

ABEL ARIAS CASTAÑO

*CLEAR AND PRESENT
DANGER TEST.*
**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
EN LOS LÍMITES
DE LA DEMOCRACIA**

Prólogo de
Francisco J. Bastida Freijedo

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	21
 PARTE I LOS ANTECEDENTES DE LA TEORÍA DEL <i>CLEAR AND PRESENT DANGER</i> 	
CAPÍTULO 1. LA <i>SEDITION ACT</i> DE 1798 Y EL LIBELO SEDI- CIOSO: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE EX- PRESIÓN	33
1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO HISTÓRICO	33
2. EL LIBELO SEDICIOSO EN LA <i>SEDITION ACT</i>	37
3. EL DEBATE ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA <i>SEDITION ACT</i>	42
3.1. La titularidad de la competencia para regular el libelo sedicioso.....	42
3.1.1. La postura republicana	42
3.1.2. La postura federalista	44
3.2. La Primera Enmienda y la constitucionalidad del libelo sedicioso.....	45
3.2.1. La postura federalista	46
3.2.2. La postura republicana	48
 CAPÍTULO 2. EL NUEVO LIBELO SEDICIOSO A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX	 53
1. CONTEXTO HISTÓRICO	53
2. LA LEGISLACIÓN FEDERAL Y DE LOS ESTADOS MIEM- BROS SOBRE LA SEDICIÓN.....	57

	Pág.
2.1. Legislación Federal.....	57
2.1.1. La <i>Espionage Act</i> de 15 de junio de 1917	57
2.1.2. La <i>Sedition Act</i> de 16 de mayo de 1918	58
2.2. Legislación de los Estados de la Unión.....	60
3. LOS PRIMEROS TEST JURISPRUDENCIALES	61
3.1. El <i>Direct incitement test</i> (Test de la incitación directa).....	62
3.2. El <i>Bad Tendency test</i> (Test de la mala tendencia)	73
3.2.1. La utilización de la «tendencia» como criterio para determinar la idoneidad delictiva de las expresiones	76
3.2.2. La presunción de que el sujeto actúa dolosamente a través de la utilización del conocido como principio del <i>constructive intent</i>	78

PARTE II

EL MODELO ORIGINARIO DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER

CAPÍTULO 3. EL SURGIMIENTO DE LA EXPRESIÓN CLEAR AND PRESENT DANGER EN EL MARCO DEL BAD TENDENCY TEST	91
1. LA TESIS TRADICIONAL Y EL CASO SCHENCK	91
2. LA TESIS REVISIONISTA Y EL CASO ABRAMS	94
3. HACIA LOS MODELOS DEL CLEAR AND PRESENT DANGER TEST	102

CAPÍTULO 4. EL CLEAR AND PRESENT DANGER COMO TEST	105
1. HITOS ESENCIALES EN SU FORMULACIÓN.....	105
2. ELEMENTOS ESTRUCTURALES	112
2.1. Peligro claro e inminente (<i>Clear and Present Danger</i>).....	112
2.1.1. Peligro claro (<i>Clear Danger</i>)	112
2.1.2. Peligro inminente (<i>Present Danger</i>)	115
2.2. El mal sustancial o grave.....	117
2.3. El <i>intent</i>	122
2.4. Aplicación a instancia de parte.....	125
2.5. Ámbito de aplicación del test	127

CAPÍTULO 5. EL CLEAR AND PRESENT DANGER COMO DOCTRINA.....	133
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....	133
2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO UN DERECHO ESENCIAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO	138
2.1. La libertad de expresión como un instrumento para la búsqueda de la verdad: el modelo del mercado de las ideas (<i>Marketplace of Ideas</i>)	139
2.2. La libertad de expresión como un instrumento al servicio de la democracia.....	144
3. EL DESCUBRIMIENTO DE LA MINORÍA COMO SUJETO ESENCIAL DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO	148
4. EL CLEAR AND PRESENT DANGER TEST COMO PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES: EL PROBLEMA DE LA JUDICIAL REVIEW	151
5. EL CLEAR AND PRESENT DANGER TEST Y LAS IDEAS O DOCTRINAS QUE PROMUEVEN LA CONSECUCCIÓN DE FINES ANTIDEMOCRÁTICOS A TRAVÉS DE MEDIOS ILEGALES.....	157

