

MARSHALL *VERSUS* JEFFERSON: EL CASO *UNITED STATES V. BURR* (1807)

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. THOMAS JEFFERSON: SU PERMANENTE CONFLICTIVA RELACIÓN CON SU PRIMO JOHN MARSHALL. III. MARSHALL *VERSUS* JEFFERSON: EL CASO *UNITED STATES V. BURR* (1807): 1. El peculiar personaje de Aaron Burr y los hechos desencadenantes del caso. 2. El *American Law of Treason*. 3. La interpretación y posterior sentencia de John Marshall. 4. El *subpoena duces tecum* al Presidente Jefferson.

RESUMEN

Thomas Jefferson y John Marshall encarnan las dos más relevantes personalidades contrapuestas de la joven República. Simbolizan asimismo dos enfrentadas concepciones constitucionales en esta época. Esa contraposición se ponía especialmente de manifiesto en el caso *United States v. Burr* (1807), en el que Aaron Burr, Vicepresidente de los Estados Unidos durante el primer mandato presidencial de Jefferson, iba a ser acusado del delito de traición.

Desde el punto de vista constitucional, el Derecho de traición presentaba un interés excepcional. El delito era el más grave contra la seguridad del Estado, pero, por el estigma que entrañaba y por la vaguedad de su alcance, se podía convertir en un notorio instrumento de poder arbitrario y de facción política.

A tenor de la Sección tercera del Art. III de la Constitución: «La traición contra los Estados Unidos consistirá tan sólo en hacer la guerra en su contra o en unirse a sus enemigos, dándoles su ayuda y protección. A ninguna persona se le condenará por traición a no ser con base en la declaración de dos testigos del mismo acto manifiesto, o en una confesión en sesión pública de un tribunal».

* Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* por la *Università degli Studi di Messina* (Italia) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con sede en Lima. Autor de 28 libros y de más de medio millar de artículos publicados en obras colectivas y revistas de más de una veintena de países de Europa y Latinoamérica.

Marshall iba a presidir el Tribunal de Circuito de Richmond que juzgaría a Aaron Burr. El caso de Burr era un juicio político de primera magnitud. Con anterioridad al juicio de Burr, el Presidente Jefferson, en un mensaje dirigido al Congreso, con base en débiles pruebas y simples rumores, proclamó abiertamente la culpabilidad de Burr. Como algún autor ha dicho, Jefferson estaba salvajemente decidido a que Burr fuera colgado y proyectó todo el peso y prestigio de la Administración detrás de la acusación. Para alcanzar tal fin, el Presidente estaba completamente dispuesto a burlar la Constitución.

Marshall era consciente de que una definición permisiva del delito de traición posibilitaría su utilización como un arma para la represión política. De ahí que en un caso anterior, *Ex Parte Bollman*, sostuviera que: «Es más seguro, así como más conforme a los principios de nuestra Constitución, que el delito de traición no debe extenderse por deducción a los casos dudosos, y que aquellos delitos no claramente dentro de la definición constitucional reciban el castigo que la sensatez de la legislatura pueda disponer».

En su alocución al jurado en el caso de Burr, Marshall adujo dos consideraciones cruciales: 1ª) Que esta acusación, habiendo formulado cargos al prisionero (Aaron Burr) de hacer la guerra en la isla de Bennerhassett y no conteniendo otro acto manifiesto, no puede sostenerse por la prueba de que la guerra se hizo en aquel lugar por otras personas, en ausencia del prisionero, aún admitiendo que esas personas estén relacionadas con él en una común conspiración traidora. 2ª) Que admitiendo que tal acusación pudiera sostenerse por tal prueba, la previa condena de alguna persona que cometió el acto del que se dice equivaler a hacer la guerra, es indispensable para la condena de una persona que aconsejó o procuró ese acto.

El jurado emitió un veredicto de no culpabilidad, exonerando a Burr del delito de traición. De inmediato, Jefferson criticó acerbamente a Marshall al considerar que el Presidente del Tribunal había adoptado una conducta partidista en el juicio de Burr. Jefferson nunca discutió en términos jurídicos la sentencia; tampoco la interpretación dada por Marshall a la cláusula constitucional de traición; su crítica siempre giró en torno a que el proceso fue un evento político. El caso *United States v. Burr* fue en realidad el caso de John Marshall contra Thomas Jefferson.

Palabras clave: Aaron Burr; Cláusula constitucional de traición; Doctrina sobre la traición en el *common law*; *Ex Parte Bollman*; Thomas Jefferson; Ley inglesa del juicio de traición (1696); John Marshall; *Subpoena duces tecum*.

ABSTRACT

Thomas Jefferson and John Marshall embodied two opposed personalities of the young Republic. They also symbolize two encountered constitutional convictions at this time. That conflict was especially showed in the *United States v. Burr* case (1807) in which Aaron Burr, Vice-president of the United States during the first Jefferson's presidential period, was charged of treason.

:From the point of view constitutional, the Law of treason offered an exceptional interest. The crime was the most serious against the safety of the state; but, by the same token, the stigma it carries, and the vagueness of its reach might to be converted in a notorious instrument of arbitrary power and political faction.

In accordance with the third Section of the Art. III of the Constitution: «Treason against the United States, shall consist only in levying war against them, or in adher-

ing to their enemies, giving them aid and comfort. No person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses to the same overt act, or on confession in open court».

Marshall presided over the Circuit Court at Richmond which judged Aaron Burr. The Burr case was a political trial of the first magnitude. Previously the trial, President Jefferson, in a message sent to Congress, on weak evidences and mere rumours, openly proclaimed that Burr was guilty. As some author has told, Jefferson was savagely determined that Burr should hang and threw the whole weight and prestige of the administration behind the prosecution. He was quite prepared to circumvent the Constitution to this end.

Marshall was aware that a permissive definition of treason should allow its utilization as a weapon for the political repression; so that in a previous case, the *Ex Parte Bollman case*, maintained: «It is, therefore, more safe as well as more consonant to the principles of our constitution, that the crime of treason should not be extended by construction to doubtful cases; and that crimes not clearly within the constitutional definition, should receive such punishment as the legislature in its wisdom may provide».

In his charge to jury in the Burr case, Marshall alleged two crucial considerations: 1st. «That this indictment, having charged the prisoner —Aaron Burr— with levying war on Blennerhassett's island, and containing no other overt act, cannot be supported by proof that war was levied at that place by other persons, in the absence of the prisoner, even admitting those persons to be connected with him in one common treasonable conspiracy». 2nd. «That admitting such an indictment could be supported by such evidence, the previous conviction of some person who committed the act which is said to amount to levying war, is indispensable to the conviction of a person who advised or procured that act».

The jury expressed a verdict of no guilty and by it the jurors exculpated Burr of the crime of treason. Immediately, Jefferson criticized bitterly Marshall on considering that the Chief Judge had assumed a factional behaviour in the Burr trial. Jefferson never discussed in legal terms the judgment; neither the interpretation given by Marshall of the treason clause; its criticism always turned around the process had been a political event. The case *United States v. Burr* was actually the case John Marshall versus Thomas Jefferson.

Key words: Aaron Burr; Common law treason doctrine; Ex Parte Bollman; Thomas Jefferson; Treason Trial Act (1696); John Marshall; *Subpoena duces tecum*; Treason clause.

I. INTRODUCCIÓN

Si hubiera que contraponere a dos personalidades de la joven República, éstas, sin duda, serían las de John Marshall y Thomas Jefferson, que encarnan el paradigma del enfrentamiento permanente. El choque entre uno y otro provenía de mucho antes de que ambos se encumbraran en puestos decisivos del gobierno de la Unión. Sus vínculos familiares (eran primos terceros, descendiendo ambos de William Randolph of Turkey Is-

land, uno de los primeros colonos de Virginia) contribuyeron, más que a limar, a agravar la contraposición. Es bien significativo al respecto que Jefferson se refiriera casi siempre a Marshall como «that gloomy malignity»¹ (esa tenebrosa malignidad). Y en la lid electoral de 1800, que condujo en un primer momento al inesperado empate entre Jefferson y Aaron Burr, Marshall, aún estando de acuerdo con Alexander Hamilton en que Burr era la peor opción, manifestó su imposibilidad de ayudar a Jefferson, expresando una objeción casi insuperable frente al hombre que finalmente se convirtió en el tercer Presidente de los Estados Unidos, al considerarlo totalmente incapaz de ocupar la primera magistratura de la nación², juicio que, en base a la supuesta debilidad de su carácter y falta de fortaleza, parecía compartir un sector de la prensa federalista³. Estos respectivos juicios de uno sobre otro contribuyen a dar una buena idea de la visceral antipatía de Jefferson hacia su primo, y de la falta de aprecio y estima de John Marshall hacia Jefferson.

Al margen ya de ese rechazo personal, que siempre suele ser recíproco, Jefferson y Marshall simbolizaron las enfrentadas convicciones constitucionales de la época. Las pasiones ideológicas de la convulsa década final del siglo XVIII continuaron en el primer decenio del nuevo siglo, convergiendo ahora en la Constitución y en la interpretación que a sus cláusulas había de darse. No deja de sorprender que estas pasiones enfrentadas siempre tuvieran como protagonistas destacados a virginianos. Jefferson, Marshall, Spencer Roane y John Randolph, por citar a algunos, constituyen un buen ejemplo de ello. Sin embargo fueron Jefferson y Marshall quienes personalizaron las convicciones constitucionales en conflicto, poniéndolas en juego en centros explosivos. Como escribe Newmyer⁴, cada uno había adoptado una po-

¹ Nos lo recuerda Henry J. ABRAHAM, en *The Judicial Process (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France)*, Oxford University Press, 7th edition, New York/Oxford, 1998 (First published by Oxford University Press in 1962), p. 341.

² En una carta de Marshall a Alexander Hamilton, fechada el 1 de enero de 1801, consideraba a Jefferson «totally unfit for their chief magistracy of a nation which cannot indulge these prejudices without sustaining deep personal injury». *Apud* Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall: What Kind of Constitution Shall We Have?», en *Journal of Supreme Court History (J. Sup. Ct. Hist.)*, (Yearbook of the Supreme Court Historical Society, Washington D. C.), Vol. 31, Issue 2, 2006, pp. 109 y ss.; en concreto, p. 109.

³ Particularmente dura sería la andanada que contra Jefferson dirigió la *Gazette of the United States*, un periódico federalista que durante los comicios de 1800 publicó un mensaje dirigido hacia el candidato virginiano en el que podía leerse lo que sigue: «You have been, Sir, a Governor, an Ambassador, and a Secretary of State, and had to desert each of these posts, from that weakness of nerves, want of fortitude and total imbecility of character, which have marked your whole political careere». *Apud* Louise WEINBERG: «Our Marbury», en *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, Vol. 89, 2003, pp. 1235 y ss.; en concreto, p. 1281.

⁴ R. Kent NEWMYER: *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Louisiana State University Press, Baton Rouge (Louisiana), 2001, p. 147.

sición sobre los grandes asuntos exteriores e internos en la década de 1790, y cada uno de ellos combinó estas cuestiones en una disputa sobre el significado de la Constitución. Y todo ello, pese a no hallarse encuadrado Marshall dentro de los llamados *high Federalists*, el ala más conservadora del partido que lideraba Alexander Hamilton, sino en el sector más moderado que capitaneaba John Adams. Por lo demás, Jefferson siempre expresó su particular inquina y desprecio hacia Hamilton y sus seguidores.

No deja de ser una curiosa paradoja histórica, que el 4 de marzo de 1801 fuera John Marshall, en su condición de *Chief Justice*, quien hubiera de tomar juramento de su cargo al Presidente electo, Thomas Jefferson. «With his hand on the Bible held by Marshall —escribe Newmyer⁵— Jefferson swore to uphold the Constitution Marshall was sure he was about to destroy» (Con su mano sobre la Biblia sostenida por Marshall, Jefferson juró hacer respetar la Constitución que Marshall estaba seguro de que estaba a punto de destruir).

Muchas leyendas se han contado acerca del origen de esa endémica y peremanente antipatía, incluso podría llegar a hablarse de odio, entre los dos primos lejanos, aunque sin vislumbrarse ninguna causa verdaderamente determinante. Desde luego, sí podría afirmarse que en enfrentamiento alcanzó su cenit con ocasión del juicio por traición del ex-Vicepresidente de los Estados Unidos Aaron Burr, que aquí tratamos, pues no obstante las enormes presiones de la Administración Jeffersoniana para que Burr fuera condenado y colgado, el tribunal presidido por Marshall le declaró no culpable.

Otro momento culminante en esa relación de tensión, cesado ya en la Presidencia Jefferson, se ha visto⁶ en el año 1811, año en el que se planteó un caso ante el *Circuit Court* de Richmond, presidido nuevamente por Marshall, en el que se vio envuelto Thomas Jefferson, de resultas del embargo de una propiedad en Nueva Orleans llevado a cabo por orden suya, siendo Presidente. Jefferson adujo que el caso había sido premeditadamente planteado ante el Tribunal de Richmond para que su odiado primo se diera el gusto de condenarle. Marshall no se iba a privar de hacer una serie de sarcásticas observaciones sobre Jefferson, pero llegado el momento de decidir en Derecho, su integridad como Juez prevaleció, y en contra de lo que su intrigante primo pensaba, apoyó el argumento básico sustentado por los abogados del ex-Presidente, que no era otro sino el de que el Tribunal carecía de jurisdicción a causa de que el acto que condujo al proceso (una supuesta violación de la propiedad —*trespass of pro-*

⁵ *Ibidem*, p. 148.

⁶ Leonard BAKER: «The Circuit Riding Justices», en *Supreme Court Historical Society Yearbook (Sup. Ct. Hist. Soc'y Y. B.)*, 1977, pp. 48 y ss.; en concreto, p. 51.

perty— en Nueva Orleans) había tenido lugar fuera de Virginia, y el *common law*, según Marshall, exigía que el caso fuera enjuiciado donde la supuesta violación de la propiedad había tenido lugar.

Los amigos de partido de Jefferson iban a seguir los pasos de su jefe, convirtiéndose, algunos de ellos al menos, en los más feroces críticos de Marshall y de la *Marshall Court*, siempre, y esto parece bastante comprobado por los historiadores, instigados y estimulados por el odio de Jefferson hacia su primo. Uno de esos oponentes sería John Taylor, de Carolina, quien criticó con el mayor ardor las doctrinas de Marshall, tildándolas de destructivas del principio de la división de poderes entre los dos centros de gobierno. El otro fue el virginiano Spencer Roane, quien como recuerda Corwin⁷, hizo bandera de su rechazo a la interpretación de que de la *supremacy clause* derivara cualquier poder implícito para el gobierno nacional. Roane, que aspiraba a la *Chief Justiceship* cuando Jefferson llegara a la Presidencia de los Estados Unidos⁸, ejemplifica paradigmáticamente la enemistad implacable, el odio, el profundo despecho, hacia John Marshall, que mostró con mucha frecuencia en sus ataques virulentos y sin piedad hacia el *Chief Justice* y su Tribunal.

II. THOMAS JEFFERSON: SU PERMANENTE CONFLICTIVA RELACIÓN CON SU PRIMO JOHN MARSHALL

I. Thomas Jefferson era un aristócrata y terrateniente virginiano, muy culto, polifacético, hasta el extremo de que se le ha llamado «the sage of Monticello»⁹. Baste como ejemplo de sus inquietudes culturales con recordar que desempeñó un rol importantísimo en la implantación en los Estados Unidos de un nuevo gusto arquitectónico que puso punto final al viejo estilo colonial británico, el llamado estilo «joven República». El propio Jefferson diseñó su residencia de Monticello, en la que utilizó el Panteón

⁷ Edward S. CORWIN: «John Marshall, Revolutionist *malgré lui*», en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Vol. 104, 1955-1956, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 14.

