

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

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO .....	15
INTRODUCCIÓN .....	21

## PARTE I

### LOS ANTECEDENTES DE LA TEORÍA DEL *CLEAR AND PRESENT DANGER*

<b>CAPÍTULO 1. LA <i>SEDITION ACT</i> DE 1798 Y EL LIBELO SEDI- CIOSO: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE EX- PRESIÓN .....</b>	<b>33</b>
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
 <b>CAPÍTULO 2. EL NUEVO LIBELO SEDICIOSO A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX .....</b>	 <b>53</b>
1. CONTEXTO HISTÓRICO .....	53
2. LA LEGISLACIÓN FEDERAL Y DE LOS ESTADOS MIEM- BROS SOBRE LA SEDICIÓN.....	57

	<u>Pág.</u>
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 dolosa- mente 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*

<b>CAPÍTULO 3. EL SURGIMIENTO DE LA EXPRESIÓN <i>CLEAR AND PRESENT DANGER</i> EN EL MARCO DEL <i>BAD TENDENCY TEST</i></b> .....	91
1. LA TESIS TRADICIONAL Y EL CASO <i>SCHENCK</i> .....	91
2. LA TESIS REVISIONISTA Y EL CASO <i>ABRAMS</i> .....	94
3. HACIA LOS MODELOS DEL <i>CLEAR AND PRESENT DANGER TEST</i> .....	102
 <b>CAPÍTULO 4. EL <i>CLEAR AND PRESENT DANGER</i> COMO TEST</b> .....	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

	<u>Pág.</u>
<b>CAPÍTULO 5. EL CLEAR AND PRESENT DANGER COMO DOCTRINA.....</b>	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

<b>CAPÍTULO 6. EL MODELO INVISIBLE DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER.....</b>	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

	<u>Pág.</u>
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 <i>CLEAR AND PRESENT DANGER</i> .....	181
<b>CAPÍTULO 7. EL MODELO EXPANSIVO DE LA TEORÍA DEL <i>CLEAR AND PRESENT DANGER</i></b> .....	<b>183</b>
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 <i>CLEAR AND PRESENT DANGER</i> 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 <i>CLEAR AND PRESENT DANGER</i> .....	208

	<u>Pág.</u>
<b>CAPÍTULO 8. EL MODELO MILITANTE DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER.....</b>	211
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. ANTECEDENTES Y CONTEXTO HISTÓRICO.....	211
2. EL CASO <i>DENNIS V. U.S.</i> : DEL <i>CLEAR AND PRESENT DANGER TEST</i> AL <i>PROBABLE DANGER TEST</i> .....	212
2.1. El juicio, la sentencia de primera instancia y la apela- ción ante el Segundo Circuito.....	212
2.2. El caso <i>Dennis v. U.S.</i> en la Corte Suprema de los Esta- dos 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 Pre-         sent 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 <i>CLEAR AND PRESENT DANGER</i> .....	223
<b>CAPÍTULO 9. EL MODELO ECLÉCTICO DE LA TEORÍA DEL CLEAR AND PRESENT DANGER.....</b>	225
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: EL CASO <i>BRAN- DENBURG 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 «dirigida a» ( <i>directed to</i> ) .....	232
3. EL MODELO ECLÉCTICO COMO UN MODELO NO DEFI- NITIVO DE LA TEORÍA DEL <i>CLEAR AND PRESENT DAN- GER</i> .....	235
<b>EPÍLOGO.....</b>	239
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA.....</b>	247
<b>JURISPRUDENCIA CITADA.....</b>	261

## PRÓLOGO

La libertad de expresión ha sido desde siempre un indicador sobre el grado de democracia de un país y su restricción puede ser el primer síntoma del establecimiento de un régimen autoritario. Democracia y libertad de expresión se retroalimentan, porque sin libertad de expresión no hay democracia, pero sin democracia no cabe hablar de un ejercicio en libertad de la expresión de las ideas. Esta relación mutua que en abstracto se establece entre una y otra no está exenta de polémica en su concreción, porque no hay un concepto unívoco de democracia ni tampoco un único pensamiento sobre el papel que las demás libertades juegan en el funcionamiento del sistema democrático. Si la cosa fuese tan sencilla habría que concluir que la libertad de expresión no debe tener límites, porque su extensión garantiza una mayor democracia y su restricción, cualquiera que sea, merma la calidad de esta. Parece mentira, pero hay quien hace bandera política de esta simpleza.

Sin duda, la libertad de expresión tiene una posición preeminente en el sistema democrático, porque, cualquiera que sea el modelo de democracia, cumple en él una función relevante. La confrontación de ideas y la libertad de crítica al poder son señas de identidad de la democracia, lo que de por sí lleva a atribuir a la libertad de expresión una vis expansiva. A ello se añade que esta libertad está ínsita en otras libertades, como la religiosa, la ideológica, la artística, la de cátedra, las de reunión y manifestación, en cuanto cauces de difusión pública de reivindicaciones o protestas y, obviamente, el derecho de sufragio. Además, la libertad de expresión se rodea de excepcionales garantías a su favor en aras de la realización de otros derechos, como el de defensa procesal dentro del derecho a una tutela judicial efectiva y, sobre todo, el de representación política, mediante la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria. Sin embargo, esa vis expansiva de la libertad de expresión no es ilimitada; en primer lugar, puede entrar en conflicto con la misma libertad de expresión ejercida en sentido contrario y con bienes amparados en esas otras libertades de expresión por ejemplo, las creencias religiosas; en segundo lugar, pero no menos importante, la colisión puede producirse con otras libertades y derechos que también son fundamentales para la democracia, tanto para la vida en sociedad como para el propio funcionamiento del sistema político.

En efecto, la garantía de la privacidad, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones —la libertad personal, en definitiva— son esenciales para la vida *en* una sociedad democrática, ya que es consubstancial a la misma la protección de la persona como tal. Pero, sin salir de esta dimensión subjetiva, son esenciales también *para* el funcionamiento del sistema democrático. Esta última consideración es más problemática, porque existe la idea de que tales derechos deben ceder ante las libertades de expresión e información por el especial papel que estas desempeñan en una mejor realización de dicho sistema. La consideración de que cada vez más asuntos son relevantes para la formación de la opinión pública acentúa la necesidad de transparencia no solo de los poderes públicos, sino también de los actores políticos y sociales, a los que se les exige, además, una capacidad extra en el encaje de la crítica. La indagación sobre tales asuntos abre la posibilidad de un escrutinio de la vida privada para su difusión pública y la posibilidad de elucubrar sobre ella. A las libertades de expresión e información se les confiere una posición preferente, lo cual puede no solo achicar en exceso el ámbito del derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen (consecuencia privada), sino también causar un efecto contrario al deseado, esto es, desalentar la participación en la actividad política de aquellos que no están dispuestos a renunciar a su vida privada o a ser objeto de opiniones desabridadas y ofensivas que alcanzan no solo a su persona, sino también a su familia (consecuencia pública que afecta a las condiciones de funcionamiento del sistema). Más democracia puede demandar menos garantía de la privacidad, pero menos privacidad puede propiciar menos actores en la vida pública, menos pluralismo y, a la postre, un empobrecimiento de la democracia.