PARTE III

LOS OTROS MODELOS DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER

CAPÍTULO 6. EL MODELO INVISIBLE DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER.....	167
1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO HISTÓRICO: LA CONSOLIDACIÓN DE UNA DOCTRINA AL MARGEN DE SU TEST	167
2. TEORÍAS O INSTRUMENTOS ARGUMENTATIVOS ALTERNATIVOS AL CLEAR AND PRESENT DANGER TEST UTILIZADOS POR LA CORTE SUPREMA ENTRE 1927 Y 1940	169
3. INDICIOS DE LA PROGRESIVA RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE ALGUNAS PREMISAS ESENCIALES DE LA DOCTRINA ORIGINARIA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER	176
3.1. La libertad de expresión como un derecho esencial en un Estado democrático	177
3.2. La minoría como un sujeto esencial del sistema democrático.....	178
3.3. La posición favorable de la Corte hacia la <i>judicial review</i>	179

	Pág.
3.4. La posición de la Corte Suprema ante las ideas o doctrinas que promueven la consecución de fines antidemocráticos a través de medios ilegales	181
4. LAS RAZONES DEL MODELO INVISIBLE DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER	181
CAPÍTULO 7. EL MODELO EXPANSIVO DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER	183
1. ANTECEDENTES, CONTEXTO HISTÓRICO Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	183
2. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL TEST	186
2.1. Peligro claro e inminente	186
2.2. El mal sustancial o grave y la redefinición de este requisito	186
2.2.1. El atentado a la seguridad del Estado como mal sustancial o grave	187
2.2.2. La alteración de la paz y el orden público como mal sustancial o grave a efectos de aplicación del <i>Clear and Present Danger test</i> : la libertad de expresión frente a un auditorio hostil	191
2.2.3. El atentado al correcto e imparcial funcionamiento de la Administración de Justicia como mal sustancial o grave	197
2.2.4. La lesión de otros derechos fundamentales individuales como mal sustancial o grave	200
2.3. El <i>intent</i>	201
3. LOS RASGOS DIFERENCIADORES DE LA DOCTRINA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER EN EL MODELO EXPANSIVO DE LA TEORÍA	203
3.1. La libertad de expresión como un derecho esencial en un Estado democrático	203
3.2. El descubrimiento de la minoría como sujeto esencial del sistema democrático	205
3.3. El <i>Clear and Present Danger test</i> como parámetro de constitucionalidad de las leyes: el problema de la <i>judicial review</i>	205
3.4. El <i>Clear and Present Danger test</i> y las ideas o doctrinas que promueven la consecución de fines antidemocráticos a través de medios ilegales	206
4. LA PARADOJA DEL MODELO EXPANSIVO DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER	208

	Pág.
CAPÍTULO 8. EL MODELO MILITANTE DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER	211
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. ANTECEDENTES Y CONTEXTO HISTÓRICO	211
2. EL CASO <i>DENNIS V. U.S.</i> : DEL CLEAR AND PRESENT DANGER TEST AL PROBABLE DANGER TEST	212
2.1. El juicio, la sentencia de primera instancia y la apelación ante el Segundo Circuito	212
2.2. El caso <i>Dennis v. U.S.</i> en la Corte Suprema de los Estados Unidos	215
2.2.1. La reformulación del « <i>Clear</i> » y del « <i>Present</i> » <i>Danger test</i> : la tesis de la mayoría	215
2.2.2. La <i>Smith Act</i> como concreción política de lo que ha de entenderse por <i>Clear and Present Danger</i> : la tesis de los votos concurrentes	218
2.2.3. La crítica a la reformulación del <i>Clear and Present Danger test</i> : los votos particulares	220
3. PROBLEMAS APLICATIVOS DE LA REFORMULACIÓN DEL TEST PROPUESTA EN EL CASO <i>DENNIS V. U.S.</i>	222
4. EL GIRO MILITANTE DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER	223
CAPÍTULO 9. EL MODELO ECLÉCTICO DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER	225
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: EL CASO <i>BRANDENBURG V. OHIO</i>	225
2. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL TEST	228
2.1. La inminencia del peligro	228
2.2. La probabilidad del peligro	229
2.3. El mal proyectado y su gravedad	229
2.4. Las dudas interpretativas sobre el sintagma « <i>dirigida a</i> » (<i>directed to</i>)	232
3. EL MODELO ECLÉCTICO COMO UN MODELO NO DEFINITIVO DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER	235
EPÍLOGO	239
BIBLIOGRAFÍA CITADA	247
JURISPRUDENCIA CITADA	261