

## **Tipos de contribuciones resultantes de la investigación jurídica: una guía práctica<sup>1</sup>**

MARTHA MINOW<sup>2</sup>

### RESUMEN

La autora, Decana y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, presenta aquí una guía práctica en la que describe los diversos tipos de investigaciones jurídicas que existen y sus principales contribuciones.

### PALABRAS CLAVE

Guía práctica - Investigaciones jurídicas - Resultados.

## **Archetypal legal scholarship: a field guide**

### ABSTRACT

In the current paper, the author, Dean and Professor at Harvard Law School, presents a field guide that describes the varieties of legal scholarship and its main contributions.

### KEYWORDS

Field guide - Legal Scholarship - Contributions.

<sup>1</sup> Publicado originalmente como "Archetypal legal scholarship: a field guide", en *Journal of Legal Education*, vol. 63, nro. 1 (2013), pp. 65-69. Traducción a cargo de Celeste Salomé Novelli. Los editores agradecen la generosidad de la autora y los editores originales en permitir la traducción y reproducción del artículo.

<sup>2</sup> Dean, Jeremiah Smith, Jr. Professor, Harvard Law School.

Ha sido para mí un placer convertirme en una persona de referencia para aquellas personas que consideran la posibilidad de convertirse en profesores/as de Derecho. Aun así, no siempre ha sido fácil guiarlas en sus propios proyectos de investigación y reflexionar sobre cómo sus ideas se conectan con los diversos estudios legales. Un día decidí escribir una “guía práctica”, con el propósito de que tuviera una función similar a los manuales de aves que contienen imágenes y descripciones que auxilian a los avistadores, tanto principiantes como expertos. Luego de haber revisado y compartido la “guía”, ésta comenzó a ser difundida por vías informales y a circular por Internet. Consideré entonces que era tiempo de convertirla en una publicación oficial, y los editores del *Journal of Legal Education* apoyaron generosamente la propuesta. La explosión de investigaciones interdisciplinarias en derecho contribuye a la variedad de los estudios legales del mismo modo que el contraste en el tipo de razonamiento que se realiza al interior y por fuera de las facultades de derecho. Es en este lugar donde intentamos preparar a las personas para que puedan ejercer la práctica en las instituciones de manera eficaz y para que asuman los roles de críticos, reformadores de las instituciones y de juristas capaces de brindar explicaciones y de realizar un análisis en términos distintos a los de los actores que operan desde adentro de los sistemas legales. A continuación presento una guía práctica sobre los principales tipos de contribuciones que resultan de la investigación jurídica.

I. *Doctrinal “restatement”*,<sup>3</sup> por ejemplo, Robert Clark, *Corporate Law*;<sup>4</sup> Laurence Tribe, *Constitutional Law*,<sup>5</sup> y Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-defense*.<sup>6</sup>

- a) Organizan y reorganizan los casos en elementos, categorías y conceptos coherentes.
- b) Distinguen entre el derecho establecido y el derecho emergente.

<sup>3</sup> N. de la T.: se trata de publicaciones que presentan en detalle el marco legal y teórico de un área determinada del Derecho.

<sup>4</sup> CLARK, Robert Charles, *Corporate Law*, Aspen Publishers, 1986.

<sup>5</sup> TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3ª ed., Foundation Press, 2000.

<sup>6</sup> DINSTEIN, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, 5ª ed., Cambridge University Press, 2000.

- c) Identifican las diferencias entre las prácticas mayoritarias y aquellas que son “preferibles” o “mejores”, idealmente incluyen alguna explicación sobre los criterios que deben ser utilizados.