El modelo de democracia por el que se opte delimita el objeto y contenido de la libertad de expresión, pero el modo de concebir la libertad de expresión incide no solo en el modelo de democracia, sino también en el sistema político que a su través se establece. Por ejemplo, dar preeminencia a la dimensión subjetiva de la libertad de expresión en los procesos electorales beneficia una democracia plural y deliberativa y contribuye a una mejor configuración de la democracia representativa. Sin embargo, invocar la garantía de la libertad de expresión para impedir que se establezcan límites económicos a los gastos de campaña electoral puede crear serias disfunciones en el sistema democrático. Mientras en Europa se estima imprescindible acotar estos gastos, para que no pueda haber una gran desigualdad de medios entre los partidos para difundir sus propuestas y programas electorales en su carrera para hacerse con la representación y el poder, en Estados Unidos, desde el caso *Buckley v. Valeo* (1976), se considera inconstitucional tal restricción económica, al entender que se produce una limitación cuantitativa en el ejercicio de la libertad de expresión de los candidatos.

La complejidad social producida por el protagonismo adquirido por las minorías ha incidido en la concepción de la libertad de expresión y de sus límites. La democracia ya no se resume en una relación respetuosa entre mayoría y minoría. Ahora hay múltiples minorías o para ser más exactos colectivos que, con independencia de su número, se ven vulnerables frente al poder político o social. Esto ha provocado una progresiva censura social, encorsetando el ejercicio de la libertad de expresión en el uso de un lenguaje políticamente correcto, que no menosprecie a las personas por su pertenencia a minorías o a colectivos vulnerables o, lo que es más sutil, que les garantice no sentirse ofendidas. Cuantas más minorías, más se contrae libertad de expresión y cuanto más relevancia adquiera una minoría más políticamente correcto debe ser el mensaje, que no ha de limitarse solo a no ofender o a que nadie de esa minoría se sienta ofendido, sino que debe tenerla presente y hacerla visible en un lenguaje inclusivo. La censura no es únicamente social; también puede ser jurídica; por ejemplo, la obligación de los poderes públicos de usar un lenguaje no sexista, pero entendiendo por tal el que hace expresamente visible a la mujer, sin que sea suficiente el uso del género gramatical masculino como género no marcado o inclusivo de ambos géneros. La sanción jurídica puede alcanzar al orden penal; por ejemplo, cuando se tipifican los llamados «delitos de odio». Así, por ejemplo, el art. 510 de nuestro Código penal castiga a «quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad». Como se puede apreciar, la redacción es tan genérica que abarca casi todo, tanto en lo relativo a la acción «fomentar», «incitar directa o indirectamente», «odio», «hostilidad», como en lo relativo al sujeto pasivo, sea individual o colectivo. Cualquier colectivo o una persona perteneciente a uno de esos grupos, si se considerasen agraviados por una crítica podrían alegar sentirse no solo ofendidos, sino también odiados, por lo que reivindicarían la intervención de la fiscalía. Los jueces deberán ser muy estrictos y no dejarse llevar por un activismo judicial para distinguir lo que pueden ser opiniones desabridas, ácidas, incluso inquietantes o fuera de tono, de lo que son claramente incitación al odio. De lo contrario, no se conseguirá una sociedad plural y tolerante, sino una democracia dominada por la alarma social que deseen difundir e incluso crear los medios de comunicación social y los colectivos más activos, intentando presionar a los jueces para dictar sentencias ejemplares.

La expresión de las ideas y opiniones se ha expandido con las nuevas tecnologías de la comunicación. La manifestación en apariencia privada de una opinión, escrita o grabada en la burbuja que encierra a

su autor con su ordenador o con su teléfono inteligente, se difunde de inmediato a un número indeterminado e incontrolado de receptores. La dimensión privada en la que se origina el mensaje tiende a desaparecer al volcarse en internet. La democracia se enriquece con las posibilidades que ofrece este medio de comunicación, pero no necesariamente con el contenido del mensaje. El ámbito privado en el que se origina este desinhibe su expresión en el fondo y en la forma, en muchos casos sin ser plenamente consciente su autor de la trascendencia o la repercusión social del mismo. En otros casos ese aparente anonimato social se utiliza para encubrir la deliberada comisión de injurias, calumnias e incluso incitación directa al odio.

La democracia se beneficia también de las redes sociales por el potencial que supone para la libertad de información. El mercado de las ideas y de la información se expande y ya no es unidireccional. Cualquier ciudadano es receptor de información, pero también informante. Los tradicionales medios de comunicación pierden el monopolio de ser el cuarto poder. El problema para la democracia ya no es una información filtrada a gusto de la prensa, sino la sobreabundancia de información y su veracidad. La manipulación virtual de la realidad, dando una apariencia de verdad a una información mendaz o tergiversando opiniones o suplantando a sus autores incide de manera directa en el núcleo de la democracia. No es solo un problema social que repercute en la calidad de la vida democrática, ya que puede tener una inmediata consecuencia en el funcionamiento del sistema constitucional. Se ha visto en las últimas elecciones presidenciales en los Estados Unidos y, más recientemente, en el abortado proceso inconstitucional de independencia de Cataluña. Nunca hubo tanta información, nunca tanta capacidad de engaño. La verdad virtual es lo que cuenta. El requisito de la veracidad como diligencia en la obtención y transmisión de información desaparece. Eso queda como medio de investigación para demostrar *a posteriori* el engaño: la «posverdad».

Sirvan estas breves reflexiones para poner de manifiesto la complejidad de la relación entre libertad de expresión y democracia como consecuencia del posible conflicto de unos derechos fundamentales con otros, teniendo como telón de fondo la incidencia que una u otra solución puedan tener para el orden constitucional establecido. Sin embargo, el asunto se hace mucho más áspero y problemático cuando la confrontación es directa entre la libertad de expresión y el sistema constitucional democrático, porque mediante la libertad de expresión se reivindican unas ideas y objetivos que ponen en tela de juicio el propio sistema constitucional establecido o que así son vistas por quienes consideran que deben ser reprimidas.

De esto último trata sobre todo el presente libro y de ahí su subtítulo, *La libertad de expresión en los límites de la democracia*. De su valía da fe el premio extraordinario de doctorado que le valió a su autor la tesis doctoral que le sirve de base. Su gran originalidad reside, primero, en

tratar el tema haciendo un análisis exhaustivo de la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre la cláusula del *Clear and Present Danger* como inicial antídoto formulado por los jueces Holmes y Brandeis frente a la tendencia a considerar acciones sediciosas muy diversas manifestaciones de ideas contra la política gubernamental o contra el sistema político o económico establecido. El espléndido trabajo consiste en desmenuzar esa cláusula no solo desde el punto de vista histórico, sino también estructural, diferenciando lo que es su contenido procesal de su contenido doctrinal, y extrayendo la teoría sobre la democracia que está detrás de ese esfuerzo argumentativo judicial. Siendo esto importante y novedoso, incluso para la bibliografía americana, quizá lo más relevante es cómo bucea bajo los términos de esa exitosa fórmula *Clear and Present Danger* para descubrir que no siempre se ha utilizado de la misma manera y con los mismos fines. El estudio minucioso de la jurisprudencia sobre la materia le ha permitido crear diferentes modelos teóricos sobre esa cláusula, que tiene una enorme relevancia a la hora de dictaminar y sentenciar conductas que están en el filo de la libertad de expresión/sedición/lenguaje de odio, etcétera.