⁸ «Hailed as <one of the greatest ornaments of the American judiciary>, Chief Justice of the United States but for Oliver Ellsworth's inopportune resignation, founder of one of the leading newspapers of the nineteenth century, prominent leader of the Jeffersonians, implacable enemy of John Marshall, political boss of Virginia, <the original Southern secesionist>, and capable of arousing passionate expressions of hatred and praise in his own day, Spencer Roane has almost been forgotten in ours». En tan precisos términos comenzaba describiendo a Spencer Roane un artículo que hace sesenta años le dedicó la *Harvard Law Review*. Cfr. al efecto, HARVARD-NOTE: «Judge Spencer Roane of Virginia: Champion of State's Rights – Foe of John Marshall», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. 66, 1952-1953, pp. 1242 y ss.; en concreto, p. 1242.

⁹ Darren STALOFF: *Hamilton, Adams, Jefferson. The Politics of Enlightenment and the American Founding*, Hill and Wang, New York, 2005, p. 246.

de Roma como modelo, aunque también la Villa Rotonda del genial Andrea di Piero, más conocido como Andrea Palladio (1508-1580), el «clasicista por excelencia» y desde luego el arquitecto de más perenne influencia en la historia del arte occidental, al margen ya de ser ese edificio, situado sobre un promontorio en el monte Berico, al sudeste de Vicenza, el que más admiración suscitó entre sus contemporáneos y también entre las generaciones posteriores, considerándosele como la más perfecta muestra de la relación entre paisaje y edificio¹⁰. Más allá de ello, Jefferson conectó la arquitectura norteamericana con el *Cinquecento* y, a través del mismo, con la antigüedad romana en otras construcciones diseñadas por él, como fue la sede de la primera Universidad pública creada por él mismo en los Estados Unidos en Charlottesville (construida entre 1817 y 1826)¹¹, o el capitolio de Richmond, cuyos planos realizó en 1785, e incluso en el demostrado influjo que tuvo sobre William Thornton, el arquitecto que diseñó el Capitolio de Washington, dirigiendo sus obras entre 1803 y 1817, aunque éstas no culminaron hasta 1865, ya bajo la dirección de Thomas Walter. Nos hemos detenido con algún detalle en algo ajeno al núcleo central de este trabajo por cuanto creemos que es ilustrativo de las enormes capacidades intelectuales de un hombre genial como fue Jefferson, que no fue ajeno a las contradicciones —entre ellas habría que hacerse eco de la brutal incongruencia de las excelsas afirmaciones que plasmó en la Declaración de Independencia («Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables...») cuando se confrontaban con su defensa de la esclavitud, corroborada por los cientos de esclavos que trabajaban en su hacienda de Monticello—, «tics» y manías de los grandes genios. Y en el marco de una personalidad así se ha de ubicar el profundo y permanente conflicto con otra persona no menos genial como sería la de su primo Marshall.

Estos rasgos de una personalidad tan polifacética, sin duda, contribuyeron a moldear sus posicionamientos políticos, aunque quizá no terminen de explicar su gran contribución a la cultura política americana. Defensor ardiente de los derechos de los Estados, orientó los dos mandatos de su Presidencia (1801-1809) a cambiar por completo la trayectoria seguida por los Federalistas. Como ha escrito Crosskey, con su agudeza habitual, «in

¹⁰ En sus *Quattro libri dell'Architettura*, Palladio haría especial hincapié acerca de esta estrecha relación. Para una primera aproximación al tema, cfr. Manfred WUNDRAM y Thomas PAPE: *Andrea Palladio. 1508-1580. Arquitecto entre el Renacimiento y el Barroco*, Taschen, Köln/Madrid, 2008, pp. 186-201.

¹¹ Para una primera aproximación al rol de Thomas Jefferson en la arquitectura de los Estados Unidos, cfr. Jan GYMPEL: *Historia de la Arquitectura* (De la Antigüedad a nuestros días), Könemann, Colonia/Barcelona (edición española), 1996, p. 66.

the national sphere, Jeffersonism was a negative, do-nothing policy»¹². Las energías del gobierno federal las dirigió hacia la expansión agraria y el desarrollo del comercio urbano, justamente lo deseado por algunos Estados, Virginia muy particularmente. El rotundo desmoche del *Federalist party* que se produjo tras la victoria de Jefferson a finales de 1800 vino a generar lo que se ha dado en llamar «one-party rule» conocida como «la era de los buenos sentimientos» («the era of good feelings»), aunque otros la conocen como «the Virginia dynasty»¹³. En esta nueva era el modelo de gobierno constitucional se caracterizó por el fortalecimiento de los derechos de los Estados y por una brusca limitación de la intrusión federal, diseño que, con puntuales salvedades, se iba a convertir en el modelo dominante hasta la Guerra de Secesión (1861-1865).

No debe extrañar por lo mismo que las decisiones emanadas de la *Marshall Court*, encaminadas en muchos casos al fortalecimiento de la Unión frente a los Estados, suscitara el más radical rechazo por parte de Jefferson. La misma consideración que con anterioridad hacíamos del choque Roane–Marshall vale para explicar el enfrentamiento entre los dos primos, pues más allá de las personales antipatías que se profesaron recíprocamente, la colisión entre ellos tenía una base mucho más profunda, en cuanto tras ella subyacía una contrapuesta interpretación de la Constitución y una antitética visión del futuro de los Estados Unidos.

Un ejemplo significativo de esta visión contrapuesta de la Unión la encontramos bien pronto, en el propio gobierno de Washington, y aunque tiene como personajes enfrentados a Jefferson y a Hamilton, dos de sus Secretarios (de Estado y del Tesoro, respectivamente), puede proyectarse también hacia John Marshall, que en la cuestión a que vamos a referirnos compartía en plenitud la visión de Hamilton, como vendrían a corroborar algunas de sus decisiones judiciales posteriores. El principal problema a que debía hacer frente el Gobierno del Presidente Washington era la virtual situación de quiebra económica de la Unión, fruto de la enorme deuda dejada por la Confederación, a la que se unía un tesoro vacío y la imprevisión de medidas específicas encaminadas a recabar ingresos con los que hacer frente a la crítica situación. Como Secretario del Tesoro, Alexander Hamilton propuso, entre otras innovaciones a su entender necesarias, la creación de un Banco mediante una *federal charter*, aunque de propiedad privada, para ayudar a dirigir los asuntos financieros del gobierno. Jefferson se opuso, argumentando que la Constitución no permitía la creación de ese Banco. Según el hacendado de Monticello, «where a phrase will bear either of two meanings,

¹² William Winslow CROSSKEY: *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Volume II, The University of Chicago Press, 2nd edition, Chicago, 1955, p. 1038.

¹³ Darren STALOFF: *Hamilton, Adams, Jefferson...*, *op. cit.*, p. 332.

(one should) give it that which will allow some meaning to the other parts of the instrument, and not that which would render all the other useless»¹⁴. (Donde una frase admita cualquiera de dos significados, uno debería darle el que permita algún significado a las otras partes del documento y no aquél que convierta las demás en inútiles). Y desde esta óptica, Jefferson consideró que la «necessary and proper clause» de la Constitución¹⁵ no pretendía dar al Congreso manos libres. A su juicio, la Convención Constitucional no había pretendido otorgar al Congreso amplios poderes, sino atarle rectamente dentro de los poderes enumerados. En otras palabras, el Gobierno federal disponía de poderes extremadamente limitados, tan sólo de aquellos específicamente enumerados, y la Constitución no debía interpretarse para permitir al Congreso quitar los poderes a otras partes, especialmente los Estados. Hamilton, por supuesto, adoptó el punto de vista contrario: que el Congreso de Filadelfia había pretendido de hecho que el gobierno nacional tuviera una amplia, aunque limitada, autoridad. Consiguientemente, la Constitución debía interpretarse liberalmente («liberally») con vistas a la promoción del bien público, y de esta forma la palabra «necessary» significaba «needful, requisite, incidental, useful, or conducive to» (lo necesario, lo requerido, lo incidental, lo útil o lo conducente a). Hamilton se impuso en este debate con facilidad, pues tanto él como Washington habían estado presentes en Filadelfia y sabían que los delegados habían evitado el esfuerzo de enumerar un listado con todas las competencias del Congreso, prefiriendo esbozarlas en unos términos amplios, y en este contexto eran conscientes de que aunque la Constitución no otorgaba de modo expreso al Congreso la competencia de aprobar *charters* de bancos u otras instituciones, ello respondía al hecho de que los delegados estaban de acuerdo en que tal competencia pertenecía a un gobierno soberano y no necesitaba ser especificada.

Y en cuanto a la contrapuesta visión que de la Constitución tenían Jefferson y Marshall, valga con recordar algo ya señalado: mientras para Marshall la Constitución era un documento que había de perdurar de generación en generación, para Jefferson cada generación debía hacer su propia Constitución.

Se ha dicho¹⁶ que Jefferson era un político idealista («an idealistic po-

¹⁴ *Apud* Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall: What Kind of Constitution Shall We Have?», *op. cit.*, p. 110.

¹⁵ En el párrafo último de la Sección 8ª del Art. I de la Constitución se faculta al Congreso «to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foreign powers, and all other powers vested by this constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof».

¹⁶ Charles B. ELLIOTT: «The Legislatures and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional», en *Political Science Quarterly* (*Pol. Sci. Q.*), Vol. 5, No. 2, June 1890, pp. 224 y ss.; en concreto, p. 248.

litician»), añadiéndose, de modo implícito, que en armonía con ello creía en la total perversión («the total depravity») de sus oponentes políticos y en la perfección de sus propias idílicas teorías de la sociedad y del gobierno («in the perfection of his own idyllic theories of society and government»). De ser ello cierto, el calificativo que le cuadraría más adecuadamente sería el de autócrata, no el de idealista. En cualquier caso, desde su mismo acceso a la Presidencia, Jefferson se puso como meta acabar con la independencia del *judiciary* en general y, de modo específico, doblegar a los *Justices* de la Corte Suprema, a través incluso, si llegaba a ser necesario, del procedimiento de *impeachment*. Ciertamente, a ello contribuyó la muy desafortunada política judicial llevada a cabo por el Presidente Adams en los últimos, incluso ultimísimos, días de su Administración, paradigma de la cual serían los llamados *Midnight Judges*, pero de todo ello nos ocuparemos más adelante.

Hasta la funesta, en cuanto descaradamente partidista, gestión final de la Administración de John Adams sobre el poder judicial federal, no parece que la opinión de Jefferson sobre el *judiciary* fuera tan negativa. En apoyo de esta apreciación puede aportarse una carta de Jefferson a Madison, escrita en marzo de 1789, en la que, al hilo del debate abierto acerca de la conveniencia de incorporar a la Constitución un *Bill of Rights*, Jefferson razonaba como sigue: «In the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me, the legal check which it puts into the hands of the judiciary. This is a body, which if rendered independent, and kept strictly to their own department merits great confidence for their learning and integrity»¹⁷. (Entre los argumentos en favor de una declaración de derechos, Usted omite uno que para mí tiene un gran peso, el control jurídico que coloca en manos del *judiciary*. Este es un cuerpo que, si se hace independiente y se mantiene estrictamente en su propio departamento, merece una gran confianza por sus conocimientos e integridad).

Tras las intervenciones de última hora de Adams y del Congreso aún Federalista sobre el *judiciary*, para Jefferson, este cuerpo dejó de ser independiente, —apreciación ciertamente harto discutible si era generalizada— y de ahí su furibunda reacción. Una carta privada escrita en 1801, el primer año de su Presidencia, lo corrobora con claridad. En ella, en referencia a los Federalistas, escribía: «On their part, they have retired into the judiciary as a stronghold. There the remains of Federalism are to be pre-

¹⁷ *Apud* P. Allan DIONISOPOULOS and Paul PETERSON: «Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Others Scholars», en *John Marshall Law Review (J. Marshall L. Rev.)*, Vol. 18, 1984-1985, pp. 49 y ss.; en concreto, p. 60.

served and fed from the Treasury, and from the battery all the works of Republicanism are to be beaten down and erased»¹⁸. (Por su parte, ellos —los federalistas— se han retirado dentro del *judiciary* como una fortaleza. Allí, los restos del Federalismo tienen que ser protegidos y nutridos por el Tesoro, y desde la batería todas las obras del Republicanismo son derribadas y borradas). El pensamiento Jeffersoniano es nítido: los Federalistas se han refugiado en el poder judicial federal, utilizándolo como fortaleza desde la que intentan desmochar toda la actuación de los Republicanos. Jefferson, además, era bien consciente de la importancia política de una *Supreme Court* federalista. Esta visión le acompañaría toda la vida. En 1820, once años por tanto después de abandonar la Presidencia, seguía teniendo una pésima percepción del poder judicial federal, al que caracterizaba como un cuerpo de zapadores y mineros trabajando constantemente bajo tierra para socavar los cimientos de la estructura confederada, y como buenos concededores del Derecho inglés, apostillaba, los jueces no iban a olvidar la máxima *boni judicis est ampliare jurisdictionem*¹⁹, es decir, los jueces iban a seguir manteniendo, incluso, de serles posible, ampliando su labor destructora.

Se entiende por todo ello que, desde su llegada a la Presidencia, el de Monticello dedicara buena parte de sus energías a buscar la fórmula más idónea con la que socavar la independencia del *judiciary*, en sintonía con su firme creencia de que la futura prosperidad del país exigía restringir el poder de los tribunales, y en orden a asegurar tal fin, era necesario acabar con su independencia. En su opinión, «a judiciary independent of the nation was a solecism»²⁰, y para alcanzar esta finalidad en relación a la *Supreme Court*, el *impeachment* se presentaba como el instrumento idóneo. Todo ello se enmarca en lo que Levy denominara el lado más oscuro («the darker side») de Thomas Jefferson²¹, sobre el que no se suele hacer mucho hincapié, quizá para preservar la imagen un tanto idílica y endiosada

¹⁸ Apud William H. REHNQUIST: *The Supreme Court (How It Was, How It Is)*, Quill/William Morrow, New York, 1987, p. 107.

¹⁹ Los términos de la carta escrita por Jefferson y recogida en sus «Obras», en lo que ahora interesa, son: «The judiciary of the United States is the subtle corps of sappers and miners constantly working underground to undermine the foundations of our confederate fabric. They are constantly construing our constitution from a coordination of a general and a special government, to a general and supreme one alone. They will lay all things at their feet, and they are too well versed in English law to forget the maxim *boni judicis est ampliare jurisdictionem*». Apud Westel W. WILLOUGHBY: *The Supreme Court of the United States (Its History and Influence in our Constitutional System)*, The John Hopkins Press, Baltimore (Maryland), 1890, p. 92.

²⁰ Apud Charles B. ELLIOTT: «The Legislatures and the Courts...», *op. cit.*, p. 248.

²¹ Leonard LEVY: *Jefferson & Civil Liberties*, 1963, p. IX. Cit. por George HASKINS: «Law versus Politics in the early years of the Marshall Court», en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Vol. 130, 1981-1982, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 23.

que los norteamericanos tienen del hacendado de Monticello, al que ciertamente se le han de reconocer aportaciones extraordinariamente relevantes para la cultura política norteamericana, occidental incluso, como sería el caso de ese magno documento que es la Declaración de Independencia, pero que, como ser humano, como ya se ha dicho, también tuvo sus filias y fobias y sus aspectos un tanto tenebrosos.

