REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN 248 (julio - diciembre) 2020: 149-167 ISSN 0303-9986

DOI: 10.29393/RD248-15DHET10015

*DERECHO, HECHOS Y PODER**

LAW, FACTS AND POWER

ELIZABETH THORNBURG**

RESUMEN

La decisión de la Corte Suprema estadounidense en *Ashcroft v. Iqbal* es errónea por varios motivos. Este trabajo solo trata uno de ellos: su peregrino regreso a un sistema de alegaciones que exige que litigantes y jueces distingan entre alegaciones de hecho y de derecho. Este giro no solo revive una distinción que fue abandonada a propósito por la generación que redactó las Leyes Federales de Procedimiento Civil, sino que sirve como un ejemplo de las múltiples dificultades que tal distinción ha creado. Las grietas en la distinción entre hecho y derecho son evidentes en el caso Iqbal, tanto en su ya connotada sección de alegaciones como en la mucho menos atendida sección acerca de la competencia de la Corte para conocer del caso. El caso

*Traducido del original: Thornburg, Elizabeth, "Law, Facts, and Power", *Penn State Law Review*, Vol. 114, 2009, pp. 1-12. Traducción a cargo de Rodrigo Tapia Salvo, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: salvo.tapia.rodrigo@gmail.com. El traductor agradece a la profesora Elizabeth Thornburg por autorizar la publicación de esta traducción. También da las gracias al profesor Jorge Larroucau por la motivación para traducir este trabajo y su revisión final del texto.

Esta traducción es parte de un proyecto Fondecyt Regular (Nº 1200232: "El derecho en los hechos. Formulación de un concepto normativo-jurídico de sana crítica como sistema institucional de ponderación libre de la prueba judicial", 2020-2021) cuyo investigador responsable es el profesor Johann Benfeld (N. del T.).

**Elizabeth Thornburg es profesora de la Facultad de Derecho Dedman de la Universidad Metodista del Sur en Dallas, Texas (EE. UU.). Imparte docencia e investiga en el área del proceso civil y los métodos alternativos de resolución de conflictos. Su investigación se basa en su experiencia en derechos civiles y litigación comercial y se enfoca en la justicia procedimental de la litigación, especialmente en la fase de formación del debate, acceso a la prueba y decisión del jurado. También escribe e imparte docencia en las áreas de derecho procesal comparado, métodos electrónicos de resolución de conflictos y la intersección entre derecho y cultura. Correo electrónico: ethornbu@mail.smu.edu. Código Orcid: https://orcid.org/0000-0001-6312-0999.

Trabajo recibido para su evaluación el 28 de octubre de 2020, y aprobado para su publicación el 1 de diciembre de 2020.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Iqbal, además, pone de relieve los asuntos de poder que acechan tras las etiquetas "hecho" y "derecho". El mal uso que hace la Corte del binomio hecho/derecho les da más autoridad a los jueces que a los jurados y permite que los jueces de apelación revisen tales decisiones sin deferencia con el fallo de primera instancia. Junto con lo anterior, al emplear un caso para cambiar una concepción bien asentada de una regla procesal, el caso Iqbal le permite a la misma Corte Suprema evitar el participativo y transparente procedimiento de reforma a las Leyes Federales de Procedimiento Civil y alterar el equilibrio de poder entre los tribunales y el Congreso.

Palabras clave: Alegaciones de hecho, Alegaciones de derecho, Leyes Federales de Procedimiento Civil, Corte Suprema EEUU, Iqbal, Twombly.

ABSTRACT

The Supreme Court's opinion in *Ashcroft v. Iqbal* is wrong in many ways. This study is about only one of them: the Court's single-handed return to a pleading system that requires lawyers and judges to distinguish between pleading facts and pleading law. This move not only resuscitates a distinction purposely abandoned by the generation that drafted the Federal Rules of Civil Procedure, but also serves as an example of the very difficulties created by the distinction. The chinks in the law-fact divide are evident in Iqbal itself - both in the already notorious pleading section of the opinion, and in the much-less-noted section on whether the Court even had jurisdiction over the case, which also turned on the distinction between law and fact. Iqbal further demonstrates the power issues that lurk below the "law" and "fact" labels. The Court's misuse of the law/fact divide allocates authority to judges rather than juries, and gives appellate judges the power to review those decisions with no deference to the trial court. In addition, by using a case to change the long-established interpretation of a procedure rule, Iqbal allowed the Supreme Court itself to avoid the transparent and participatory process for amending the Federal Rules of Civil Procedure, and altered the balance of power between the Court and Congress.

Keywords: Pleadings facts, Pleading law, Federal Rules of Civil Procedure, Supreme Court of the United States, Iqbal, Twombly.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

No hay una distinción lógica entre las afirmaciones que los tribunales agrupan bajo las etiquetas "declaraciones de hecho" y "conclusiones jurídicas".
– Walter Wheeler Cook (1921)

Un tribunal que conoce una petición de rechazo puede comenzar por identificar las alegaciones que no merecen ser asumidas como la verdad ya que no son más que conclusiones. Las conclusiones jurídicas pueden constituir el marco de una demanda siempre y cuando estén basadas en alegaciones de hecho.
– Juez Anthony Kennedy (2009).

I. INTRODUCCIÓN

En mayo de 2009 la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió el caso *Ashcroft v. Iqbal*.[1] En el contexto de una demanda interpuesta debido a las detenciones de personas árabes musulmanes inmediatamente después de los atentados del día 11 de septiembre, la Corte anunció cambios radicales en su interpretación de las normas que regulan las alegaciones jurídicas.[2] Sin realmente modificar las leyes, sin el consejo del Comité Asesor y a pesar de la opinión que sigue más abajo,[3] que fue escrita por algunos de los jueces más respetados y políticamente diversos del Segundo Distrito,[4] la Corte Suprema formalizó una nueva propuesta para evaluar la suficiencia de la demanda del actor y la relación entre sus alegaciones y la fase de descubrimiento de pruebas.

En una especie de *déjà vu,* la Corte nos regresó a un mundo en el que las alegaciones fácticamente posibles (sin "hombrecitos verdes", vuelos a

[1] Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 18 de mayo de 2009, *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1937 (2009).