II. *Reformulación de proyectos*, por ejemplo, Charles Reich, “The New Property”;<sup>7</sup> L. L. Fuller y William R. Perdue, Jr., “Reliance Interest in Property”;<sup>8</sup> Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”;<sup>9</sup> Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”.<sup>10</sup>

- a) Reúnen más de una “línea” de casos sobre campos doctrinarios, categorías o desarrollos históricos, y demuestran por qué pertenecen a la misma familia de casos o presentan discrepancias injustificadas.
- b) Ofrecen un nuevo paradigma que permite reconocer el material pasado, presente y futuro.

III. *Análisis de las políticas públicas*, por ejemplo, Elizabeth Bartholet, *Nobody’s Children: Abuse and Neglect, Foster Drift, and the Alternative of Adoption*;<sup>11</sup> Jeff Sovern, “Opting in, Opting Out, or No Options At All: The Fight for Control of Personal Information”;<sup>12</sup> Russell Korobkin, “Bounded Rationality and Unconscionability: A Behavioral Approach to Policing Form Contracts”;<sup>13</sup> Roderick Hills, Jr., “Is Federalism Good for Localism? The Localist Case for Federalist Regimes”; William W. Fisher III, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> REICH, Charles, “The New Property”, en 73 *Yale L. J.* 733 (1964).

<sup>8</sup> FULLER, L. L. y William R. PERDUE JR., “Reliance Interest in Property”, en 46 *Yale L. J.* 52 (1936).

<sup>9</sup> WARREN, Samuel D. y Louis D. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, en 4 *Harv. L. Rev.* 193 (1890).

<sup>10</sup> CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, en 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972).

<sup>11</sup> BARTHOLET, Elizabeth, *Nobody’s Children: Abuse and Neglect, Foster Drift, and the Alternative of Adoption*, Beacon Press, 2000.

<sup>12</sup> SOVERN, Jeff, “Opting in, Opting Out, or No Options At All: The Fight for Control of Personal Information”, en 74 *Wash. L. Rev.* 1033 (1999).

<sup>13</sup> KOROBKIN, Russell, “Bounded Rationality and Unconscionability: A Behavioral Approach to Policing Form Contracts”, en 70 *U. Chi. L. Rev.* 1203 (2003).

<sup>14</sup> FISHER III, William W., *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, 1ª ed., Stanford Law and Politics, 2004.

- a) Estructura tradicional: presentan el problema; buscan alternativas para su tratamiento; proponen un esquema o un método evaluativo y recomiendan cuál es la mejor solución.
- b) Atribuyen el problema anteriormente identificado a: la distancia entre el objetivo de la política pública y el mecanismo para su implementación; la existencia de un conflicto con otro objetivo que también se persigue; la falta de adecuación de las reglas o prácticas legales frente a las cambiantes circunstancias sociales, económicas, biológicas o técnicas; o la utilización de premisas erróneas como ha sido demostrado por la revisión histórica, el modelo económico, la investigación psicológica o las evidencias obtenidas en otras disciplinas.
- c) El estudio de la política pública no consiste meramente en un resumen: comprende un análisis objetivo del abanico de alternativas y de los criterios utilizados que resulta útil incluso para aquellas personas que no concuerdan con las premisas, la metodología o las conclusiones.

IV. *Puesta a prueba de presupuestos sobre la sociedad, la economía o los seres humanos que están ampliamente arraigados en el ámbito jurídico o cuyo contenido se asume como una derivación lógica de las fuentes legales*, por ejemplo, Robert Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*;<sup>15</sup> Robert H. Mnookin y Lewis Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law",<sup>16</sup> Lucian Bebchuk y Alma Cohen, "The Costs of Entrenched Boards".<sup>17</sup>

- a) Toman una proposición que es usualmente presupuesta o que resulta familiar para los abogados y los teóricos del derecho.
- b) Llevan a cabo una investigación empírica sobre la validez de aquella proposición, o proceden a resumir y evaluar el trabajo empírico ya realizado por la comunidad científica, o inician la construcción de un modelo o presentan y aplican los modelos desarrollados previamente por otros.

<sup>15</sup> ELLICKSON, Robert, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1994.

