, se delega a expertos en diferentes áreas forenses para atender conforme a la necesidad del caso sobre su área de experiencia o campo pericial (Aguirrezabal Grünstein, 2012).

Son atribuciones de un juez en los niveles de gobierno federal y estatal conocer sobre los delitos que corresponda a su jurisdicción y los previstos en las leyes federales, tratados internacionales y leyes locales o códigos penales, así como leyes especiales, incluidos los incurridos en dependencias jurisdiccionales dentro y fuera de México (Cámara de Diputados, 2021b). “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial” (Cámara de Diputados, 2022, p. 25).

La importancia del perito y su estudio forense radica en el compromiso social universitario, se refiere al nivel de cumplimiento entre la responsabilidad social (Dávila Rodríguez, 2018) y la transferencia de resultados sociales (Cantú Mendoza, 2015). Los centros universitarios públicos o privados forman profesionales de acuerdo a necesidades de la población, por lo que el formar peritos criminalistas o forenses es inherente a una sociedad donde ocurren delitos. En México existen más de 400 instituciones de educación que forman en las ciencias criminales y forenses (Hikal Carreón, 2020). Sin embargo, los profesionales para la peritación no son exclusivamente de estas áreas, sino que de todos los campos del conocimiento se desprende una vinculación legal-forense, por ejemplo, contable, informática, veterinaria, arquitectura, entre otras.

Los peritos pueden estar adscritos a las instituciones de investigación forense en las entidades federativas, a nivel federal o como particulares. Estos últimos se deberán registrar en el Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación o en las dependencias locales, para su evaluación, acreditación, designación de área pericial y facultamiento para peritar sobre el campo correspondiente (Cámara de Diputados, 2021b).

El Código Nacional de Procedimientos Penales indica en su artículo 368 que de ser necesario puede presentarse un examen forense: “Podrá ofrecerse la prueba pericial cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio” (Cámara de Diputados, 2021a, p. 107).

El artículo 369 del mismo Código señala los requisitos para fungir con tal designación:

Los peritos deberán poseer título oficial en la materia relativa al punto sobre el cual dictaminarán y no tener impedimentos para el ejercicio profesional, siempre que la ciencia, el arte, la técnica o el oficio sobre la que verse la pericia en cuestión esté reglamentada; en caso contrario, deberá designarse a una persona de idoneidad manifiesta y que preferentemente pertenezca a un gremio o agrupación relativa a la actividad sobre la que verse la pericia (Cámara de Diputados, 2021a, p. 107).

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala los requisitos para ser perito en su artículo 103: “Para ser perito o perita se requiere poseer la ciudadanía mexicana, gozar de buena

reputación, así como conocer la ciencia, arte u oficio sobre el que vaya a versar el peritaje y acreditar su pericia (...)" (Cámara de Diputados, 2021b, p. 35). El artículo 104 indica el requerimiento para materias concretas donde se deberá contar con título profesional sobre el rubro de especialidad (Cámara de Diputados, 2021b).

Las especialidades forenses o periciales pueden acomodarse por áreas de ejercicio concreto así como rubros generales según el campo del conocimiento, del cual se ramifica a situaciones específicas que hace muy extenso el ejercicio profesional y requiere conocimientos particulares según los aspectos a estudiar.

Para el primer aspecto, el gobierno de México publicó en 2018 la *Guía de Especialidades Periciales Federales* con las siguientes áreas: Análisis de voz, Antropología Forense, Audio y Video, Balística Forense, Contabilidad Forense, Criminalística de Campo, Dactiloscopia Forense, Delitos Ambientales, Documentos Cuestionados, Fotografía Forense, Genética Forense, Identificación Fisonómica, Incendios y Explosiones, Informática y Telecomunicaciones, Ingeniería Mecánica y Eléctrica, Ingeniería Civil y Arquitectura, Medicina Forense, Odontología Forense, Poligrafía Forense, Propiedad Intelectual, Psicología Forense, Química Forense, Retrato Hablado, Traducción, Tránsito Terrestre, Valuación (Gobierno de México, 2018)

Por otro lado también está el Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación en su Unidad de Peritos Judiciales, el cual emite cada año la lista de personas que pueden fungir como peritos, misma que se clasifica por áreas del conocimiento y situaciones particulares. Por ejemplo: Rama 1. Ciencias físico-matemáticas y de las ingenierías, donde ubica áreas de ejercicio como accidentes industriales, laborales, marítimos, siniestros, accidentes aéreos, geociencias, computación, ciencias del agua, desarrollo organizacional, ambiental, física, georreferenciación, hidrobiología, agronomía zootecnista, entre tantas más (Poder Judicial de la Federación, 2022).

