

Nuevo realismo jurídico europeo. Hacia una ciencia básica del derecho*

European New Legal Realism. Towards a basic science of law

Jakob V.H. Holtermann y Mikael Rask Madsen***

Resumen: Este artículo expone la posición del Nuevo Realismo Jurídico Europeo (NRJE) y lo compara con las variantes presentes en el Realismo Jurídico Estadounidense (RJEst), desde el contemporáneo hasta el más antiguo. En este texto se discute sobre la diferencia fundamental entre el NRJE y el RJEst en torno –o en su retorno– a la epistemología. El realismo jurídico europeo se ha preocupado –y desde nuestro punto de vista, actualmente lo continúa haciendo– en gran medida por idear los fundamentos de un estudio científico del derecho, de forma tal, que el derecho sea inteligible en los campos científicos. Es una suerte de búsqueda de unas premisas del derecho como una ciencia básica –y como una ciencia al nivel de otras disciplinas académicas, incluyendo las ciencias naturales. Para armar este argumento, primeramente, marcamos el mapa intelectual de nuestra posición antes de dedicarnos a la epistemología de la disciplina jurídica. Nos basamos en las ideas únicas que ofrece la combinación de la sociología del derecho interpretativa weberiana y el Realismo Jurídico Escandinavo, según Alf Ross. Extraemos sus concepciones afines de la validez del derecho como un objeto de estudio genuinamente empírico, y como éste difiere del Realismo Jurídico Estadounidense y su confianza en el pragmatismo. En este contexto, en la parte IV, vincularemos estos precursores del Realismo Jurídico Europeo con el programa para una ciencia jurídica rigurosa presentado por Pierre Bourdieu con miras a los desafíos particulares del estudio del derecho. Sostenemos que, para que el derecho sea inteligible como objeto de investigación del realismo jurídico es necesario idear un enfoque que, simultáneamente, tome en serio la producción del derecho con esas condiciones sociales precisas, aunque cambiantes, que hacen dicha producción, posible.

Abstract: This paper outlines the position of European New Legal Realism (ENLR) and compares it to variations of American Legal Realism (ALR), new and old. We argue that the fundamental difference between the ENLR and ALR is its turn –or return– to epistemology. European legal realism has been –and, in our view, is– largely concerned with devising the foundations of a scientific study of law, one that can make law intelligible on scientific grounds. It is in search of the premises of law as a basic science –and a science on par with all other forms of academic endeavour, including the natural sciences. To make this argument, we first outline the intellectual roadmap of our position before turning to questions of the epistemology of legal science. We draw on the unique insights offered by a combination of Weberian interpretive sociology of law and Scandinavian realism as propounded by Alf Ross. We draw out their strikingly congenial conceptions of legal validity as a genuinely empirical object of study, and how it differs from American legal realism and its reliance on pragmatism. Against this background, in part IV, we then link these precursors of European legal realism to the program

* Esta investigación fue financiada por el Danish National Research Foundation Grant no. DNRF105, y dirigida con el auspicio del Danish National Research Foundation's Centre of Excellence for International Courts (iCourts). Este capítulo coincide en gran medida con un trabajo publicado previamente, en el cual destacábamos la posición sobre el Nuevo Realismo Jurídico Europeo, en particular Holtermann y Madsen (2015a) y (2016b). Traducción de Francisco J. Campos Zamora y Or El Centeno Ureña. Título original: European New Legal Realism: Towards a basic science of law. Publicado en Research Handbook on Modern Legal Realism, Talesh, S., Klug, H. & Mertz, E. (eds.), Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 67-81.

**** Jakob .H. Holtermann es profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Copenhague. Mikael Rask Madsen es Director del Centro de Excelencia para Tribunales Internacionales y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Copenhague (Dinamarca).

for a rigorous science of law laid out by Pierre Bourdieu with a view to the particular challenges of studying law. We argue that to make law intelligible as an object of legal realist inquiry, one needs to devise an approach that, at one and the same time, takes seriously both the production of law and those precise – yet changing – social conditions, which makes that production possible.

Palabras clave: Realismo jurídico, Neorrealismo, validez del derecho, epistemología, empirismo

Key words: Legal realism, Neorealism, valid law, epistemology, empirism.

Fecha de recepción: 13-12-2023

Fecha de aceptación: 5-3-2024

1. Nuevo realismo jurídico europeo^{*****} y estadounidense: diferencias y convergencias

La idea de estudios empíricos del derecho, difícilmente puede considerarse nueva para la ciencia jurídica. Durante más de un siglo, el realismo jurídico estadounidense (RJEst), y posteriormente los movimientos de *Derecho y Sociedad* (*Law and Society*) y *Estudios Jurídicos Críticos* (*Critical Legal Studies*), han buscado desafiar el formalismo jurídico y sus variantes al introducir una comprensión más contextual del derecho y de la adjudicación. En Europa, encontramos desarrollos y críticas similares al formalismo jurídico que se remontan aún más atrás. Uno de los primeros exponentes de un enfoque empírico del derecho fue Eugen Ehrlich. Siguiendo el ejemplo de Hermann Kantorowicz y su programa del *Derecho libre* (*freie Rechtswissenschaft*), Ehrlich demostró cómo las normas jurídicas formales no funcionaban en la acción, según lo prescrito en los libros. Para evidenciar lo anterior, tomó como ejemplo su ciudad natal de Czernowitz, la capital de la provincia de Bucovina en la periferia del Imperio austrohúngaro. Allí, en el puesto de avanzada del imperio, la ley imperial formalmente promulgada en Viena, simplemente no regía la conducta humana como se suponía desde la capital. Aunque simpatizaba con el programa del derecho libre, que había surgido en oposición a la entonces dominante *Jurisprudencia de conceptos* (*Begriffsjurisprudenz*), con el objetivo de demostrar como factores distintos de la ley daban forma a las decisiones jurídicas, Ehrlich fue un paso más allá. Argumentó que en Bucovina existía un *derecho viviente* (*lebendes Recht*), un hecho social solo observable por los métodos de la entonces nueva disciplina de la sociología, e introdujo la práctica distinción entre el derecho en acción y el derecho en los libros. Además, se había producido la génesis, de lo que en el contexto europeo se conocería como sociología del derecho, y más tarde también como estudios socio-jurídicos. El realismo jurídico europeo (RJEur) también seguiría estas innovaciones, pero tomaría una orientación más jurídico-filosófica.

^{*****} A propósito de la expresión “Nuevo Realismo Jurídico europeo” aquí empleado, es importante aclarar que éste no pretende excluir ninguna de las excelentes obras sobre realismo jurídico que se han llevado a cabo en países como Francia o Italia.

Vale la pena destacar a Ehrlich, porque fue uno de los primeros defensores de una comprensión contextual y sociológica del derecho que ha influido en los realistas, tanto en Europa como en Estados Unidos. En los Estados Unidos, hoy, quizás esté algo olvidado, pero influyó en los primeros realistas, como Roscoe Pound y su Jurisprudencia sociológica. En Europa, algunas de las ideas promovidas por Ehrlich también influyeron en los primeros realistas jurídicos. Por ejemplo, la Escuela Sueca de Uppsala, dirigida por Axel Hägerström, y que incluye al exiliado danés Alf Ross, se basa en impulsos similares en su programa científico, conocido finalmente, como realismo jurídico escandinavo (RJEsc). Hay otras raíces comunes entre el RJEur y el RJEst, pero lo que quizás sea aún más interesante en el contexto de este libro son sus diferencias. Algunas diferencias clave, que argumentaremos aquí, son institucionales y epistemológicas. Dado que en Europa el derecho se enseña en *facultades*, —y no en escuelas orientadas a la práctica jurídica como en los Estados Unidos—, la doctrina jurídica europea siempre se ha centrado más en la justificación científica, la cognición —y las premisas científicas para el conocimiento jurídico—, que sus contrapartes estadounidenses. De tal modo que, el RJEur ha estado —y, en nuestra opinión, está todavía— preocupado en gran medida por concebir los fundamentos del estudio científico del derecho, que puedan lograr que el derecho sea inteligible sobre bases científicas. Así mismo busca las premisas del derecho como ciencia básica, y una ciencia que esté al lado de todas las demás formas de esfuerzo académico, incluidas las ciencias naturales.¹

Este interés epistemológico y científico, también distingue al RJEur del RJEst —nuevo y antiguo—, donde ha prevalecido un enfoque más pragmático, a veces instrumental.