II. Entre las fobias personales de Jefferson, nadie alcanzó un lugar tan álgido como su primo Marshall. Se admite de modo bastante generalizado que Jefferson nunca sintió afecto hacia su «fellow-Virginian», John Marshall, y el paso de los años no condujo sino a profundizar el antagonismo existente ya desde los primeros años. Bien significativo de ello es que cuando Jefferson se enteró de que Hamilton requería insistentemente a Marshall que se presentara como candidato para entrar en el Congreso, escribió a Madison (el 29 de junio de 1792) en los siguientes términos: «I am told that Marshall has expressed half a mind to come. Hence I conclude that Hamilton has played him flattery & sollicitation, and I think nothing better could be done than to make him a judge»²². Como Frankfurter pusiera de relieve, en su deseo de apartar, de dejar en vía muerta a Marshall, a Jefferson se le ocurrió que lo mejor era otorgarle el inocuo rol de juez. Piénsese, que cuando Marshall accedió a la presidencia del Tribunal pudo constatar, que aunque los enemigos políticos miraban a la Corte con cierta desconfianza, la ciudadanía la contemplaba con una enorme indiferencia²³. El destino, irónicamente, situaría a Marshall en el órgano idóneo, de resultas por supuesto de su propio impulso y actuación, para concretar el rol institucional de cada órgano de gobierno y las líneas maestras del propio sistema federal.

No debe extrañar por lo expuesto que si a la personal antipatía hacia Marshall se unía el hecho de que éste impulsara una interpretación que chocaba de modo frontal con los postulados constitucionales de Jefferson, éste utilizara todas sus armas en contra del *Chief Justice* y de su Tribunal. Por si todo ello fuera poco, el hacendado de Monticello siempre se mostró profundamente molesto por el enorme influjo que el *Chief Justice* ejerció sobre sus *Associate Justices*, incluyendo los que él mismo había nombrado con la intención de contrarrestar la influencia de Marshall. El trabajo

²² Carta de Jefferson a Madison, fechada el 29 de junio de 1792. Puede verse en *The Writings of Thomas Jefferson*, edited by P. FORD, 1895, vol. 6, pp. 95-97. Cit. por Felix FRANKFURTER: «John Marshall and the judicial function», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. 69, No. 2, December 1955, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 218.

²³ Donald G. MORGAN: «The Origin of Supreme Court Dissent», en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. 10, No. 3, July, 1953, pp. 353 y ss.; en concreto, p. 360.

de Marshall, dirigido hacia el fortalecimiento del *judiciary*, se encontró con la fuerte resistencia del partido Jeffersoniano, que dominaba los otros dos departamentos, el ejecutivo y el legislativo. Por lo demás, como ha escrito Urofsky²⁴, aunque fingiendo en un determinado momento de su vida estar de acuerdo con la idea de un *judiciary* independiente, algo que desde su llegada a la Presidencia combatiría abiertamente, Jefferson, como muchos otros críticos de los tribunales, valoraba la independencia de los mismos tan sólo cuando los jueces anunciaban decisiones que él aprobaba en cuanto coincidían con sus propios puntos de vista. Transcurridos dos siglos, los patrones de valoración de las decisiones judiciales por la clase política no han cambiado mucho, y no hay más que mirar a nuestro país.

A su vez, en lo que a Marshall se refiere, cuando dictó la *Marbury opinion*, la antipatía hacia su primo se había intensificado, pues él sospechaba, con toda razón por lo demás, del relevante rol desempeñado por Jefferson en el diseño de las *Virginia and Kentucky Resolutions*, que el *Chief Justice* consideró enormemente perniciosas, particularmente al enunciar las últimas una doctrina como la de la *nullification*, esto es, la reivindicación de la potestad estatal de anular las leyes federales que se interpretaran en contradicción con la Constitución, doctrina que estaba llamada a romper la Unión.

Las diferencias que separaban a ambos estadistas iban a llegar a ser aún más personales, —valga como testimonio el que Jefferson llegó a hacerse eco por escrito del «rancorous hatred which Marshall bears to the government of his country»²⁵— al creer Jefferson, aunque cueste admitir que ese fuere realmente su sentir, que las decisiones del *Chief Justice* eran fruto del rencor y del odio hacia su gobierno; con absoluta ofuscación, el de Monticello atribuía a la inquina personal de Marshall lo que no era otra cosa que una diferente concepción constitucional. Otro ejemplo lo encontramos en la despectiva calificación que Jefferson dio de la biografía que sobre Washington escribió Marshall: «a five-volume libel». Las diferencias entre nuestros dos personajes se iban a radicalizar aún más en sus implicaciones ideológicas después de la *Marbury decision*, pues tras esta sentencia lo que quedaban cuestionados eran aspectos nucleares del gobierno constitucional republicano. En una carta dirigida a su amigo Spencer Roane, Jefferson iba a caracterizar la *Marbury opinion* como sigue: «(la Constitución) ha dado, de acuerdo con esta sentencia, sólo a uno de ellos (de los tres poderes del gobierno federal) el derecho para prescribir reglas para el gobierno de los otros, y además, a aquél que no ha sido elegido

²⁴ Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 116.

²⁵ *Apud* Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1993, p. 68.

por, y es independiente de, la nación»; tras aludir más adelante a que el *impeachment* constitucionalmente regulado no parecía haber asustado al poder judicial, añadía finalmente que «la Constitución, en esta hipótesis, es una mera criatura de cera («a mere thing of wax») en las manos del *judiciary*, que ellos pueden moldear en cualquier forma que les agrade («into any form they please»)»²⁶.

Jefferson rechazaría vehementemente la interpretación de que los *Founding Fathers* hubieran querido dar a uno solo de los tres poderes el derecho de establecer reglas para el gobierno de los otros, insistiendo en que cada uno de los tres poderes, al ser independientes, «tiene un igual derecho a decidir por sí mismo el significado de la Constitución en los casos sometidos a su intervención, donde ha de actuar sin apelación». Adicionalmente, rechaza la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes con base en dos argumentos principales: 1) que tal doctrina viola el mandato constitucional de la separación de poderes, y 2) que representa una negación patente del verdadero deseo popular, tal como es expresado por el pueblo soberano a través de sus representantes, debidamente elegidos, en un Congreso reunido. Sin embargo, y contra lo que pudiera pensarse, Jefferson no estaba tan obcecado como para ignorar los potenciales excesos en que podían incurrir los representantes; y así, años atrás, en una carta dirigida a James Madison, con fecha de 15 de marzo de 1789, manifestaba su temor frente a la tiranía de las legislaturas: «the tyranny of the legislatures —escribía— is the most formidable dread at present and will be for many years»²⁷. Tres lustros después, controlando su partido el Congreso, Jefferson había olvidado sus temores frente a los abusos provenientes del legislativo, preocupándole tan sólo tales excesos cuando provinieran del poder judicial. No nos hemos de extrañar, pues estas son las eternas volubilidades de la clase política, cuyos juicios casi siempre vienen modulados por sus respectivos intereses. Por si la argumentación expuesta no fuera suficiente, Jefferson añadiría que la *Supreme Court* «no es ni más instruida ni más objetiva que los poderes políticos del gobierno». En definitiva, para el hacendado de Monticello, la doctrina de la *judicial review*, con sus posibilidades inherentes de conducir a la supremacía judicial, era tanto elitista como antidemocrática. Su rechazo a la misma y al órgano que, supuestamente, la había consagrado sería radical.

III. Jefferson suele ser considerado como uno de los abanderados contra la *judicial review*, y lo que se acaba de decir parecería confirmarlo, pero en realidad esto no fue ni mucho menos así en un primer momento,

²⁶ *Apud* Bernard SCHWARTZ, en *Ibidem*, p. 53.

²⁷ *Apud* Henry J. ABRAHAM: *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 348.

sino que en ello influiría decisivamente la partidista y sesgada posición mantenida por buen número de jueces federales hacia las *Alien and Sedition Acts*. Los republicanos, y también Jefferson, demandaron, justificadamente, la declaración de la inconstitucionalidad de esas leyes por los referidos jueces, algo que su falta de imparcialidad, fruto de su militante partidismo, prevalente sobre su visión de los derechos constitucionales y de la justicia, les iba a hacer ignorar. Fue a partir de ese momento cuando en Jefferson anidó un soterrado rechazo del *judiciary*, que se habría de manifestar con toda su intensidad con ocasión de su acceso a la Presidencia. Es por todo ello por lo que esa visión apriorística del rechazo jeffersoniano de la *judicial review* resulta un tanto infundada, o por lo menos debe de ser relativizada.

Diversas pruebas pueden aducirse en apoyo de lo que se acaba de decir. La doctrina acude en primer término a una carta, de diciembre de 1787, escrita por Jefferson a Madison, en la que el de Monticello, sin darse cuenta al parecer de que, aun cuando de modo específico no les fuese reconocida en la Constitución la facultad de la *judicial review*, los jueces disponían de la misma, se quejaba de esta deficiencia. Bien significativas son las siguientes palabras que formula al hilo de su reflexión acerca del veto sobre la legislación del Congreso que la Constitución otorga al Presidente²⁸:

«I like the negative given to the Executive with a third of either house, though I should have liked it better had the Judiciary been associated for that purpose, or invested with a similar and separate power»²⁹. (Me gusta el veto dado al Ejecutivo con un tercio de cualquiera de las dos Cámaras, aunque me habría gustado más que se hubiera asociado con este fin al *Judiciary*, o que se le hubiera investido con una facultad semejante y separada).

En marzo de 1789, Jefferson escribió otra carta a Madison, reflexionando acerca del *Bill of Rights* propuesto. Ya nos hemos referido a la misma, de la que tan sólo recordaremos ahora, que en ella Jefferson expresaba la confianza que le merecía el departamento judicial por sus conocimientos e integridad.

No será Jefferson el único estadista republicano en reivindicar en un primer momento un rol relevante para el *judiciary*. Patrick Henry, el líder de las fuerzas antifederalistas de Virginia, en la Convención de ratifica-

²⁸ Sobre los más relevantes posicionamientos de Jefferson acerca de la *judicial review*, cfr. Wallace MENDELSON: «Jefferson on Judicial Review: Consistency through Change», en *University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Vol. 29, Winter, 1962, pp. 327 y ss.

²⁹ *Apud* P. Allan DIONISOPOULOS and Paul PETERSON: «Rediscovering the American Origins...», *op. cit.*, p. 59.

ción de la Constitución federal de Virginia, se mostró desconfiado frente a lo que entendía que era una excesiva centralización del poder en el gobierno nacional, considerando al respecto que era «the highest encomium of this country, that the acts of the legislature, if unconstitutional, are liable to be opposed by the judiciary». De ahí que Warren³⁰, en su clásica obra sobre la Corte Suprema, escribiera que cualquiera que fuere la actitud de los anti-Federalistas y los estadistas sureños en fechas posteriores, era claro que al principio ellos reconocieron plenamente y aceptaron el ejercicio de la *judicial review*. También para Clinton³¹, los comentarios de Henry, de Jefferson y de otros sobre el rol a desempeñar por los tribunales de conformidad con la nueva Constitución, muestran la dificultad de apoyar los argumentos en contra de la *judicial review* en su autoridad, pues en la realidad de los hechos, ellos fueron los primeros en sostener la conveniencia de dar a los tribunales «a broad negative» sobre los actos de las ramas coordinadas del gobierno. También Sosin se ha hecho eco de cómo, en alguna ocasión, Jefferson vio la *judicial review* como una salvaguarda contra los excesos legislativos, frente a las mayorías violando los derechos de las minorías y de los individuos³².

La doctrina se ha hecho eco igualmente del aprecio que Jefferson tenía de los jueces virginianos por hacer caso omiso de la legislación estatal que consideraban que estaba en contradicción con la Constitución del Estado³³. A la vista de todo lo expuesto hemos de insistir en que fue el a todas luces rechazable comportamiento partidista de buen número de jueces federales, alineados con las tesis del partido Federalista, particularmente durante los procesamientos llevados a cabo al hilo de la aplicación de la *Sedition Act*, lo que hizo tambalear la confianza de Jefferson y de gran parte de líderes republicanos en el *judiciary*. Con posterioridad, el odio personal de Jefferson hacia su primo Marshall no hizo sino profundizar en sus sentimientos contrarios al *federal judiciary*.

Con el paso del tiempo, este sentir se materializó claramente en las reticencias del hacendado de Monticello frente a la doctrina sentada en el caso *Marbury v. Madison*, que ya se habrían de mantener incólumes hasta su muerte. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en una carta, hecha

³⁰ Charles WARREN: *The Supreme Court in United States History*, revised edition in two volumes, Little, Brown, and Company, Boston, 1932, Vol. One (1789-1835), p. 83.

³¹ Robert Lowry CLINTON: *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas), 1989, p. 69.

³² J. M. SOSIN: *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review (The Origins of Judicial Review in America)*, Greenwood Press, New York/Westport (Connecticut)/London, 1989, p. 316.

³³ David E. ENGAHL: «John Marshall's <Jeffersonian> Concept of Judicial Review», en *Duke Law Journal (Duke L. J.)*, Vol. 42, 1992-1993, pp. 279 y ss.; en concreto, p. 285.

pública en su día, de Jefferson a William C. Jarvis, de Pittsfield (Massachusetts), que posteriormente sería *Speaker* de la Cámara de Representantes del Estado, fechada el 28 de septiembre de 1820³⁴, carta con la que el ex-Presidente agradecía a Jarvis el envío de un libro de su autoría³⁵. Un conocido pasaje de la carta en cuestión sería interpretado de modo generalizado —y de ello se haría eco Charles Warren³⁶— como una clara muestra del rechazo Jeffersoniano no sólo respecto de la facultad de la Corte Suprema de fiscalizar la constitucionalidad de las leyes del Congreso, sino también respecto de cualquier otro tipo de interferencia judicial frente a los otros dos poderes. Las palabras de Jefferson son lo suficientemente elocuentes:

«You seem in pages 84 and 148 to consider the judges as the ultimate arbiters of all constitutional questions; a very dangerous doctrine indeed, and one which would place us under the despotism of an oligarchy.... The Constitution has erected no such single tribunal... It has more wisely made all the departments coequal and co-sovereign within themselves. If the legislature fails to pass laws for a census, for paying the judges and other offices of the government, for establishing a militia, for naturalization as prescribed by the Constitution, or if they fail to meet in Congress, the judges cannot issue their mandamus to them...». (Usted parece considerar a los jueces, en las páginas 84 y 148, como los últimos árbitros de todas las cuestiones constitucionales, una muy peligrosa doctrina realmente, y una doctrina que nos colocaría bajo el despotismo de una oligarquía.... La Constitución no ha establecido un único tribunal. Más sabiamente, ha hecho iguales a todos los departamentos y a sí mismos cosoberanos. Si la legislatura deja de aprobar leyes para un empadronamiento, para pagar a los jueces y otros cargos del gobierno, para establecer una milicia, para la naturalización tal y como se prescribe por la Constitución, o si deja de reunirse en Congreso, los jueces no pueden emitir un *mandamus* a ellos).

En otras palabras, —dirá Warren comentando este párrafo, que hemos transcrito parcialmente— Jefferson negaba a la *Supreme Court* la facultad de interferir directamente sobre el ejecutivo o el legislativo a través de la emisión de *mandamus* o de *injunction* frente a uno u otro poder. Era un inequívoco repudio de la doctrina establecida en el *Marbury case*, en el

³⁴ La carta de Jefferson a Jarvis puede verse en Charles WARREN: «The Story-Marshall Correspondence (1819-1831)», en *The William and Mary Quarterly Historical Magazine (Wm. & Mary Q.)*, Second Series, Vol. 21, No. 1, January, 1941, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 8-9.