[2] Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 21 de mayo de 2007, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007). Con esta decisión se inició el proceso, pero el caso *Iqbal* confirmó que los cambios de la Corte son aplicables en forma general y cambió un difuso examen de plausibilidad por una valla de dos saltos que todos los demandantes deben sortear.

[3] Corte de Apelaciones del Segundo Circuito (Estados Unidos), Sentencia del 14 de junio de 2007, *Iqbal v. Hasty*, 490 F.3d 143 (2do Cir. 2007).

[4] Ídem. La sala estaba constituida por los jueces Newman, Cabranes y Sack.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Plutón o viajes en el tiempo)[5] pero muy generales no cuentan. Las nuevas órdenes para los jueces federales son: (1) Identificar las alegaciones que son simplemente "conclusiones jurídicas" o "concluyentes" e ignorarlas; (2) Tomar las alegaciones restantes como verdaderas, pero si son circunstanciales como ocurre a menudo y en especial cuando las declaraciones concluyentes no se tienen en cuenta, considerar si pueden servir para inferir que es plausible que el demandante prevalezca. Para que una inferencia sea "plausible" el juez debe decidir, basado en su experiencia y sentido común, que la inferencia es tan probable como cualquier otra inferencia que compita con ella. Si la evidencia circunstancial que se propuso no es suficiente, el caso *Iqbal* indica que el juez debe desestimar el caso sin permitir la fase de descubrimiento de pruebas.

La opinión de la Corte Suprema en *Ashcroft v. Iqbal* es errónea en varios aspectos. Este trabajo solo trata uno de ellos: el retorno unilateral de la Corte a un sistema de alegaciones que requiere que los abogados y jueces distingan entre alegaciones de hechos y su fundamento jurídico. Este retorno no solo revive una distinción abandonada a propósito por la generación que redactó las Leyes Federales de Procedimiento Civil sino que también sirve como un ejemplo de las dificultades que tal distinción provocó. Las debilidades de la disputa entre alegaciones de hecho-derecho son evidentes en el mismo caso *Iqbal*, tanto en la ya célebre parte de las alegaciones como en la menos conocida parte que trata el tema de la competencia de la Corte sobre el caso que también se funda en la distinción entre alegaciones de hecho y derecho. El caso *Iqbal* además revela los asuntos de poder que se ocultan tras las etiquetas de "hecho" y "derecho". La invocación de la Corte en cuanto a que "todo es derecho" le otorga más poder a los jueces que al jurado, y le da poder a los jueces de apelación para revisar esas decisiones sin deferencia por lo resuelto en el tribunal de primera instancia. Además, al utilizar un caso para cambiar una interpretación de una regla procesal fijada por mucho tiempo, *Iqbal* le permitió a la Corte Suprema eludir el proceso transparente y participativo de modificación de las Leyes Federales de Procedimiento Civil, lo que alteró el equilibrio de poder entre la Corte y el Congreso.

[5] Corte Suprema (Estados Unidos), *Ashcroft v. Iqbal*, cit. (n. 1), p. 1960 (disidencia del juez Souter).

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

II. LAS LECCIONES DE LA HISTORIA: DERECHO, HECHOS, ÁNGELES Y CABEZAS DE ALFILER

Si cada generación de juristas dedica su tiempo a intentar corregir los errores de la que le precede, no lo va a conseguir si comete los mismos errores de la generación anterior. La búsqueda infructuosa por la alegación jurídica perfecta basada solo en hechos operativos –sin "conclusiones jurídicas" ni "evidencias"– fue abandonada en la década de los años treinta por múltiples razones. Desde un punto de vista utilitarista, dicha búsqueda produjo una cantidad innumerable tanto de peticiones ineficientes como de fallos y apelaciones con respecto a la suficiencia de las alegaciones, lo que consumió tiempo y dinero sin un mayor beneficio sistémico a cambio. Y desde un prisma jurisprudencial, el advenimiento del realismo jurídico demostró que la distinción era efímera. Uno podría calcular cuántos ángeles pueden bailar en la cabeza de un alfiler[6] con la misma facilidad que explica –por ejemplo– que su alegación de que algo constituyó una "contraprestación pecuniaria", o que el demandando fue "negligente" o que "B le debe a A $50.000", resulta una cuestión de derecho o de hecho.[7]

Las intuiciones de quienes redactaron las Leyes Federales de Procedimiento Civil en este punto han sido confirmadas por el desarrollo moderno de la ciencia cognitiva y su impacto en el debate filosófico posterior, acerca del binomio hecho-derecho. Es teóricamente posible distinguir hecho de derecho definiendo al primero como "una realidad que existe con independencia del reconocimiento de la mente consciente de quien la percibe".[8] Sin embargo, el sistema jurídico debe operar dentro de los límites del lenguaje humano –el testimonio de quienes perciben

[6] Baxter, Richard, *The Reasons of the Christian Religion*, 1667. "Y Schibler junto a otros hacen una distinción, pues los ángeles pueden reducirse a una sola porción de espacio… Por lo que los académicos se han preguntado, ¿cuántos ángeles pueden sentarse en la punta de una aguja?". Los filósofos escolásticos naturalmente no pretendían contar ángeles sino entrenar a sus alumnos en razonamiento abstracto. De un modo similar, la decisión del juez Kennedy asume que el razonamiento abstracto puede conducir a los jueces a distinguir entre hecho y derecho o entre declaraciones concluyentes y no concluyentes. Véase: Alford, Ryan, "How Do You Trim the Seamless Web: Considering the Unintended Consequences of Pedagogical Alterations", *University of Cincinnati Law Review*, 2009, Vol. 77, N°4, pp. 1293-94 y 98.

[7] Véase: Cook, Walter, "Statements of Fact in Pleading Under the Codes", *Columbia Law Review*, 1921, Vol. 21, N°5, p. 416; que apunta al desacuerdo entre las Cortes de Apelaciones en este tema.