El pragmatismo filosófico proporcionó al RJEst original un impulso que lo orientó a la consecución de objetivos y lo hizo interesarse por la aplicabilidad². El pragmatismo, una tradición filosófica particularmente exitosa en los Estados Unidos, y en gran parte impulsada por pensadores estadounidenses, también proporcionó los medios para la traducción, relativamente exitosa, de la investigación jurídica sobre la acción pública más famosa en el contexto del New Deal de los Estados Unidos.³ El éxito del RJEst original también fue visible

¹ En inglés, el término “ciencia” se usa principalmente para denotar las ciencias naturales y, a veces, también disciplinas cuantitativas en las ciencias sociales. Sin embargo, aquí usamos la palabra “ciencia” de manera más amplia, tal como se hace en el alemán con la voz “*Wissenschaft*”, incluyendo así, potencialmente todas las disciplinas académicas, entre ellas las humanidades. El término alemán tiene la ventaja de delimitar adecuadamente el tipo de búsqueda sistemática y crítica del conocimiento que generalmente se lleva a cabo en un entorno académico. Además, enfatizamos la ciencia *básica* para distinguir el objetivo del realismo jurídico europeo como un esfuerzo que soporta cuestiones de aplicabilidad práctica y busca el conocimiento por su propio bien. Esto contrasta con el enfoque de ciencia *aplicada* del realismo jurídico estadounidense que, de conformidad con los principios del pragmatismo, tiende a subordinar y valorar el conocimiento jurídico académico en proporción a su valor instrumental para la práctica jurídica y la reforma institucional.

² Véase la discusión en Nourse and Shaffer (2009, p. 65).

³ Véase, por ejemplo, Shamir (1995).

en la academia jurídica, sin embargo no hay duda de que el RJEst ha tenido un impacto relativamente mayor en las escuelas de derecho estadounidenses, que en las facultades de derecho de su homólogo europeo. En Europa, independientemente de la sofisticación epistemológica proporcionada por el RJEur, le ha resultado mucho más difícil desafiar el formalismo y el positivismo jurídicos, tanto en sus variantes kelseniana como hartiana, que han sido consideradas un apoyo al análisis jurídico doctrinal; el paradigma dominante de la investigación jurídica durante cerca de un siglo en Europa.

Aunque el RJEst históricamente había hecho algunos avances significativos en las escuelas de derecho estadounidenses, el realismo jurídico renovado –que ha surgido en los Estados Unidos durante las últimas dos décadas– anticipa su ambición institucional, especialmente, con respecto a las escuelas de derecho estadounidenses. Mark C. Suchman y Elizabeth Mertz, ambos líderes del nuevo realismo jurídico (NRJ), trazan el surgimiento de un cuerpo de nuevos estudios empíricos del derecho con raíces, tanto en el RJEst como en el tardío movimiento *Law and Society* (Suchman y Mertz 2010). Argumentan que los dos movimientos recientes, promovidos, como *Estudios Jurídicos Empíricos (EJE)*, y que tienden a equiparar los estudios empíricos con los cuantitativos, y enfatizan la metodología sobre la teoría⁴– y el NRJ – consistente en un culto más amplio que reúne nuevos estudios empíricos del derecho, y que utilizan, tanto enfoques cualitativos como cuantitativos, manteniéndose fieles al compromiso teórico del Derecho y Sociedad, son ambos institucionales en sus objetivos. Escriben:

“Por lo tanto, la novedad del nuevo empirismo jurídico radica menos en su método y tema que en su *locus* institucional y agenda intelectual: el *EJE* y el *NRJ*, sostenemos, se entienden mejor como esfuerzos para legitimar la investigación empírica dentro de la propia academia jurídica”.⁵ (Holtermann y Madsen, 2016b, p. 556), Ambos movimientos se basan, en términos generales, en el pragmatismo como justificación, pero ofrecen dos enfoques relativamente diferentes: El movimiento de los *EJE*, que es esencialmente empiricista, mientras que el *NRJ* es más científico social, de corte clásico en la tradición interpretivista del *Derecho y Sociedad*. Este último, además, se distingue del realismo jurídico estadounidense original al ampliar el objeto de investigación más allá del fetiche de los jueces y las decisiones judiciales, una vez más una herencia de décadas de investigación sobre *Derecho y Sociedad*.

A primera vista, este *conflicto de las facultades*, por citar a Kant, hace que el esfuerzo del NRJ tenga una perspectiva muy estadounidense y, por lo tanto, tenga un interés limitado para los académicos no estadounidenses. Sin embargo, como hemos explorado en otra parte, el surgimiento del NRJEur también es en parte institucional y, sin duda ha sido impulsado por el auge relativo de las investigaciones empíricas realizadas a gran escala sobre el

⁴ Para una discusión sobre los EJE, véase también Holtermann and Madsen (2016b, pp. 9–10).

⁵ *Ibid.*, p. 556.

derecho en muchas facultades de derecho europeas.⁶ Pero donde claramente difiere, es en su giro hacia la epistemología. Para aclarar este argumento, el capítulo procede de la siguiente manera. El apartado 2 describe, en primer lugar, la hoja de ruta intelectual de nuestra posición. El apartado 3 se ocupa de la cuestión subyacente del RJEur como enfoque viable de la ciencia jurídica. Nos basamos en la perspectiva única que ofrece una combinación de la sociología interpretativa weberiana del derecho y el realismo escandinavo propuesto por Alf Ross. Destacamos sus concepciones, sorprendentemente afines, de la validez del derecho como un objeto de estudio genuinamente empírico, y cómo difiere del RJEst y su dependencia del pragmatismo. En este contexto, en el apartado 4, vinculamos estos precursores del RJEur con el programa para una rigurosa ciencia del derecho, presentado por Pierre Bourdieu con miras a los desafíos particulares del estudio del derecho. Sostenemos que para hacer que el derecho sea inteligible como objeto de la investigación del realista jurídico, es necesario idear un enfoque que, al mismo tiempo, tome en serio tanto la producción del derecho como esas condiciones sociales precisas, aunque cambiantes, que hacen esa producción posible. En el apartado 5, exploramos la cuestión de quiénes son los agentes relevantes para comprender la creación de un derecho válido, en particular al discutir la noción de campo de Bourdieu y su aplicación a un estudio realista del derecho. El apartado 6, resume nuestro argumento.

2. El nuevo realismo jurídico europeo en cuatro pasos

El programa para un RJEur renovado, que presentamos en este capítulo, está en deuda con la crítica del formalismo, ofrecida por los primeros académicos como Ehrlich, pero, lo que es más importante, encuentra su articulación en una trayectoria intelectual diferente; una que combina una comprensión contextual y social del derecho con un enfoque más pronunciado en la epistemología y las ciencias básicas. En esta coyuntura, la sociología del derecho de *Max Weber* se destaca como una contribución trascendental para comprender el derecho en la sociedad, y la sociedad en el derecho. Sus estudios sobre la racionalidad jurídica formal y la construcción de la autoridad del derecho y el estado, a través de la sociedad, mediante conceptos como la creencia en la legitimidad (*Legitimitätsglaube*) y la dominación (*Herrschaft*) son fundamentales para las ciencias sociales y el derecho contemporáneo. Utilizando estos conceptos, Weber demuestra como el significado y las instituciones sociales son el resultado de la acción individual y colectiva. Al igual que Ehrlich, Weber sugiere analizar el derecho en acción y utilizar enfoques empíricos. Pero el profundo compromiso de Weber con la ciencia, como en las ciencias sociales y las ciencias jurídicas, lo distingue de Ehrlich. En el contexto del derecho, su intento de objetividad científica mediante, por ejemplo, el estudiar las relaciones de valor, en lugar de llevar cabo los juicios de valor, es fundamental para hacer del derecho un auténtico objeto empírico de investigación. Nuestro desarrollo de un NRJEur toma su punto de partida de la