<sup>16</sup> MNOOKIN, Robert H. y LEWIS KORNHAUSER, "Bargaining in the Shadow of the Law", en 88 *Yale L. J.* 950 (1979).

<sup>17</sup> BEBCHUK, Lucian y ALMA COHEN, "The Costs of Entrenched Boards", en 78 *J. Financial Economics* 409 (2005).

- c) Procesan los resultados de la investigación a los fines de ser divulgados al público vinculado con el Derecho.

V. *El estudio, la explicación y la evaluación de las instituciones legales, los sistemas y los actores institucionales*, por ejemplo, Abram Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation";<sup>18</sup> Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead";<sup>19</sup> Richard Lempert, "A Classic at 25: Reflections of Galanter's 'Haves' Article and Work It Has Inspired";<sup>20</sup> George L. Priest y Benjamin Klein, "The Selection of Disputes for Litigation";<sup>21</sup> Judith Resnik, "Managerial Judges";<sup>22</sup> Patricia Ewick y Susan Silbey, *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*;<sup>23</sup> David B. Wilkins y Mitu G. Gulati, "Reconceiving the Tournament of Lawyers: Tracking, Seeding, and Information Control in the Internal Labor Markets of Elite Law Firms".<sup>24</sup>

- a) Ofrecen un análisis histórico, antropológico, sociológico o económico del comportamiento de los actores o de las instituciones legales, abordando su complejidad, la brecha existente entre la teoría y la práctica, sus dinámicas y sus distintos significados y efectos.
- b) Utilizan métodos y/o modelos empíricos o interpretativos.
- c) Proponen una evaluación normativa o una agenda de trabajo para profundizar la investigación en el futuro.

VI. *Estudios críticos*: por ejemplo, Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication";<sup>25</sup> Robert Cover, "Supreme Court,

<sup>18</sup> CHAYES, Abram, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", en 89 *Harv. L. Rev.* 1281 (1976).

<sup>19</sup> GALANTER, Marc, "Why the 'Haves' Come out Ahead", en *Wis. L. Rev.* 1974.

<sup>20</sup> LEMPERT, Richard, "A Classic at 25: Reflections of Galanter's 'Haves' Article and Work It Has Inspired", en 33 *Law & Society Rev.* 1099 (1999).

<sup>21</sup> PRIEST, George L. y Benjamin KLEIN, "The Selection of Disputes for Litigation", en 13 *J. Legal. Stud.* 1 (1984).

<sup>22</sup> RESNIK, Judith, "Managerial Judges", en 96 *Harv. L. Rev.* 374 (1982).

<sup>23</sup> EWICK, Patricia y Susan SILBEY, *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*, 1ª ed., University of Chicago Press, 1998.

<sup>24</sup> WILKINS, David B. y Mitu G. GULATI, "Reconceiving the Tournament of Lawyers: Tracking, Seeding, and Information Control in the Internal Labor Markets of Elite Law Firms", en 84 *Va. L. Rev.* 1581 (1998).

<sup>25</sup> KENNEDY, Duncan, "Form and Substance in Private Law Adjudication", en 89 *Harv. L. Rev.* 1685 (1976).

1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative”;<sup>26</sup> Kimberle Crenshaw, “Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”;<sup>27</sup> David Shapiro, *Federalism: A Dialogue*.<sup>28</sup>

- a) Visibilizan presunciones implícitas, patrones o resultados, estructuras inconsistentes internamente u otras tensiones que se encuentran dentro de un ordenamiento jurídico, las prácticas legales o las instituciones.
- b) Subrayan las tensiones, contradicciones o paradojas que se apoyan en la normativa o en las prácticas legales; éstas a veces no son resueltas pero en cambio intentan vincularlas con las grandes dificultades psicológicas, sociales o filosóficas y los esfuerzos políticos o normativos.