³⁵ William C. JARVIS: *The Republican: A Series of Essays on the Principles and Policy of Free States; having a Particular Reference to the United States of America and the Individual States*. Tal era el título del libro enviado por su autor a Jefferson.

³⁶ Charles WARREN: «The Story-Marshall Correspondence (1819-1831)», *op. cit.*, p. 9.

que, entre otras consideraciones, Marshall dejó clara la facultad de la Corte Suprema de expedir un *mandamus* dirigido al Secretario de Estado.

III. MARSHALL *VERSUS* JEFFERSON: EL CASO *UNITED STATES V. BURR* (1807)

1. El peculiar personaje de Aaron Burr y los hechos desencadenantes del caso

I. En íntima relación con el enfrentamiento entre Jefferson y Marshall, hemos de hacernos eco del más famoso de los casos resueltos por John Marshall en su condición de miembro de los *Circuit Courts*, el caso *United States v. Burr*, por el que Aaron Burr, quien ocupó la Vicepresidencia de los Estados Unidos, siendo Jefferson Presidente, fue enjuiciado y finalmente absuelto del cargo de traición. La conducción por Marshall de este proceso fue un ejemplo de valor judicial, aunque el resultado final del mismo, la absolución de Burr, no hizo sino tensar aún más sus relaciones con el todavía por entonces Presidente Jefferson. A tal extremo llegó esta tensión, no sólo motivada, como después se verá, por la absolución del ex-Vicepresidente Burr, que creemos que más que enfrentar a los Estados Unidos con Aaron Burr, el soterrado, pero no por ello menos virulento enfrentamiento, tuvo como partes a Jefferson y a Marshall.

Aaron Burr, nacido en 1756 en Newark (New Jersey), al igual que Jefferson y Marshall, pertenecía al grupo elitista de jóvenes que parecían llamados a gobernar la joven República³⁷. Burr fue un joven intelectualmente precoz. Su abuelo, el Rvdo. Aaron Burr, fue el primer Presidente de Princeton, y en ese centro se graduó nuestro personaje con 16 años de edad tan sólo. Según la tradición familiar, estaba predestinado al clero, y a tal efecto, en el otoño de 1773, comenzó a estudiar teología, pero pronto constató que no estaba llamado a seguir las estrictas reglas del dogma calvinista, abandonando esos estudios en la primavera del siguiente año. En la *Law School* de Tapping Reeve, su cuñado, ubicada en Litchfield, Connecticut, comenzó a estudiar leyes, aunque la Revolución interrumpió sus estudios. Al poco tiempo logró el grado de Capitán y el reconocimiento por sus hazañas militares. Ya con el grado de Coronel, sus problemas de salud le forzaron a presentar su renuncia al General Washington, aunque hasta el final de la contienda continuó colaborando con las tropas revolucionarias. Tras retornar al estudio de las leyes, Burr fue admitido como abogado en 1782, abriendo su despacho en Albany, trasladándose al

³⁷ Para una aproximación a sus rasgos biográficos, cfr. Walter Flavius MCCALED: *The Aaron Burr Conspiracy*, en el libro que recoge conjuntamente esta obra y *A New Light On Aaron Burr*, expanded edition, Argosy-Antiquarian Ltd., New York, 1966, (first edition published in 1903), pp. 1-12.

año siguiente a Nueva York, y siendo elegido tan sólo seis meses después como miembro de la Asamblea estatal. Burr pronto se convirtió en uno de los líderes del Colegio de Abogados de Nueva York, teniendo en frente tan sólo a Alexander Hamilton, el líder del mundo jurídico newyorkino sin discusión. Aunque con una relación inicialmente amistosa, las radicales discrepancias políticas entre ambos (frente al conservadurismo de Hamilton, Burr aparecía como un liberal progresista, con tintes incluso revolucionarios) los enfrentarían mortalmente, y nunca mejor aplicado el término, pues Burr terminaría dando muerte a Hamilton en el duelo más famoso de la historia. En 1789 Burr fue nombrado *Attorney General* del Estado de Nueva York por el Gobernador Clinton.

Burr ascendió con rapidez en las filas de los Republicanos de Nueva York. Ya en 1781 fue elegido senador, derrotando al General Schuyler, suegro de Hamilton, lo que creó entre uno y otro una acerba rivalidad. El Gobernador de Nueva York le ofreció después un puesto en la Corte Suprema del Estado, que Burr declinó. Y en las elecciones presidenciales de 1796, para sorpresa de todos, Burr recibió 30 votos electorales frente a los 68 de Jefferson y los 71 de Adams. Como estratega en jefe del partido en las elecciones de 1800, Burr ganó el segundo lugar en el ticket presidencial con Jefferson, lo que, innecesario es decirlo, como Vicepresidente electo, se situó en línea directa a la sucesión en la Presidencia, circunstancia que a la vez le trajo su caída en desgracia. Burr había cometido el error de no dejar claro que en la que se avecinaba como disputada elección frente a los Federalistas no aceptaría la Presidencia. Su falta de claridad incitó a algunos Federalistas a proponerle, llegado el caso, como una alternativa frente a Jefferson. Burr nunca negoció directamente con ellos, pero se dejó querer, lo que propició que Jefferson, que ya abrigaba algunas dudas acerca de la fiabilidad de Burr, concluyera que era «una víbora en el nido» y juró destrozarle («he was <a viper in the nest> and vowed to destroy him»)³⁸. Expulsado por los Republicanos y repudiado asimismo por los Federalistas, que actuaron por consejo de Alexander Hamilton, Burr se vio convertido en un paria político. El fatal duelo de Weehawken, en el amanecer del día 11 de julio de 1804, donde se tomó la venganza sobre Hamilton, saldado con la muerte de éste, convirtió a Burr en un proscrito social, al margen ya de en un fugitivo de la justicia, al ser acusado en Nueva York de asesinato, no obstante tener lugar el duelo en un lugar cercano a Nueva York, pero en todo caso al otro lado del río Hudson, en territorio del Estado de New Jersey, donde el duelo no estaba tan duramente castigado.

³⁸ R. Kent NEWMYER: *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, op. cit., p. 180.

II. Burr viajó al Oeste a fin de recuperar su fortuna y su reputación, perdidas ambas en el Este. Recorrió el Oeste durante 1805, realizando negocios sucios, entre ellos una expedición de filibusterismo contra las posiciones españolas en el Sudoeste. Intentó aproximarse al Ministro británico para los Estados Unidos, Anthony Merry, en un esfuerzo fallido de conseguir dinero para apoyar una expedición contra el territorio español, presuponiendo que lo que dañaba a España beneficiaba a Inglaterra.

El 21 de octubre de 1806, el Presidente Jefferson recibía dos cartas del General James Wilkinson, comandante del ejército americano, encargado de controlar Nueva Orleans y la frontera del Sudoeste. En una de ellas se advertía de la inminente amenaza a Nueva Orleans de una fuerza invasora de 8.000 a 10.000 hombres dirigida por Burr. El General Wilkinson, un personaje bastante siniestro, del que no sólo parece que era compinche de Burr en las maquinaciones, sino que estaba pagado por España³⁹, supuestamente, había conocido la amenaza en el mes de julio, lo que ya suscitó serias dudas acerca de la verosimilitud de la misma, al haber postergado la información al Presidente durante tres meses. Jefferson no atendió a la realidad de la amenaza, sino que vio en la denuncia del General la oportunidad de tomarse adecuada venganza sobre su ex-Vicepresidente. Así, el 27 de noviembre, actuando con base en la información transmitida por Wilkinson, declaró formalmente la existencia de una conspiración y ordenó el arresto de los conspiradores, o, si se cree al Abogado de la defensa, Luther Martin, «permitió soltar los perros de la guerra, la jauría del infierno de la persecución» («let slip the dogs of war, the hell-hounds of persecution») contra un hombre inocente⁴⁰. Se ha dicho⁴¹, que la conspiración de Aaron Burr fue preeminentemente un producto revolucionario, que recibió su inspiración de un período de agitación sin precedente que comenzó con la Revolución de 1776, su fuerza impelente, del peculiar carácter de los pioneros americanos y su libertad, de las perturbadas circunstancias existentes en el Nuevo Mundo.

Según Newmyer, el hombre que John Marshall rescató en nombre del Derecho de las garras («from the clutches») de un decidido Presidente era «un arrogante, mimado y egocéntrico canalla» («an arrogant, spoiled, self-centered scoundrel»). Pero que fuera una amenaza para la República y mereciera ser colgado como un traidor, como Jefferson pensaba, era otra cosa⁴².

³⁹ «A smarmy character who, in addition to plotting with Burr, was secretly in the pay of Spain». En estos términos describe a Wilkinson, Gobernador del Territorio de Louisiana, Urofsky. Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 118.

⁴⁰ R. Kent NEWMYER: *John Marshall and the Heroic Age...*, *op. cit.*, pp. 182-183.

⁴¹ Walter Flavius MCCAULEB: *The Aaron Burr Conspiracy*, *op. cit.*, p. 13.

⁴² R. Kent NEWMYER: *John Marshall and the Heroic Age...*, *op. cit.*, p. 181.

Temiendo por su vida, aparentemente con alguna justificación, el antiguo Vicepresidente se entregó en febrero de 1807 (aunque no faltan versiones contrapuestas, en el sentido de que fue detenido por Wilkinson) y fue encarcelado en la ciudad de Washington, en el Territorio de Mississippi. El 2 de febrero, se reunió en sesión en ese mismo lugar la *Supreme Court* del Territorio de Mississippi, integrada por los Jueces Rodney y Bruin⁴³. Constituido el gran jurado, el *Attorney* de los Estados Unidos, tras un examen de las declaraciones presentadas ante el tribunal, propuso su liberación al no encontrar pruebas que confirmaran los delitos de los que se acusaba al detenido dentro de la jurisdicción de los tribunales del Territorio de Mississippi, considerando asimismo que la *Supreme Court* del Territorio era un tribunal de apelación, no una corte con jurisdicción original. La propuesta fue sin embargo rechazada y el gran jurado comenzó su trabajo. Al día siguiente, ante el asombro de los jueces, el gran jurado presentaba un informe en el que, entre otras cosas, se decía lo que sigue:

«The grand jury of the Mississippi Territory, on a due investigation of the evidence brought before them, are of the opinion that Aaron Burr has not been guilty of any crime or misdemeanor against the laws of the United States or of this Territory, or given any just occasion for alarm or inquietude to the good people of this Territory. The grand jury present as a grievance, the late military expedition unnecessarily as they conceive, fitted out against the person and property of said Aaron Burr, where no resistance has been made to the ordinary civil authorities.... The grand jury also present as a grievance, destructive of personal liberty, the late military arrests made without warrant, and as they conceive, without other lawful authority: and they do seriously regret that so much cause should be given to the enemies of our glorious Constitution....»⁴⁴. (El gran jurado del Territorio de Mississippi, mediante la debida investigación de la prueba sometida a él, es de la opinión de que Aaron Burr no es culpable de ningún delito o infracción contra las leyes de los Estados Unidos o de este territorio, ni da ningún motivo justificado para la alarma o inquietud del buen pueblo de este Territorio. El gran jurado expone como motivo de queja la última expedición militar que conciben sin necesidad, preparada contra la persona y la propiedad del mencionado Aaron Burr, en la que ninguna resistencia se ha hecho a las autoridades civiles ordinarias... El gran jurado también expone como motivo de queja, perjudicial para la libertad personal, los últimos arrestos militares hechos sin autorización, y como ellos los conciben, sin

⁴³ Sobre el proceso de Burr en el Territorio de Mississippi, cfr. Walter Flavius MCCALED: *The Aaron Burr Conspiracy, op. cit.*, pp. 227-237.

⁴⁴ *Apud* Walter Flavius MCCALED, en *Ibidem*, p. 228.

otra autoridad legal, y lamentan seriamente que se diera tanto motivo a los enemigos de nuestra gloriosa Constitución...).

Históricamente considerado, este cambio no deja de ser un documento sorprendente. Tras meses en que la supuesta acción militar de Burr se había convertido en casi el único tema de conversación, todo parecía ser una invención. Mucho se ha especulado al respecto, atribuyéndose incluso la posición del gran jurado a su simpatía hacia los planes de Burr. Lo cierto es que el 4 de febrero se autorizó al gran jurado a retirarse, tras lo que Burr solicitó ser puesto en libertad, petición que el Juez Rodney denegó, al considerar que Burr tenía que esperar a que se llevara a cabo una investigación. Corrió el rumor de que el Gobernador del Territorio, Williams, que acababa de retornar de un viaje a Carolina del Norte, pretendía detener a Burr en el mismo momento en que fuera puesto en libertad por la autoridad judicial a fin de ser conducido por una patrulla militar a Nueva Orleans para ser puesto a disposición del General Wilkinson. Burr no dudaba de que su seguridad personal quedaría en serio peligro de caer en manos del General. Recuerda McCaleb⁴⁵, que los excesos de Wilkinson habían alcanzado tan espantosos extremos («such appalling extremes») que no es de sorprender que Burr temiera el ruido de las cadenas militares o incluso de la muerte. Tras diversas peripecias, que incluyen una huída del ex-Vicepresidente, en las que no vamos a entrar, Burr terminó siendo conducido a Fort Stoddert, en donde se hicieron los preparativos para trasladarle a Washington, la capital, emprendiendo la marcha el 5 de marzo de 1807. Tres semanas después, el prisionero ya se hallaba en Richmond, donde iba finalmente a tener lugar su enjuiciamiento.

III. El 30 de marzo, Marshall iba a interrogar por primera vez al prisionero, que quedaba detenido a la espera de la acusación formal que iba a realizar George Hay, el *district Attorney* de los Estados Unidos, bajo la atenta mirada de Jefferson, por los cargos de traición y otros delitos menores («treason and misdemeanors»). Tras una vista preliminar, Marshall, ante la ausencia de pruebas claras, el 1 de abril Marshall decidió no incluir en el correspondiente auto judicial la acusación de traición, fijando una fianza para el acusado de 10.000 dólares y emplazándole a comparecer ante el *Circuit Court* de Richmond el 22 de mayo, día que fijó para el inicio del juicio. En esta primera decisión, de gran exactitud jurídica, Marshall se permitió dirigir una buena andanada contra Jefferson, sin citar lo lógicamente. El *Chief Judge* se refirió a la «mano de malignidad» («hand of malignity») a la que no debe permitírsele «apoderarse de cual-

⁴⁵ Walter Flavius MCCALEB: *The Aaron Burr Conspiracy*, op. cit., p. 232.

quier individuo contra el que puede dirigirse su odio o a quien puede caprichosamente arrestar, acusarle de algún secreto delito y colocar sobre él la prueba de la inocencia»⁴⁶. Marshall hablaba en abstracto, pero tan duras palabras iban directamente dirigidas contra Jefferson.

La abundancia de actas del proceso y la propia amplísima cobertura periodística del mismo proporcionan una visión única de Marshall como «a trial judge» (el *Circuit Court*, como es obvio, estaba actuando como *trial court*). En el proceso se entremezclaron cuestiones políticas y jurídicas; en juego se hallaba la vida de Aaron Burr, ya que la pena establecida por la ley para el delito de traición era la muerte en la horca. Todo ello supuso un reto de gran envergadura para Marshall.