⁶ Véase, por ejemplo, Holtermann, Christensen, y Madsen (2013); Christensen, Holtermann, y Madsen (2013); Holtermann y Madsen (2015b, 2016a, y 2016b).

comprensión weberiana del derecho. Sin embargo, lo ampliamos a los siglos XX y XXI, identificando un conjunto de pensadores que han profundizado en los principios centrales del trabajo de Weber, en particular la teoría de la acción y el enfoque en la epistemología de la ciencia

El trabajo de mediados del siglo XX del realista jurídico danés Alf Ross constituye un primer paso. Enfocado en desarrollar los medios para evaluar el derecho vigente* * “desde un punto de vista empírico descriptivo, Ross desarrolla, por un lado, una base epistemológicamente sólida para la ciencia jurídica que critica a Hans Kelsen y, por otro lado, a las teorías del derecho natural. En ambos casos, Ross es crítico con la incorporación de los juicios de valor, y más generalmente de la normatividad, en la ciencia jurídica. Su principal objeto de investigación son los creadores de prácticas jurídicas: los jueces. Ross, por lo tanto, agrega a las ideas básicas de Weber un enfoque más claro sobre la ciencia jurídica *per se*, y un interés articulado en las prácticas judiciales que probablemente toma prestado del RJEst. Aunque provenía de un punto de partida muy diferente, el sociólogo postestructuralista francés Pierre Bourdieu notó algunas de las mismas ideas fundamentales en su esbozo de una sociología del derecho o, mejor dicho, del campo jurídico. Bourdieu diseñó un programa de ciencias sociales para estudiar el derecho, utilizando sus nociones de prácticas para describir la acción social en el campo jurídico y la reflexividad para establecer la base epistemológica de tales estudios.⁷ Basándose en la práctica sociológica establecida, Bourdieu proporciona, además las herramientas para hacer operativo un NRJ.

Bajo el título NRJEur, proponemos un nuevo programa para una ciencia contextual y empírica del derecho, a partir de Weber, Ross y Bourdieu para establecer una posición intelectual distinta, para entender el derecho como un fenómeno social y empírico, pero sin pasar por alto o frustrar su crucial carácter normativo. Esta trayectoria intelectual difiere, de manera importante, de la genealogía del RJEst, tal como se presenta comúnmente. Una diferencia clave es el enfoque epistemológico de nuestras principales inspiraciones; desde Weber

* * „ N. del T.: “Valid law” en el artículo original, sin embargo, en español se emplea la terminología “derecho vigente” la cual se encuentra en la tercera edición (2005) de la obra de Ross “Sobre el Derecho y la Justicia” traducida por Genaro Carrió. El concepto de “validez” no es el término empleado por Carrió en la traducción al español de 1963 de “Sobre el Derecho y la Justicia”. El concepto de “validez” proveniente del vocablo anglosajón “valid” y presenta al menos dos problemas cuando se aborda en este contexto: El primero cuando se le traduce del alemán (*Gültigkeit*) al danés (*gyldig*) lo que se conoce en este contexto como “La polémica con Kelsen”. El segundo cuando se le traduce del inglés, puesto que se le asocia a la famosa disputa con H. L. A. Hart. El concepto “vigencia del derecho” o “derecho vigente” se refiere a un constructo conceptual específico el cual Ross define como “el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son experimentadas y vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias.” (Ross, 2005, pp. 40-41). En este texto, al tratarse de una traducción con una fuerte carga terminológica weberiana, se presentará la traducción con el vocablo “validez” sin perjuicio de lo anteriormente esbozado.

⁷ Sobre, reflexividad véase Madsen (2011a).

pasando por Ross hasta Bourdieu y nuestro propio NRJEur, el enfoque está en desarrollar una ciencia del derecho rigurosa. Si bien compartimos con el RJEst, nuevo y antiguo, un interés básico de investigación empírica, nuestra posición, generalmente, se articula de manera diferente con respecto a la cuestión epistemológica fundamental de cómo es posible la ciencia jurídica. Además, como demostramos a continuación, nuestro enfoque –NRJEur– no es simplemente una exégesis de las posibilidades del conocimiento del derecho, basada en figuras clave de la ciencia social y jurídica moderna. En cambio, buscamos una ciencia básica del derecho, capaz y operativa para hacer inteligibles el derecho, las instituciones y las prácticas jurídicas.

3. Neorrealismo jurídico: tomando la epistemología en serio

Como otras variedades del Realismo Jurídico, el NRJEur busca un enfoque empírico de la norma, pero en virtud de dos características: primero, el enfoque en la epistemología; segundo, la postura crítica contra los enfoques doctrinales tradicionales en el derecho. Sobre el primer tema, ya los primeros proponentes, sobre lo que comprendemos como el NRJEur, difieren de sus tempranas contrapartes estadounidenses al tomar más seriamente una línea de cuestiones filosóficas, que han sido el centro del pensamiento europeo desde, al menos, los días de Descartes y Kant. Estas preguntas son esencialmente epistemológicas, refiriéndose a *la posibilidad de conocimiento*, o en nuestro caso, a *la posibilidad de la ciencia (jurídica)*. Correspondientemente, nuestro programa –NRJEu– es una propuesta para responder a la siguiente pregunta: ¿Cómo es posible una ciencia del derecho? Y nuevamente en este contexto, ¿cómo podemos hacer la ley *inteligible* en términos científicos?⁸

Esta pregunta epistemológica fundamental es en parte dirigida a la posición doctrinal jurídica tradicional. Nuestra postura comparte con Weber, Ross y Bourdieu, un escepticismo pronunciado, con miras a establecer una justificación filosófica fundamentada para la ciencia jurídico doctrinaria, concebida esta última como la disciplina académica que apunta a establecer, con alguna autoridad científica, cuáles reglas y obligaciones son objetivamente parte de la norma o derecho válido.⁹ En su lugar, seguimos a Bourdieu, al afirmar que la ciencia jurídica genuina no puede limitarse a sí misma ni a una visión formalista del derecho y de las normas jurídicas, ni a una visión puramente instrumental. Bourdieu plantea: “Una ciencia rigurosa del derecho se distingue de lo que normalmente se denomina jurisprudencia,¹⁰ en el sentido de que la primera toma la segunda como objeto de estudio” (Bourdieu 1987,

⁸ Vale la pena señalar, en este contexto, que los primeros defensores del NRJEur toman esta pregunta con respecto a la posibilidad de una ciencia jurídica tan en serio, y asumen tan altos estándares epistemológicos, que lo consideran una pregunta realmente abierta. En particular, no dan por sentado que a esta pregunta se pueda brindar una respuesta positiva directa. Esto se puede ver en el hecho de que su conclusión inmediata es totalmente escéptica.

⁹ Weber rechaza categóricamente la noción que indica que los estudios tradicionales doctrinarios del derecho podrían verse como una ciencia: “Quien quiera explicar la ‘vida social’ como un existente empírico no puede legítimamente basar su discusión sobre los fundamentos de la dogmática axiológica” (Weber 1977, p. 68.). Véase también (Ross 2019, pp. 4-5).