[8] Lawson, Gary, "Proving the Law", *Northwestern University Law Review*, 1992, Vol. 86, pp. 859, 866.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dicha realidad– y las personas piensan y se expresan utilizando categorías.[9] Considere, por ejemplo, los comentarios de quienes redactaron las Leyes Federales de Procedimiento Civil en lo que respecta a las conclusiones que forman parte del lenguaje cotidiano, a las cuales se refirieron como "hechos no probatorios":

> "Todo caso implica el uso de cientos o miles de hechos sin evidencia. Cuando un testigo en un caso de accidente automovilístico dice "vehículo", todo el mundo, incluyendo al juez y al jurado, obtiene información de fuente personal, la información suplementaria de que el "vehículo" es un automóvil y no un vagón de tren, que se impulsa a sí mismo probablemente por medio de un motor de combustión interno, supuestamente con cuatro ruedas de neumáticos de goma, comprimidos con aire, etcétera".[10]

"Vehículo", por ende, es una conclusión. "Acelerar" es una conclusión al igual que lo es "descuido" o "negligencia". Etiquetar algunas de estas conclusiones como "derecho" y otras como "hecho" es un ejercicio arbitrario, la elección de un punto en una escala de especificidad en la cual lo que es muy general se cataloga como conclusión, lo que es muy específico se etiqueta como hecho y lo que tiene características intermedias se cataloga como una mezcla entre hecho y derecho. Mientras que los comentaristas discrepan, en un nivel filosófico, en cuanto a la existencia de una distinción cualitativa u ontológica entre hecho y derecho, hay un firme consenso en que las distinciones que los tribunales hacen están basadas en razones políticas en ves de la lógica, y que no son hechas en una manera clara y predecible.[11]

Dado que no existe un límite claro entre las cuestiones jurídicas y

[9] En respuesta a Lawson: Friedman, Richard, "Standards of Persuasion and the Distinction Between Fact and Law", *Northwestern University Law Review*, 1992, Vol. 86, pp. 916, 917-20.

[10] Notas del Comité Asesor a la "Federal Rule of Evidence N° 201", citando a: Davis, Kenneth, "A System of Judicial Notice Based on Fairness and Convenience", *Perspectives of Law,* 1964, Vol. 69, p. 73; Levin, A.; Levy, Robert, "Persuading the Jury With Facts Not in Evidence: The Fiction-Science Spectrum", *University of Pennsylvania Law Review*, 1956, Vol. 105, N°2, p. 139. Véase también: Thayer, James, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown, and Company, Boston, 1898, pp. 279-80; "Al llevar a cabo un proceso de razonamiento judicial a partir de otro razonamiento no se puede dar ni un solo paso sin asumir algo que no ha sido probado; y la capacidad para realizar esto de un modo competente y eficaz se imputa a los jueces y jurados como parte de su necesaria preparación mental".

[11] Véase, por ejemplo, Allen, Ronald; Pardo, Michael, "The Myth of the Law-Fact Distinction", *Northwestern University Law Review*, 2003, Vol. 97, pp. 1769-1770; Monaghan, Henry, "Constitutional Fact Review", *Columbia Law Review*, 1985, Vol. 85, p. 229.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

las cuestiones de hecho las decisiones judiciales que se basan en dicha distinción son un pantano de inconsistencia. A pesar de intentos sinceros por desarrollar líneas jurisprudenciales claras y predecibles los casos difieren por razones que no pueden explicarse por algún tipo de diferencia inherente entre "hecho principal" y "conclusión jurídica", especialmente en el amplio mundo de las cuestiones que constituyen una mezcla de hecho y derecho. Por ende, no es de sorprender que los casos de alegaciones del viejo código fuercen a tomar decisiones que generan miles de otros casos con poca claridad.[12]

Los juicios de responsabilidad por culpa son ejemplos de dónde nos puede llevar el insistir en ser indiferente hacia las "conclusiones jurídicas". Muchos tribunales exigían alegaciones muy específicas de teorías fácticas de negligencia, pero le permitían a quien las hace caracterizar dichas alegaciones como hechas negligentemente, "y esa caracterización fue declarada como muestra de la infracción del deber de cuidado para con el demandante".[13] Otros tribunales resolvieron –y a esto nos conduce el caso *Iqbal* aparentemente– que la palabra "negligencia" no aporta nada y que debe ignorarse. En un caso en que se siguió este último enfoque se resolvió que "la afirmación de que las personas a cargo del motor de una locomotora la hicieron andar a una velocidad imprudente de un modo descuidado y negligente y sin aviso previo cuando llegaron a un desvío de rieles en donde el demandante trabajaba, y que separaron un vagón de carga en forma negligente y descuidada, dejándolo avanzar y chocar con gran fuerza contra otros vagones en la vía de modo que estos últimos golpearan al demandante" no alegó en forma adecuada un deber de cuidado para con el demandante porque los términos "negligentemente" y "descuidadamente" eran conclusiones jurídicas en lugar de hechos.[14]

La Corte no desconocía esta confusión ya que ha sido documentada en forma histórica. El juez Stevens específicamente la invocó en su voto disidente en el caso precursor de *Iqbal*, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*.[15]

[12] Cook, cit. (n. 7).

[13] Clark, Charles, "Pleading Negligence", *Yale Law Journal*, 1922-1923, Vol. 32, p. 483, 486.

[14] Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia de *Chicago & Erie Ry. v. Lain*, 83 N.E. 632 (Ind. 1907). Avance y compare con: Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia de *Branham v. Colgencorp., Inc.* No 6:09-CV-00037 (W.D. Va. 2009); rechaza un caso de resbalón y caida porque el demandante falló en explicar la manera en que el liquido terminó en el piso, si el demandado sabía o debía saber que el liquido terminó en el piso, y cómo fue que el demandante se accidentó, citando a *Twombly* e *Iqbal*.

[15] Corte Suprema (Estados Unidos), *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, cit. (n. 2), pp. 573-76 (disidencia

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

¿Por qué, entonces, se volvió a estos conceptos problemáticos? Quizá el juez Kennedy y la mayoría de la Corte realmente creen que los tribunales pueden distinguir de forma disciplinada y consistente entre conclusiones jurídicas –que deben ignorarse– y declaraciones fácticas, las que deben evaluarse para ver si proveen de una inferencia plausible del incumplimiento de un deber de cuidado del demandado. Pero si los jueces en verdad creen esto, están eligiendo la esperanza por sobre la experiencia.