La situación se hizo aún más problemática por la impresentable actuación de Jefferson. Ya antes de que Burr se entregara y fuera formalmente acusado, en su mensaje especial dirigido al Congreso, el 22 de enero de 1807, con base en débiles evidencias y simples rumores, tachó a Aaron Burr de primer instigador de una conspiración dirigida a la ruptura de la Unión. Dicho de otro modo, mucho antes de su detención, de que se presentaran cargos contra Burr y de que hubiera sido juzgado y condenado, el Presidente proclamaba abiertamente que su culpabilidad estaba fuera de toda duda. Como escribe Roche⁴⁷, Jefferson estaba salvajemente decidido («savagely determined») a que Burr fuera colgado y para conseguir tal fin proyectó todo el peso y prestigio de la Administración detrás de la acusación. Para alcanzar tal fin, el Presidente estaba completamente dispuesto a burlar la Constitución («He was quite prepared to circumvent the Constitution»). Como señalara Haskins⁴⁸, la referencia al proceso de Burr es un dato relevante a la hora de poner de relieve ese aspecto sombrío de Jefferson al que antes aludimos. El hecho creemos que es significativo, en cuanto ilustra acerca de cómo un antagonismo personal (en este caso con Burr) conduce a un Presidente de los Estados Unidos a hacer primar su deseo de revancha sobre su obligación de velar por la equitativa impartición de justicia. Como había acontecido en el *Marbury case* y también sucedería en el *impeachment* contra el *Justice* Samuel Chase, que trataremos en un momento ulterior, el Presidente había comprometido su misma autoridad y su propia visión del Derecho antes de que aquellos sobre los que recaía la pesada carga del enjuiciamiento se hubieran podido pronunciar.

⁴⁶ Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 119.

⁴⁷ John P. ROCHE (edited by): *John Marshall: Major Opinions and Other Writings*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianapolis, Indiana/New York, 1967, p. 272.

⁴⁸ George L. HASKINS: «Law versus Politics in the Early Years of the Marshall Court», en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Vol. 130, 1981-1982, pp. 1 y ss.: en concreto, p. 14.

2. El *American Law of Treason*

I. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, el Derecho de traición (*law of treason*), o dicho en otros términos, el régimen jurídico del delito de traición, ha presentado históricamente un excepcional interés, pues como señala Hurst⁴⁹, por la misma razón que este delito es el más grave contra la seguridad del Estado, por el estigma que entraña y por la vaguedad de su alcance, se convirtió en «a notorious instrument of arbitrary power and political faction». Los *Framers* conocían qué terrible instrumento podía ser una acusación de traición y tenían decenas de ejemplos de ello en la historia inglesa, donde la Corona había acusado y asegurado la condena por traición simplemente con la finalidad de silenciar a oponentes políticos y apoderarse de sus propiedades. Se comprende por ello que todos estuvieran de acuerdo en que una definición del delito de traición debía ser parte de la ley fundamental, siendo asimismo conscientes de la importancia de las previsiones constitucionales acerca de este delito.

La *treason clause* del Art. III de la Constitución no iba sin embargo a dejar de plantear dudas interpretativas, que los tribunales federales tendrían que aclarar. De ahí que el proceso por traición de Aaron Burr, al margen ya de otros aspectos de interés a los que también nos referiremos, como sería el caso del famoso *subpoena duces tecum* dirigido por Marshall al Presidente Jefferson, que como se ha dicho⁵⁰, estableció la base para una decisión 167 años posterior en el caso *United States v. Nixon* (1974), encontrara su mayor relevancia en la interpretación que Marshall había de dar a los elementos configuradores de este tipo delictivo, dado que la Constitución, como acaba de decirse, no iba a dejar completamente cerrada la configuración del tipo. A tenor de la Sección tercera del Art. III de la Constitución:

«Treason against the United States, shall consist only in levying war against them, or in adhering to their enemies, giving them aid and comfort. No person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses to the same overt act, or on confession in open court». (La traición contra los Estados Unidos consistirá tan sólo en hacer la guerra en su contra o en unirse a sus enemigos, dándoles su ayuda y protección. A ninguna persona se le condenará por traición a no ser con base en la declaración de dos testigos del mismo acto manifiesto, o en una confesión en sesión pública de un tribunal).

La definición constitucional de traición contra los Estados Unidos ha sido considerada como un verdadero ejemplo del arte de gobernar liberal

⁴⁹ Willard HURST: «English Sources of the American Law of Treason», en *Wisconsin Law Review* (*Wis. L. Rev.*), Vol. 1945, pp. 315 y ss.: en concreto, p. 315.

⁵⁰ Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 120.

del siglo XVIII⁵¹, no obstante lo cual es formulada con los términos de un estatuto inglés de Eduardo III (siglo XIV). En modo alguno ha de extrañar lo que se acaba de decir, pues la *treason clause* fue escrita, debatida y adoptada por hombres cuyas ideas al respecto derivaban del Derecho inglés, por lo que los propios términos de esta cláusula constitucional encuentran su origen en Inglaterra. De ahí el interés de atender al Derecho inglés llegado el momento de interpretar la *treason clause*. Marginalmente, digamos que algunos autores han visto en la *treason clause*, especialmente en la previsión que establece el procedimiento por el que un tribunal puede condenar a un acusado de traición, una cláusula constitucional que apoya la *judicial review* de las leyes federales⁵².

II. El Estatuto de Eduardo III, de 1350 (según algunos autores, de 1351), contemplaba siete acciones que se reconducían al delito de traición, las más relevantes de las cuales eran las de: tramar la muerte del rey («compassing the death of the king»), adherirse a los enemigos del rey («adhering to the king's enemies»), darles ayuda y protección («giving them aid and comfort») y hacer la guerra en contra del rey («levying war against the king»). Durante los siglos sucesivos a 1350, el Parlamento amplió o contrajo el Derecho de traición por medio de los estatutos, en la mayor parte de los casos de modo temporal.

En los primeros libros jurídicos ingleses, como los de Glanvill o Bracton, no se menciona nada acerca de cualquier aspecto restrictivo del ámbito de la traición. El delito se establece en términos positivos, contemplándose tan sólo la seguridad y autoridad del Rey. No será éste, sin embargo, el análisis de Coke, pues no obstante los términos generales de su análisis, en ellos subrayará que el rasgo distintivo del estatuto de Eduardo III es la limitación que del ámbito de este delito lleva a cabo⁵³. Coke seguirá la doctrina de la interpretación estricta para limitar el delito de adhesión a los enemigos del rey. El aprecio que Edward Coke sentía por la política restrictiva que a su juicio latía en el mencionado estatuto se manifestó con particular consideración respecto a la prevención frente al recurso tiránico a las acusaciones de traición en la controversia política doméstica, como algo distinto a las acusaciones relativas al trato con enemigos externos. Coke utiliza algunas ambiguas partes del texto legal para llevar a cabo repetidas declaraciones de que delitos tales como tramar la muerte del rey o adherirse a sus enemigos incluyen el elemento de «proclamar el mismo

⁵¹ Bradley CHAPIN: *The American Law of Treason* (Revolutionary and Early National Origins), University of Washington Press, Seattle (Washington), 1964, p. 3.

⁵² Saikrishna B. PRAKASH and John C. YOO: «The Origins of Judicial Review», en *University of Chicago Law Review* (*U. Chi. L. Rev.*), Vol. 70, 2003, pp. 887 y ss.; en concreto, p. 902.

⁵³ William HURST: «English Sources of the American...», *op. cit.*, pp. 318-319, 323 y 325.

a través de algún acto manifiesto» («declaring the same by some overt deed»). Y en la obra de Coke encontramos igualmente importantes pasajes en los que parece contemplar como relevante el «acto manifiesto» («overt act»), a causa y en la medida en que ayuda a probar la intención de la traición. Otros pasajes sugieren que Coke está meramente diciendo que las simples palabras habladas están intrínsecamente muy poco seguras en la memoria de los testigos como para poder considerarse un fundamento justo para establecer un delito de tanta gravedad. En definitiva, el acto manifiesto vendría a confirmar la prueba de la intención de la comisión del delito⁵⁴.

Será Foster, sin embargo, quien entre los tratadistas ingleses del siglo XVII se pronuncie de un modo más esclarecedor acerca de la naturaleza del acto manifiesto como un elemento del delito de traición⁵⁵. Su análisis descansa sobre la consideración familiar de que una política prudente reclama una definición cuidadosa del ámbito del delito de traición en interés de la seguridad individual. Con ello, deja claro que la existencia de un acto manifiesto es un elemento esencial del delito, aunque no llegue finalmente a manifestarse acerca de si una reunión con la intención de preparar la traición es un acto suficiente como para considerarlo un acto de hacer la guerra («levying war») o de adherirse a los enemigos, aunque sí entiende que una reunión de tal tipo es un acto manifiesto suficiente para tramar la muerte del rey.

La Revolución de 1688 (la *Glorious Revolution*) introdujo cambios en los aspectos procesales del Derecho de traición. La *Treason Trial Act* de 1696 vino a garantizar un juicio imparcial al disponer, entre otras garantías, que ninguna persona podía ser condenada por traición salvo con base en el testimonio de dos testigos del mismo acto manifiesto («except on the testimony of two witnesses to the same overt act»), lo que era tanto como decir, de dos testigos que hubieren presenciado el acto de traición perpetrado de modo manifiesto; que el acusado debía de tener una copia de la acusación y la lista del grupo integrante del jurado antes del juicio, y que el proceso ante el tribunal debía conseguir obligar a los testigos a asistir en nombre de la defensa. Con todo, no se puede olvidar⁵⁶, que en los años que siguieron a la Revolución se obtuvieron condenas por el delito de traición con base a acusaciones en que se alegaba la impresión («printing») y

⁵⁴ También Henry de Bracton parece exigir claramente actos abiertos («over acts») para el llamado delito de *seditionem domini regis ver exercitus sui*. William HURST: «English Sources of the American...», *op. cit.*, p. 322.

⁵⁵ Cfr. al respecto, William HURST: «English Sources of the American...», *op. cit.*, pp. 337-344.

⁵⁶ Bradley CHAPIN: *The American Law of Treason...*, *op. cit.*, p. 5.

la conspiración («conspiracy») como actos que mostraban una intención de tramar la muerte del Rey.

En la época colonial, el concepto de «levying war» (hacer la guerra) adoptó diversas formas. Las diferentes conductas consideradas como *treason* podían agruparse en estas tres categorías: 1) una verdadera insurrección armada; 2) la guerra por deducción («war by construction»), o lo que es igual, una resistencia agravada a la ejecución de la ley, y 3) las «nuevas traiciones» («novel treasons»), que convertían algunos actos de oposición política en un grave delito⁵⁷. Al utilizar en Derecho inglés de traición, los colonos no habían introducido grandes innovaciones, y los pequeños cambios hechos tenían que ver fundamentalmente con el Derecho sustantivo. Quizá por ello se ha podido escribir que «in 1775, the American law of treason was the law of England transferred to a new home»⁵⁸.

III. Una Ley del Congreso de 30 de abril de 1790, en desarrollo de la *treason clause*, dispuso que la pena por el delito de traición debía ser la muerte en la horca⁵⁹, adoptando la mayoría de las garantías procesales contempladas por la *Treason Trial Act*, como la de que el acusado había de tener, al menos tres días antes del juicio, una copia de la acusación y una lista de los testigos y de los miembros del jurado; el acusado podía perentoriamente impugnar hasta un total de treinta y cinco miembros del grupo seleccionado para llegar a integrar el jurado; de igual forma, se le reconocía el derecho a tener un abogado.

Durante las Administraciones de Washington y Adams el *treason law* se aplicó en dos ocasiones, en un caso en la llamada *Whisky Rebellion* que tuvo lugar en Pennsylvania en 1794, y en el otro, en la *Fries Rebellion*, que se produjo cinco años después también en Pennsylvania⁶⁰. Estos primeros juicios por traición establecieron el precedente de que la oposición armada a

⁵⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁹ La Sección primera, punto I, del Capítulo 9º de la Ley disponía: «That if any person or persons, owing allegiance to the United States of America, shall levy war against them, or shall adhere to their enemies, giving them aid and comfort within the United States or elsewhere, and shall be thereof convicted, on confession in open court, or on the testimony of two witnesses to the same overt act of the treason whereof he or they shall stand indicted, such person or persons shall be adjudged guilty of treason against the United States, and shall suffer death». *Apud* Charles WARREN: «What is Giving Aid and Comfort to the Enemy?», en *Yale Law Journal* (*Yale L. J.*), Vol. XXVII, 1917-1918, pp. 331 y ss.; en concreto, p. 332.

⁶⁰ Sobre los dos (tres en realidad, porque respecto a John Fries se celebraron dos juicios por traición) *Treason Trials* de Pennsylvania, cfr. Stephen B. PRESSER: «A Tale of Two Judges: Richard Peters, Samuel Chase, and the Broken Promise of Federalist Jurisprudence», en *Northwestern University Law Review* (*Nw. U. L. Rev.*), Vol. 73, 1978-1979, pp. 26 y ss.; en concreto, pp. 81-93.

la aplicación de una ley federal equivalía a «levying war» contra los Estados Unidos, cayendo así dentro de la definición constitucional de traición. El *Justice* William Paterson, en su intervención ante el jurado en uno de los juicios celebrados con ocasión de la *Whisky Rebellion*, aceptó la idea del acusador, William Rawle, para quien: «What constitutes a levying of war.... must be the same, in technical interpretation, whether committed under a republican, or a regal form of government; since either institutions may be assailed and subverted». (Lo que constituye «hacer la guerra».... debe ser lo mismo, en una interpretación técnica, se cometa bajo una forma de gobierno republicana o monárquica, ya que ambas instituciones pueden ser atacadas y subvertidas). Ello se traducía en que Rawle (y también el *Justice* Paterson) hicieran suya la noción del *common law* inglés, para el que «raising a body of men to obtain, by intimidation or violence, the repeal of a law, or to oppose and prevent by force and terror, the execution of a law, is an act of levying war»⁶¹. (Sublevar un conjunto de hombres para obtener, por intimidación o violencia, la abrogación de una ley, u oponerse e impedir por la fuerza y el terror la aplicación de una ley, es un acto de hacer la guerra).

La doctrina inglesa de la traición implícita o por deducción («doctrine of constructive treason») entrañaba una interpretación muy amplia de la *treason clause*. Tal opción suponía la condena de Burr, pero más allá del caso concreto, conducía al grave riesgo de politizar la traición. Por contra, una interpretación estricta del delito situaría el *American treason law* en el camino liberal, aunque la misma había de conducir a exonerar del cargo de traición a Aaron Burr. Jefferson, innecesario es decirlo, presionó a través de todos los medios a su alcance para que se impusiera la interpretación inglesa. Marshall tenía ante sí un reto dificultoso, pero, más allá del caso en cuestión, de trascendental relevancia con vistas al futuro: establecer la interpretación quizá definitiva de la *treason clause*, y al hilo de ello decantarse por la opción de una definición política de la traición, o por el contrario, por una visión de ese delito liberal y no política, que es lo que finalmente haría el *Chief Justice*.

IV. Marshall ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la *treason clause* en *Ex parte Bollman* (1807), caso que se hallaba estrechamente relacionado con la conspiración de Burr, y en el que se enjuició el otorgamiento a Erick Bollman y a Samuel Swartwout, que a lo sumo eran mensajeros de Burr, aunque fueron también considerados conspiradores, de una petición de *habeas corpus*. Uno y otro fueron detenidos por el General Wilkinson, quien los envió bajo custodia a Washington en enero de 1807, para que fueran acusados del cargo de traición. Los dos jueces re-

⁶¹ *Apud* Stephen B. PRESSER: «A Tale of Two Judges...», *op. cit.*, pp. 81-82.

publicanos existentes por aquel entonces en el *Circuit Court* del distrito de Columbia decidieron que fueran encarcelados sin fianza a la espera de juicio por un delito de traición, mientras que el único juez federalista del Tribunal, William Cranch, entendió que debían ser puestos en libertad por falta de pruebas. En tal situación, los prisioneros presentaron un *writ of habeas corpus* ante la Corte Suprema.