El terrorismo y su globalización han cambiado el significado y alcance de lo que es un *Peligro Claro e Inminente*. Los lindes se han hecho más borrosos, el «peligro» se aplica a situaciones de riesgo, la «claridad» de un ataque se percibe por meros indicios y la «inmediatez» se identifica con la previsibilidad de que el acto se produzca. Podría pensarse que la cláusula ha pasado a mejor vida. Sin embargo, es más útil que nunca su estudio, porque existe un *peligro claro e inminente* de que su olvido trivialice la teoría de la democracia que hay detrás de ella y que es la base del sistema constitucional de libertades. Así lo pone de manifiesto Abel Arias a lo largo de estas páginas.

Por todo ello, este libro debería ser de obligada lectura para universitarios y políticos en cualquier parte del mundo y animo a su autor a una futura edición en inglés.

Enero de 2018.

Francisco J. BASTIDA  
Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Oviedo

# INTRODUCCIÓN

## I

La libertad de expresión y sus límites en un sistema democrático siempre han sido objeto de importantes debates doctrinales que han tenido su reflejo práctico en la jurisprudencia. En 1951, en su voto particular concurrente en el caso *Dennis v. U.S.* el juez Felix Frankfurter efectuó un repaso a una, a su juicio contradictoria y descabellada, secuencia jurisprudencial que se iniciaba con el caso de *Schenck v. U.S.*, decidido en 1919, y de la que el propio caso *Dennis* representaba el, entonces, último eslabón. Los pronunciamientos analizados por Frankfurter tenían como nexo de unión la teoría formulada por el juez Oliver Wendell Holmes Jr., como ponente de la sentencia *Schenck v. U.S.* al afirmar en su pasaje central que: «La cuestión en cada caso estriba en si las palabras usadas son empleadas en tales circunstancias y tienen un carácter propio como para crear un peligro claro e inminente de que se produzcan los males sustantivos que el Congreso tiene el derecho de evitar. Esta es una cuestión de proximidad y grado».

Esta secuencia jurisprudencial, en la que se enlazan casos al mismo tiempo relacionados pero también diferentes, tenía como hilo conductor procesal la aplicación del llamado *Clear and Present Danger test*. Una construcción que, interpretando los términos aparentemente absolutistas e ilimitados en que se encuentra redactada la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, fija un límite para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión y de prensa vinculado con las consecuencias o efectos que las conductas expresivas puedan producir. Y que únicamente considera constitucionalmente posible restringir unas determinadas expresiones cuando con las mismas se cree un peligro claro e inminente de un mal sustancial de los que el Estado, en el ejercicio de sus competencias y funciones, debe prevenir.

Frankfurter, gran defensor del *judicial restraint* y gran escéptico y detractor del *Clear and Present Danger test* y de sus posibilidades aplicativas, concluyó su análisis de esos casos con un pequeño desafío: «Debo dejar para otros la ingrata tarea de tratar de reconciliar todos estos pro-

nunciamentos jurisprudenciales». Este libro trata de recoger —de algún modo— el guante, el reto intelectual lanzado por Frankfurter en el voto particular del caso *Dennis* y, en consecuencia, no es sino un intento de reconstruir y recomponer una historia evolutiva del *Clear and Present Danger test* y de su utilización por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos, desde su propia formulación hasta el caso *Brandenburg v. Ohio*. La investigación realizada efectúa un recorrido por varias décadas de la jurisprudencia de este tribunal, analizando el sucesivo sentido y alcance de las palabras que conforman la construcción del *Clear and Present Danger test*. A la vez, y sobre todo, estudia y sistematiza la manera —porque ese es el fondo del asunto— en la que la Corte Suprema, a partir de esta doctrina originariamente holmesiana, concibe la democracia y el rol que la libertad de expresión ha de desempeñar en la misma. En definitiva, la manera en la que, en última instancia, la Corte Suprema se enfrenta—desde y con el *Clear and Present Danger test*— a lo que Karl Loewenstein denominó, en su *Teoría de la Constitución*, el gran dilema y paradoja del Derecho constitucional y de la democracia: el estatus que un sistema democrático debe otorgar a sus detractores y opositores ideológicos<sup>1</sup>.

La elección del tema sobre el que se reflexiona en este libro, que tiene su origen y antecedente directo en la memoria de tesis doctoral presentada durante mis estudios de Doctorado, tiene mucho que ver con la dedicación de los profesores del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo a dos líneas de investigación íntimamente relacionadas: el principio democrático y los límites a la reforma constitucional, por un lado, y las libertades de expresión e información como elementos sistémicos de la democracia, especialmente cuando se ejercen en el espacio público, por otro. Estudiar metódicamente estas materias no es otra cosa que ocuparse de intentar dar respuestas coherentes al dilema constitucional de Loewenstein y eso queda reflejado en la específica producción científica de este grupo de investigación sobre la materia. Cabe mencionar como obra señera la de Ignacio de Otto, *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985), que tuvo continuidad en los trabajos de mi maestro, el profesor Bastida Freijedo y en las tesis doctorales por él dirigidas, casi todas centradas en distintos aspectos de ese mismo dilema que atenaza al sistema democrático. El presente trabajo no hace más que prolongar esta permanente línea de investigación.

El interés por el *Clear and Present Danger test* nace por la atracción que suscita el que un criterio jurisprudencial para establecer los límites de la libertad de expresión haya tenido tanta repercusión en los modos de entender la democracia. Se pretendía, así, realizar una reconstrucción histórica completa de este capital concepto del Derecho constitucional norteamericano del siglo xx en lo que a la comprensión de la

<sup>1</sup> K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 405.

Primera Enmienda de la Constitución se refiere. Pero la atracción inicial se volvería en perplejidad, al comprobar que se trataba de concepciones de la democracia difícilmente conciliables bajo un mismo test. Por último, la perplejidad daría paso a una conclusión sorprendente. Los modos de entender jurisprudencialmente la democracia moldeaban e incluso distorsionaban los elementos del *Clear and presente danger test*, de manera que sobre ellos surgían diversos modelos doctrinales de lo que es «*Clear*» and «*Present*» «*Danger*» que servían para delimitar la libertad de expresión.

Por tanto, lo que en un principio tenía por objetivo un estudio histórico jurisprudencial, inédito en la bibliografía española, sobre la aplicación por la Corte Suprema de los Estados Unidos de un test relativo a los límites de la libertad de expresión, pronto se fue convirtiendo en un intento más ambicioso de deshacer los lugares comunes en que habían caído las referencias académicas, incluso en los Estados Unidos, al contenido de este test. El resultado es el descubrimiento, tras el esquema formal del test, de diversos y hasta contrapuestos modelos jurisprudenciales de lo que ha de entenderse por *Clear and Present Danger*, en función de las distintas maneras de concebir la Corte Suprema la democracia.

Al principio, y la verdad es que durante algún tiempo, la investigación que ha dado a lugar este libro partió de una hipótesis muy común en la doctrina norteamericana (quizás un prejuicio) que se ha mostrado sobrevenidamente errónea: la de considerar el *Clear and Present Danger test* como una teoría única y unitaria. Como una teoría que, originariamente formulada por Holmes, la Corte Suprema había ido con los años depurando y perfeccionando, introduciendo en sus sucesivas aproximaciones algunos cambios o aclaraciones pero siempre en una misma dirección conceptual; siempre con una unidad doctrinal de sentido. Realmente este es un axioma y una apariencia que muchos autores y estudiosos de esta materia han aceptado. Y que las propias sentencias de la Corte Suprema contribuyen a conformar pues parten, en todo momento, de esa presunción de unidad y trazan los mimbres de un esquema conceptual de la construcción supuestamente armónico. En tal sentido, y por citar simplemente algunos ejemplos, muy significativos y hasta sorpresivos atendiendo a cuanto se detallará en estas páginas, la sentencia del caso *Dennis v. U.S.* se auto-considera continuista de la tradición de Holmes y Brandeis. Y la sentencia de *Brandenburg v. Ohio* que nada tiene que ver, en su concepción del problema, con la que el Tribunal Supremo efectúa en *Dennis v. U.S.* cita, sin embargo, formalmente este pronunciamiento, precisamente ese pronunciamiento, como su precedente doctrinal.