VII. *Estudios históricos y comparativos*, por ejemplo, Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law*;<sup>29</sup> Bruce H. Mann, *Republic of Debtors: Bankruptcy in the Age of American Independence*;<sup>30</sup> William Forbath, “The Shaping of the American Labor Movement”.<sup>31</sup>

- a) Ofrecen una detallada descripción de un período anterior o de regímenes jurídicos diferentes.
- b) Satisfacen los criterios de la Antropología o la Historia con relación al uso de las fuentes, la triangulación y su contextualización.
- c) Sugieren cómo este tipo de estudio alumbró las diferencias, las preferencias o las continuidades entre las prácticas nacionales contemporáneas.

<sup>26</sup> COVER, Robert M., “Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative”, en 97 *Harv. L. Rev.* 1 (1984).

<sup>27</sup> CRENSHAW, Kimberle, “Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”, en 101 *Harv. L. Rev.* 1331 (1988).

<sup>28</sup> SHAPIRO, David, *Federalism: A Dialogue*, 1ª ed., Northwestern University Press, 1995.

<sup>29</sup> GLENDON, Mary Ann, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, 1989.

<sup>30</sup> MANN, Bruce H., *Republic of Debtors: Bankruptcy in the Age of American Independence*, Harvard University Press, 2009.

<sup>31</sup> FORBATH, William, “The Shaping of the American Labor Movement”, en 102 *Harv. L. Rev.* 1109 (1989).

VII. *Jurisprudencia, Filosofía del Derecho, y conexiones entre la Filosofía y el Derecho*, por ejemplo, Ronald Dworkin, "Law's Empire";<sup>32</sup> Catharine MacKinnon, "Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence";<sup>33</sup> Richard A. Posner, "The Problematics of Moral and Legal Theory";<sup>34</sup> Seana Shiffrin, "Speech, Death, and Double Effect".<sup>35</sup>

- a) Desarrollan o elaboran una teoría que trata de explicar de qué manera el Derecho en su conjunto o buena parte de él está interrelacionado.
- b) Trabajan con teorías alternativas.
- c) Demuestran la contribución de la teoría al rompecabezas conceptual o doctrinario o a la resolución de problemas prácticos.
- d) Presentan una perspectiva avanzada de la justicia o de aquello que las normas jurídicas deberían perseguir.

IX. *Combinaciones*, por ejemplo, Cass Sunstein, "Interest Groups in American Public Law";<sup>36</sup> Derrick Bell, Jr., "Brown vs. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma";<sup>37</sup> Lani Guinier, "The Triumph of Tokenism";<sup>38</sup> Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, "Voting in Corporate Law";<sup>39</sup> Ian Haney López, *White by Law: The Legal Construction of Race*.<sup>40</sup>

Fecha de recepción: 18-4-2014.

Fecha de aceptación: 18-5-2014.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

<sup>33</sup> MACKINNON, Catharine, "Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence", en 8 *Signs* 635 (1983).

<sup>34</sup> POSNER, Richard A., *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Belknap Press of Harvard University Press, 2002.

<sup>35</sup> SHIFFRIN, Seana, "Speech, Death, and Double Effect", en 78 *NYU Law Review* 1135 (2003).

<sup>36</sup> SUNSTEIN, Cass, "Interest Groups in American Public Law", en 38 *Stan. L. Rev.* 29 (1985).

<sup>37</sup> BELL JR., Derrick A., "Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma", en 93 *Harv. L. Rev.* 518 (1980).

<sup>38</sup> GUINIER, Lani, "The Triumph of Tokenism", en 89 *Mich. L. Rev.* 1077 (1991).

<sup>39</sup> EASTERBROOK Frank H. y DANIEL R. FISCHEL, "Voting in Corporate Law", en 26 *J. L & Econ.* 395 (1983).

<sup>40</sup> HANEY LÓPEZ, Ian, *White by Law: The Legal Construction of Race*, NYU Press, 1996, rev. ed. 2006.