Otras son: Rama 2. Ciencias biológicas, químicas y de la salud (Enfermería, Seguridad e Higiene Industrial, Radiología, riesgos sanitarios, Toxiología, Veterinaria, Vicimología); Rama 3. Ciencias sociales (Administración: tributaria, de recursos humanos, pública, política, ferroviaria, Antropología, Archivonomía, Ciencias Aduanales, Ciencias de la Comunicación, Ciencias de la Educación, Ciencias de la Informática, Comercio, Turismo); Rama 4. Artes y Humanidades (Antigüedad, Arte Forense, Historia, interpretaciones en diferentes lenguas, lenguas indígenas con sus variantes).

La procuración de justicia debe estar encaminado a atender una necesidad social, que es el de hacer las diligencias que se ocupen para proporcionar seguridad, tranquilidad y certeza a quienes han padecido por un ilícito. Ello consiste en un aspecto, el de investigar el delito y definir a sus responsables, por otro lado, el atender los daños colaterales que el acto ha dejado, es decir, brindando la atención médica, psicológica y asistencial a las víctimas. Asegurar a los implicados en un delito no solo da justicia a los afectados directos, sino a toda la sociedad vulnerable (Silva García, 2006).

Lo anterior se garantiza en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los artículos 17 y 21. El primero indica: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales" (Cámara de Diputados, 2022, p. 19).

En tanto, el artículo 21 señala: “La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social (...)” (Cámara de Diputados, 2022, p. 25).

III. Similitudes en el trabajo de elaboración de un peritaje y una tesis

En este apartado no se abordan los temas referentes a cadena de custodia, tampoco de los procedimientos del abordaje en la escena o los diferentes tipos de escenas con las que el perito se encuentre según el hecho. No se especifica una rama especial, sino de manera general se listan las características de un informe pericial en cuanto a su estructura. Por la parte de las características de una tesis de posgrado, igualmente se consideran los protocolos generales, sin profundizar en procedimientos, técnicas específicas. La *Tabla 1* muestra un comparativo a similitud entre las estructuras de un peritaje y una tesis.

Antes de listar la estructura del peritaje y la tesis, se precisa aclarar que la secuencia de aparición o jerarquía de temas, así como el contenido, no es de orden universal. Esto ocurre porque según la materia sobre la cual se realice el dictamen pericial, así como la tesis, los elementos que contendrá dependerán del objeto/sujeto de estudio, por ejemplo, no será la misma estructura de un peritaje de accidentes marítimos a un peritaje aeronáutico. Tampoco será igual una tesis en ciencias sociales que en biología; igualmente hay variantes por los enfoques cualitativos y cuantitativos. Por ende, cada fiscalía o procuraduría establece sus estándares de formato de peritaje, también de acuerdo a cada rama. Por otra parte, cada centro de educación superior señala sus protocolos de tesis. Pero de manera general, se pueden apreciar la siguiente lista como un bastimento.

Tabla 1: Características y similitudes entre un peritaje y una tesis de posgrado

PERITAJE	TESIS DE POSGRADO
Datos generales del proceso, caso, hecho.	Título, objeto de estudio.
Antecedentes, fundamentación, argumentación, diseño.	Antecedentes, fundamentación, objetivos, justificación.
Planteamiento del problema.	Preguntas de investigación, planteamiento del problema.
Metodología, consideraciones técnicas de estudio, recogida de información.	Tipo de investigación, muestra, hipótesis.

POR QUÉ UN PERITO HABRÍA DE ESTUDIAR UN POSGRADO DE INVESTIGACIÓN PARA LA MEJOR ELABORACIÓN DE SU DICTAMEN PERICIAL (WAE SARWAT HIKAL CARREÓN Y RUBÍ SÁNCHEZ NORIEGA) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2023 / VOL. 07 / N° 07 / ISSN 2618-4192.