La historia –decisiones de la era de la codificación, al igual que los propios esfuerzos de la Corte– ha demostrado que los intentos de clasificar diversos asuntos como cuestiones de hecho y de derecho están destinados al fracaso. La misma Corte Suprema en otros contextos ha confesado que la distinción entre hecho - derecho es problemática, llamándola "elusiva", "precaria" y "desconcertante".[16] Sus esfuerzos, por ejemplo, han resultado en anomalías tales como las que se exponen a continuación:

- *Perjuicios*: el exceso en la indemnización punitiva por daños es una cuestión jurídica, mientras que el monto de la indemnización compensatoria por daños es una cuestión de hecho.[17]

- *Intención*: lo relativo a la malicia en un caso de difamación es una cuestión jurídica al igual que lo es el asunto de la voluntariedad en la confesión, pero el asunto de la intención de discriminar es una cuestión de "hecho substancial".[18]

- *Cuestiones de hecho tratadas como jurídicas*: el asunto de si un sospechoso está "en prisión preventiva" (una "cuestión de hecho y de derecho que califica para una revisión independiente") y si una película es "manifiestamente ofensiva" o pornográfica ("esencialmente cuestiones de hecho")[19] dan lugar a una revisión en segunda instancia, lo que significa

del juez Stevens).

[16] Distinguiendo los asuntos jurídicos y fácticos con respecto a si una confesión fue dada en forma voluntaria: Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 3 de diciembre de 1985, *Miller v. Fenton*, 474 U.S. 104 (1985); Analizando el binomio hecho-derecho en un caso de habeas corpus: Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 29 de noviembre de 1995, *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995); Considerando si la intención de discriminar es una cuestión de hecho o derecho: Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 27 de abril de 1982, *Pullman-Standard v. Swint*, 456 U.S. 273 (1982).

[17] Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 14 de mayo de 2001, *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (2001).

[18] Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 30 de abril de 1984, *Bose Corp. v. Consumers Union of United States*, Inc., 466 U.S. 485 (1984); Corte Suprema (Estados Unidos), *Miller v. Fenton*, cit. (n. 16), p. 110; Corte Suprema (Estados Unidos), *Pullman-Standard v. Swint*, cit. (n. 16), pp. 286-88.

[19] Corte Suprema (Estados Unidos), *Thompson v. Keohane*, cit. (n. 16), p. 102; Corte Suprema (Estados

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que se catalogan como cuestiones de hecho pero se tratan como si fueran jurídicas.

III. ASHCROFT VS. IQBAL COMO PRUEBA DE LA CONFUSIÓN

Ahora bien, incluso si careciéramos de esta convincente historia de disfunción, la decisión del juez Kennedy en el caso *Iqbal* es por sí misma la evidencia clave de la absoluta inaplicabilidad de la distinción hecho-derecho. La incoherencia es clara no solo en la parte más conocida del voto de mayoría que se refiere a la suficiencia de la demanda de Iqbal. También lo es en otra parte de la decisión en donde se explica el motivo por el cual la Corte tiene competencia para revisar esta sentencia interlocutoria. El lenguaje del voto de mayoría da lugar a categorías ilusorias de hecho y derecho.

1. Conclusiones jurídicas de la demanda

La decisión del juez Kennedy analiza la demanda del actor y, al examinar cada una de sus alegaciones por separado, sostiene que las siguientes conclusiones deben ser ignoradas:

i. Ashcroft y Mueller "sabían, toleraban y de manera deliberada y maliciosa estuvieron de acuerdo en someter" a Iqbal a severas condiciones de confinamiento "como una cuestión política debido solo a su religión, raza y/u origen y sin un interés político-criminal legítimo".
ii. Ashcroft fue el "principal arquitecto" de esta política.
iii. Mueller fue "instrumental en la adopción, promulgación e implementación" de esta política.

Por otra parte, las que siguen fueron las alegaciones de hecho:

i. La Oficina Federal de Investigaciones (el FBI, por sus siglas en inglés) "bajo la dirección del demandado Mueller, arrestó y detuvo a miles de hombres árabes musulmanes… como parte de una investigación de lo ocurrido el día 11 de septiembre".
i. La "política de mantener a gente detenida después del 11 de septiembre en condiciones altamente restrictivas de confinamiento,

Unidos), Sentencia del 24 de junio de 1974, *Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153 (1974), p. 160.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> hasta que fueran declarados libres de toda sospecha por el FBI, fue aprobada por los demandados Ashcroft y Mueller quienes la discutieron en las semanas posteriores al 11 de septiembre de 2001".

Los cuatro jueces del voto disidente (Souter, Ginsberg, Stevens y Breyer) discreparon al respecto. Para ellos la demanda es un todo y, dado su contexto, entendieron que la demanda de *Iqbal* alegaba *hechos* muy específicos que brindan información adecuada a los demandados y dan un respaldo jurídico adecuado a la demanda. Además, el voto disidente destaca las inconsistencias en las posturas del juez Kennedy acerca de lo que es hecho y derecho: "El voto de la mayoría, de que las afirmaciones escogidas son concluyentes, no concuerda con el tratamiento que se le da a otras alegaciones de la demanda que se consideran como no concluyentes".[20] ¿Por qué solo las tres primeras alegaciones enumeradas son conclusiones jurídicas mientras que la última es una alegación de hecho? Nueve jueces. Cinco votaron a favor de que fuera una conclusión jurídica. Cuatro votaron por considerarla una alegación de hecho. Este no es indicio de una línea de demarcación clara.

2. La apelación de la sentencia interlocutoria

La primera parte de la decisión del juez Kennedy ha recibido menos atención, pues alude al tema menos atractivo en cuanto a si la resolución del tribunal de distrito de rechazar la demanda en contra de Ashcroft y Mueller era apelable. Ciertamente no se trataba de una sentencia definitiva en un sentido estricto y, por lo tanto, una excepción era necesaria para permitir una apelación: la doctrina de la sentencia interlocutoria. En el marco de casos en que se demanda a funcionarios del gobierno cuya defensa se basa en una inmunidad calificada, los casos precedentes de la Corte Suprema permiten una revisión interlocutoria de ordenes negándose a descartar casos a causa de una inmunidad calificada, siempre y cuando el asunto se trate de una cuestión de "derecho".[21]

Los casos que la Corte revisó bajo esta excepción en el pasado, se enfocaban en las alegaciones del demandante para determinar si la demanda

[20] Corte Suprema (Estados Unidos), *Ashcroft v. Iqbal*, cit. (n. 1), p. 1961 (disidencia del juez Souter).