Para tener una idea del conflicto político subyacente a este proceso bastará con recordar que William Giles, lugarteniente de Jefferson en el Senado, temeroso de que la Corte liberara a los dos hombres encarcelados, se las arregló para conseguir que la Cámara alta aprobara en un día un proyecto de ley suspendiendo la garantía del *habeas corpus* durante tres meses. Unos pocos días después, la *House of Representatives*, no obstante contar con una abrumadora mayoría republicana, rechazó el proyecto de ley. Marshall era, pues, bien consciente de la politización que entrañaba el caso, pese a su simpleza, un simple otorgamiento de un *habeas corpus*, y deseaba despolitizarlo, aunque, como se ha dicho⁶², éste era un esfuerzo condenado de antemano al fracaso, en gran parte a causa de la obsesión de Jefferson con la empresa supuestamente llevada a cabo por Burr.

La jurisdicción de la *Supreme Court* fue cuestionada con fundamentos tanto legales como constitucionales. Aunque no es este el tema que para nosotros tiene mayor interés, nos detendremos mínimamente en él. La sección 14 del capítulo vigésimo de la *Judiciary Act* de 1789, que Weinberg denomina la *all writs Act*⁶³, pretendía dar a todos los tribunales federales «power to issue writs of *scire facias*, *habeas corpus*, and all other writs not specially provided for by statute, which may be necessary for the exercise of their respective jurisdictions». La cuestión legal se planteó por esa limitación que el precepto hacía de que la concesión del *writ* fuere necesaria para el ejercicio de la respectiva jurisdicción, pero la Corte interpretó que esa limitación era de aplicación a todos los demás *writs*, pero no al de *habeas corpus*. Y en cuanto a la cuestión constitucional de mayor relevancia que se planteó fue justamente la de *Marbury*, esto es, la de si la concesión del *writ of habeas corpus* no significaba un ejercicio por la Corte de su jurisdicción originaria, en cuyo caso no podía concederlo al no estar contemplado por la Constitución. La respuesta de Marshall fue muy breve, invocando la definición que en la *Marbury opinion* había dado del «appellate power»: la jurisdicción en *Bollman* era de apelación porque concernía a «the revision of a decision of an inferior court, by which a citizen has been committed to gaol»⁶⁴ (la revisión de una decisión de un tribunal inferior por la que un ciudadano había sido encerrado en la cárcel).

⁶² Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, pp. 118-119.

⁶³ Louise WEINBERG: «Our *Marbury*», *op. cit.*, p. 1307.

⁶⁴ *Apud* David P. CURRIE: *The Constitution in the Supreme Court* (The First Hundred Years. 1789-1888), University of Chicago Press, Chicago and London, 1985, pp. 79-80.

La *Marshall Court* abordaba asimismo en su decisión la cuestión relativa al delito de traición, que es la que para nosotros tiene en este momento mayor interés. Estas eran algunas de sus consideraciones:

«It is not the intention of the court to say that no individual can be guilty of this crime who has not appeared in arms against his country. On the contrary, if war be actually levied, that is, if a body of men be actually assembled for the purpose of effecting by force a treasonable purpose, all those who perform any part, however minute, or however remote from the scene of action, and who are actually leagued in the general conspiracy, are to be considered as traitors. But there must be an actual assembling of men, for the treasonable purpose, to constitute a levying of war»⁶⁵. (No es intención del tribunal decir que ningún individuo que no ha aparecido en armas contra su país puede ser culpable de este delito. Por el contrario, si realmente se estuviere haciendo la guerra, esto es, si un grupo de hombres estuviere verdaderamente reunido con el propósito de llevar a cabo por la fuerza un objetivo traidor, todos aquellos que desempeñen cualquier papel por pequeño que sea, o remoto que esté de la escena de la acción, y que estén realmente vinculados con la conspiración general, deben ser considerados como traidores. Pero debe de haber una verdadera reunión de hombres con un objetivo traidor para constituir *levying war* —esto es, el supuesto de hecho constitucionalmente considerado como traición—)⁶⁶.

La consideración transcrita daría pie a Corwin para entender⁶⁷, que en este caso Marshall había seguido la doctrina sobre la traición acuñada por el *common law*, que en pocas palabras el propio autor entiende que implica la existencia de una conspiración, de manera que si tiene lugar un acto manifiesto de guerra de conformidad con la conspiración, todos los conspiradores son igualmente responsables del delito en el lugar donde dicho acto ocurra. Según el propio Corwin, pocas semanas después, Marshall, en el juicio de Aaron Burr, iba a abandonar completamente esta doctrina al considerar que Burr tenía que ser vinculado con la conspiración a través de un

⁶⁵ *Apud* John P. ROCHE (edited by): *John Marshall: Major Opinions...*, *op. cit.*, p. 267.

⁶⁶ En 1842, actuando en un *Circuit Court*, el gran Justice Story, en su *speech* o *charge* ante un gran jurado, resumía esta misma doctrina de Marshall en los siguientes términos: «To constitute an actual levy of war, there must be an assembly of persons, met for the treasonable purpose, and some overt act done, or some attempt made by them with force to execute, or towards executing, that purpose. There must be a present intention to proceed in the execution of the treasonable purpose by force. The assembly must now be in a condition to use force, and must intend to use it, if necessary, to further, or to aid, or to accomplish the treasonable design». *Apud* Charles WARREN: «What is Giving Aid and Comfort to the Enemy?», *op. cit.*, p. 339.

⁶⁷ Edward S. CORWIN: *The Constitution and what it means today*, Princeton University Press, 12th edition, 2nd printing, Princeton, New Jersey, 1961, p. 158.

acto manifiesto propio. A partir de 1919, año en que Corwin explicita por vez primera su posición al respecto⁶⁸, que en síntesis no es otra que el pre-judicio político, antes que el principio jurídico, rigió las actuaciones de Marshall en el juicio de Aaron Burr, ha prevalecido entre los historiadores, como reconoce Faulkner⁶⁹, no obstante no estar de acuerdo con Corwin en esta consideración, como el punto de vista prevalente. Como fácilmente puede suponerse, la misma apreciación sería mantenida en su momento por Jefferson y otros Republicanos. Sin embargo, no toda la doctrina ni mucho menos comparte la apreciación de Corwin. Tal es, por ejemplo, el caso de Roche, para quien «the *Bollman* opinion is considered a libertarian performance because Marshall clearly limited any approaches to doctrines of constructive treason»⁷⁰. Tampoco Urofsky se alinea con Corwin, argumentando al respecto, que aunque Marshall pudo proporcionar palabras para una posible acusación de conspiración para cometer traición, él dejó claro que la conspiración para la traición no constituía en sí misma traición, para añadir, «war had not been levied, and absent war, there could be no treason»⁷¹. En fin, Faulkner contrapone a Corwin, que no es manifiesto que las exigencias probatorias de la Constitución en relación a este delito debieran ser interpretadas a la luz de la doctrina del *common law* de que «in treason all are principals»⁷² (en la traición todos son autores).

La crítica de Corwin, a nuestro entender, no está tan fundamentada como el prestigioso autor parece creer. Nos detendremos en ello más adelante, pero avancemos ya que Marshall era consciente de que una definición permisiva del delito de traición posibilitaría su utilización como un arma para la represión política. De ahí que aunque no se puedan ignorar las reflexiones precedentemente transcritas de su decisión, tampoco pueden echarse en el olvido algunas otras efectuadas en la propia decisión unas líneas después. En ellas Marshall establecía un principio general de amplia proyección en el que, separándose del Derecho inglés, dejaba inequívocamente clara la necesidad de una interpretación estricta de este delito. Estas eran sus reflexiones:

«It is, therefore, more safe as well as more consonant to the principles of our constitution, that the crime of treason should not be extended by construction to doubtful cases; and that crimes not clearly

⁶⁸ Corwin expresará por vez primera esta posición en su libro, *John Marshall and the Constitution: A Chronicle of the Supreme Court*, New Haven, 1919.

⁶⁹ Robert K. FAULKNER: «John Marshall and the Burr Trial», en *The Journal of American History* (*J. Am. Hist.*), Vol. 53, No. 2, September, 1966, pp. 247 y ss.; en concreto, p. 247.

⁷⁰ John P. ROCHE (edited by): *John Marshall: Major Opinions...*, *op. cit.*, p. 265.

⁷¹ Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 119.

⁷² Robert K. FAULKNER: «John Marshall and the Burr Trial», *op. cit.*, p. 250.

within the constitutional definition, should receive such punishment as the legislature in its wisdom may provide...»⁷³. (Es por lo tanto más seguro, así como más conforme a los principios de nuestra Constitución, que el delito de traición no debe extenderse por deducción a los casos dudosos, y que aquellos delitos no claramente dentro de la definición constitucional reciban el castigo que la sensatez de la legislatura pueda disponer).

Y el mencionado principio cobraba aún mayor relevancia si se atendía a la constatación hecha por Marshall en la propia sentencia, de la falta de precisión legal en la descripción del delito de traición, que podría producir alguna dificultad al decidir qué casos entrarían dentro del mismo. La proyección de estos principios generales al caso *sub judice*, a la vista de las pruebas presentadas, conducía a la mayoría del Tribunal a considerar, que en el caso de Samuel Swartwout no había prueba suficiente de que hubiera hecho la guerra contra los Estados Unidos como para justificar su encarcelamiento con base al cargo de traición, mientras que respecto a Erick Bollman, el Tribunal admitía que aún había menos prueba para ello.

3. La interpretación y posterior sentencia de John Marshall

I. Las diversas fases del proceso se prolongaron de marzo a septiembre de 1807. Las actas del mismo en Richmond quedaron destruidas durante la guerra civil; sin embargo, copias de esas actas existían en el libro de actas del *Circuit Court* de Ohio, lo que ha permitido a los historiadores poder conocer bien los distintos momentos procesales. El proceso se desarrolló, según Rhodes⁷⁴, a través de cuatro etapas, aunque este autor no se ciñe al juicio de Richmond, sino que incluye un proceso posterior celebrado en Ohio. Esas etapas serían: investigación del gran jurado y encarcelamiento de Burr; juicio y absolución del cargo de traición; juicio y absolución de un cargo de delitos menores («misdemeanors»), y devolución al *Circuit Court* de Ohio con base en una acusación por otro delito menor.

Fue el día 22 de mayo cuando, propiamente, comenzó el juicio. Recuerda McCaleb, que ese día estaba Richmond lleno de forasteros («strangers»). Unos fueron atraídos por la fama del acusado; otros por la notoriedad de la causa, mientras que muchos más aparecieron como testigos en respuesta a los llamamientos del Gobierno⁷⁵. Ello nos da una idea feha-

⁷³ Apud John P. ROCHE (edited by): *John Marshall: Major Opinions...*, *op. cit.*, p. 267.

⁷⁴ Irwin S. RHODES: «What Really Happened to the Jefferson Subpoenas?», en *American Bar Association Journal* (A. B. A. J.), Vol. 60, 1974, pp. 52 y ss.; en concreto, p. 53.

⁷⁵ Walter Flavius MCCALEB: *The Aaron Burr Conspiracy*, *op. cit.*, p. 265.

ciente, primero, del enorme impacto e interés que este juicio tuvo en los Estados Unidos, y después, de la inequívoca toma de partido y manipulación llevada a cabo por Jefferson y su Gobierno. Por lo demás, en la ciudad había un cierto ambiente amenazador, con grupos de gentes pidiendo el linchamiento del imputado. Weinberg ha escrito al respecto⁷⁶, que los jurados estaban tan temerosos por su propia seguridad («so fearful for their own safety») que Marshall se mostraba preocupado acerca de la capacidad de los mismos de mantener la imparcialidad.

En el juicio iban a participar los más relevantes abogados. Por la defensa, al margen ya de que Aaron Burr era un excelente abogado, Luther Martin desempeñó el papel estelar, aunque también estuvo acompañado, entre otros, por Edmund Randolph, Charles Lee y John Wickham. Por la acusación, el Gobierno envió junto al *District Attorney* George Hay, a William Wirt y Alexander McRae, lo que no debe extrañar si se advierte que, como escribe Chapin, «Jefferson himself planned the prosecution»⁷⁷.

Quizá lo más relevante del proceso mismo fuera el logro de Marshall de que se respetaran los derechos del acusado, asegurándole un juicio justo, lo que en el ambiente que rodeó el proceso no era nada fácil de conseguir. Junto a ello, con esta sentencia, como ya hemos dicho, Marshall impulsó el Derecho constitucional americano hacia una definición no política de la traición. Ya en *ex parte Bollman*, como acabamos de señalar, Marshall pareció separarse, por lo menos en parte, de la visión expansiva que del delito de traición se tenía en el Derecho inglés, no obstante los pronunciamientos en contra de la misma de autores tan relevantes como Coke, decantándose en favor de una interpretación estricta, por lo menos en los casos dudosos. Y en todo caso, con la interpretación que la Corte iba a llevar a cabo de lo que debía entenderse por traición, al margen de la doctrina inglesa, Marshall, como bien se ha señalado⁷⁸, ayudó a poner la traición más allá del alcance de los políticos vengativos («beyond the reach of vindictive politicians»).

En *United States v. Aaron Burr* recayó sobre el Tribunal, pero primigeniamente sobre su *Chief Judge* la difícil responsabilidad de evaluar la suficiencia de las pruebas inculpatorias presentadas contra quien había sido Vicepresidente de los Estados Unidos. Ya nos hemos referido a la movilización de Jefferson y su Administración para lograr la condena de Burr. Pero el problema principal para ello era que el acto manifiesto («over act») constitucionalmente exigido para el delito de traición era algo excesiva-

⁷⁶ Louise WEINBERG: «Our Marbury», *op. cit.*, p. 1266.

⁷⁷ Bradley CHAPIN: *The American Law of Treason...*, *op. cit.*, p. 103.

⁷⁸ R. Kent NEWMYER: *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, *op. cit.*, pp. 189-190.

mente confuso. La alegación principal era que en la isla de Blennerhasset, ubicada en Virginia, circunstancia que explicaba la jurisdicción sobre el acusado del *Circuit Court* de Virginia, había tenido lugar la reunión de un conjunto de hombres con el fin de conspirar para hacer la guerra contra los Estados Unidos. Pero aún admitiéndose que ello fuera así, estaba probado que Burr no había estado presente en tal reunión conspiradora. El propio *Attorney* de los Estados Unidos admitió que Burr no se hallaba presente cuando el acto, cualquiera que fuere su naturaleza, se cometió. Más aún, se hallaba en otro Estado y a gran distancia de la mencionada isla. Siendo esto así, parecía que Burr tenía que ser implicado en la supuesta conspiración por deducción. Y eso es lo que intentó hacer la acusación pública. Claro está, pocas semanas antes, Marshall, en *ex parte Bollman*, como ya expusimos, había dicho que todos aquellos que desempeñaran cualquier papel por pequeño que fuera o remoto que estuviera de la escena de la acción, y que se hallaran verdaderamente vinculados con la conspiración debían ser considerados traidores. Pero no se olvide, también había establecido como principio general el de la interpretación estricta en los casos dudosos. No puede por menos de admitirse que en el caso que nos ocupa una y otra interpretación parecían conducir a soluciones antitéticas.