Análisis, estudio de la información.	Metodología.
Información adicional.	Triangulación.
Elaboración del informe, dictamen, resultados.	Documento.
Conclusiones.	Resultados, discusión, conclusiones.
Referencias bibliográficas.	Referencias bibliográficas.
Firma, sello.	Firma, sello.
Presentación escrita.	Presentación escrita.
Exposición oral.	Exposición oral.
Extensión de alrededor de 10 a 20 páginas o más según el caso de estudio. El tiempo de elaboración también depende del peritaje, pero comúnmente debe tomar unas semanas.	La extensión va de entre 100 a 500 páginas según el estudio. El tiempo es de entre un año a cuatro o más según el área de conocimiento.

Nota: Elaboración propia con base a las fuentes consultadas

En la *Tabla 2* se describen los componentes del peritaje:

Tabla 2: Descripción de las características de la estructura del peritaje

PERITAJE	DESCRIPCIÓN
Datos generales del proceso, caso, hecho.	Para identificar el asunto que se está tratando a investigar. Esto lo solicitan los particulares, el juez u otros intervinientes autorizados para tal efecto (Honores Ortega y Quizhpe Oviedo, 2019).
Antecedentes, fundamentación, argumentación, diseño.	Se realizará una construcción teórica sobre el caso de estudio, información que contribuya a entender el fenómeno, casos similares, etcétera. Será la partida para el diseño metodológico y las técnicas que aplicará con objeto del peritaje.

POR QUÉ UN PERITO HABRÍA DE ESTUDIAR UN POSGRADO DE INVESTIGACIÓN PARA LA MEJOR ELABORACIÓN DE SU DICTAMEN PERICIAL (WAE SARWAT HIKAL CARREÓN Y RUBÍ SÁNCHEZ NORIEGA) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2023 / VOL. 07 / N° 07 / ISSN 2618-4192.

Planteamiento del problema del peritaje.	El perito resolverá los planteamientos solicitados y contestará las preguntas planteadas, aquellos cuestionamientos que requieran una opinión técnico científico determinada.
Metodología, consideraciones técnicas de estudio, recogida de información.	El perito aplicará sistemáticamente el método que haya determinado para su investigación. Ello le permitirá tener un ordenamiento en la recogida de la información e interpretación de la misma. La diversidad de técnicas le dará la posibilidad de triangular la información y que llegue al mismo resultado o proximal a tal (Kvitko, 2012).
Análisis, estudio de la información.	Aplicar en todos los casos el juicio crítico, lo que significa, tener la facultad para distinguir lo cierto de lo falso, aplicando el entendimiento, comparando, estableciendo relaciones y concluyendo, siempre con fundamento científico, informando con total apego a la lógica, sin incurrir en interpretaciones ambiguas (Kvitko, 2012, p. 15).
Información adicional.	Podrá valerse de técnicas adicionales para la “aproximación diagnóstica a la situación a investigar, observación científica, observación clínica y participante, visita domiciliaria, entrevistas en profundidad o semiestructurada, cuestionarios” (Honores Ortega y Quizhpe Oviedo, 2019, p. 271), entre otros, según el objeto de peritaje.
Elaboración del informe, dictamen, resultados.	“Es el paso donde se resume toda la investigación realizada; en este proceso comunicativo se da cuenta de todas las evidencias obtenidas; este informe es el depositario de la interpretación del fenómeno estudiado, que sirve de testimonio como parte de la prueba requerida para la toma de decisión” (Honores Ortega y Quizhpe Oviedo, 2019, p. 272).

Conclusiones.	Es la revelación de los hallazgos a los que se llegó. El resumen de lo visto o presentado en el informe o estudio.
Referencias bibliográficas.	Importante es valerse de otras fuentes de conocimiento que se aproximen al estudio que se está realizando para darle soporte y argumentación al estudio. Fuentes confiables de bases de información formales.
Firma, sello.	Se sostiene en el autor/investigador que ha realizado y concluido el estudio, avalado por la institución que le represente o respalde.
Presentación escrita.	Se redactará cada parte de manera clara para facilitar su revisión, consulta, análisis, debe llevar un orden secuencial entre las diferentes partes, que estén conectadas y que la que sigue sea derivada de la anterior, estarán conectadas o hiladas desde el inicio al final.
Exposición oral.	Es la declaración y defensa con base a los argumentos, método y resultados ante la autoridad ante la cual se deba exponer o defender el caso.