[21] Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 19 de junio de 1985, *Mitchell v. Forsyth*, 472 U.S. 511 (1985), p. 526.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

alegaba una violación de un derecho claramente establecido. Por lo tanto, estos casos implican un análisis de una proposición jurídica y su encaje con los hechos alegados.[22] No implican una cuestión de la especificidad fáctica de dichas alegaciones. Sin embargo, la Corte también había concluido que la revisión de esta sentencia interlocutoria no era posible en un caso muy parecido a *Iqbal*. En *Johnson v. Jones*,[23] la Corte no autorizó la revisión inmediata de una petición de juicio sumario que fue desestimada. En el caso *Johnson* se alegó que cinco miembros de la policía habían golpeado al demandante, y que el tribunal de primera instancia había desestimado el juicio sumario porque consideró que lo concerniente a si tres de los demandados participaron en la golpiza era un genuino asunto de hecho substancial. Tal como se dijo recién, la posibilidad de esta apelación especial de una sentencia interlocutoria solo se aplica a cuestiones jurídicas. Sin embargo, una decisión en cuanto a si existe un asunto fáctico que debe decidir el jurado[24] se define como una cuestión jurídica, por lo que la apelación en el caso *Johnson* debió satisfacer el requisito de ser de esta índole. En *Iqbal* el juez Kennedy explicó la decisión de la Corte de no considerar al caso *Johnson* así: "Si bien determinar si hay un asunto genuino de hecho principal en el juicio sumario es una cuestión jurídica, se trata de un asunto jurídico cercano al límite entre hecho y derecho. O, como dijimos en el caso *Johnson*, se trata de una indagación jurídica 'vinculada a los hechos'". En consecuencia, ocurre que los asuntos fácticos a veces se infiltran en las cuestiones jurídicas y las sentencias interlocutorias solo ponen término al juicio –son definitivas– si implican asuntos de derecho "abstractos" y no "vinculados con los hechos".[25]

Entonces, la Corte tuvo que aplicar un análisis basado en la cuestión jurídica "abstracta" versus aquellas que son "relativas a los hechos" para analizar la decisión del tribunal de primera instancia de desestimar en

[22] Considerando los elementos de una demanda por represalia: Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 26 de abril de 2006, *Hartman v. Moore*, 547 U.S. 250 (2006); Decidiendo si una demanda *Bivens* [una acción de indemnización de perjuicios por la actuación de un funcionario público, N. del T.] se puede basar en derechos de propiedad): Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 25 de junio de 2007, *Wilkie v. Robbins*, 551 U.S. 537 (2007).

[23] Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 12 de junio de 1995, *Johnson v. Jones*, 515 U.S. 304 (1995).

[24] Por cierto, este es otro ejemplo de lo extraño que es el binomio hecho-derecho. Las decisiones en cuanto a si hay o no evidencia circunstancial suficiente a partir de la cual el jurado podría llegar a la inferencia requerida por el demandante parecen sospechosamente decisiones fácticas.

[25] Corte Suprema (Estados Unidos), *Ashcroft v. Iqbal*, cit. (n. 1), p. 1947.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Iqbal. El juez Kennedy admite que "las categorías de cuestiones jurídicas 'basadas en hechos' y 'abstractas' usadas para guiar la decisión de la Corte en *Johnson* no están bien definidas".[26] A pesar de esto, al juez Kennedy se le hizo fácil distinguir a *Johnson* de *Iqbal*: el primero requería el examen de "un vasto expediente prejudicial" mientras que el segundo solo consideraba las alegaciones "dentro de las cuatro esquinas de la demanda". El motivo por el cual esta diferencia hace a uno de ellos más fáctico que el otro no es explicado en el voto de mayoría.[27]

Es poco probable que uno pueda formular una explicación convincente acerca de por qué los hechos de una demanda son diferentes a los hechos de un expediente más grande. Sin embargo, al retornar a la visión de un mundo previo al realismo jurídico en el cual los hechos y el derecho son conceptual y funcionalmente distintos, la Corte ha forzado a los abogados y jueces a trazar estas distinciones en cada caso. No es casualidad que seis meses después de fallado, la decisión de *Iqbal* fue citada por los tribunales 3312 veces. La incertidumbre crea litigación. A nadie le debe sorprender esto.

IV. LA DISTINCIÓN HECHO-DERECHO ADOPTADA EN "IQBAL" ES UNA USURPACIÓN JUDICIAL DE PODER

¿Por qué la Corte tomó este camino dados los problemas que claramente muestran la historia y el mismo caso *Iqbal*? La respuesta se puede resumir en una sola palabra: poder. O con unas pocas palabras más, tres tipos de poder: el poder de los jueces sobre el jurado, el de los jueces de apelación sobre los jueces de tribunales de primera instancia; y el de la propia Corte Suprema sobre el Congreso y el Comité Asesor para las Leyes Federales de Procedimiento Civil. La Corte sabe que la distinción entre hecho y derecho versa realmente sobre el reparto de la autoridad decisiva.

En el pasado, al discutir el binomio hecho-derecho la Corte a veces ha corrido el telón y puesto al descubierto el verdadero asunto tras sus decisiones. Este no tiene que ver con la naturaleza del asunto sino con lo que prefiere quien juzga. Por ejemplo, al explicar por qué la voluntariedad de una confesión es una cuestión jurídica y no de hecho, la Corte observó

[26] Ídem.