En estas circunstancias y contexto, según se fue avanzando en la investigación que dio lugar a este libro y conociendo mejor la Jurisprudencia y la bibliografía, se constató que —admitiéndose un coloquialismo— las apariencias engañaban. Y que un modelo explicativo unitario no proporcionaba una comprensión adecuada del *Clear and Present Dan-*

*ger test*. Se constató que para aprehender verdaderamente, y en su esencia, esta teoría central en el constitucionalismo norteamericano, el problema debía ser abordado desde otro enfoque y premisas. Precisamente este cambio de perspectiva en el tratamiento del objeto de estudio y en la configuración y caracterización de la evolución histórica del *Clear and Present Danger test* conforman la modesta propuesta que ha inspirado la redacción de este libro y la tesis que estas páginas proponen para su discusión y debate académico. Este cambio de perspectiva, creo que puede concretarse en tres ideas que constituyen, consecuentemente, las premisas metodológicas centrales que sirven de eje expositivo e inspiración a esta obra. Las tres, aunque conceptualmente autónomas, se encuentran intrínsecamente relacionadas entre sí.

La primera de ellas consiste —como se ha avanzado— en negar que la evolución histórica del *Clear and Present Danger test* deba concebirse y pueda ser explicada en términos de linealidad, es decir, como un modelo teórico único que, simplemente, se va detallando y perfeccionando a modo de depuración técnica con su aplicación sucesiva y el esfuerzo de diferentes generaciones de jueces de la Corte Suprema que parten y persiguen unas premisas ideológicas comunes y compartidas. Al contrario, en este trabajo se propone identificar diferentes modelos —en ocasiones, contradictorios entre sí— en el desenvolvimiento histórico-jurisprudencial de esta teoría. Cinco modelos que, atendiendo a sus rasgos característicos y particularmente definidores, cabe denominarlos como modelo originario, modelo invisible, modelo expansivo, modelo militante y modelo ecléctico. De todos ellos, será el primero —el formulado por Holmes y Brandeis en los votos particulares que plantearon en una serie de asuntos comprendidos entre 1919 y 1927— el que en esta monografía se estudiará con mayor detalle y que servirá de referente o paradigma comparativo para los demás. De esa manera, los cuatro restantes se analizarán desde la comparación con este modelo originario. La identificación de estos modelos y el estudio de sus características esenciales evidencian que las diferencias en la articulación procesal del test no son meramente aplicativas sino que tienen un nítido trasfondo constitucional. En definitiva, que los diferentes modelos de la teoría del *Clear and Present Danger* no expresan en último término sino la existencia de diferentes concepciones judiciales y doctrinales acerca de la democracia. Corolario que determina que la propia definición de los modelos que aquí se propone se encuentre, en última instancia, estrechamente vinculada con las dos siguientes propuestas o premisas metodológicas que han guiado la redacción de estas páginas.

La segunda idea que ha inspirado la investigación contenida en este volumen consiste en proponer una distinción terminológica pero que tiene una finalidad y sentido evidentemente conceptual. Aunque a veces las diferencias puedan difuminarse en su traslación práctica se trata de especificar e individualizar tres conceptos que han sido habitualmente utilizados de manera indistinta en los estudios existentes sobre

esta materia: test, doctrina y teoría del *Clear and Present Danger*. Con el test se pretende hacer referencia al instrumento o herramienta procesal. Serían los requisitos o elementos cuya verificación en cada caso concreto motivan el surgimiento y establecimiento del límite a la libertad de expresión. Por su parte, con la doctrina se pretende significar la fundamentación dogmático-constitucional que sobre la libertad de expresión y la democracia motiva la articulación del test y que, en una inferencia recíproca, determina y explica su adopción. La teoría, por su parte, aunque a veces se pueda utilizar como un cuasi-sinónimo de la doctrina haría, más propia y precisamente, referencia al conjunto del test y la doctrina; a la integración en un todo conceptual de estas dos dimensiones de análisis. Esta distinción se ha mostrado particularmente relevante y enriquecedora para la presente exposición. Y ello desde, al menos, una doble perspectiva. Por un lado, porque con ella se enfatiza que la teoría del *Clear and Present Danger* es algo más que la fórmula aplicativa utilizada para aglutinar técnicamente los elementos estructurales de esta construcción. Es en el fondo, y ahí el componente doctrinal, que un análisis exclusivamente centrado en el test oscurece la traducción procesal de una previa y determinada concepción constitucional de la libertad de expresión y de la democracia. Por otro, porque nos permite dotar de un sentido teórico-constitucional a los cambios y mutaciones en la estructura procesal del test. Un sentido que se relaciona no tanto con una tarea aséptica de depuración técnica, como de discusión dogmática y doctrinal sobre concepciones democráticas.

La tercera propuesta, muy relacionada e instrumental de las anteriores, es determinar las ideas-fuerza con las que identificamos la doctrina del *Clear and Present Danger* que sobrepasa y fundamenta su dimensión estrictamente procesal o aplicativa como test. En definitiva, se trata de concretar el contenido de la categoría o dimensión doctrinal previamente propuesta. Para ello se propone analizar cuatro ideas-fuerza que nos muestran la radical diferenciación, en el plano doctrinal, entre el *Bad Tendency test* y el modelo originario del *Clear and Present Danger test*, y entre este y las reformulaciones posteriores del mismo surgidas durante su ulterior desenvolvimiento histórico. La primera de estas claves de análisis es la relación que se establece entre la libertad de expresión y la democracia. Una relación que en el modelo originario de la teoría del *Clear and Present Danger* bien podría resumir el clásico postulado de Carlo Esposito de que no es el carácter democrático del Estado el que produce como consecuencia el reconocimiento de la libertad de expresión sino las razones ideales del reconocimiento de dicha libertad las que conducen, entre otras consecuencias, a la afirmación del Estado democrático<sup>2</sup>. La segunda consiste en el análisis del binomio y equilibrio de fuerzas mayoría-minoría en la propia definición de la esencia del sistema democrático. La tercera se vincula con la revisión judicial

<sup>2</sup> C. ESPOSITO, «Commento all' articolo 1 della Costituzione Italiana», en *La Costituzione italiana*. Saggi, Padova, Cedam, 1954, p. 10.

de las leyes y dos modelos diferentes de entender las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial. La cuarta, y última, nos sitúa ante —como propone el propio título de esta monografía— la libertad de expresión en los límites de la democracia. Se trata de determinar cuál es el grado de tolerancia que el sistema democrático debe tener con las ideas antidemocráticas; cuáles son los límites de la libertad de expresión cuando lo que se cuestiona es el propio sistema democrático. Y esta determinación no es en modo alguno autónoma o abstracta sino que está naturalmente condicionada por la propia comprensión, ya deliberativa ya militante, que acerca de la democracia se defiende.

