

¿Hasta qué punto son conductas neutras los servicios de Google, Facebook o Twitter?

-

Es común afirmar que las conductas denominadas neutras –mejor, neutras– o «comportamientos estándar» no constituyen un riesgo penalmente desaprobado. Cuestión distinta es que exista acuerdo acerca de cuándo una conducta es «neutra». En todo caso, uno diría que el concepto de neutralidad de las conductas de intervención es un producto de la academia jurídico-penal alemana. En concreto, ha sido común fijar su *leading case* en la sentencia del Tribunal del Imperio alemán de 14 de junio de 1906 («caso del burdel»)¹. Curiosamente, la investigación histórico-jurídica acaba de poner de relieve que, ya en 1840, la obra de un juez del imperio austrohúngaro –Joseph Kitka– había planteado el problema y sus alternativas de solución². En concreto, a propósito del caso del vendedor que despacha una daga a un cliente, con la que éste después mata a un tercero.

Sea como fuere, lo cierto es que la cuestión reapareció, aunque de un modo que ha pasado bastante desapercibido, en el marco de los juicios de Núremberg, tras la II Guerra Mundial, a propósito del enjuiciamiento de las empresas alemanas que favorecieron los crímenes del nacionalsocialismo³. Por su parte, la discusión doctrinal actual –que desde luego no enlazó con este último precedente– se reinició en el último cuarto del siglo XX, de la mano de la obra de JAKOBS⁴, y prosigue hasta nuestros días.

¹ En esta se concluyó que proveer de pan y carne a un burdel no era constitutivo de favorecimiento de la prostitución, pero sí lo era suministrar vino, en la medida en que excita las bajas pasiones.

² KITKA, *Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit*, 1840. Además, luego esa misma idea fue acogida, de algún modo, en el § 34 Nr. 2 del Código penal para los estados Prusianos de 1851. Las referencias son de JAHN/ZIEMANN, «Das Problem des wirtschaftstypischen neutralen Handlung», en BRUNHÖBER *et al.* (eds.), *Strafrecht als Risiko. FS Prittowitz*, 2023, pp. 239 ss.

³ Por ejemplo, IG Farben –del sector químico–, por la venta del gas Zyklon b o Krupp –del siderometalúrgico– por el suministro de acero.

⁴ JAKOBS, *Strafrecht. AT*, 1983, nm. 24/13.

En realidad, es fácil observar que en la tradición jurídica general, y no sólo en la jurídico-penal, existe la suposición más o menos clara de que la realización de conductas que favorecen hechos lesivos de terceros no siempre genera responsabilidad. Además, a ello no obsta que el agente sea consciente de ese efecto favorecedor que posee su conducta, siempre que se trate de entregar bienes o de prestar servicios susceptibles de un uso lícito. Así, por ejemplo, en el Derecho norteamericano de la propiedad industrial se exime de responsabilidad al proveedor de bienes que sabe que, siendo aptos para usos no infractores, también pueden facilitar la infracción de derechos legalmente protegidos. En cambio, si conoce que tales bienes están adaptados para un uso infractor, aquél incurre en responsabilidad⁵. De forma bastante notoria, el problema se ha planteado con especial intensidad para los proveedores de servicios de internet, sobre todo si se tiene presente el frecuente escenario de la vulneración de los derechos de autor. Pero la cuestión relativa a los contenidos vinculados con el «lenguaje del odio» es también omnipresente.

En dos sentencias del pasado 21 de mayo de 2023, el Tribunal Supremo norteamericano ha abordado el tema de la neutralidad de las conductas de los proveedores de servicios de internet⁶. Ahora bien, lo ha hecho a propósito de la responsabilidad por atentados terroristas, desde una perspectiva de Derecho de daños, aplicable *a fortiori* al Derecho penal. El supuesto fáctico es el siguiente: (i) Una persona es asesinada en un atentado terrorista del Ejército Islámico. Entonces, (ii) sus familiares demandan a Twitter, Facebook y Google (propietaria de Youtube), en su condición de presuntos partícipes en aquel atentado, por haber cooperado («*aiding and abetting*») en las actividades del mencionado ISIS (*Islamic State of Iraq and Syria*). En particular, (iii) por haber aceptado las cuentas del grupo terrorista, a través de las que este difunde sus comunicados y videos. Además, se afirma, estos han llegado de modo singularizado a usuarios especialmente predisuestos mediante los algoritmos de recomendación. De este modo, las empresas de internet habrían favorecido el reclutamiento, la financiación y la propaganda del ISIS, beneficiándose de los anuncios publicitarios asociados a la difusión de los videos.

El Tribunal Supremo norteamericano –de modo extenso en la sentencia del caso «*Twitter, Inc. c. Taamneh et al.*»– se muestra desde el principio escéptico frente a la línea de argumentación de los demandantes. En particular, se advierte su sensibilidad ante el hecho de que, de aceptar la acción, se establecería la responsabilidad de aquellas empresas por cualquier atentado terrorista que se produjera en cualquier lugar del mundo. Ciertamente, admite que la cooperación logística con una organización criminal puede dar lugar a responsabilidad por un hecho concreto cometido por aquélla, aun cuando este no haya sido favorecido de modo directo. Sin embargo, exige que se trate de una cooperación sistemática e intensa, que entiende que no se da en el caso.

Aquí sólo querría subrayar tres ideas que siguen siendo esenciales para la doctrina de las conductas neutras y que son perfectamente identificadas por el Tribunal, aunque no en el modo –llamémosle sistemático– en que las expongo ahora. En primer lugar, la aportación de los demandados al hecho es análoga a la que llevan a cabo quienes venden teléfonos móviles o cuentas de correo electrónico o, en general, prestan servicios de internet. En concreto, transmitir

⁵ Así, la Sección 271(c) del Título 35 del Código de los Estados Unidos (Derecho de patentes). Con todo, el alcance de las responsabilidades del proveedor puede verse modificado siempre por la imposición de deberes especiales de control o la exigencia de sometimiento a un régimen de autorización. Esto lo que sucede, en particular, en el caso de los productos de doble uso civil y militar, que se pueden desviar a grupos terroristas o ser alcanzados por embargos internacionales.

⁶ Se trata de los casos «Reynaldo González et al. c. Google LLC» y «Twitter, Inc. c. Taamneh et al.».

información que manejan miles de millones de usuarios. En segundo lugar, ciertamente puede haber situaciones en las que el proveedor de servicios estandarizados («*routine services*») lo haga de una forma inusual o impropia, en cuyo caso puede responder del hecho lesivo posterior. En tercer lugar, si el poder legislativo quiere, en cualquier momento puede imponer a los proveedores de servicios de internet deberes de actuar, algo de lo que ya tenemos experiencia. En concreto, les puede imponer deberes de remoción de contenidos. Ahora bien, incluso aunque existiera tal deber de remoción de contenidos, su infracción no habría dado lugar a que la «distante inacción» de los demandados se hubiera convertido en una conducta de «*aiding and abetting*» a un hecho terrorista. Como se advierte, la doctrina de las conductas neutras de intervención es un patrimonio que trasciende a la cultura alemana y al Derecho penal. Sería interesante una discusión intercultural e interdisciplinaria al respecto.

Jesús-María Silva Sánchez