[27] Sin embargo, esto se puede explicar como una decisión acerca de la apelación de la sentencia interlocutoria basada en la eficiencia. Véase la sección IV, *infra*.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que "la distinción entre hecho y derecho depende de la decisión que, en términos de la correcta administración de justicia, un actor judicial está mejor posicionado que otro para decidir sobre el tema".[28]

Para ilustrar este punto es útil considerar algunos de los contextos en los que los tribunales han identificado ciertas cuestiones como "jurídicas" a pesar de ser intensamente fácticas. A veces los tribunales lo hacen para dar más poder a las Cortes de Apelaciones que a los tribunales de primera instancia.[29] Por ejemplo, en *Cooper Industries Inc. V. Leatherman Tool Group Inc.*, la Corte Suprema sostuvo que la cuestión acerca de si la indemnización punitiva por daños es excesiva configura una materia jurídica y no una fáctica, de modo que las Cortes de Apelaciones deberían usar el estándar de una revisión completa en lugar de uno que sea deferente con la decisión del jurado.[30] Y mientras la Corte intentaba explicar (sin ser convincente) por qué las decisiones sobre indemnización punitiva de daños, que se basan tanto en un reproche moral como en la disuasión, no son en realidad cuestiones fácticas, su objetivo real era entregar la decisión final sobre estos daños a las Cortes de Apelaciones. Similarmente, la Corte ha tratado ciertos tipos de hechos en litigios constitucionales –los así llamados "hechos constitucionales"– como si fuesen jurídicos, para que puedan ser completamente revisados en segunda instancia.[31] Tal como lo explicó alguna vez el juez Easterbrook, "la mezcla de hecho y derecho, que en ocasiones se denomina como un asunto de 'hecho constitucional', se revisa sin deferencia a las decisiones de la corte de primera instancia para prevenir que las idiosincrasias de un solo juez o del jurado tengan efectos legales de largo alcance".[32]

[28] Corte Suprema (Estados Unidos), *Miller v. Fenton*, cit. (n. 16), p. 114.

[29] Véase Louis, Martin, "Allocating Adjudicative Decision Making Authority Between Trial and Appellate Levels: A Unified View of the Scope of Review, the Judge/Jury Question, and Procedural Discretion", *North Carolina Law Review*, 1986, Vol. 64, N° 5, p. 993. Discutiendo la naturaleza artificial del límite entre hecho y derecho en la revisión del hecho jurisdiccional, véase también: Clermont, Kevin, "Jurisdictional Fact", *Cornell Law Review*, 2006, Vol. 91, pp. 973, 990.

[30] Corte Suprema (Estados Unidos), *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, cit. (n. 17).

[31] Véase: Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 1 de abril de 1935, *Norris v. Alabama*, 294 U.S. 587 (1935), pp. 589-91.

[32] Explicando el fundamento para una revisión completa en segunda instancia del fallo de un tribunal del distrito basado en estudios empíricos en cuanto a que una ley estatal del aborto impondría una carga injustificada: Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito (Estados Unidos), Sentencia del 16 de septiembre de 2002, *A Woman's Choice-East Side Women's Clinic v. Newman*, 305 F.3d 684 (7th Cir. 2002), p. 689. La doctrina de los hechos constitucionales, que aparentemente surgió a partir de la

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En otros casos, los asuntos se definen como "jurídicos" para que el poder de decisión final lo tengan los jueces en lugar del jurado. En los juicios sobre patentes, por ejemplo, la Corte Suprema ha decretado que el asunto en cuanto al ámbito de una demanda es una cuestión jurídica aun cuando implique hacer inferencias acerca de los hechos a partir de la evidencia extrínseca.[33] La razón para ello, una vez más, no es una consideración lógica de la diferencia entre hecho y derecho sino una decisión que, por motivos políticos, los jueces y no el jurado están más preparados para tomar la decisión final y porque la uniformidad de decisiones es deseable a este respecto.[34]

Las dos discusiones analizadas en base a la distinción entre hecho y derecho por parte del juez Kennedy en *Iqbal* se ajustan al modelo de reparto de poder. El análisis de dos pasos acerca de la suficiencia de las alegaciones los coloca a ambos en la categoría de "derecho". La clasificación de las alegaciones del actor como jurídicas o fácticas es una cuestión de derecho. Las decisiones respecto de si las alegaciones de hecho tenidas por ciertas respaldan una inferencia "plausible" también es una cuestión jurídica. Por lo tanto, el juez y no el jurado tomará estas decisiones. Si se apela de la decisión del tribunal, la revisión de la decisión del juez de primera instancia acerca de las alegaciones será revisada como una cuestión de derecho: completa y sin deferencia por la decisión del juez de primera instancia. Es así que el truco mágico de la mayoría ha privilegiado a los jueces por sobre el jurado,[35] a los jueces de apelación por sobre los jueces de tribunales de primera instancia, y dejado firmemente a la Corte Suprema a la cabeza de todo.[36] Lo mismos resultados fluyen de la clasificación que hace el juez Kennedy de las alegaciones como asuntos jurídicos "abstractos" en lugar de "basados en hechos". Las Cortes de Apelaciones logran controlar las decisiones de los tribunales de primera instancia y lo hacen en forma inmediata incluso

doctrina de los hechos jurisdiccionales, permitió la revisión completa en segunda instancia de hechos de los que dependía el poder del tribunal. Véase: Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 23 de febrero de 1932, *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22 (1932).

[33] Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 23 de abril de 1996, *Markman v. Westview Instruments, Inc.*, 517 U.S. 370 (1996).

[34] Ibidem, pp. 388-91.

[35] Véase Thomas, Suja, "The New Summary Judgment Motion: The Motion to Dismiss Under Iqbal and Twombly", *Lewis & Clark Law Review*, 2010, Vol. 14, N° 15, http://ssrn.com/abstract=1494683.

[36] Juzgando por los alegatos orales en *Iqbal*, la decisión de la Corte de rechazar la administración de la fase de descubrimiento de pruebas en lugar de desestimar casos se debe en parte a la desconfianza de algunos jueces de la Corte Suprema en los jueces de primera instancia. Véase *Ashcroft v. Iqbal*, cit. (n. 1), transcripción 50, 61.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cuando el juez de primera instancia se ha negado a desestimar (y sin el trabajo que implica tener en cuenta la información a la que se accede en la fase de descubrimiento de pruebas). Su fundamento apunta a una cuestión de poder y eficiencia, y no a cuán cerca de la línea de lo "fáctico" se aproxima un asunto jurídico.