814). De este modo, el NRJEur difiere también del positivismo jurídico tradicional como una posición dominante de la doctrina jurídica subyacente. A pesar de que Kelsen flirteó con la idea de una ciencia del derecho genuina, parece que él y otros positivistas nunca se entretuvieron con dudas epistemológicas serias sobre la doctrina académica, en la medida en que la disciplina se abstuviera de realizar ataduras conceptuales entre el derecho y la moralidad, y de formular todas las afirmaciones sobre el derecho basadas, exclusivamente en meros hechos histórico-sociales.¹¹

Sin embargo, resulta de particular importancia en este contexto, que el NRJEur difiere también del RJEst, al menos en que esta posición ha sido articulada por la mayoría de sus proponentes en la primera mitad del siglo XX. Aunque a menudo se han expuesto, como escepticismo normativo duro, las ansiedades epistemológicas del RJEst que, al parecer, nunca llegaron a ser tan profundas como aquéllas del NRJEur y sus predecesores. Muchos proponentes clásicos del RJEst parecen aceptar *de facto* el mismo cuerpo de conocimiento y, consecuentemente, la doctrina jurídica como es asumida por los positivistas jurídicos. Su principal diferencia es que ellos desafían la influencia causal de esta doctrina en la práctica judicial, y especialmente en los casos complejos.¹² De esta forma, el RJEst pone en duda solamente la utilidad práctica y la noción de completitud, la cual muchos positivistas jurídicos adscriben a la doctrina jurídica y no necesariamente a la doctrina por sí misma como un método de investigación.¹³ Algunas partes del NRJEst no tienen diferencias tan marcadas respecto al RJEst sobre este asunto.¹⁴ Sin embargo, ya que el NRJEst es un grupo tan heterogéneo, podemos encontrar variaciones y, a los proponentes sociológicos más extremos del NRJEst adoptando posturas críticas respecto a la utilidad de la investigación jurídica doctrinal.¹⁵

Esta diferencia con respecto a la profundidad de la preocupación epistemológica, sentida en relación a la doctrina jurídica, tiene implicaciones

¹⁰ En el texto original Bourdieu se refiere a “science juridique” en la cita (1986, p. 3). *N. del T.*: En el artículo original los autores traducen *science juridique* como *jurisprudence*.

¹¹ El positivismo jurídico es *positivista* no en el sentido de estar basado en hechos empíricos, pero en el sentido en que toda norma necesita *proponer*, esto es, que el derecho vigente solamente existe con la condición de ciertos eventos históricos que se han suscitado y con la condición adicional que, esos eventos históricos son definidos como leyes que crean eventos respecto con un criterio fundamental – una *Grundnorm* (Kelsen) o una *rule of recognition* (Hart) – a sí misma, dependiente de un hecho histórico complejo.

¹² Véase, por ejemplo, Leiter (2007), Schauer (2009) y Green (2011).

¹³ En un trabajo previo, hemos caracterizado la diferencia entre el NRJEur y el RJEst como una diferencia entre una regla escéptica retrospectiva y una regla que apunta a posterior, respectivamente (para el argumento completo, ver Holtermann y Madsen (2015a, pp. 214-215) y Holtermann (2016)). Esta diferencia epistemológica puede en parte deberse a los contextos histórico-institucionales en los cuales cada movimiento opera. Véase la discusión en la introducción a este capítulo sobre una diferencia entre las *facultades* de derecho y las *escuelas* de derecho.

¹⁴ Por ejemplo, Nourse y Shaffer (2009).

¹⁵ Un ejemplo está en Bryan Garth. Véase, por ejemplo, Dezalay y Garth (1996).

para el carácter del programa de investigación positiva delineado por el NRJEur. El punto de partida epistemológico declarado por Max Weber y Alf Ross es un compromiso categórico hacia un panorama socio-jurídico.¹⁶ Ésta es su razón principal para rechazar los enfoques doctrinales tradicionales. Sin embargo, éste también es un panorama que invita a fuertes objeciones en la dirección opuesta, que provienen de ciertas posturas doctrinales. Los críticos, Hans Kelsen y H. L. A. Hart son los más famosos entre ellos, alegan que una legítima ciencia *jurídica* empírica es imposible. La preocupación consiste en que un consecuente abordaje empírico, pasa por alto la característica que convierte al derecho en *derecho*. La base de este alegato es la asunción de una división categórica entre *Sein* y *Sollen*, hechos y normas, lo descriptivo y lo normativo, o el aspecto externo e interno de las normas jurídicas. Observando que el derecho consiste en normas jurídicas, las cuales son fenómenos normativos, los académicos doctrinales infieren que el derecho como tal, necesariamente, permanece impermeable de forma categórica frente a los estudios empíricos.¹⁷

El reto principal para cualquier proponente de una ciencia empírica genuina sobre el derecho es por lo tanto, más específicamente, el de demostrar la posibilidad de adoptar (i) una consistente perspectiva empírica que (ii) no pase por alto o reducido el carácter normativo del derecho, y que (iii) no colapse de vuelta dentro de la doctrina jurídica tradicional. Nuestra afirmación es que en este punto es precisamente donde el NRJEur prueba ser particularmente ingenioso y conceptualmente poderoso.

Un aspecto poderoso de la postura del NRJEur recae en su enfoque de la *validez del derecho*, que ocupa una posición entre el enfoque clásico doctrinal del iusnaturalismo¹⁸ y el iuspositivismo.¹⁹ Por un lado, los enfoques empíricos reduccionistas de la sociología jurídica²⁰ y de la ciencia política, y por el otro, la sociología.²¹ Resulta interesante, que Max Weber, como uno de los precursores del movimiento teórico y Alf Ross, como uno de los proponentes más conocidos del realismo jurídico escandinavo, desarrollaron de forma aparentemente independiente, la misma concepción de validez del derecho. Esta concepción no solamente hace lo máximo posible para mantener la validez del derecho como un objeto de genuino estudio empírico, sino que también

¹⁶ Cfr. por ejemplo Weber (1977, p. 68.) y Ross (2019, p. 81).

¹⁷ Esta idea está reflejada en la idea de Kelsen en que una ciencia empírica solamente estudia el *Sein* y nunca el *Sollen* del derecho. A esto también se recurre en la conocida distinción entre los aspectos internos y externos de las normas jurídicas de Hart.

¹⁸ Cfr. e.g., teóricos iusnaturalistas como Radbruch (2006) y Finnis (2011), pero también a teóricos del derecho más abiertos a mantener una conexión sustantiva entre validez legal y moral como e.g., Dworkin (1977) y Habermas (1992).

¹⁹ Cf. notablemente a Kelsen (1967), Hart (2012) y Raz (1979, pp. 146-162).

²⁰ Cf. e.g., Geiger (1987).

²¹ En muchos estudios del derecho desde disciplinas primariamente interesadas en los efectos del derecho en, por ejemplo, la política (ciencias políticas) o la sociedad (sociología) el problema de la validez del derecho no está comprometido del todo. Es solamente *law in action* lo que es el objeto de interés científico.

permite al científico del derecho investigar más cercanamente y atribuirle un papel crucial a esta característica particular del pensamiento jurídico en el análisis empírico.²² De forma más precisa, Ross y Weber enfatizan en la necesidad de una ciencia jurídica empírica para distinguir bruscamente entre dos clases de validez (del derecho): la *axiológica* y la *empírica*.²³ Esta distinción hace que sea perfectamente posible hacer justicia a la complejidad de los hechos *sin* arriesgar simultáneamente los ideales epistemológicos de la ciencia empírica.

Weber inicialmente explica la validez axiológica de la siguiente manera:

[C]onsidérese la “validez” de una máxima jurídica en [...] el sentido “ideal”. Desde el punto de vista de la conciencia científica de quien quiere establecer la “verdad jurídica”, está constituida por una rigurosa relación lógica entre conceptos. En otras palabras, está constituido por la “validez axiológica” que una cierta lógica tiene para la mente jurídica. (Weber 1977, p. 128).

La validez axiológica, en otras palabras, es una suerte de validez, la cual dirige el análisis de los académicos (sean iuspositivistas o iusnaturalistas). Desde la perspectiva de la validez axiológica, las preguntas clave que “pueden plantearse sobre un determinado ‘parágrafo’ del código de derecho civil” (Weber 126) son esas que pueden ser respondidas con el método jurídico tradicional, por ejemplo, preguntas acerca de pedigrí (involucrando cadenas de razonamiento internormativo de vuelta hacia los fundamentos, ya sean (puramente) históricos o (parcialmente) morales) y sobre la extensión conceptual (involucrando la aplicación de cánones dados de interpretación jurídica). Sin embargo, la extendida existencia de esta ambición en la sociedad, sobre establecer una verdad jurídica concebida *simultáneamente*, así como una validez axiológica, se establece asimismo como un objeto empírico genuino de investigación:

Por otro lado, considérese el siguiente hecho. En general, las personas reales que quieren establecer una “verdad jurídica” están dispuestas a inferir la “validez” de una determinada “máxima jurídica” a partir de determinadas relaciones verbales. Evidentemente, este hecho no está exento de consecuencias empíricas, por el contrario, es de la mayor importancia histórico-empírica concebible. Simplemente, considérese el hecho de que existe una “jurisprudencia”. Y considérese los “hábitos

²² El análisis más elaborado y consistente de la validez del derecho de Ross puede ser encontrado en su obra principal (Ross, 2019). El análisis más gratificante de validez del derecho de Weber puede ser encontrado en una de sus obras menos conocidas, *Rudolf Stammlers ‘Ueberwindung’ der materialistischen Geschichtsauffassung* (1922). N. del T.: Esta obra se encuentra publicada en español con el título *La superación de la concepción materialista de la historia. Crítica a Stammler*, Editorial Gedisa, traducción de Cecilia Abdo Ferez.