George Hay abrió las intervenciones de la acusación pública, aduciendo que la verdadera cuestión era dilucidar lo que constituía «a levying of war». A partir de la decisión dictada en *Ex parte Bollman*, Hay sostuvo que el acto de reunirse con el propósito de llevar a cabo por la fuerza un proyecto traidor («a treasonable design») equivalía a *levying war*. Las armas y el uso de la fuerza no eran ingredientes necesarios, y todas las personas comprometidas eran traidores. Eran éstas, añadió el *Attorney* Hay, máximas establecidas por el *common law* y que la reciente de la *Supreme Court* había venido a reforzar⁷⁹.

En las alegaciones en su defensa, Burr adujo que la Constitución excluía la «constructive treason», esto es, la traición por deducción, y que ello quedaba muy claro a la vista de los términos de la sección tercera del Art. III; consiguientemente, la conspiración para traicionar en modo alguno podía ser convertida en un delito de la misma magnitud que la propia traición. Burr negó asimismo que la reunión en la isla de Blennerhasset fuera un acto manifiesto de guerra contra los Estados Unidos, en línea con lo que siempre su argumento central: sólo se pretendía incitar a una guerra contra España⁸⁰. El 26 de junio, él, por supuesto, se declaraba «not

⁷⁹ *Apud* Bradley CHAPIN: *The American Law of Treason...*, *op. cit.*, p. 105.

⁸⁰ A fines de julio, Burr escribía una carta a Theodosia, su única hija, por la que sentía verdadera pasión, y a la que se había dedicado en cuerpo y alma tras enviudar años atrás. En

guilty» de la acusación de traición. Tras esa sesión, el tribunal aplazaba sus sesiones hasta el 3 de agosto.

II. El momento nuclear del proceso tuvo lugar el 31 de agosto de 1807, día en el que Marshall procedió a argumentar ante el jurado su opinión sobre la suficiencia de las pruebas para mantener la acusación⁸¹. A través de su intervención, Marshall exhortó al jurado acerca del Derecho que debía de aplicar y de la interpretación que al mismo se había de dar. La declaración del *Chief Judge* es enormemente extensa⁸². Como es lógico, sólo nos vamos a detener en lo que consideramos más relevante.

A) Marshall iba a comenzar señalando que la cuestión que se originaba al hilo de la interpretación de la *treason clause* constitucional era de una infinita importancia («is of infinite moment») para el pueblo de norteamericano y exigía la más meditada y sobria consideración. Y a tal efecto pasaba a examinar el párrafo de la Constitución que dice: «Treason against the United States shall consist only in levying war against them». ¿Cuál es el significado natural de las palabras *levying war*?, se interroga Marshall, para responder de inmediato, que tomadas literalmente son quizá del mismo significado que las palabras «raising or creating war» (provocar o crear la guerra). En la interpretación que a los tribunales les sería exigido dar a estos términos, no es improbable que puedan quedar comprendidos aquellos que provoquen, creen, hagan o lleven a la guerra. Muy poco después, Marshall sostiene: «There is no difficulty in affirming that there must be a war, or the crime of levying it cannot exist» (No hay dificultad en afirmar que debe de haber una guerra o el delito de hacerla no existe). Pero la expresión *levying war* no se aplica por primera vez al delito de traición por la Constitución de los Estados Unidos. Marshall recuerda que se trata de un término técnico, usado en un viejo estatuto inglés, por lo que es razonable suponer que, salvo que sea incompatible con otras expresiones de la Constitución, la expresión es usada en este instrumento en

la carta, refiriéndose a las últimas sesiones del tribunal, le dice a su hija: «I repeat, what has heretofore been written, that I should never invite any one, much less those so dear to me, to witness my disgrace. I may be immured in dungeons, chained, murdered in legal form, but I cannot be humiliated or disgraced». *Apud* Walter Flavius McCaleb: *The Aaron Burr Conspiracy*, *op. cit.*, p. 282.

⁸¹ «Opinion on the Motion to Introduce Certain Evidence in the Trial of Aaron Burr for Treason, pronounced Monday, August 31 (1807)». Puede verse en John P. ROCHE (edited by): *John Marshall: Major Opinions...*, *op. cit.*, pp. 274-305. De este texto entresacamos nuestras citas.

⁸² Recuerda McCaleb que la lectura de su opinión le llevó tres horas a Marshall. Walter Flavius McCaleb: *The Aaron Burr Conspiracy*, *op. cit.*, p. 290.

el mismo sentido en que se comprendió en Inglaterra y en que se ha utilizado en el estatuto de Eduardo III. Más adelante, Marshall efectúa otra importante precisión, al afirmar:

«All those who perform the various and essential military parts of prosecuting the war which must be assigned to different persons, may with correctness and accuracy be said to levy war». (De todos aquellos que realizan las diversas y esenciales partes militares de proseguir la guerra, que debe atribuirse a diferentes personas, puede con corrección y exactitud decirse que hacen la guerra).

Y añade Marshall:

«Taking this view of the subject, it appears to the court, that those who perform a part in the prosecution of the war may correctly be said to levy war, and to commit treason under the constitution. It will be observed that this opinion does not extend to the case of a person who performs no act in the prosecution of the war, who counsels and advises it, or who, being engaged in the conspiracy, fails to perform his part». (Adoptando este punto de vista de la cuestión, parece al tribunal que de aquellos que realizan una parte en la prosecución de la guerra puede correctamente decirse que hacen la guerra y que cometen traición conforme a la constitución. Debe observarse que esta opinión no se extiende al caso de una persona que no realiza ningún acto en la prosecución de la guerra, a quien la aconseja y asesora sobre ella, o a quien, estando comprometido en la conspiración, deja de cumplir su parte).

Marshall alude a continuación a la *opinion* de la Corte Suprema en *United States v. Bollman and Swartwout*. Se dice, —argumenta— que esta decisión, al declarar que aquellos que no llevan armas pueden, sin embargo, ser culpables de traición, es contraria a Derecho, y no es obligatoria porque es extrajudicial y se pronunció sobre una cuestión no discutida. Este tribunal, por lo tanto, viene obligado a apartarse del principio allí formulado. Pero al margen de ello, el *Chief Judge* se hace eco de cómo algunos caballeros han razonado como si la Corte Suprema, en *Bollman*, hubiera adoptado la totalidad de la doctrina de los libros ingleses sobre la cuestión de los cómplices de traición («accessories to treason»). Pero desde luego, no es tal el hecho. Y tras ello precisa:

«Those only who perform a part and who are leagued in the conspiracy, are declared to be traitors. To complete the definition both circumstances must concur. They must <perform a part>, which will furnish the overt act, and they must be <leagued in the conspiracy>. The persons who comes within this description, in the opinion of the

court, levies war». (Sólo aquellos que realizan una parte y que están vinculados en la conspiración son declarados traidores. Para completar la definición ambas circunstancias deben concurrir. Ellos deben <realizar una parte> que proporcionará el acto manifiesto, y deben estar <vinculados en la conspiración>. Las personas que caen dentro de esta descripción, a juicio de la Corte, hacen la guerra).

B) Aborda Marshall a continuación una segunda cuestión, la relativa a la naturaleza del acto manifiesto («overt act») sobre el que se han presentado las pruebas y que reclama del tribunal declarar si ese acto puede alcanzar a ser *levying war*. Recuerda al efecto que en *Ex parte Bollman*, la Corte lo interpretó para significar que una reunión de personas con un propósito traidor, fuera con fuerza o sin fuerza, fuera con la condición de emplear la violencia o sin esa condición, era «a levying of war». Y tras ello, el *Chief Judge* considera necesario proceder a examinar tal interpretación, a cuyo efecto vuelve a insistir en que la expresión exige que se comprenda en el sentido en que se recibió cuando la Constitución se elaboró. Tras ello, señala el *Chief Judge*, que para ser correctamente comprendida, cada sentencia debe considerarse con una visión del caso en el que se dictó. En *Bollman* no había prueba ni siquiera de que Bollman y Swartwout se hubieran reunido con el propósito de ejecutar el plan en el que se les acusaba de haber participado. Fue por lo tanto suficiente para la Corte decir, que a menos que los hombres estuvieran reunidos, la guerra no podía hacerse. Marshall reconoce que de la anterior decisión podría deducirse, si se reflexiona un poco a la ligera, que la naturaleza de la asamblea no era importante y que la guerra podría considerarse como verdaderamente hecha por cualquier reunión de hombres, si se les pudiera imputar mediante un testimonio de cualquier tipo una intención criminal. Pero es claro que no comparte esta visión.

Llega así Marshall a dos consideraciones cruciales en lo que se refiere al fondo del caso, en conexión con los alegatos realizados:

«1st. That this indictment, having charged the prisoner with levying war on Blennerhassett's island, and containing no other overt act, cannot be supported by proof that war was levied at that place by other persons, in the absence of the prisoner, even admitting those persons to be connected with him in one common treasonable conspiracy».

«2d. That admitting such an indictment could be supported by such evidence, the previous conviction of some person who committed the act which is said to amount to levying war, is indispensable to the conviction of a person who advised or procured that act»

(1º. Que esta acusación, habiendo formulado cargos al prisionero de hacer la guerra en la isla de Blennerhassett y no conteniendo otro

acto manifiesto, no puede ser sostenida por la prueba de que la guerra se hizo en aquel lugar por otras personas, en ausencia del prisionero, aún admitiendo que esas personas estén relacionadas con él en una común conspiración traidora).

(2º. Que admitiendo que tal acusación pudiera sostenerse por tal prueba, la previa condena de alguna persona que cometió el acto del que se dice equivaler a hacer la guerra, es indispensable para la condena de una persona que aconsejó o procuró ese acto).

Marshall va a finalizar su alocución al jurado, expresando que tras exponer profunda y pausadamente los argumentos de ambos lados, el resultado es una convicción tan completa como el pensamiento de la Corte es capaz de tener sobre un tema complejo, en el sentido de que la moción que propone al jurado debe prevalecer. Constata a continuación que ningún testimonio relativo a la conducta o declaraciones del prisionero, esto es, de Aaron Burr, en otra parte y posterior a las negociaciones realizadas en la isla de Blennerhassett puede admitirse, por ser tal testimonio incompetente para demostrar el acto manifiesto en sí mismo, siendo por lo tanto irrelevante. Además, no existe la prueba por dos testigos de que la reunión en la mencionada isla fue procurada por el prisionero. Tras haber oído la opinión del tribunal sobre el Derecho aplicable al caso, Marshall invitaba al jurado a aplicar ese Derecho a los hechos, y a dictar un veredicto de culpabilidad o no culpabilidad, como sus propias conciencias pudieran indicarles.

III. El día 1 de septiembre, tras retirarse el jurado brevemente a deliberar, a su vuelta al estrado su presidente, el Coronel Edward Carrington, cuñado de Marshall, algo ciertamente sorprendente⁸³, anunció: «Aaron Burr is not proved to be guilty under this indictment by any evidence submitted to us. We therefore find him not guilty». (No se ha demostrado por ninguna prueba presentada a nosotros que Aaron Burr sea culpable según esta acusación. Por lo tanto, le declaramos no culpable). Dice Roche⁸⁴, que fue esta una poco corriente formulación, que se aproximaba al veredicto escocés de «Not Proven», que ha sido interpretado como «no culpable, pero no lo hagas de nuevo» («not guilty, but don't do it again»).

⁸³ El hecho, a todas luces criticable, de que fuera un cuñado de Marshall quien presidiera el jurado, no es, desde luego, el único reproche que cabe hacer al gran *Chief Justice*. Éste, a lo largo del proceso, se permitió censurar al Gobierno por su supuesta actitud de *vendetta* frente a Burr y su actitud irrespetuosa hacia las garantías esenciales de un *fair trial*. Aunque sus comentarios se dirigían al *Attorney*, su destinatario último era Jefferson. Otro detalle no muy presentable fue que Marshall acudió a una cena ofrecida por el abogado de Burr en honor del acusado. Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 118.

⁸⁴ John P. ROCHE (edited by): *John Marshall: Major Opinions...*, *op. cit.*, p. 274.

Muy pocos días después de la declaración de «no culpabilidad» por parte del jurado, Marshall iba a ordenar que Burr fuera sometido a un nuevo proceso, bien que en esta ocasión por un delito menor, el de violación de las leyes de neutralidad, al acusársele de haber vulnerado la sección quinta de la Ley del Congreso de 5 de junio de 1794, que disponía que ninguna persona dentro del territorio sometido a la jurisdicción de los Estados Unidos iniciaría o prepararía una expedición militar contra el territorio de cualquier país extranjero con el que los Estados Unidos se hallasen en paz. Burr fue acusado de conspirar para invadir dominios del Rey de España (el territorio de México). El 14 de septiembre, en apenas dos semanas, este nuevo proceso concluía igualmente con un veredicto de «not guilty»⁸⁵.

A partir del mismo momento en que el jurado emitió su veredicto, exonerando a Burr del delito de traición, y hasta fines de octubre, esto es, durante un período de dos meses, el Gobierno intentó, bien que sin mucha convicción, que Burr fuera procesado por un delito menor, como el de su planeada expedición militar contra España. Jefferson se esforzó para ello con las autoridades de Ohio, que se mostraron reticentes al respecto, y finalmente el Gobierno no persiguió judicialmente a Burr por tal cargo. En cualquier caso, Burr vivió el resto de su dilatada vida al margen de toda respetabilidad social.

IV. El proceso y posterior absolución de Burr ha sido enjuiciado de modos muy dispares. Ante todo, se ha visualizado, y esta es la posición que hacemos nuestra, como una victoria del Derecho sobre la política, pero no han faltado quienes, como Corwin, de cuya posición ya nos hicimos someramente eco, han considerado que Marshall se separó de la interpretación que él mismo había dado en *Ex parte Bollman* con la finalidad de lograr la absolución de Burr, quizá como revancha frente a Jefferson. Abundando en el tema, habría que recordar que el razonamiento de Corwin iba a girar sobre la consideración de que Marshall exigió de quienes acusaban a Burr una prueba patentemente más estricta de la que la Constitución exigía, pues, siempre según Corwin, la Constitución no exige dos testigos del acto personal manifiesto del acusado de traición, sino tan sólo del acto manifiesto de traición con el que el acusado puede ser vinculado de otro modo, dado que, conforme a la doctrina del *common law*, «in treason all are principals» (en el delito de traición todos son autores). Faulkner cree que Corwin adoptó la posición seguida en el juicio por uno de los acusadores, William Wirt, entendiendo que ya que los términos en que

⁸⁵ Sobre el mismo, cfr. Walter Flavius MCCALED: *The Aaron Burr Conspiracy*, *op. cit.*, pp. 292-296.

la Constitución recepcionó la *treason clause* eran los Derecho inglés, la cláusula debía interpretarse a la luz del *common law* inglés. Pero como este autor señala, la Constitución no sigue el famoso estatuto de Eduardo III exactamente. «Thus it is by no means obvious that ancient English interpretations, presuming with Corwin.... ought to control interpretation of the American Constitution»⁸⁶. Pero es que además, a nuestro entender, Marshall, en *Ex parte Bollman*, ya había efectuado algunas matizaciones en su interpretación de la *treason clause* que marcaban una separación respecto del Derecho inglés. Por lo demás, si se atiende a la penetrante preocupación de la Constitución por la seguridad privada, entonces es fácil de ver que los puntos de vista del *Chief Judge* en el juicio de Burr, lejos de contravenir ese espíritu, sólo lo articulan⁸⁷.