Desde un punto de vista institucional, la introducción de un cambio radical en la interpretación de las Leyes Federales de Procedimiento Civil[37] por medio de la decisión judicial de un caso también elude el proceso colaborativo normal a través del cual se crean estas reglas.[38] El Congreso, de acuerdo con el artículo tercero de la Constitución y la Cláusula de Promulgación de Leyes Necesarias y Apropiadas, tiene el poder para dictar reglas de tramitación y procedimiento para los tribunales de distritos federales. Al aprobar el Estatuto de Habilitación Regulatoria, el Congreso delegó este poder en la Corte Suprema, y mediante una legislación posterior creó una estructura de comités y un procedimiento para crear y modificar estas reglas. Sin embargo, dicho proceso consume tiempo. Implica comités cuyas composiciones están destinadas a representar a los distintos distritos electorales entre quienes ejercen la abogacía y también a los jueces federales de diversos niveles jerárquicos. Hoy en día, también incluye la investigación empírica destinada a examinar la necesidad de un cambio (si es que la hay) y el mérito de las posibles soluciones. Las reglas que se proponen serán publicadas, aparecerán en los portales electrónicos de los tribunales, se pedirán comentarios escritos sobre ellas y se llevarán a cabo audiencias. Como se trata de propuestas que deben avanzar a través de este proceso los comités pueden demorar su decisión o introducir cambios. Por último, la propuesta va al Congreso, el que puede cambiarla o rechazarla si así lo desea. El único rol de la Corte Suprema es aprobar lo que se propone al Congreso, algo que hacía en el pasado rutinariamente siempre y cuando el proceso se hubiese seguido en forma correcta. Por lo tanto, la Corte Suprema tiene muy poco control directo sobre el contenido y el ritmo de los cambios en estas reglas.

Si la mayoría de la Corte esperaba un cambio en la relación que existe entre la demanda y la fase de descubrimiento de pruebas, la mayoría tuvo

[37] Clermont, Kevin; Yeazell, Stephen, "Inventing Tests, Destabilizing Systems", *Iowa Law Review*, 2010, Vol. 95, http://ssrn.com/abstract=1448796.

[38] Describiendo la evolución del proceso regulatorio, véase: McCabe, Peter, "Renewal of the Federal Rulemaking Process", *American Law Review,* 1995, Vol. 44, p. 1655.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

una nueva frustración: el Comité Asesor de Reglas ha elegido mantener las cosas tal y como están en muchas ocasiones.[39] Pero incluso si este Comité, cuyos miembros son designados por el juez presidente de la Corte Suprema, fuera más proclive a tales cambios, pasarían por lo menos dos o tres años antes de que cualquier cambio regulatorio fuese efectivo.[40] Salvo en el caso de las demandas por fraudes en los valores bursátiles, el Congreso ha optado por no aumentar la carga de las alegaciones requiriendo una especificidad mayor o retornando a las sanciones de la *Regla 11* al nivel que tenían en la época previa al año 1993.[41] Si la Corte buscaba un cambio tenía que encargarse ella misma del asunto.[42]

Visto desde este punto de vista, invocar el viejo concepto de conclusión legal de la regulación de las alegaciones es como agitar una varita mágica. "*Imperio*", como diría un mago en un libro de Harry Potter, y los jueces tienen todo el control. Sin valerse de una investigación empírica acerca de la prevalencia de las demandas infundadas o del gasto efectivo de la fase de descubrimiento de pruebas en la mayoría de los casos, sin la opinión de los partidos políticos, y sin avisos ni comentarios públicos, la Corte ha entregado a los jueces federales de toda la línea jerárquica una poderosa herramienta para detener los juicios en curso.

Incluso quienes creen que esta es una buena idea deberían preocuparse

[39] Discutiendo la posibilidad de elevar los requisitos para las alegaciones en ciertos tipos de casos, véase por ejemplo: Judicial Conference of the United States, "Minutes of the Advisory Committee on Civil Rules 17-18", 3-5 de mayo de 1993; Sugiriendo una variedad de posibles modificaciones a las Reglas 8 y 9 con el fin de aumentar sus requisitos: Judicial Conference of the United States, "Minutes of the Advisory Committee on Civil Rules 5-8", 21-23 de octubre de 1993; Continuando el debate de posibles cambios que restablezcan requisitos más exigentes para las alegaciones: Judicial Conference of the United States, "Minutes of the Advisory Committee on Civil Rules 5-8", 21-23 de octubre de 1993; Discutiendo pero rechazando en ese momento elevar los requisitos para las alegaciones: Judicial Conference of the United States, "Minutes of the Advisory Committee on Civil Rules 17-18", 20 de abril de 1995.

[40] McCabe, cit. (n. 38), pp. 1671-72.

[41] *The Private Securities Litigation Reform Act*, Pub. L. No. 104-67, 109 Stat. 737, 22 de diciembre de 1995 (Estados Unidos), adoptó requisitos más exigentes para las alegaciones de demandas por fraude de valores bursátiles. Sin embargo, otras discusiones legislativas no fueron aprobadas. Véase, por ejemplo: *Lawsuit Abuse Reduction Act*, H.R. 420, 109th Congreso, 2005, que proponía cambios a la *Regla 11* que se aplicarían tanto en los tribunales federales como estatales; *Stop Trial Lawyer Pork Act*, H.R. 7080, 110th Congreso, 2008.

[42] Algunos ven este fallo como parte de un movimiento mayor impulsado por la Corte para debilitar el poder del Congreso. Véase: Lazarus, Simon, "Congress Pushes Back as Supreme Court Oversteps," *Roll Call,* 17 de noviembre de 2009, https://www.rollcall.com/2009/11/16/congress-pushes-back-as-supreme-court-oversteps/, en que cita también fallos con respecto a las donaciones políticas, la prueba de discriminación por edad y las cláusulas de arbitraje.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por el artefacto (el conjuro del binomio hecho-derecho) elegido por el juez Kennedy para cumplir con el propósito. En primer lugar porque es erróneo desde un punto de vista lógico:

> "No existe algoritmo alguno que genere conclusiones correctas sobre qué es jurídico y qué es fáctico, de modo que los tribunales siguen a la deriva tratando de racionalizar en base a la naturaleza de las entidades un proceso cuyo objetivo principal es distributivo. Entonces, hay un desajuste entre la tarea por hacer y el artefacto que se usa para ello, lo que nos lleva a una sensación de caos perfectamente predecible en esta materia".[43]

En segundo lugar, una doctrina poderosa pero confusa que crea incentivos para presentar peticiones de rechazo en la mayoría de los casos es extremadamente ineficiente, ya que lidiar con estas peticiones requerirá una importante suma de tiempo y gastos tanto de los tribunales como de los litigantes. En tercer término, como los fallos hablarán de un asunto (la división hecho-derecho) pero en realidad tratarán de otro (equilibrar el acceso a la justicia con el costo de litigar) no será posible obtener claridad alguna ni desde un punto de vista pragmático ni ideológico. Fue una mala idea antes, es una mala idea hoy e –irónicamente– *Iqbal* así lo prueba.