Nota: Elaboración propia con base a las fuentes consultadas

Su importancia como medio de prueba ha tomado bastante fuerza en los últimos años. La credibilidad que ostenta por apearse a una metodología que sustenta, lleva a que se optimice y perfeccione aún más su confección, con los insumos empleados y los laboratorios acreditados, ya que se exigen requisitos de validación de índole nacional e internacional, así como procesos de certificación. El fin es el esclarecimiento que tenga el testimonio pericial una vez que sea desahogado en juicio por el propio perito, por medio de un interrogatorio, donde defenderá su postura por medio de la explicación oral y proyectiva de su labor en la dictaminación pericial, y se le cuestionará en el contrainterrogatorio para desacreditar su dicho, o bien, en “evidenciar contradicción” (Fernández Romo, Peña Aguirre y Huertas Díaz, 2020; Duce, 2018; Vázquez Rojas, 2017).

En la *Tabla 3*, se describen las características de la tesis.

Tabla 3: Descripción de la estructura de la tesis de posgrado

TESIS DE POSGRADO	DESCRIPCIÓN
Título, objeto de estudio.	Identificará el estudio específico que se está realizando, el cual indica de manera sintética el objetivo.
Antecedentes, fundamentación, objetivos, justificación.	Se construye con base a anteriores datos que se tengan. Difícil sería iniciar una investigación de ceros, suele tener antecedentes, teorías, historia, etcétera, lo que conducirá a saber qué se quiere estudiar-descubrir y los objetivos que persigue la investigación.
Preguntas de investigación.	Son cuestionamientos o interrogantes que se hace el investigador con relación al problema de interés, que al no dar respuesta al mismo realiza un proceso de investigación a fin de fundamentar las respuestas al problema planteado (Carrillo Mayorga, 2020, p.100).
Tipo de investigación, muestra, hipótesis.	Según el objeto/sujeto de estudio y de acuerdo a las necesidades que se vayan planteando será el tipo de investigación, sus enfoques, la población de estudio y el supuesto previo de explicación o de ruta para la investigación.
Metodología.	Los objetos/sujetos de estudio determinarán el proceso metodológico, estructurar las técnicas que permitirán revelar la información.
Triangulación.	Valiéndose de diferentes técnicas para de diversas formas explicar el mismo fenómeno o aproximarse a la explicación requerida.
Documento.	Es el manuscrito original que contiene todos los elementos anteriores. Bien organizada, sistematizada.
Resultados, discusión, conclusiones.	Luego del análisis de la información quedaron los hallazgos de la metodología, se redacta el análisis e interpretación de resultados.

Referencias bibliográficas.	Son aquellas fuentes que respaldan el trabajo, la doctrina, teorías, ideas, pensamientos, normatividades que avalen o sustenten la investigación. la doctrina, teorías, ideas, pensamientos, normatividades que avalen o sustenten la investigación.
Firma, sello.	La investigación se respalda o encabeza por una institución de investigación, dirigida por investigadores.
Presentación escrita.	Sigue siendo aquel documento formal bien redactado y estructurado.
Exposición oral.	Es la exposición de toda la investigación y defensa de la metodología y resultados.

Nota: Elaboración propia con base a las fuentes consultadas

En las tablas 2 y 3 se puede notar la similitud en las estructuras, contenidos y finalidades entre el dictamen pericial y la investigación de la tesis. En ambas existe un título, introducción, argumentación, teorías explicativas, desarrollo metodológico, estudio de caso, análisis de resultados, conclusiones, presentaciones escrita y oral para sus sistematización, organización y exposición. En el siguiente apartado se reflexionará si el contar con estudios de posgrado facilitaría la construcción de un peritaje teniendo como premisa que precisamente en el posgrado de investigación es donde se aboca enteramente a enseñar sobre argumentación, metodología, análisis de resultados y exposición.