²³ Aquí aplicamos la terminología de Weber a cómo se encuentra en la traducción de Guy Oakes (1977). En la nueva traducción de *On Law and Justice* (Ross 2019), la distinción relevante se traduce como una distinción entre la *validez* de las normas jurídicas y la *validez científica* de las normas jurídicas. Para una discusión de la traducción al inglés de la terminología weberiana, véase Holtermann y Madsen (2015a, pp. 216-17).

intelectuales” que en realidad se rigen por esta “jurisprudencia”, hábitos que se desarrollan de manera empírico-histórica. Este hecho tiene una enorme importancia práctica-empírica para la organización real de los asuntos humanos. [...] Dentro de la realidad empírica hay “jueces” y otros “funcionarios” que están en condiciones de influir en el comportamiento humano mediante el empleo de ciertos instrumentos físicos y psicológicos de coacción. Han sido educados de tal manera que quieren establecer una “verdad jurídica”. Y, de hecho, con muy diferentes grados de coherencia se ajustan a estas “máximas”. [...] Decir que un “orden jurídico” de hecho existe, es decir que existe como una “máxima”, una idea de algo obligatorio. Esta “máxima” es un determinante causal de la conducta humana. (Weber, 1977, pp. 128, 129.).

En consecuencia, para Weber y Ross observar que un ordenamiento jurídico determinado o una norma determinada existen realmente como una “máxima”, es decir, como una idea entre jueces y otros funcionarios de algo obligatorio (porque ellos lo consideran *axiológicamente vigente*), es precisamente observar que tiene *validez empírica*. En la medida en que una teoría jurídica realista quiere –en el nombre de “la complejidad de los hechos”– tratar específicamente con la validez, tiene que ser de este tipo y *no* de la validez axiológica:

Es obvio que cualquiera que se comprometa a discutir la existencia empírica de la “vida social” no puede basar legítimamente su discusión en el fundamento de la dogmática axiológica. Dentro del dominio de la “existencia”, una “regla” puede identificarse en nuestro ejemplo sólo en el siguiente sentido: como una “máxima” empírica que es causalmente eficaz y causalmente explicable (Weber, 115.).²⁴

Muchos académicos del derecho, sin embargo, han confundido repetidamente esta distinción particular entre validez axiológica y empírica, moviéndose de forma indiscriminada de un lado a otro a través de la discusión. Esto resulta problemático. En primer lugar, postulados acerca de la validez axiológica y empírica son categóricamente términos de *semántica*. Un postulado acerca de la validez axiológica es ciertamente un postulado normativo. Éste expresa directamente un hecho normativo, una máxima (que en cierto derecho u obligación existe), y como tal, pertenece, en el decir de Kelsen, al reino del deber (*Sollen*). Esto, en contraste con los postulados de la validez empírica que, aunque *concernientes* a ciertas máximas/normas, son afirmaciones genuinamente descriptivas, y como tal pertenecen al mundo del ser (*Sein*). Para evitar la confusión entre ambos, Ross presenta una distinción relacionada entre enunciados *descriptivos de normas* y enunciados *expresivos de normas* que puede resultar de utilidad:

Puesto que la ciencia del derecho se ocupa de normas, puede ser denominada normativa, pero es menester evitar confusiones acerca de esta expresión [...] Las proposiciones cognoscitivas no pueden, naturalmente, consistir en normas (directivas). Tienen que consistir en aserciones, aserciones referentes a normas, y esto a su vez significa que enuncian que ciertas normas son “derecho vigente”. El

²⁴ Cfr. Ross (2019, p. 81).

carácter normativo de la ciencia del derecho significa, por lo tanto, que se trata de una doctrina referente a normas, y no de una doctrina compuesta de normas. No tiene como fin “postular” o expresar normas, sino establecer que éstas son “derecho vigente”. La ciencia del derecho es normativa en cuanto descriptiva de normas y en cuanto expresiva de ellas. (Ross, 2005, p. 42. Traducción de Carrió).

En segundo lugar, la distinción entre validez axiológica y empírica tiene profundas implicaciones *epistemológicas* para el jurista. Más específicamente, los enunciados normativos sobre la validez axiológica y los enunciados normativo-descriptivos sobre la validez empírica tienen condiciones de verdad categóricamente diferentes. En términos de Weber:

[L]a “existencia” empírica del “derecho” [es] completamente diferente de la idea jurídica de la “validez axiológica” del derecho. La validez “empírica” se puede atribuir tanto a la “verdad jurídica” como al “error jurídico” exactamente en el mismo grado. Considérese la pregunta: ¿Qué es la “verdad jurídica”? Es decir, en vista de ciertos principios “objetivos” de la jurisprudencia como disciplina académica, ¿qué debería ser lógicamente “validez” o qué debería haber sido “validez”? La importancia lógica de esta pregunta es completamente diferente de la importancia de la siguiente pregunta: en un caso concreto o en una pluralidad de casos, ¿qué se sigue de hecho como la “consecuencia” empírica y causal de la “validez” de un determinado “parágrafo”? (Weber, 1977, pp. 129-130)

Esta diferencia en las condiciones demuestra simultáneamente la debilidad de intentar, como en algunas versiones del RJEst, abarcar dos tipos categóricamente distintos de validez del derecho en un solo análisis, es decir, uno que es iuspositivista y doctrinal, que se relaciona con la validez axiológica, y otro que es conductual, que se relaciona con el comportamiento real (judicial).²⁵ La brecha entre estos dos aspectos es en principio, infranqueable, debido a la diferencia categórica entre los dos fenómenos, que sólo se puede unir con una concepción de validez empírica, la cual en el NRJEur se importa de Weber y Ross. Es decir, la validez empírica hace desaparecer la brecha porque la validez axiológica es consumida por la primera, puesto que se define en términos de ella. Una vez establecida esta distinción, queda claro que la validez axiológica *per se* es empíricamente irrelevante. No juega ningún papel causal, ni siquiera como co-determinante. Solo las *percepciones* de validez axiológica juegan ese papel, es decir, la *validez empírica*. En otras palabras, el positivismo jurídico como tal es superfluo en la teoría empírica explicativa. Simplemente, no puede contribuir al estudio empírico realista del derecho, ya que malinterpreta el objeto de investigación.²⁶

4. *Homo juridicus* y sus prácticas como objeto de estudio

Con esta distinción fundamental y contexto en su lugar, el siguiente paso para el NRJEur es el de establecer con mayor precisión el contenido de una

²⁵ Véase Leiter (2007), Nourse y Shaffer (2014), Schauer (2009) y Schaffer (2015).