Estas son, pues, las premisas del análisis jurídico-constitucional que en las páginas que siguen se lleva a cabo. Un análisis que propone una visión dialéctica y contradictoria de la teoría del *Clear and Present Danger* y que afirma la existencia de varios modelos diferentes en lugar de uno único. Un análisis que además distingue dentro de la teoría entre test y doctrina (identificando las ideas-fuerza que componen o concretan esta última). Todo ello permite recomponer y atribuir sentido a aquel heterodoxo elenco de sentencias que para Frankfurter carecían por completo de explicación. Y, de paso, descubrir una intensa lógica interna entre las mismas. Lo que sucede es que esta lógica no es la de una doctrina uniforme sino la de una pugna dialéctica entre diferentes concepciones acerca del sentido de la libertad de expresión y de la propia democracia que, en una sutil paradoja, invocan un mismo instrumento procesal formal (aunque diferente en su contenido) desde premisas y finalidades —desde posiciones doctrinales— antagónicas.

## II

Además de la introducción, un breve epílogo conclusivo, la bibliografía y la jurisprudencia citada, se ha optado por estructurar este libro en tres partes diferenciadas, cada una de las cuales se articula y divide en diferentes capítulos. La primera (*Los antecedentes de la teoría del Clear and Present Danger*) tiene un carácter notoriamente contextualizador. Su finalidad es enmarcar la formulación del *Clear and Present Danger test* desde un punto de vista tanto histórico como principalmente ideológico o doctrinal, mostrando las dos grandes concepciones existentes en los Estados Unidos sobre el sentido democrático (o para la democracia) de la libertad de expresión: la liberal y democrática, en la que se inscriben Holmes y Brandeis, y la blackstoniana, frente a cuyos excesos dogmáticos reaccionan proponiendo el *Clear and Present Danger test*.

En el primero de los capítulos que componen esta primera parte del estudio (*La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: La criminalización de la libertad de expresión*) la exposición retrocede más de un siglo respecto al período histórico próximo a la finalización de la I Guerra Mundial en que Holmes y Brandeis formulan el *Clear and Present Danger test*. Este salto histórico pretende trazar las correspondencias entre nuestro objeto

de estudio en este trabajo y el primer gran debate constitucional existente en los Estados Unidos sobre el sentido de la Primera Enmienda y el alcance y sentido de la libertad de expresión. En la polémica entre republicanos y federalistas sobre la constitucionalidad de esta Ley se vislumbran con claridad dos formas completamente diferentes de configurar el contenido y límites de este derecho fundamental, y realmente se expresan dos maneras también distintas de comprender la propia esencia del sistema democrático. Esta será en buena medida la dialéctica existente en la Corte Suprema en el momento de la formulación del modelo originario de la teoría del *Clear and Present Danger* y la dialéctica también existente a lo largo de la evolución histórica de la teoría a través de sus diferentes modelos.

En el segundo capítulo (*El nuevo libelo sedicioso a principios del siglo xx*), profundizando en la contextualización iniciada en el capítulo anterior, se enmarca la formulación del modelo originario del *Clear and Present Danger test* desde una triple perspectiva (histórica, normativa y jurisprudencial). En primer lugar, describiendo cómo la participación de los Estados Unidos en la I Guerra Mundial y la radicalización de la vida política norteamericana tras este conflicto polarizaron el debate político en los Estados Unidos y generaron que la mayoría política postulara que, como en la época de la Sedition Act de 1798, determinado tipo de expresiones, por desleales y peligrosas, debía ser, en sí mismo considerado, sancionado para salvar el propio sistema democrático. En segundo lugar, analizando las normas, federales y estatales, en las que se concreta esa persecución de quienes se oponen a la estrategia bélica de los Estados Unidos primero, y de quienes, ya finalizada la guerra, hacen apología del comunismo o anarquismo. En tercer lugar, presentando los test jurisprudenciales utilizados por los órganos jurisdiccionales norteamericanos en el momento en que Holmes y Brandeis formulan el *Clear and Present Danger test*: el *Direct Incitement test* y, principalmente, el *Bad Tendency test* que evidencia una concepción eminentemente *blackstoniana* de la libertad de expresión y del rol de este derecho fundamental en la democracia.

La segunda parte (*El modelo originario de la teoría del Clear and Present Danger*) se compone de tres capítulos. El primero de ellos (*El surgimiento de la expresión Clear and Present Danger en el marco del Bad Tendency test*) aborda la importante polémica existente en la doctrina norteamericana sobre cuál es el caso en el que puede concluirse que Holmes y Brandeis formulan el *Clear and Present Danger test*: el caso de *Schenck v. U.S.*, como ha sostenido la doctrina tradicional, o el voto particular formulado por estos jueces en el caso de *Abrams v. U.S.*, como ha defendido el conocido como sector revisionista. Un estudio más a fondo sobre los orígenes de esta construcción, además de permitirnos acotar con mejores fundamentos teóricos y objetivamente el inicio de la teoría, nos descubre la esencial ruptura doctrinal del *Clear and Present Danger test* con el *Bad Tendency test* y con las concepciones características de esta última teoría sobre el propio sentido del sistema democrático.

En el segundo capítulo (*El Clear and present danger como test*), se estudian los elementos estructurales de la construcción de Holmes y Brandeis en su dimensión estrictamente procesal o de test. El sentido que en este modelo originario, y en los diferentes votos particulares de Holmes y Brandeis, adquieren los requisitos del «peligro claro», del «peligro inminente», del «mal sustancial o grave», o la intencionalidad del autor de las conductas expresivas (el *intent*) es la principal cuestión analizada. En su exposición se muestran las diferencias existentes entre este test y el *Bad Tendency test*, y se establecen las bases que posibilitarán una ulterior comparación entre este modelo originario de la teoría del *Clear and present danger* y los posteriores modelos que se identificarán en los próximos capítulos de esta obra.

El tercer capítulo (*El Clear and present danger como doctrina*) indaga las relaciones existentes entre la articulación procesal del test y la concepción dogmática de la libertad de expresión, y del sentido de este derecho fundamental para la democracia que inspira y justifica la formulación del propio test como reacción no simplemente frente al *Bad Tendency test* sino, realmente, frente a su concepción blackstoniana de la libertad de expresión y de la propia democracia. Se analizan cuatro cuestiones diferentes pero muy relacionadas entre sí. En primer lugar, la reivindicación de la libertad de expresión como un derecho esencial en un Estado democrático, tanto desde la dogmática holmesiana del mercado de las ideas como desde la concepción, más propia y ortodoxamente democrático-funcional, de Brandeis. En segundo lugar, el descubrimiento de la minoría como un sujeto esencial del sistema democrático. En tercer lugar, el reconocimiento de que los órganos jurisdiccionales deben controlar efectivamente la constitucionalidad de los juicios y mandatos legislativos. En cuarto lugar, el tratamiento y estatus no necesariamente delictivo o criminal que, desde las coordenadas dogmáticas del *Clear and present danger test*, deben recibir, dentro de una democracia, las ideas que promueven la consecución de fines antidemocráticos a través de medios ilegales.

Por último la tercera parte (*Los otros modelos de la teoría del Clear and Present Danger*) consta de cuatro capítulos en los que se analizan e identifican otros tantos modelos que se consideran diferentes y autónomos del modelo originario presentado en la segunda parte de este trabajo. El primero de estos capítulos aborda *el modelo invisible de la teoría del Clear and Present Danger*. En concreto, se analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema durante un marco temporal —el comprendido entre 1927 y 1940, esto es, entre el voto particular formulado por Brandeis en el caso *Whitney v. California* y la sentencia de *Thornhill v. Alabama*— en que la Corte no va a recurrir formalmente al *Clear and Present Danger test*, pero en el que, sin embargo, se aprecia la progresiva consolidación jurisprudencial de algunas de las notas o rasgos doctrinales originarios de esta construcción.