Innecesario es decir que el propio Presidente Jefferson criticó acerbamente a Marshall por considerar que el *Chief Judge* había mostrado una conducta partidista en el juicio de Burr. El hacendado de Monticello, según Dumas Malone, parece que nunca discutió en términos jurídicos la sentencia, tampoco la interpretación dada por Marshall a la *treason clause*; su crítica siempre giró en torno a que el resultado del proceso fue un «political event»⁸⁸. Jefferson ya había olvidado su infame comportamiento previo al inicio del juicio, al linchar públicamente a Burr en un mensaje enviado al Congreso, al que ya aludimos, pero del que recordaremos ahora estas palabras: «his guilt is placed beyond question»⁸⁹. Después de todo lo dicho, no puede caber duda de que el proceso de Aaron Burr constituyó uno de los momentos culminantes, si es que no el punto álgido, de la larga década de enfrentamientos entre Jefferson y Marshall.

La victoria, de nuevo, correspondió al *Chief Justice*, pero no fue una victoria personal, sino el triunfo de la interpretación jurídica de la Constitución frente a la manipulación política e interesada de sus normas. Triunfo tanto más meritorio cuanto que el Presidente, como ya se ha repetido y numerosos datos lo atestiguan, (particularmente, numerosas cartas a Georges Hay) tomó el mando personal de la acusación como escribe Newmyer («the president took personal command of the prosecution») ⁹⁰, volcando todo el poder del ejecutivo en conseguir la condena de Burr. Marshall, según parece, no llegó a conocer en toda su extensión la participación del Presidente Jefferson, ni tampoco el público o la prensa, pero no fue un secreto que el caso *United States v. Burr* fue también el caso *Jefferson v. Marshall*.

⁸⁶ Robert K. FAULKNER: «John Marshall and the Burr Trial», *op. cit.*, pp. 249-250.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 253.

⁸⁸ Cit. por Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 120.

⁸⁹ «Special Message (to Congress) on Burr» (January, 22, 1807). *Apud* Louise WEINBERG: «Our *Marbury*», *op. cit.*, p. 1266.

⁹⁰ R. Kent NEWMYER: *John Marshall and the Heroic Age...*, *op. cit.*, p. 192.

Eso sí, el caso terminó como había comenzado, entre acusaciones de que el *Chief Justice* había politizado el proceso legal y la reconvencción de que Jefferson había hecho lo mismo. La decisiva intervención de Marshall del día 31 de agosto, con su *speech* al jurado, inmediatamente antes del veredicto del jurado, al margen ya de las muy numerosas pruebas y testigos de cargo y de descargo hasta entonces examinadas y escuchados, condujo la disputa entre los dos hombres a un punto muy preciso: el de los roles respectivos del juez y del jurado en el Derecho republicano⁹¹.

En fin, Jefferson se sintió ultrajado por el veredicto; ya en pleno desarrollo del proceso escribía arrogantemente a su yerno, que los procedimientos y el propio juicio demostraban «the original error of establishing a judiciary independent of the nation»⁹². Al margen ya de ello, nada más conocida la absolución de Burr, el Presidente envió un material de cientos de páginas al Congreso en apoyo de su solicitud de que el Congreso considerara los pasos adecuados que debían tomarse frente a Marshall, recomendando como más idóneo la destitución de Marshall de la *Supreme Court*⁹³. Tras ello, y durante el tiempo que restaba para finalizar su segundo mandato, el abierto enfrentamiento entre Jefferson y Marshall pareció cerrarse. Las tensiones cada vez mayores con Francia y Gran Bretaña exigieron que el Presidente focalizara su atención sobre las relaciones internacionales, olvidando todo lo demás.

El tiempo iba a terminar dando asimismo la razón a Marshall. En 1867, el *Chief Justice* Salmon P. Chase, presidiendo el *Circuit Court* de Carolina del Norte, en el caso *Shortridge v. Macon*, en relación a la Sección tercera del Art. III de la Constitución, argumentaba:

«The word <only> was used to exclude from the criminal jurisprudence of the new republic, the odious doctrines of constructive treason. Its use, however, while limiting the definition to plain overt acts, brings these acts into conspicuous relief as being always and in essence treasonable»⁹⁴. (La palabra <solamente> se usó para excluir

⁹¹ *Ibidem*, p. 201.

⁹² Carta de Thomas Jefferson a John W. Eppes, fechada el 28 de mayo de 1807. Reproducida en la obra *The Writings of Thomas Jefferson*, edited by P. FORD, 1898, Vol. 9, pp. 67-68. Cit. por George L. HASKINS: «Law versus Politics in the Early Years of the Marshall Court», *op. cit.*, p. 14, nota 69. No sería ésta la única ocasión en que Jefferson aludiría al error de haber diseñado en la Constitución un *judiciary* independiente. En una carta al senador Giles, escrita durante el desarrollo del proceso, Jefferson decía que no estaba lejano el día en que la Constitución fuera reformada para suprimir «the error... which makes any branch independent of the nation». *Apud* Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 119.

⁹³ Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 120.

⁹⁴ *Apud* Charles WARREN: «What is Giving Aid and Comfort to the Enemy?», en *Yale Law Journal* (*Yale L. J.*), Vol. XXVII, 1917-1918, pp. 331 y ss.; en concreto, p. 331.

de la jurisprudencia penal de la nueva República las odiosas doctrinas de la traición por deducción. Sin embargo, su uso, aunque limitando la definición a los claros actos manifiestos, conduce estos actos a un llamativo relieve al ser siempre y esencialmente traidores).

4. El *subpoena duces tecum* al Presidente Jefferson

Un incidente procesal en el juicio de Aaron Burr iba a encrespar aún más las relaciones entre Jefferson y Marshall⁹⁵. El 11 de junio, Luther Martin, en abogado de Burr, formulaba ante la corte la solicitud de que emitiera un *subpoena duces tecum* al Presidente Jefferson, esto es, una citación al Presidente a fin de que se personara en el tribunal para testificar y para presentar las órdenes militares de los Departamentos de Guerra y de la Armada expedidas para la detención de Burr y sus hombres, así como una carta fechada el 21 de octubre de 1806, del General Wilkinson al Presidente, en la que supuestamente le informaba acerca de las intenciones de Burr, carta que el Presidente había mencionado en su informe al Congreso relativo a la acusación del ex-Vicepresidente. La petición respondía a la objeción de Burr de que el General Wilkinson había falsificado algunos de los documentos enviados a Jefferson, en orden tanto a magnificar la implicación de Burr como a minimizar la suya propia. Se trataba, pues, de documentos fundamentales para la defensa, como Luther Martin dejó claro en una brillante intervención⁹⁶. El Gobierno había denegado a Burr el acceso a esos documentos y el acusado veía en la emisión por el tribunal del *subpoena* un medio de tener acceso a ellos. De modo un tanto sorprendente, la única objeción del *district Attorney* Hay vino referida a la presencia personal del Presidente, aunque otros abogados de la acusación pública también alegaron el carácter prematuro de la citación.

Marshall se mostró pronto de acuerdo en la emisión de la citación que

⁹⁵ Sobre este incidente, cfr. Irwin S. RHODES: «What Really Happened to the Jefferson Subpoenas?», en *American Bar Association Journal* (A. B. A. J.), Vol. 60, 1974, pp. 52 y ss.

⁹⁶ «All that we want —exclamaba iracundo ante el tribunal Luther Martin— is the copies of some papers, and the original of another. This is a peculiar case, sir. The President has undertaken to prejudge my client by declaring that <of his guilt there can be no doubt>. He has assumed the knowledge of the Supreme Being himself, and pretended to search the heart of my highly respected friend. He has proclaimed him a traitor in the face of that country which has rewarded him. He has let slip the dogs of war, the hell-hounds of persecution, to hunt down my friend. And would this President of the United States, who has raised all this absurd clamor, pretend to keep back the papers which are wanted for this trial, where life itself is at stake? It is a sacred principle, that in all such cases, the accused has the right to all the evidence which is necessary for his defense». *Apud* Walter Flavius MCCALED: *The Aaron Burr Conspiracy*, *op. cit.*, pp. 269-270.

se le requería por la defensa. En cualquier caso, se ha puesto de relieve⁹⁷, que el espíritu con que Marshall emitió esta citación al Presidente estuvo bien alejado de lo que podríamos considerar un deliberado cuestionamiento de la autoridad presidencial. Y en esa línea, Marshall admitió que si el Presidente enviaba la documentación requerida, no habría, desde luego, necesidad de que él mismo acudiera en persona ante el tribunal, al margen ya de reconocer que sería una razón para no obedecer el *subpoena* el que los documentos fueran «state papers».

A pesar de la ausencia de controversia sustantiva sobre la emisión de la citación, el 13 de junio, Marshall emitió una larga *opinion* sobre la facultad del tribunal de emitir una citación al Presidente, rechazando a la par las posibles objeciones que pudieran hacerse al *subpoena*. En este documento judicial, se refirió a la necesidad de que el Presidente diera una respuesta a la citación, expresando, en su caso, su deseo de rehusar cumplir la citación con base en el privilegio ejecutivo («executive privilege»), advirtiendo también, algo ambiguamente, que en tal caso el tribunal también daría su respuesta. Marshall reconocía como era obvio el privilegio ejecutivo del Presidente, pero dejó bastante claro que era correspondía al tribunal y no al Presidente decidir quién decide.

La decisión de Marshall tuvo una importancia capital, pues, como ya se dijo, estableció la base para la decisión adoptada por el *Chief Justice* Warren Burger en 1974 al hilo del célebre caso *United States v. Nixon*. De hecho, Burger mencionó a Marshall al ordenar a Richard Nixon ceder al Tribunal todas las cintas magnetofónicas en su posesión, y la Corte, por unanimidad, desestimó la pretensión de Nixon de que el privilegio ejecutivo le amparaba para no darlas. Siguiendo el razonamiento de Marshall, la *Burger Court* declaró que en el *Burr trial* se estableció la doctrina de que «while a court would give careful consideration to presidential claims that certain documents were immaterial or their exposure would endanger government policy, the materials would have to be produced, and the court, in camera, would make the final decision as to whether they should be turned over»⁹⁸. (Aunque un tribunal diera una cuidadosa consideración a las afirmaciones presidenciales de que ciertos documentos eran irrelevantes o que su exposición dañaría la política del gobierno, los documentos tendrían que ser presentados, y el tribunal, a puerta cerrada, adoptaría la decisión final en cuanto a si debían ser entregados). La trascendental importancia de esta decisión es sobradamente conocida: forzó la única dimisión de un Presidente de los Estados Unidos.

El 17 de junio, el Presidente escribió a Hay accediendo a la petición,

⁹⁷ Robert K. FAULKNER: «John Marshall and the Burr Trial», *op. cit.*, p. 257.

⁹⁸ *Apud* Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 120.

aunque afirmando al mismo tiempo su privilegio exclusivo como ejecutivo de presentar o negarse a conceder otros documentos que los de naturaleza oficial, negando todo derecho a exigir su asistencia personal. El Presidente insistía en que él era «the ultimate arbiter of what materials coming to his office would be opened to public scrutiny»⁹⁹. Él y no el tribunal decidiría qué documentos en su posesión debían permanecer como confidenciales. En apoyo de esta posición, Jefferson insistiría en la división de poderes y en la independencia de cada uno de ellos, y también, por supuesto, del Ejecutivo:

«The leading feature of our Constitution —escribía Jefferson al *Attorney Hay*— is the independence of the Legislative, Executive, and Judiciary of each other; and none are more jealous of this than the Judiciary. But would the Executive be independent of the Judiciary if he were subject to the commands of the latter, and to imprisonment for disobedience; if the smaller courts could bandy him from pillar to post, keep him constantly trudging from north to south and east and west, and withdraw him entirely from his executive duties?»¹⁰⁰. (El principal rasgo de nuestra Constitución es la independencia uno de otro del Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y ninguno es más celoso de esto que el poder Judicial. Pero, ¿sería el Ejecutivo independiente del Judicial si estuviera sujeto a los mandatos de éste y a encarcelamiento por desobediencia, si los tribunales inferiores pudieran juguetear con él de la Ceca a la Meca, mantenerle constantemente andando con dificultad de norte a sur y de este a oeste, y apartarle completamente de sus deberes ejecutivos?).

Aunque el texto de la carta ya revela el profundo disgusto que el *sub-poena* causó al Presidente, privadamente, parece que la reacción del Presidente fue bastante más irascible. Jefferson, escribe Weinberg¹⁰¹, se puso de punta («bristled») con argumentos contrarios al cumplimiento de lo que Marshall le solicitaba. Y aún hay otro dato revelador de que el considerado como padre de los derechos y libertades de América era a veces bien poco respetuoso hacia ellos. La inquina de Jefferson hacia Luther Martin, que venía de atrás, llegó al extremo de plantear al *Attorney Hay*, en una carta escrita el 19 de junio, la posibilidad de decidir su imputación como copartícipe en el delito junto a Burr. En esa carta Jefferson formula a Hay la siguiente pregunta: «Shall we move to commit Luther Martin as *particeps criminis* with Burr?»¹⁰². (¿Proponemos encarcelar a Luther Martin como partícipe en el delito con Burr?).

⁹⁹ Melvin I. UROFSKY: «Thomas Jefferson and John Marshall...», *op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁰ *Apud* Walter Falvius MCCALED: *The Aaron Burr Conspiracy*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁰¹ Louise WEINBERG: «Our *Marbury*», *op. cit.*, p. 1276.

¹⁰² Carta de Jefferson a Hay, fechada el 19 de junio de 1807. *Apud* Walter Flavius MCCALED: *The Aaron Burr Conspiracy*, *op. cit.*, pp. 272-273.

Finalizado el proceso por traición, como antes dijimos, se inició un nuevo proceso contra Burr por un delito menor. En el nuevo proceso, Burr requirió el 3 de septiembre una segunda carta del General Wilkinson al Presidente, fechada el 12 de noviembre de 1806, relativa a la alegada conspiración de Burr y a la complicidad del Gobernador de Louisiana, Claiborne, hombre de confianza del propio Jefferson, y de su secretario, Meade. Un nuevo *subpoena* fue emitido al respecto por el tribunal. El *Attorney* Hay, el 12 de noviembre de 1807, respondió a la petición del tribunal con una copia de la carta requerida, aunque con ciertas tachadas con base en la discrecionalidad que Hay alegó que le había sido conferida por el Presidente, en el ejercicio de sus poderes constitucionales.

Frente a ello, Marshall elaboró una nueva resolución cuya principal arremetida («thrust»), por utilizar la expresión de Rhodes¹⁰³, era que el Presidente no podía delegar en su *Attorney* una discreción para ejercer el privilegio ejecutivo para ocultar partes de la carta, pero que si el Presidente deseaba confiar en el *executive privilege*, debía responder él mismo. Es lo que hizo el Presidente enviando una copia de la carta con partes tachadas, acompañada de una certificación sosteniendo, de conformidad con su poder ejecutivo, su derecho a ocultar las partes omitidas, que él consideraba que el interés nacional prohibía hacerlas públicas. Adicionalmente, adujo Jefferson que las partes omitidas eran irrelevantes para la condena o absolución del imputado. Marshall puso considerable énfasis en la afirmación del Presidente Jefferson de la irrelevancia de las partes ocultas, declarando que con vistas a hacer otro *subpoena* al Presidente para el envío de la carta completa, Burr debía ofrecer pruebas suficientes acerca de la relevancia de lo tachado, reconociendo finalmente que si Burr podía probar la relevancia del material oculto y el Presidente, tras el subsiguiente *subpoena*, no procedía a entregarlo, podía sobreseer el caso.

Al margen ya de que estos incidentes procesales contribuyeran a enquistar aún más las pésimas relaciones entre Marshall y su primo Jefferson, los mismos sirvieron para sentar una jurisprudencia de extraordinaria relevancia con vistas a limitar los poderes discrecionales del Ejecutivo.

¹⁰³ Irwin S. RHODES: «What Really Happened to the Jefferson Subpoenas?», *op. cit.*, p. 53.