²⁶ Esto es, excepto a sí mismo como parte del objeto de estudio, cfr. Weber: “por el hecho también de que haya una jurisprudencia” (Weber, 1977, p. 128.).

teoría descriptiva de normas viable sobre la validez empírica del derecho. Y es aquí donde existen algunas limitaciones para los conceptos de los realistas europeos más antiguos. Weber menciona brevemente cómo, desde el punto de vista descriptivo de la norma de validez empírica, “un ‘orden jurídico’ puede ser analizado como un complejo de máximas en la mente de ciertos hombres que realmente existen” (Weber, 1977, p. 130.), sin embargo, con la excepción de sus tipos ideales de racionalización jurídica, no da mucha orientación sobre cómo estudiar este “complejo de máximas”. En otras palabras, es probable que el análisis, aunque epistemológicamente sólido, solamente roce la superficie empírica de cómo la práctica real de la norma está influenciada por ciertas máximas o mentalidades. Ross por su parte, es más elaborado, posiblemente porque a diferencia de Weber, era profesor en una facultad de derecho, lo que lo obligaba a ocuparse de la disciplina jurídica de forma más directa. Partiendo de Weber, Ross sostiene que el punto focal de un estudio realista de la doctrina jurídica empíricamente vigente es lo que él llama *la ideología del juez*:

La cambiante conducta del juez puede ser comprendida y predicha mediante una interpretación ideológica, esto es, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción. (Ross, 2005, p. 64. Traducción de Carrió).

La toma de decisiones jurídicas no es arbitraria, “[...] sino un proceso determinado por actitudes y conceptos, por una ideología normativa común, activa y presente en el espíritu de los jueces cuando actúan en su calidad de tales” (Ross, 2005, p. 105. Traducción de Carrió). Aunque consciente de la inaccesibilidad empírica de la mentalidad de los jueces, Ross, de manera inversa, sostiene que “es posible construir hipótesis referentes a ello, y su valor puede ser comprobado simplemente observando si las predicciones fundadas en aquellas resultan verdaderas.” (Ross, 2005, p. 105. Traducción de Carrió).

Ross intenta descomponer esta ideología del juez en sus partes constitutivas y revelar la lógica subyacente que estructura el particular “complejo de máximas en la mente” de los jueces en un momento dado. En líneas generales, Ross atribuye aquí un papel central a la doctrina de *las fuentes del derecho*, que identifica como “*la suma total de los factores que ejercen influencia sobre la formulación de la regla en la que el juez basa su decisión*” (Ross, 2019, p. 91). Considerando nuestro énfasis en la incompatibilidad entre NRJEur y la doctrina jurídica, esta centralidad de las fuentes del derecho puede parecer sorprendente a primera vista. Sin embargo, debe recordarse, que el cambio de la validez axiológica a la empírica no implica, necesariamente, un cambio completo con respecto a las reglas jurídicas particulares o tipos de reglas de cuya validez estamos hablando. La pregunta crucial a realizar, con respecto a cualquier norma o tipo de norma dada, es si ellas son consideradas vigentes por la relación lógica con otras normas, por ejemplo, *axiológicamente vigente*, o porque los jueces y otros funcionarios las consideran relacionadas lógicamente, por ejemplo, *empíricamente vigente*. El NRJEur busca explorar en esta última norma.

Reconocemos que estas nociones relacionadas de Weber y Ross están algo subdesarrolladas. Una forma de aportar un toque analítico adicional al análisis es reconceptualizándolos, siguiendo las líneas de la noción bourdieusiana de *habitus*. Bourdieu define este último como los esquemas internalizados que guían el comportamiento de los agentes, que son tanto colectivos como individuales, y producen prácticas relativamente similares entre grupos sociales, por lo que generalmente se acercan a las definiciones respectivas de Ross y Weber. Más específicamente, por *habitus* se entiende el conjunto compartido de disposiciones que orientan las prácticas de los agentes en campos específicos. El *habitus* se puede definir como:

[L]as formas habituales y pautadas de comprender, juzgar y actuar que surgen de nuestra posición particular como miembros de uno o varios campos sociales y de nuestra trayectoria particular en la estructura social (por ejemplo, si nuestro grupo está emergiendo o decayendo, si nuestra posición dentro de él se está volviendo más fuerte o más débil). (Bourdieu, 1987, p. 811).

Habitus es, por tanto, el esquema interiorizado que guía el comportamiento de los agentes, y que en nuestro caso, guía el comportamiento de los juristas. Por tanto, *habitus* es un sentido práctico (aunque específico) de la realidad que se adquiere a lo largo de la trayectoria particular e individual del agente en la sociedad (Bourdieu, 1977). En este sentido, Weber, Ross y Bourdieu tienen en mente campos nacionales bastante estructurados, por ejemplo, la comunidad en la educación –en este caso sobre todo la educación jurídica y la cultura– da como resultado perspectivas (jurídicas) colectivamente compartidas.²⁷ Además, los jueces como clase social, también comparten muchas preferencias normativas, muchas de ellas de carácter jurídico-normativo. Con todo, esto lleva a los tres autores a argumentar que la disposición social puede correlacionarse con la posición y la perspectiva social y profesional.²⁸ Es esta perspectiva jurídica particular (*habitus*, máximas o ideología), la que produce el derecho en la práctica.

Las máximas en la mente de los juristas, o su ideología o *habitus*, son el resultado de la internalización social y profesional. Es importante destacar que se trata de un proceso dialéctico: el *habitus* produce y es producido por el entorno social. Por un lado, es una *estructura estructurante*, lo que Weber también indica al señalar la importancia práctica de la validez axiológica; por el otro, es una *estructura estructurada*: sigue un conjunto particular de máximas. El derecho es, por tanto, de gran trascendencia empírica, y el libre albedrío de sus principales agentes es limitado. En consecuencia, la acción jurídica puede describirse como una agencia ubicada (y limitada) institucional y profesionalmente. Bourdieu señala: “El individuo está siempre, le guste o no, atrapado [...] dentro de los límites del sistema de categorías que le debe a su crianza y formación” (Bourdieu y Wacquant 1992, p. 126). Por tanto, el *habitus*

²⁷ Para una discusión en este punto, véase Dezalay y Madsen (2012, pp. 441-442).

²⁸ Bourdieu documenta ampliamente este punto en su análisis de las categorías del gusto socialmente determinadas (1984).

no se debe a una reacción mecánica a una restricción externa ni a una intención subjetiva y consciente por parte del agente. Es, como se señaló, un sentido práctico particular que se adquiere y se construye socialmente.

Esto también significa decir que el derecho, y ejercer el derecho, es una actividad excepcionalmente limitada. Parafraseando a Bourdieu, los juristas se convierten en las primeras víctimas de su propio oficio. Para mantener la fuerza simbólica del derecho, se ven obligados a creer y defender la validez objetiva de los símbolos de la ley en su experiencia cotidiana (Bourdieu, 1991). La interpretación jurídica está particularmente influenciada por estas limitaciones y se parece de manera importante a la teología en sus variantes doctrinales (Bourdieu, 1971). La aplicación de las normas y otras fuentes del derecho no es en modo alguno libre, sino que está controlada por las jerarquías institucionales y sociales del campo jurídico. En pocas palabras, la importancia que se concede a los fallos de un tribunal superior se debe, en este punto de vista, a la jerarquía socializada del derecho y las fuentes jurídicas, no a la posición institucional formal de dicha institución.

Sin embargo, hay otro problema con el enfoque de Ross en particular (que comparte con muchos viejos realistas estadounidenses), a saber, su fijación en los jueces como clave para explicar el derecho. Si bien los tribunales son ciertamente importantes para el derecho, los estudiosos de la sociología del derecho, y del derecho y la sociedad han demostrado, durante mucho tiempo, que la elaboración de leyes en términos de una práctica cotidiana de resolver cuestiones jurídico-normativas y sus límites, implica un conjunto mucho más amplio de agentes.²⁹ La solución simple a este problema es expandir la agencia relevante más allá de los jueces, nacionales o internacionales, es decir, lo que es relevante para una teoría realista jurídica a este respecto es, en cambio, identificar la agencia real que produce y practica el derecho. Sin embargo, esto no cambia la observación básica de que el objeto clave de investigación para hacer inteligible el derecho es el *homo juridicus* y sus prácticas, y lo que anima y dirige la conducta de ese agente.