En el segundo capítulo (*El modelo expansivo de la teoría del Clear and Present Danger*) se analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema en el

marco temporal comprendido entre 1940 (año de la sentencia *Thornhill v. Alabama*) y el año 1951 en que se dicta la sentencia del caso *Dennis v. U.S.*, y que ya es objeto del siguiente capítulo. Lo singular y característico del modelo identificado en este capítulo —que en estas páginas se propone denominar expansivo— es la radical redefinición del requisito del mal sustancial o grave como uno de los elementos estructurales del test. Una redefinición que, por un lado, extiende o amplía el ámbito de aplicación originario de la construcción. Pero que, por otro, altera significativamente sus presupuestos doctrinales. De manera que, paradójicamente, aunque este modelo parece llevar *más lejos* los postulados de Holmes y Brandeis, en realidad lo que hace es *alejarse* parcialmente de los mismos.

Por su parte el tercer capítulo (*El modelo militante de la teoría del Clear and Present Danger*) se centra en el caso *Dennis v. U.S.* (1951) dictado por la Corte Suprema en pleno macartismo. Tras un *excursus* procesal por las diferentes instancias judiciales, se examina la sentencia dictada por la Corte Suprema y los diferentes votos particulares (concurrentes y discrepantes) formulados en la misma con la finalidad de destacar las características definidoras de este nuevo modelo. El aspecto central que caracterizará este modelo militante será una notable redefinición del requisito de la inminencia y probabilidad de materialización del peligro necesario para justificar una limitación a los derechos constitucionales consagrados en la Primera Enmienda. Una redefinición que propiciará un evidente alejamiento de los corolarios doctrinales característicos y definidores del modelo originario propuesto por Holmes y Brandeis hasta resituar el test en sus antípodas doctrinales y de fundamentación teórica.

Finalmente el cuarto capítulo (*El modelo ecléctico de la teoría del Clear and Present Danger*) tiene como centro de su reflexión el caso *Brandenburg v. Ohio*, decidido por la Corte Suprema en 1969. En concreto, y tomando una vez más como parámetro de comparación el modelo originario de Holmes y Brandeis, se efectuará un análisis de la reformulación que la Corte propone del test y su doctrina al afirmar que: «... Las garantías constitucionales de la libertad de expresión y de prensa no permiten a un Estado prohibir o proscribir la apología del uso de la fuerza o de la violación de una norma excepto cuando esa conducta expresiva apologética está dirigida (*is directed*) a incitar o producir una inminente acción ilegal, y es probable que incite o produzca tal acción». Análisis que tratará de mostrar que este modelo, aunque constituye la versión de esta construcción que, más modernamente, ha utilizado la Corte Suprema no es por ello un modelo definitivo. Tampoco necesariamente el más adecuado. Y mucho menos aún una propuesta dogmática que haya resuelto definitivamente el dilema de los límites de la libertad de expresión en un Estado democrático.

Una cuestión que me preocupó enormemente durante la redacción de este libro era, dada su importancia objetiva atendiendo a su propia temática, la de determinar de qué manera reproducir las referencias ju-

risprudenciales. Finalmente, se ha optado, entre otras alternativas metodológicas, por traducir al castellano los diferentes fragmentos de las sentencias en las que se ha ido apoyando argumentativamente la exposición, especificando en todo caso —y siguiendo con ello el sistema de citas comúnmente utilizado en los Estados Unidos— la página exacta de la sentencia de la que se ha extraído la cita con el objeto de posibilitar su cotejo con el original en inglés en caso de que por parte del lector se considerara necesario. Con la traducción al castellano se ha buscado, a pesar de que soy consciente de que toda traducción implica una inevitable traición a la literalidad, facilitar la agilidad de la exposición, que se considera quedaría entorpecida en el caso de que se hubiera optado por reproducir el texto en inglés.

### III

Este libro tiene su origen en la memoria de tesis doctoral que presenté para la obtención del grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo el 14 de diciembre de 2015 y que mereció la calificación de sobresaliente *cum Laude* por parte del tribunal formado por los doctores, Don Ángel Ignacio Villaverde Menéndez, Don Francisco Caamaño Domínguez y Don Marc Carrillo López. La culminación de esta obra no hubiera sido posible sin el apoyo brindado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (y su Biblioteca) en la que desarrollé la mayor parte de la investigación con el soporte económico de una Beca para la Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación y Ciencia (FPU). Y también de los diferentes Centros en los que aprendí más sobre el *Clear and Present Danger test*: el Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, la London School of Economics (LSE) y la Universidad de Harvard, en cuyo Real Colegio Complutense me acogió su Director, el entrañable y recordado Don Ángel Sáenz Badillos. También debo mencionar el apoyo recibido por parte del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad MINECO-DER-2013-40719 R «Espacio Público, Derechos Fundamentales y Democracia en la Sociedad multicultural (2014-2017)», verdaderamente esencial en los últimos años de la redacción de esta monografía, y por parte de su Investigador Principal, el profesor Benito Aláez.

Y más allá de las instituciones, desde luego, este libro no hubiese sencillamente existido sin la confianza y la amistad de los miembros del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, a la que tengo el honor de encontrarme intelectual y afectivamente vinculado. Mi agradecimiento sincero para los miembros de este gran equipo. Y, particularmente, para el verdadero alma y responsable intelectual de la investigación que ha dado lugar a esta obra, el Prof. Dr. Francisco José Bastida Freijedo —mi maestro, ejemplo y referente universitario y humano—.

PARTE I  
**LOS ANTECEDENTES DE LA TEORÍA  
DEL *CLEAR AND PRESENT DANGER***

## CAPÍTULO 1

# LA *SEDITION ACT* DE 1798 Y EL LIBELO SEDICIOSO: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

### 1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO HISTÓRICO

El 14 de julio de 1798, el presidente federalista John Adams promulgaba la *Sedition Act*. Cuatro días antes, el 10 de julio de 1798, el Congreso de los Estados Unidos había procedido a su aprobación por un estrecho margen de 44 votos a favor y 41 votos en contra. Este reñido resultado expresaba con claridad la profunda división que la conveniencia (e incluso la constitucionalidad) de la ley había generado entre la clase política norteamericana, y más en concreto, entre el partido federalista (Hamilton, Adams...), que había apoyado la necesidad de la legislación, y los republicanos (Jefferson, Madison...) que en las calurosas discusiones parlamentarias previas a la aprobación de la ley habían alertado de los peligros que la misma introducía en la configuración de las libertades civiles que la Constitución debía garantizar.

La adecuada contextualización histórica de ese debate entre federalistas y republicanos obliga a referirse a una doble historia. La primera, la de la *Sedition Act* se sitúa unos meses antes de su aprobación en aquel verano de 1798<sup>1</sup>. La segunda, la de la figura delictiva establecida en la ley —el libelo sedicioso— comenzó a fraguarse, en cambio, varios siglos antes, en un entorno predemocrático y bajo un sistema de premisas conceptuales acerca del poder, y del Estado muy diferentes de las actuales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En relación con los acontecimientos históricos que rodearon la promulgación de la *Sedition Act* puede verse con carácter general, entre otros, P. JENKINS, *Breve Historia de los Estados Unidos*, Madrid, Alianza Editorial, 2003; P. JONSON, *Estados Unidos. La Historia*, Buenos Aires, Ediciones B., 2001, y entre la bibliografía española sobre la materia: A. BOSCH, *Historia de los Estados Unidos: 1776-1945*, Barcelona, Crítica, 2005. Para un estudio exhaustivo sobre el período posrevolucionario norteamericano, véase S. ELKINS y E. MCKITTRICK, *The Age of Federalism: The Early American Republic, 1788-1800*, New York, Oxford University Press, 1993.