IV. ¿Tener posgrado en investigación ayudaría a la mejor construcción de un dictamen pericial? Enfoque académico

Señala la Ley General de Educación Superior en su artículo 3: “El tipo educativo superior es el que se imparte después del medio superior y está compuesto por los niveles de técnico superior universitario profesional asociado u otros equivalentes, licenciatura, especialidad, maestría y doctorado (...)” (Cámara de Diputados, 2021c, p. 2). La fracción II señala: “De licenciatura: se cursan después de los del tipo medio superior y están orientados a la formación integral en una profesión, disciplina o campo académico, que faciliten la incorporación al sector social, productivo y laboral. A su conclusión, se obtendrá el título profesional correspondiente” (Cámara de Diputados, 2021c, p. 10).

Con excepción de las licenciaturas en criminología, criminalística y afines, el resto de profesiones no

están enteramente dedicadas a los estudios forenses, por lo que implica la especialidad en alguna rama más específica. Por ejemplo, si se trata de arquitectura, estudiar un posgrado o similares en evaluación, construcción, daños, obra, etcétera, pero enfocado a su relación con la justicia ante un hecho que demande su necesidad. Los conocimientos generales se pueden aplicar al caso forense, pero ocupa procedimientos concretos.

Las licenciaturas en contabilidad, administración, computación, ingenierías de todo tipo, medicina, antropología, física, biología, historia, etcétera, conocen de las generalidades inherentes a la profesión y oficio, pero para dirigirlos a lo forense requiere formación especial en la normatividad, la criminalística, la dictaminación pericial, protección y recolección, signos especiales de estudio, la cadena de custodia, entre otras características. Por lo que de entrada un diplomado, una especialidad o una maestría en criminalística general son básicos.

Es enteramente vinculante el proceso de formación-universidad-investigación, definitivamente no sería posible tener una profesión y ejercerla si no fuese por los estudios superiores. Y el proceso de acreditar conocimientos y experiencias se debe a documentos que, derivados de evaluaciones, resulten una acreditación para quien se somete a esa examinación personal. La educación se recibe en las escuelas, la capacitación en centros especiales para un oficio o trabajo particular. Por otro lado, el proceso de investigación está totalmente ligado a las universidades y centros de investigación (Ramírez García, 2020). La universidad forma en una profesión, especializa a través de diplomados y especialidades y además enseña a investigar fenómenos sociales mediante la maestría y el doctorado.

Como ya se vio, la licenciatura forma en un oficio con la finalidad de que al concluir exista una incorporación al sector productivo laboral, no de investigación ni innovación, aunque en los empleos se espera que el profesional aporte innovaciones y soluciones. Para el caso de los posgrados, a continuación se hace referencia a la especialidad, a la maestría y al doctorado.

De especialidad: se cursan después de la licenciatura y tienen como objetivo profundizar en el estudio y tratamiento de problemas o actividades específicas de un área particular de una profesión.

De maestría: se cursan después de la licenciatura o especialidad y proporcionan una formación amplia y sólida en un campo de conocimiento y tienen como objetivos alguno de los siguientes: a) La iniciación en la investigación, innovación o transferencia del conocimiento; b) La formación para la docencia, o c) El desarrollo de una alta capacidad para el ejercicio profesional.

De doctorado: se cursan después de la licenciatura o la maestría de conformidad con lo establecido en los respectivos planes de estudio y tienen como objetivo proporcionar una formación sólida para desarrollar la actividad profesional de investigación (...) que produzca nuevo conocimiento científico, tecnológico y humanístico, aplicación innovadora (...) (Cámara de Diputados, 2021c, pp. 10 y 11).

Estos anteriores sí buscan la finalidad de investigar sobre problemas sociales que sean de interés para la sociedad, para atender esos problemas y aportar soluciones, innovar procesos, realizar hallazgos, generar tecnología, etcétera, todo ello permitirá el bienestar social (Murillo Campuzano, 2019). Para el caso de la justicia, ésta busca aminorar los conflictos sociales, darles solución, responder de manera eficiente y generar satisfacción en el colectivo social, tareas correspondientes del estado de derecho y de bienestar. Por lo que se sugiere continuar estudiando luego de la licenciatura para estar

en un proceso de mejora continua de la profesión, pero también satisfacción personal, económica y contribución social (Izarra y Escobar, 2007).