5. Campos de prácticas jurídicas

En nuestro desarrollo del NRJEur nos enfocamos en otra noción bourdiana, es decir, en la noción de *campo* que permite un enfoque empírico de abajo hacia arriba para identificar la agencia relevante. La noción de campo sugiere repensar el derecho en torno a la competencia, por el significado del derecho entre los agentes que constituyen un campo jurídico particular, en términos de una estructura de relaciones objetivas entre estas posiciones (a qué posiciones se refieren) (Dezalay y Madsen, 2012). Con este enfoque, podemos identificar empíricamente quiénes son los principales proponentes y productores, además, evitar depender de quiénes, formal o institucionalmente,

²⁹ Como se ha indicado supra, una de las características definitorias del NRJEst es que este no se limita a sí mismo a los jueces, tribunales y su decisión. Estamos de acuerdo con esta postura. Con respecto al NRJEst véase por ejemplo Erlanger et al. (2005), Suchman y Mertz (2010) y Macaulay (2016).

se asume que son los principales productores, por ejemplo, los jueces. Obviamente, hay un alto grado de realismo en este enfoque, ya que convierte en el punto focal del análisis a los productores reales del derecho.

Conceptualmente, el *campo* se define como un lugar de lucha entre diferentes agentes, donde se ocupan diferentes cargos en función de la cantidad y formas de capital. Es una:

[...] red o una configuración de relaciones objetivas entre posiciones. Estas posiciones se definen objetivamente, en su existencia y en las determinaciones que imponen a sus ocupantes, agentes o instituciones, por su situación actual y potencial (*situs*) en la estructura de distribución de especies de poder (o capital) cuya posesión dirige a acceder a beneficios específicos que están en juego en el campo, así como por su relación objetiva con otras posiciones (dominación, subordinación, homología, etc.) (Bourdieu y Wacquant, 1992, p. 97).

El surgimiento de un campo implica un grado de estabilidad estructural, es decir, un conjunto de relaciones objetivas y simbólicas entre agentes e instituciones en torno a cuestiones y problemas cada vez más específicos. Lo que nos interesa es cómo, a través de este proceso de estructuración social, también tiene lugar una estructuración socio-jurídica particular de la agencia relevante. Si bien los campos jurídicos nacionales, en general, son espacios sociales bastante estructurados, donde un conjunto de instituciones, en particular facultades y escuelas de derecho, instituciones jurídicas como tribunales y administraciones públicas, y bufetes de abogados, crean orientaciones jurídicas comunes generales, la investigación muestra que los campos jurídicos más específicos surgen, a menudo en la encrucijada de los campos existentes.³⁰ En nuevos campos jurídicos se desarrollan lógicas jurídicas particulares que desafían la noción de un cuerpo coherente de derecho doctrinal. Empíricamente, existen conceptos y cifras jurídicas generales en muchos campos, pero su significado preciso y relevancia difieren.

Un ejemplo de esto, es la investigación sobre la creación de un campo de derechos humanos en Europa. En una serie de artículos, Madsen ha explorado el surgimiento y transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como interdependiente de la transformación de los derechos humanos, una fuerza nueva y poderosa en la sociedad europea e internacional desde la Segunda Guerra Mundial (Madsen 2010, 2011b, 2016). En este estudio, los emprendedores jurídicos transnacionales ocupan un lugar central, pero en un encuentro siempre cambiante con otros expertos, incluidos diplomáticos, estadistas y activistas. Es la interfaz de las prácticas de las “élites de poder transnacionales”: (Kauppi y Madsen, 2013), las estructuras sociales, las instituciones jurídicas y políticas que ayudan a producir, las que forman el núcleo de la explicación del surgimiento del TEDH y los derechos humanos en

³⁰ Tanto el surgimiento de campos jurídicos específicos como la fertilización cruzada de diferentes campos no-jurídicos han sido explorados por numerosos autores. Por ejemplo, véase Dezalay (1990), Dezalay y Garth (1996), Vauchez (2008) y Edelman (2016).

general. Al identificar estos marcos estructurales y sus movilizaciones concretas, el derecho ya no puede existir solo como una estructura normativa, sino que también es en gran medida un conjunto de prácticas de conocimiento y poder simbólico, que eventualmente produce normas, incluidas normas jurídicas que son empíricamente vigentes, porque los actores relevantes lo consideran axiológicamente vigente.

Como lo demuestran éste y otros estudios relacionados,³¹ la interfaz de la elaboración de leyes de, por ejemplo, un tribunal internacional como el TEDH, sus jueces y las estructuras en las que tiene lugar es relevante para el contenido sustantivo de esas decisiones jurídicas. En otras palabras, el derecho empíricamente vigente, como valorización particular de normas y argumentos, surge con el tiempo como resultado de la convergencia de ideas intersubjetivas de “cuál es” el derecho (axiológicamente vigente) entre los principales actores de campos específicos. Para el propósito de nuestros desarrollos teóricos, la conclusión analítica clave es que la validez empírica del derecho no es solo una construcción social resultante de tales interacciones, sino que también es mucho más dinámica de lo que la mayoría de las teorías jurídicas presumen en su teorización sobre el derecho axiológicamente vigente. Nuestro objetivo es precisamente explorar esa producción dinámica del derecho empíricamente vigente que, en consecuencia, requiere un doble análisis de cómo se produce el derecho a nivel de agencia jurídica, en el sentido de internalizar e intersubjetivizar las ideas jurídicas y el marco estructural de los mismos procesos.

6. Conclusiones

Este trabajo ha delineado los principios fundamentales de nuestro programa para el NJREur. Aunque, esencialmente iusrealista en ambición, nuestro programa encuentra su articulación en una interpretación de un conjunto de pensadores que rara vez se incluyen en el canon del realismo jurídico. Usamos e interpretamos las ideas de una serie de sociólogos y filósofos europeos clave, desde Weber y Ross hasta Bourdieu, que de diferentes maneras han estado buscando una rigurosa ciencia empírica del derecho.

Lo denominamos Realismo Jurídico Europeo, debido a estos dos orígenes y para distinguirlo del Realismo Jurídico Estadounidense que, aunque se superpone en algunos aspectos, siempre ha tenido un enfoque diferente. Dicho esto, nuestro programa es universal, tanto en aplicación como en alcance, y simplemente presenta un nuevo realismo jurídico diferente, uno que está en busca de una ciencia básica del derecho.

Argumentamos que el tipo de aspiraciones de una ciencia jurídica empírica epistemológicamente sólida, que es nuestro interés clave, se remonta al trabajo de Max Weber y, en particular, a su *Rechtssoziologie* y su búsqueda de objetividad en términos de una ciencia social libre de valores. A mediados del

³¹ Véase el notable trabajo de Vauchez (2015).

siglo XX, encontramos un intento renovado de desarrollar una ciencia jurídica empírica en el trabajo de Alf Ross (Holtermann, Christensen y Madsen, 2013). Tres o cuatro décadas después, Pierre Bourdieu hace un llamado a una ciencia jurídica rigurosa que se conecte bien con las ideas originales propuestas, tanto por Weber como por Ross. Además, sostenemos que Bourdieu proporciona al NJREur una mejor concreción de nuestro objeto central de investigación, en particular a través de las dos nociones relacionadas de *habitus* y campo. De ese modo, se encuentran disponibles las herramientas de investigación para realizar un estudio empírico del *homo juridicus* y sus prácticas; es decir, las herramientas para una exploración empírica del derecho vigente.