<sup>2</sup> Entre la abundante bibliografía existente sobre los orígenes y la evolución del libelo sedicioso en el Derecho inglés puede verse F. STEBERT, *Freedom of the press in England: The Rise and Decline of Government Control (1476-1776)*, Urbana, University of Illinois Press, 1965;

La *Sedition Act* fue aprobada en un momento en que se percibía un peligro grave para la seguridad nacional, cuando la guerra con Francia parecía inminente e inevitable, y sus restricciones sobre la libertad de expresión y de prensa se justificaron, precisamente, como una forma de respuesta frente a esa amenaza exterior.

Las relaciones entre los Estados Unidos y Francia habían comenzado a deteriorarse tras la firma entre Estados Unidos e Inglaterra del *Tra-tado de Jay*, y, tras varios intentos fallidos por restablecerlas, el conocido como escándalo XYZ<sup>3</sup> no hizo sino precipitar los acontecimientos. Tras este grave incidente diplomático, a principios de marzo de 1798 Adams se dirigió al Congreso en términos rotundos, afirmando que el insulto que Francia había infringido con su actitud al orgullo y la dignidad de los Estados Unidos exigía una inmediata declaración de guerra. Apenas quince días después, el 19 de marzo de 1798, el propio Adams matizó su discurso, consciente de los gravísimos perjuicios que iniciar una guerra en aquellos momentos ocasionaría para los Estados Unidos, y se limitó a pedir al Congreso que iniciase la adopción de las medidas oportunas para preparar el país para el peligro que representaba la amenaza de una invasión por parte de Francia. Estas medidas se concretaron en una serie de preparativos militares<sup>4</sup> y en la aprobación de dos leyes de Extranjería (*Alien Acts*)<sup>5</sup> y de una ley de Sedición (*Sedition Act*) que, entre otras medidas, criminalizaba el disenso político al considerar delictivas la expresión y publicación de escritos «falsos, escandalosos o malintencionados» contra el Gobierno.

La *Sedition Act* partía de las premisas de que, en aquellos momentos de inestabilidad política, cualquier manifestación, ya fuese oral o escrita, que cuestionase la política llevada a cabo por el Gobierno, debía ser suprimida para salvaguardar la confianza de los ciudadanos hacia sus instituciones; de que la crítica política debía ser considerada una trai-

W. MAYTON «Seditious Libel and the lost Guarantee of the freedom of expression», *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, pp. 91 y ss., y P. HAMBURGER «The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press», *Stanford Law Review*, vol. 37, 1985, pp. 661 y ss. Por su parte en la bibliografía española puede verse M. N. SALDAÑA DÍAZ «A Legacy of Suppression: Del Control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII», *Derecho y Conocimiento*, vol. 2, 2002-2003, pp. 175 y ss.

<sup>3</sup> Sobre este incidente diplomático véase P. JONSON, *Estados Unidos. La Historia*, op. cit., 2001, pp. 222-224).

<sup>4</sup> Así, por ejemplo: «El Congreso autorizó la creación en 1798 de un departamento de Marina, la reconstrucción de la Armada, que se había deshecho tras la revolución, así como la formación de un ejército de 10.000 hombres que servirían durante tres años bajo el mandato de Alexander Hamilton...» (véase A. BOSCH, *Historia de los Estados Unidos: 1776-1945*, op. cit., pp. 68-69).

<sup>5</sup> La primera de estas leyes —la *Alien Enemies Act*— era una Ley que autorizaba en casos de guerra declarada con algún país extranjero el encarcelamiento sin garantías de los nacionales de ese país residentes en los Estados Unidos. Por otro lado, la segunda de estas leyes —la *Alien Friends Act*— era una Ley excepcional cuyo período de vigencia expiraba el 3 de marzo de 1801, que otorgaba al presidente de los Estados Unidos poderes para capturar, encarcelar y deportar a extranjeros procedentes de países con los que los Estados Unidos no estuviesen en guerra, si tales extranjeros podían resultaban «peligrosos» para los Estados Unidos.

ción, y los discrepantes, enemigos del Estado. La norma partía, en fin, de las premisas del libelo sedicioso característico de la tradición jurídica del *Common Law* inglés.

Hasta el siglo XVIII el libelo era uno más de los diversos mecanismos existentes en Gran Bretaña a través de los cuales se canalizó la persecución de la disidencia política<sup>6</sup>. En el siglo XVIII, tras el decaimiento por diversos factores del sistema de licencias y censura previa, y su abolición definitiva en abril de 1695, el libelo abandonó el lugar secundario que había desempeñado hasta entonces y se convirtió, en defecto de otras alternativas más adecuadas, y tras realizarse algunos ajustes en la concepción de la institución, en el instrumento jurídico por excelencia para acallar los comentarios desfavorables al gobierno y proteger de ataques verbales y escritos a quienes ejercían la autoridad gubernativa<sup>7</sup>.

Si bien la precisión de sus orígenes y de los diferentes estadios de su evolución histórica son cuestiones muy controvertidas y nada pacíficas doctrinalmente<sup>8</sup>, parece ser mayoritario el considerar las causas *De Libellis Famosis* (1606), y *Queen v. Tutchin* (1704) como dos hitos de especial trascendencia en la evolución de la institución.

En la primera de estas dos causas —*De Libellis Famosis* (1606)—<sup>9</sup> se comenzó a hablar del *libel of magistrates* —libelo dirigido contra personalidades y cargos públicos— como un supuesto específico de libelo criminal y diferenciado del *libel of private persons*, justificándose su autonomía conceptual en que a través del mismo no solo se causaban alteraciones en el orden público —como también sucedía con los *libels of private persons*—, sino que también se menoscababa la reputación del Estado. La importancia de la causa *Queen v. Tutchin* (1704)<sup>10</sup> en la evolución histórica del libelo sedicioso radica, por su parte, en que en este asunto se elimina la restricción, vigente durante todo el siglo XVII, de

<sup>6</sup> Hasta el siglo XVIII, el instrumento más importante de control y represión de las ideas disidentes era el sistema de licencias y censura previa que, aplicado a través de una serie de órganos como la *Stationers' Company*, la *Court of High Commission*, y la *Star Chamber* permitió una implacable labor de represión de cualquier idea disidente. Además de este sistema del *prior restraint* [«Instrumento que hacía que la publicación de un libro o de una revista fuese ilegal a no ser que hubiese sido previamente autorizada por el gobierno». Véase K. HALL (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 1992]; existían, aunque con mucha menor importancia práctica, otros instrumentos de control de las opiniones. Tales mecanismos de control eran el *Law of Treason*, el *Heresy Law*, el *Scandalum Magnatum*, y el libelo (Una explicación de los rasgos caracterizadores de estas instituciones puede verse en P. HAMBURGER «The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press», *op. cit.*, pp. 666-670, y en la bibliografía española M. N. SALDAÑA DÍAZ, «A Legacy of Suppression: del Control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII», *op. cit.*, pp. 181-183).

<sup>7</sup> Véase E. H. HUDON, *Freedom of the Press in the U.S.*, Washington, 1963, p. 85.