BIBLIOGRAFÍA

a) Doctrina

Alford, Ryan, "How Do You Trim the Seamless Web: Considering the Unintended Consequences of Pedagogical Alterations", *University of Cincinnati Law Review,* 2009, Vol. 77, N°4.

Allen, Ronald; Pardo, Michael, "The Myth of the Law-Fact Distinction", *Northwestern University Law Review*, 2003, Vol. 97.

Baxter, Richard, *The Reasons of the Christian Religion,* 1667.

Clark, Charles, "Pleading Negligence", *Yale Law Journal,* 1922-1923, Vol. 32.

Clermont, Kevin, "Jurisdictional Fact", *Cornell Law Review*, 2006, Vol. 91.

Clermont, Kevin; Yeazell, Stephen, "Inventing Tests, Destabilizing Systems", *Iowa Law Review*, 2010, Vol. 95, http://ssrn.com/abstract=1448796.

[43] Allen y Pardo, cit. (n. 11), p. 1806.

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Cook, Walter, "Statements of Fact in Pleading Under the Codes", *Columbia Law Review,* 1921, Vol. 21, N°5.

Davis, Kenneth, "A System of Judicial Notice Based on Fairness and Convenience", *Perspectives of Law,* 1964, Vol. 69.

Friedman, Richard, "Standards of Persuasion and the Distinction Between Fact and Law", *Northwestern University Law Review*, 1992, Vol. 86.

Lawson, Gary, "Proving the Law", *Northwestern University Law Review*, 1992, Vol. 86.

Lazarus, Simon, "Congress Pushes Back as Supreme Court Oversteps," Roll Call, 17 de noviembre de 2009, https://www.rollcall.com/2009/11/16/congress-pushes-back-as-supreme-court-oversteps/.

Levin, A.; Levy, Robert, "Persuading the Jury With Facts Not in Evidence: The Fiction-Science Spectrum", *University of Pennsylvania Law Review*, 1956, Vol. 105, N°2.

McCabe, Peter, "Renewal of the Federal Rulemaking Process", *American Law Review,* 1995, Vol. 44, p. 1655.

Monaghan, Henry, "Constitutional Fact Review", *Columbia Law Review*, 1985, Vol. 85.

Thayer, James, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown, and Company, Boston, 1898.

Thomas, Suja, "The New Summary Judgment Motion: The Motion to Dismiss Under Iqbal and Twombly", *Lewis & Clark Law Review*, 2010, Vol. 14, N°15, http://ssrn.com/abstract=1494683.

Louis, Martin, "Allocating Adjudicative Decision Making Authority Between Trial and Appellate Levels: A Unified View of the Scope of Review, the Judge/Jury Question, and Procedural Discretion", *North Carolina Law Review*, 1986, Vol. 64, N°5.

b) Normativa

The Private Securities Litigation Reform Act, Pub. L. No. 104-67, 109 Stat. 737, 22 de diciembre de 1995. (Estados Unidos).

c) Jurisprudencia

Corte de Apelaciones del Segundo Circuito (Estados Unidos), Sentencia del 14 de junio de 2007, *Iqbal v. Hasty*, 490 F.3d 143 (2do Cir. 2007).

Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito (Estados Unidos), Sentencia del 16 de septiembre de 2002, *A Woman's Choice-East Side Women's Clinic v. Newman*, 305 F.3d 684 (7th Cir. 2002).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia de *Branham v. Colgencorp., Inc.* No 6:09-CV-00037 (W.D. Va. 2009).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia de *Chicago & Erie Ry. v. Lain*, 83 N.E. 632 (Ind. 1907).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 1 de abril de 1935, *Norris v.*

Artículo: Derecho, hechos y poder
Revista: Nº248, año LXXXVIII (Jul-Dic, 2020)
Autor: Elizabeth Thornburg

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Alabama, 294 U.S. 587 (1935).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 14 de mayo de 2001, *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (2001).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 18 de mayo de 2009, *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1937 (2009).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 19 de junio de 1985, *Mitchell v. Forsyth*, 472 U.S. 511 (1985).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 21 de mayo de 2007, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 23 de abril de 1996, *Markman v. Westview Instruments, Inc.*, 517 U.S. 370 (1996).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 23 de febrero de 1932, *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22 (1932).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 24 de junio de 1974, *Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153 (1974).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 25 de junio de 2007, *Wilkie v. Robbins*, 551 U.S. 537 (2007).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 26 de abril de 2006, *Hartman v. Moore*, 547 U.S. 250 (2006).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 27 de abril de 1982, *Pullman-Standard v. Swint*, 456 U.S. 273 (1982).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 29 de noviembre de 1995, *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 3 de diciembre de 1985, *Miller v. Fenton*, 474 U.S. 104 (1985).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 30 de abril de 1984, *Bose Corp. v. Consumers Union of United States, Inc.*, 466 U.S. 485 (1984).

Corte Suprema (Estados Unidos), Sentencia del 12 de junio de 1995, *Johnson v. Jones*, 515 U.S. 304 (1995).

d) Otras fuentes:

Judicial Conference of the United States, "Minutes of the Advisory Committee on Civil Rules 17-18", 3-5 de mayo de 1993.

Judicial Conference of the United States, "Minutes of the Advisory Committee on Civil Rules 5-8", 21-23 de octubre de 1993.

Judicial Conference of the United States, "Minutes of the Advisory Committee on Civil Rules 5-8", 21-23 de octubre de 1993.

Judicial Conference of the United States, "Minutes of the Advisory Committee on Civil Rules 17-18", 20 de abril de 1995.

Proyecto de Ley: *Lawsuit Abuse Reduction Act*, H.R. 420, 109th Congreso, 2005. (Estados Unidos).

Proyecto de Ley: *Stop Trial Lawyer Pork Act*, H.R. 7080, 110th Congreso, 2008. (Estados Unidos).