Explica Bailey Moreno (2021):

En este sentido, la educación en el posgrado debe ser congruente con las necesidades del contexto nacional y su relevancia científica, así como funcionar con una visión que integre los ámbitos de la docencia, la investigación y la actividad laboral. Bajo el supuesto anterior, los estudios de doctorado debían responder a las demandas de la sociedad del conocimiento a través de investigaciones que permitan solucionar los problemas derivados de los cambios constantes de la sociedad actual (p. 2).

Aquí no se sugerirá cuál posgrado o en qué área, eso dependerá del interés del lector o estudiante, así como de los recursos, instituciones, equipamiento, personal con el que se cuente en el área a donde llegue este trabajo. No se emite juicio sobre algún centro escolar público o privado nacional o internacional, pero sí se tiene desarrollado el tema de las acreditaciones por parte del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, el cual está abierto a toda institución para que postule a evaluación sus posgrados y sea un proceso de mejora continua, donde se encamine la infraestructura, personal y programa educativo a la investigación.

La investigación está inmersa en las universidades, se pasa de un proceso de formación al de especialización y de investigación. Se puede acumular mucha experiencia laboral, pero si no se transmite a otras generaciones se pierde. Su paso a los alumnos en formación ayuda a saber hacer y mejorar los procesos que ya se tenían, por ello el sistematizar y divulgar la experiencia es de suma importancia para la evolución de las profesiones y las sociedades (Ramírez García, 2020). Ello permite conocer la realidad conforme los nuevos contextos que se van presentando, lo cual suele realizarse a través de las tesis, que luego se convierten en artículos para revistas, capítulos en libro o libros, así como conferencias, clases, cursos, talleres, etcétera.

Las tesis de posgrado son un trabajo de largo proceso cuya elaboración es el resultado de la formación en un proceso de saber investigar, desarrollo de habilidades para la identificación de un problema que requiere atención, estudiar sus antecedentes, encontrar teorías que se hayan desarrollado para fenómenos similares, hacer convergencia para interpretar lo que se está estudiando, destacar los objetos del estudio, determinar un supuesto de explicación/solución, saber elaborar el proceso metodológico que permita encontrar y recoger la información, revelar resultados, sistematizarlos y presentarlos a manera de defensa de lo que se ha averiguado. Los resultados deben perseguir el ser de investigación propia, originales e innovadores, que expliquen algo o mejoren los procesos de comprensión (Hernández Márquez; Ojeda Chacón; Torres Paz, y Arizmendi Jaime, 2020).

Ahora bien ¿en qué beneficiaría tener un posgrado en investigación para la mejor realización de un dictamen pericial? Como se mostró en las tablas *supra*, existen totales similitudes entre un documento de tesis y otro de peritaje, se componen estructuralmente de las mismas partes, la diferencia es la extensión de páginas y el tiempo de elaboración. Cuando se egresa de la licenciatura, los conocimientos sobre argumentación, metodología y exposición son mínimamente básicos apenas para las tareas y proyectos.

En un posgrado, la ventaja es la total dedicación a aprender sobre argumentación, metodología y exposición. Además de las habilidades que un posgrado en investigación aportaría al desempeño laboral pericial, contribuye a la formación competente ante los problemas que hay que afrontar en la sociedad (Murillo Campuzano, 2019). Si el perito egresado de un posgrado además decide publicar los resultados de sus investigaciones, contribuirá al desarrollo del conocimiento.

Hasta no hace mucho, los principales autores tradicionales o clásicos del derecho, criminalística, psicología u otras ciencias eran escritores en primera línea de ejercicio profesional, quienes sistematizaban sus experiencias laborales y las redactaban en formato de libro, en algunas ocasiones en artículos producto de conferencias donde hablaban de su praxis. El perito puede ser ese investigador de su propia práctica profesional y sistematizarlo para sus dictámenes, presentaciones, exposiciones, conferencias, artículos, libros, cátedras.