<sup>8</sup> Así los orígenes del libelo sediciosos se han situado en el Derecho romano, en las prácticas judiciales de los tribunales del *Common Law*, o en la doctrina emanada del Tribunal de la *Star Chamber* (véase M. N. SALDAÑA DÍAZ, «A Legacy of Suppression: del control de la información y opinión en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII», *op. cit.*, pp. 205-206, con numerosas citas y remisiones a la bibliografía anglosajona más relevante sobre el problema).

<sup>9</sup> *De Libellis Famosis* 77 Eng. Rep., 250.

<sup>10</sup> *Queen v. Tutchin* 90 Eng. Rep., 1134.

que para que la figura delictiva resultase aplicable, las opiniones críticas debían necesariamente dirigirse a los individuos titulares de las instituciones, y no a las instituciones en sí mismas consideradas<sup>11</sup>. Con ello se amplió el ámbito de aplicación del antiguo *libel of magistrates*, aumentando el número de supuestos subsumibles en la figura delictiva.

Desde una perspectiva contemporánea no resulta en modo alguno exagerado calificar la institución del libelo sedicioso como «la máscara jurídica de una represión política»<sup>12</sup>. Un mero repaso a la aplicación de la figura muestra con claridad como esta fue un eficaz instrumento de perpetuación del poder a través del cual se criminalizó cualquier vestigio de oposición política y se transformó el mero disenso en herejía política. Sin embargo, desde la perspectiva ideológica existente en el momento de su formulación, la calificación que recibe la figura del libelo sedicioso es bien distinta. Desde esta óptica, las ideas que cuestionan el orden establecido (ya sea este moral, religioso, y sobre todo político) son vistas como criminales elementos de agitación y de desestabilización para cuya represión se encuentra plenamente habilitado el titular de la soberanía<sup>13</sup>. Con ello, se excluye radicalmente cualquier posibilidad de crítica o disidencia por parte de los particulares<sup>14</sup>, cuya hipotética participación en un, igualmente hipotético, debate público es contemplada como una desestabilización de la paz y el orden públicos<sup>15</sup>.

El libelo sedicioso parece, pues, una institución indisoluble y necesariamente asociada a determinados modelos y regímenes políticos que parten de premisas conceptuales que podríamos denominar no democráticas, pareciendo, en cambio, dificultoso su encaje en un sistema democrático como el establecido por la Constitución norteamericana. Más

<sup>11</sup> Utilizando el ejemplo propuesto por P. HAMBURGER, antes del asunto *Queen v. Hutchin* entrarían dentro del ámbito de aplicación del *libel of magistrates* las críticas a los jueces de *Westminster*, pero no las dirigidas al sistema judicial en general (véase P. HAMBURGER, «The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press», *op. cit.*, p. 700).

<sup>12</sup> Véase J. KOFFLER y B. GERSHMAN, «The New Seditious Libel», *Cornell Law Review*, núm. 69, 1984, p. 816.

<sup>13</sup> Un estudio, dentro de la bibliografía española, sobre las distintas construcciones doctrinales acerca de la soberanía, existentes en Gran Bretaña durante este período puede verse en J. VARELA SUANCES-CARPEGNA, «La soberanía en la doctrina británica. (De Bracton a Dicey)», *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 87 y ss.

<sup>14</sup> Todas las concepciones de la soberanía existentes en Gran Bretaña durante los siglos XVII y XVIII excluyen, de modo directo o implícito, la posibilidad de que los individuos puedan deliberar directamente en los asuntos públicos, y mostrarse críticos con sus gobernantes. Así, por ejemplo, para W. BLACKSTONE la única función que tenía encomendada el pueblo era «elegir a sus representantes» (véase J. VARELA SUANCES-CARPEGNA, «La soberanía en la doctrina británica. (De Bracton a Dicey)», *op. cit.*, p. 132).

<sup>15</sup> Esto es plenamente visible en la fundamentación que W. BLACKSTONE hace del libelo sedicioso en sus célebres Comentarios a las leyes de Inglaterra (1765-1769) al afirmar que «... castigar —como el Derecho en la actualidad hace— los escritos peligrosos u ofensivos cuando, una vez publicados y tras un proceso imparcial y justo, se considere que tienen una tendencia perniciosa, es necesario para la preservación de la paz y del buen orden, del Estado y de la religión; los únicos fundamentos sólidos de la libertad civil...». Véase W. BLACKSTONE *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, New York, William S. Hein & Co., 1992, p. 152.

adelante tendrá ocasión de verse cómo intentarán sortear los federalistas esta aparente contradicción teórica al defender la constitucionalidad de la *Sedition Act*. Pero antes de abordar este aspecto, debe exponerse el particular modo en que el libelo sedicioso es recogido en esta ley.

## 2. EL LIBELO SEDICIOSO EN LA *SEDITION ACT*

En su redacción definitiva<sup>16</sup> la *Sedition Act* se dividía en 4 secciones, siendo en las secciones segunda y tercera en las que se contenía la regulación de la figura delictiva del libelo sedicioso.

El marco básico de esa regulación se contenía en la sección segunda de la ley en la que se prevenía que se castigase, con multa no superior a 2.000 dólares y con pena de prisión no superior a dos años: «la redacción, impresión, declaración o publicación de cualquier escrito o escritos falsos, escandalosos o maliciosos contra el gobierno, contra el Congreso o contra el Presidente de los Estados Unidos con la intención de difamarlos, de provocarles desacato o mala reputación, o de instigar contra ellos el odio del buen pueblo de los Estados Unidos, o de provocar «sedición» dentro de los Estados Unidos o de promover asociaciones ilegales para oponerse a las leyes válidamente aprobadas o de apoyar los planes de potencias extranjeras contra los Estados Unidos».

Por su parte, en la sección tercera se aclaraban y concretaban determinados aspectos procesales referidos a la figura delictiva contenida en la sección anterior. En concreto se regulaba aquí la demostración de la verdad de lo escrito o publicado (*exceptio veritatis*) como mecanismo de defensa frente a la eventual imputación de haber escrito o publicado un libelo, de modo que podían cometerse las conductas típicas que estaban en la base de la definición de la figura delictiva, y no derivarse de ello responsabilidad penal si el infractor acreditaba «la verdad» de lo escrito o publicado. Asimismo, también se precisaba en esta parte del articulado de la ley cuál era el papel a desempeñar por el jurado cuando conociera de estas causas de libelo sedicioso aclarándose que «el jurado tendrá el derecho a determinar el derecho y los hechos bajo la dirección del Tribunal, como sucede en otros casos».

---

<sup>16</sup> Como es de esperar en un texto de esta complejidad política, la *Sedition Act* fue objeto de numerosas enmiendas antes de su aprobación definitiva. Sirvan como muestra de ese debate dos iniciativas. La propuesta —finalmente rechazada por ser demasiado «extrema»— de considerar «sediciosa» la afirmación de que los representantes políticos de los norteamericanos aprobaban leyes contrarias a los intereses del pueblo. También, la propuesta planteada por Harper, de introducir una cláusula que declarase que nada de lo establecido por la ley era contrario a la garantía constitucional de la libertad de expresión y de prensa. La mayoría de los congresistas consideró que esta idea de Harper debía rechazarse porque su introducción aumentaría —en lugar de disipar— las dudas que sobre la constitucionalidad de la ley pudieran plantearse. Para un estudio de estos trabajos preparatorios de la *Sedition Act*, véase J. M. SMITH, *Freedom's Fetters, The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties*, New York, Cornell University Press, 1956.