Nuestro programa, NJREur, obviamente, se parece y se superpone con el NRJEst en muchas dimensiones. Sin embargo, existe una clara diferencia entre NRJEst y NRJEur, que es más visible en el nivel de la epistemología y el objeto de investigación resultante. Nuestro enfoque hace que sea imperativo desarrollar una concepción empírica de la validez del derecho; por lo tanto, no podemos, como algunos en el NRJE, confiar en las delineaciones doctrinales de las normas jurídicas como nuestro objeto de investigación.³² Los críticos pueden acusarnos de proporcionar simplemente una sociología del derecho avanzada, que se toma el derecho más en serio que lo que es común en el derecho y en la doctrina de la sociedad.³³ Nuestra respuesta es que buscamos tender un puente sobre lo que, de manera algo engañosa, se ha denominado dimensiones externas e internas del derecho.³⁴ Sin embargo, a diferencia de otras versiones de NRJEst (Mertz 2005, Erlanger et al. 2005, Macaulay 2016), el objetivo principal de hacerlo no es facilitar la traducción y la cooperación interdisciplinarias. En nuestro caso, la relación es entre una ciencia social y su objeto empírico de estudio, y el puente se construye para proporcionar la mejor comprensión posible de ese objeto. Nuestro concepto para estudiar la validez del derecho como un fenómeno empírico, de hecho, requiere comprender el marco estructural de la producción del derecho en combinación con una observación más detallada del desarrollo normativo. Esto último, sin embargo, no implica *per se* una re-introducción de los métodos doctrinales.³⁵ Estos son relevantes como parte del objeto de investigación, pero no como métodos de investigación. De manera más general, esto también significa que la mayor ambición institucional, que es fundamental para el NRJEst,³⁶ es más una ocurrencia tardía en el contexto del NJREur. Sin embargo, si el argumento epistemológico del NRJEur es correcto y, lo que es más importante, es ampliamente aceptado como tal, naturalmente tiene consecuencias institucionales, tanto para las facultades de derecho como para las escuelas de

³² Cfr. por ejemplo, Nourse y Shaffer (2014, pp. 108 y 110), Shaffer (2015) y Leiter (2007).

³³ Una crítica similar podría por supuesto estar nivelada a algún NRJE, el cual también busca un entendimiento más sofisticado en la creación del derecho.

³⁴ Véase Holtermann (2017).

³⁵ Véase Holtermann y Madsen (2016b)

³⁶ Como se ha indicado de forma clara, por ejemplo, en Schuman y Mertz (2010).

derecho. Y NRJEst y NRJEur convergen en el punto de que esa consecuencia es algo positivo para el desarrollo de la ciencia jurídica.

7. Bibliografía

Bourdieu, Pierre. "Genèse et structure du champ religieux". *Revue française de sociologie*, 12 (3), 1971, 295-334.

Bourdieu, Pierre. *Outline of a Theory of Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

Bourdieu, Pierre. *Distinction: A Social Critique of the Judgement of Taste*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984.

Bourdieu, Pierre. La force du droit : Éléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, septiembre 1986, pp. 3-19.

Bourdieu, Pierre. (1987). The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *The Hastings Law Journal*, 38 (5), 1987, pp. 805-853.

Bourdieu, Pierre. (1991). Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. In Chazel, F. and Comaille, J. (eds) *Norms juridiques et régulation sociale*, Paris: LGDJ, 1991, pp. 95-99.

Bourdieu, Pierre. y Wacquant, L., *An invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.

Christiansen, M. J., Holtermann, J. v. H. y Madsen, M. R. Replic til en dogmatiker. *Retfærd - Nordic Journal of Law and Justice*, 36 (4), 2013, pp. 98-102.

Dezalay, Yves. The Big Bang and the Law: The Internationalization and Restructuration of the Legal Field. *Theory, Culture & Society*, 7(2-3), 1990, pp. 279-293.

Dezalay, Yves. y Garth, B. G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

Dezalay, Yves. y Madsen, M. R., The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law. *Annual Review of Law and Social Science*, 8, 2012, 433-452.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

Edelman, L. B., *Working Law: Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*. Chicago: University of Chicago Press, (2016).

Erlanger, H.S., Garth, B., Larson, J.E., Mertz, E., Nourse, V. y Wilkins, D.B. Is It Time for a New Legal Realism? *Wisconsin Law Review*, 2005 (2), pp. 335–363.

Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed, with a Postscript. Oxford: Clarendon Press, 2011

Geiger, T. J. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts durchgesehen und herausgegeben von Manfred Rehbinder*. Berlín: Duncker & Humblot, 1987.

Green, M.S. Leiter on the Legal Realists. *Law and Philosophy*, 30 (4), 2011, pp. 381–418.

Habermas, J., *Faktizität und Geltung - Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats Inhalt*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp Verlag, 1992.

Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Holtermann, J. v. H.. Getting Real or Staying Positive? Legal Realism(s), Legal Positivism, and the Prospects of Naturalism in Jurisprudence. *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 29 (4), 2016, pp. 535–555.

Holtermann, J. v. H. A Straw Man Revisited: Resettling the Score between H.L.A. Hart and Scandinavian Legal Realism. *Santa Clara Law Review*, 57 (1), 2017, pp. 1–41.

Holtermann, J. v. H. Christensen, M. J. y Madsen, M. R. Kan retsvidenskaben være empirisk? Om aktualiteten af Alf Ross' empiriske vending i retsfilosofien. *Retfærd - Nordic Journal of Law and Justice*, 36 (2), 2013, 3–22.

Holtermann, J. v. H. y Madsen, M. R. European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible. *Leiden Journal of International Law*, 28(2), 2015, pp. 211–230.

Holtermann, J. v. H. y Madsen, M. R. High Stakes and Persistent Challenges - A Rejoinder to Klabbers and Augsberg. *Leiden Journal of International Law*, 28(3), 2015, pp. 487–493.

Holtermann, J. v. H. y Madsen, M. R. Toleration, Synthesis or Replacement?: The “Empirical Turn” and its Consequences for the Science of International Law. *Leiden Journal of International Law*, 29 (4), 2016, pp. 1001–1019.

Holtermann, J. v. H. y Madsen, M. R. (2016b). What is Empirical in Empirical Studies of Law? A European New Legal Realist Conception. *Retfærd - Nordic Journal of Law and Justice, Special issue on European New Legal Realism*, 39 (4), 2016, pp. 3–21.

Kauppi, N. y Madsen, M. R. editores. *Transnational Power Elites: The New Professionals of Governance, Law and Security*. Londres: Routledge, 2013.

Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press, 1967.

Leiter, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Macaulay, Stewart. New Legal Realism: Unpacking a Proposed Definition. *UC Irvine Law Review*, 6 (2), 2016, pp. 149–168.

Madsen, M. R. *La genèse de l'Europe des droits de l'homme : Enjeux juridiques et stratégies d'Etat (France, Grande-Bretagne et pays scandinaves, 1945–1970)*. Estrasburgo: Presses universitaires de Strasbourg, 2010.

Madsen, M. R. Reflexivity and the Construction of the International Object: The Case of Human Rights. *International Political Sociology*, 5 (3), 2011, pp. 259–275.

Madsen, M. R. The Protracted Institutionalisation of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence. *The European Court of Human Rights between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 43-60.

Madsen, M. R. The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash. *Law & Contemporary Problems*, 79 (1), 2016, pp. 141–178.

Mertz, E., Challenging Translations: New Legal Realists Methods. *Wisconsin Law Review*, 2005 (2), 2005, pp. 482–489.

Nourse, V. y Shaffer, G. Varieties of Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? *Cornell Law Review*, 95 (1), 2009, pp. 61–138.

Nourse, V. y Shaffer, G. Empiricism, Experimentalism, and Conditional Theory. *SMU Law Review*, 67 (1), 2014, pp. 101–142.

Radbruch, G. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (1), 2006, pp. 1–11.

Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

Ross, Alf. *On Law and Justice* (trad. Jakob v. H. Holtermann) Oxford: Oxford University Press, 2019.

Ross, A Alf. (2005). *Sobre el Derecho y la Justicia* (trad. Genaro Carrió). Buenos Aires: Eudeba. 2005.

Schafer, Frederick. *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Massachusetts: Harvard University Press., 2009.

Shaffer, Gregory. The New Legal Realist Approach to International Law. *Leiden Journal of International Law*, 28 (2), 2015, pp. 189-210.

Shamir, Ronen. *Managing Legal Uncertainty: Elite Lawyers in the New Deal*. Durham: Duke University Press, 1995.

Suchman, M. C. y Mertz, E. Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism. *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 2010, pp. 555-579.

Vaucher, A. The Force of a Weak Field: Law and Lawyers in the Government of the European Union (For a Renewed Research Agenda). *International Political Sociology*, 2 (2), 2008, pp. 128-144.

Vaucher, A. *Brokering Europe. Lawyers and the formation of a Transnational Polity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Weber, M. *Critique of Stammler*. New York: Free Press, 1977.