Si se observa el plan de estudios de un programa de posgrado, éste suele estar formado por algunas materias para la formación en conocimientos generales del tema del posgrado, para luego especializarse en argumentación, metodología e investigación sobre el área de estudio. El estudiante/investigador será experto sobre el tema que está desarrollando. Esto no es limitante a un objeto/sujeto de estudio, puesto que el posgrado aporta las bases necesarias para extender las investigaciones a otros rubros. Por ello el investigador es conocido como el experto de expertos o perito de peritos en su ámbito, pero también con capacidad de autocuestionarse y redefinir sus rutas de investigación para mejorar, abierto al aprendizaje continuo.

V. Conclusiones

A partir del análisis precedente, el constante estudio, específicamente a nivel posgrado y la especialización, es una de las formas más acertadas y congruentes para la investigación de un suceso que particularmente adquiere relevancia en un caso concreto. De esta manera, cotejar las características entre ambos productos resulta favorable en el investigador y en el perito, ya que facilita la comprensión del porqué de cada etapa de la elaboración y estructura para cada necesidad, según sea la solicitud, y con ello responder cualquier interrogante del origen y del porqué de las conclusiones determinadas.

Como consecuencia de lo expuesto, y a la suma de las especificaciones desarrolladas en el presente, genera seriedad y compromiso la evidente necesidad de adquisición de un posgrado de investigación, expuestos los argumentos que se sustentan en la elaboración idónea en un dictamen pericial, independientemente de la especialidad que se dictamina. Es así que prevalece la constante interacción entre ambos documentos, por un lado, la elaboración de una tesis conllevó una serie de etapas desarrolladas diligentemente, así como la preparación de un dictamen pericial de igual manera pasó por ese orden y procedimiento lo cual genera determinar la importancia de que un perito a otro nivel, el de posgrado.

Bibliografía

- Aguirrezabal Grünstein, M. (2012). "Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil". En *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, 19(1), pp. 335-351. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v19n1/art10.pdf>.
- Bailey Moreno, J. (2021). "Aportaciones de los estudios de posgrado en la formación de profesores universitarios". En *Revista de Investigación Educativa de la REDIECH*, (12), pp. 1-14. Disponible en: https://www.rediech.org/ojs/2017/index.php/ie_rie_rediech/article/view/1253/1337.
- Cámara de Diputados (2022). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.
- Cámara de Diputados (2021a). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>.
- Cámara de Diputados (2021b). *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPJF.pdf>.
- Cámara de Diputados (2021c). *Ley General de Educación Superior*. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGES_200421.pdf.
- Cantú Mendoza, R. (2015). "Nuevos retos a la gestión de la educación superior en México". En Cantú Mendoza, R. (coord.). *La Responsabilidad Social de las Universidades Contemporáneas*. México: Universidad Autónoma de Nuevo León y Editorial Itaca, pp. 13-38.
- Carrillo Mayorga, J. (2020). *Metodología de la Investigación Jurídica*. México: Flores Editor y Distribuidor.
- Dávila Rodríguez, A. (2018). "¿Hay responsabilidad pericial?". En *Historia, Ética y Filosofía*, 40(3), pp. 206-215. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/cg/v40n3/1405-0099-cg-40-03-206.pdf>.
- Duce J., M. (2018). "Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate". En *Ius Et Praxis*, 24(2). Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/197/19758438007/19758438007.pdf>.
- Fernández Romo, R. M., Peña Aguirre, J. A. y Huertas Díaz, O. (2020). "La inspección del lugar del hecho y la valoración legal de la huella o evidencia". En *Revista Logos, Ciencia & Tecnología*, 12(3), pp. 115-27. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/5177/517765273010/html/>.
- Gobierno de la República (s. f.). *Cadena de Custodia. Guía Nacional*. Disponible en: <https://www>.

POR QUÉ UN PERITO HABRÍA DE ESTUDIAR UN POSGRADO DE INVESTIGACIÓN PARA LA MEJOR ELABORACIÓN DE SU DICTAMEN PERICIAL (WAE SARWAT HIKAL CARREÓN Y RUBÍ SÁNCHEZ NORIEGA) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2023 / VOL. 07 / N° 07 / ISSN 2618-4192.

criminalistasforenses.org.mx/docs/cadena-de-custodia_guia-nacional.pdf.

- Gobierno de México (2018). *Guía de Especialidades Periciales Federales*. Disponible en: <https://www.gob.mx/publicaciones/articulos/guia-de-especialidades-periciales-federales?idiom=es#:~:text=En%20esta%20obra%20se%20analizan,%2C%20tr%C3%A1nsito%20terrestre%2C%20entre%20otras.>

- Hernández Márquez, C., Ojeda Chacón, T., Torres Paz, P. y Arizmendi Jaime, E. (2020). "Características de las investigaciones de tesis de posgrado en enfermería". En *Enfermería Universitaria*, 17(3), pp. 328-339. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/eu/v17n3/2395-8421-eu-17-03-328.pdf>.

- Hikal Carreón, W. (2020). "Censo de centros escolares y programas educativos en criminología, criminalística, victimología y carreras afines en México". En *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 15(8), pp. 154-182. Disponible en: <https://zenodo.org/record/7387022#.Y-1U7HbMKUK>.

- Honores Ortega, B. y Quizhpe Oviedo, J. M. (2019). "El peritaje desde la perspectiva del Trabajo Social". En *Revista Conrado*, 15(68), pp. 267-274. Disponible en: <http://scielo.sld.cu/pdf/rc/v15n68/1990-8644-rc-15-68-267.pdf>.

- Izarra, D. y Escobar, F. (2007). "Pertinencia de la investigación en los estudios de postgrado de la UPEL-IMP". En *Investigación y Postgrado*, 22(2), pp. 147-163. Disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-00872007000200007.

- Kvitko, L. (2012). "Medicina Legal, peritos y peritaciones". En *Medicina Legal de Costa Rica*, 29(1), pp. 7-16. Disponible en: <https://www.scielo.sa.cr/pdf/mlcr/v29n1/art2.pdf>.

- Mamani Benito, O. (2018). "Calidad metodológica y características de las tesis de pregrado de psicología de una universidad privada del Perú". En *Propósitos y Representaciones*, 6(2), pp. 301-319. Disponible en: <http://www.scielo.org.pe/pdf/pyr/v6n2/a07v6n2.pdf>.

- Murillo Campuzano, G.P. (2019). "La investigación científica y el posgrado, una herramienta indispensable en la Universidad del Siglo XXI". En *Revista Conrado*, 15(69), pp. 35-40. Disponible en: <http://scielo.sld.cu/pdf/rc/v15n69/1990-8644-rc-15-69-35.pdf>.

- Poder Judicial de la Federación (2022). *Lista de personas que pueden fungir como peritas o peritos ante los órganos del poder judicial de la federación, correspondiente al año dos mil veintitrés, de conformidad con el artículo 86, fracción XXIX de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como el numeral 7 del acuerdo general del pleno del consejo de la judicatura federal, que regula la integración de la lista de personas que pueden fungir como peritas o peritos ante los órganos del poder judicial de la federación*. Disponible en: https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2022/pdf/peritos/listaPeritosOrganosPJF_2023.pdf.

POR QUÉ UN PERITO HABRÍA DE ESTUDIAR UN POSGRADO DE INVESTIGACIÓN PARA LA MEJOR ELABORACIÓN DE SU DICTAMEN PERICIAL (WAEI SARWAT HIKAL CARREÓN Y RUBÍ SÁNCHEZ NORIEGA) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2023 / VOL. 07 / N° 07 / ISSN 2618-4192.

- Ramírez García, A. (2020). "Estudios de posgrado y elaboración de artículos científico". En *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 25(11), pp. 300-313. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/279/27964922021/27964922021.pdf>.

- Ramos Rivero, V. y Peña Pinargote, A. (2016). "Consideraciones para una metodología de trabajo pericial en el campo automotriz". En *Innova. Research Journal*, 1(12), pp. 86-102. Disponible en: <https://revistas.uide.edu.ec/index.php/innova/article/view/90/144>.

- Silva García, G. (2006). "La administración de justicia: ¿Escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables?". En *Revista Colombiana de Sociología*, 26, pp. 105-123. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/5515/551556294005.pdf>.

- Vázquez Rojas, C. (2017). "Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica". En *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 11, pp. 341-378. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4219/421950524011.pdf>.