



PERCEPTIONS

Policy Brief

Julio, 2022



RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS POR DISCURSOS DE ODIOS EN EL CONTEXTO DE LAS MIGRACIONES

Jesús Iván Mora González

Universidad de Granada

● RESUMEN EJECUTIVO

La finalidad de esa policy brief es analizar en términos jurídicos la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación por los discursos de odio realizados por terceros (con un alcance claro en la población migrante). En este sentido, los servicios de intermediación vienen regulados, entre otras en la Directiva de Comercio Electrónico, y comprenderían modalidades como la transmisión, memoria tampón, o alojamiento de datos (hosting), siendo clave en plataformas como Facebook, Twitter, Youtube, Amazon o Ebay. De este modo, se hace necesario un análisis jurídico comparado que permita establecer unos criterios claros de responsabilidad en los mismos, pero a la vez, que dicha responsabilidad se establezca de una forma ponderada teniéndose presente la valoración de los derechos fundamentales de las diferentes partes implicadas.



● INTRODUCCIÓN

La prevalencia de las plataformas sociales, tales como Facebook, Whatsapp o Twitter (entre otras), que ofrecen un servicio de alojamiento de datos donde terceros pueden expresar su opinión, ha creado una nueva dimensión en los discursos del odio. En este sentido, estas plataformas se convierten en agentes fundamentales para la promoción de la libertad de expresión, pero igualmente para la protección de los colectivos más expuestos a los discursos del odio, a la difusión de noticias falsas o al uso de desinformación para el primer rechazo de la población migrante. De este modo se hace necesario identificar los discursos de odio presentes en las grandes plataformas y decidir qué tipo de responsabilidad deberían tener no sólo los autores principales, sino también los intermediarios por permitir su presencia en estas redes.

Tomando como referencia la plataforma social Twitter, y la noticia periodística relativa a la llegada del bote Aquarius a las costas españolas¹, se pudo constatar que entre el 8 y el 17 de junio de 2018 aproximadamente 24.000 mensajes aludieron a estos hechos. De entre ellos, un 27 % podrían considerarse potencialmente mensajes de odio sobre la población migrante, con la consecuencia que ello pudiera tener en las percepciones de la población general. Y ello nos sitúa en una doble problemática, por un lado en la responsabilidad de aquellos que han vertido los discursos de odio, y por otro, en la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, en este caso, Twitter, por permitir el comportamiento realizado por terceros.

Temas principales:

- *Discursos de odio*
- *Proveedores de servicios en internet*
- *Responsabilidad secundaria*

● FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La normativa de referencia comunitaria es la Directiva 2018/1808, de Prestación de Servicios de Comunicación Audiovisual que hace una mención muy breve a la toma de medidas adecuadas teniendo en cuenta el modelo establecido por la Directiva de Comercio Electrónico (2000) denominado “notice and takedown” mediante el cual el prestador de servicios de intermediación, en este caso, Twitter, no será responsable (puerto seguro o safe harbor) siempre y cuando ante una notificación de una infracción proceda a eliminar el contenido infractor. Ello implica que la normativa comunitaria viene a desconocer la problemática entre un proceso eficiente y el derecho de defensa de todas las partes implicadas. Y para una adecuada valoración de ambos intereses, se deberá de proponer un modelo garantista en la delimitación de la responsabilidad del intermediario, que por su importancia deberá existir en determinados casos concretos. A la vez, para la implementación de este modelo de responsabilidad se deberán tener en cuenta dos variables básicas como son la capacidad del intermediario en la valoración de la infracción previa cometida por un tercero, y el reconocimiento efectivo del derecho de defensa por parte del presunto infractor previo al

Key Findings:

- *Regulación europea*
- *Notificación y Retirada*
- *Responsabilidad indirecta*

¹ Vid. por ejemplo, www.bbc.com/news/world-europe-44441386



bloqueo de acceso al contenido. Esto supondrá, por tanto, un espacio de no colaboración sin que ello suponga la pérdida de la condición de actor neutral siempre que de la contradicción de las partes se deriva una justificación de un posible uso lícito sobre la obra.

Y para dar cabida a este modelo, los conceptos de participación omisiva concebida como una responsabilidad indirecta por contribución y la posición de garante aparecen como criterios que facilitarían un avance hacia una armonización europea de responsabilidad del intermediario que aborde la problemática de los discursos del odio sobre la población migrante, pero respetuosa con los derechos fundamentales de todas las partes. Y para ello es clave la equiparación del comportamiento omisivo del intermediario a un comportamiento activo como consecuencia de la infracción de un tercero se realizará a través de una conducta de participación como es el favorecimiento o contribución en el hecho ilícito cometido por un tercero, el cual no es bloqueado cuando se tienen datos suficientes derivados de la contradicción de las partes (expresando con ello un mero dominio potencial y negativo de las partes). Y ello es importante porque entender el compromiso del intermediario vinculado a la contención del riesgo principal que es llevado a cabo por el tercero implicaría una equiparación al propio comportamiento del tercero entendiéndose que existe un dominio directo del intermediario sobre el hecho ilícito que debe impedirse (una responsabilidad de tipo vicaria) lo que permitiría legitimar modelos preventivos de eliminación de contenidos presuntamente infractores, pero poco compatibles con la prohibición derivada del artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico.

Por tanto, la institución de participación omisiva (*contributory liability en terminología anglosajona*) nos ofrece una aproximación interpretativa que permitiría diferenciar entre la responsabilidad del tercero (infractor primario y directo) y el partícipe (intermediario) quien únicamente viene a comprometerse en la neutralización de un riesgo que sólo de modo indirecto se realiza en el hecho ilícito, expresando con ello una identidad de la omisión de un deber de impedir la continuidad del hecho ilícito cometido por un tercero con conductas de participación consistentes en favorecer o contribuir en los hechos de riesgo ajeno, y por tanto, manifestando un dominio potencial negativo a diferencia del infractor primario quien posee un dominio positivo y actual del ilícito. Ese dominio potencial y negativo exigiría el reconocimiento de un requisito adicional en la parte subjetiva de la infracción, esto es, el conocimiento que el prestador de servicios debe de tener respecto de la infracción para delimitar el alcance de ese compromiso de neutralización, el cual viene a difuminarse en un modelo de responsabilidad directa donde la diligencia debida permitiría expandir este conocimiento de la infracción a un mero conocimiento general de posibles infracciones que tiene lugar en la plataforma organizada por el intermediario.



● IMPLICACIONES NORMATIVAS

Un modelo armonizador de carácter garantista que aborde la responsabilidad de los intermediarios por los discursos de odio vertidos en internet, el cual tiene potencial de afectar a la población migrante y la percepción de que la misma se pueda tener por parte de la población general debería de contener al menos los siguientes requisitos:

a. Requisitos formales para la generación de un conocimiento específico de presunta infracción de delito de odio: declaración de capacidad del intermediario como mero mediador

El reconocimiento del intermediario como mero mediador, y por tanto, exento de responsabilidad, deberá venir dado por la incapacidad del intermediario para implementar un deber específico de protección consistente en impedir la continuidad de la actividad infractora por parte de terceros. En este sentido, las partes afectadas deberán de notificar a los prestadores de servicios de intermediación la infracción cometida y los motivos por los cuales entiende que existe dicha infracción, que en lo que respecta a los delitos de odio, debería extenderse no sólo a las víctimas concretas, sino a las diferentes ONG's que tienen un interés específico, como a los diferentes organismos estatales responsables de la persecución de la actividad criminal o infracciones de naturaleza administrativa. Si estos deberes de transparencia no se cumplen, el rol del prestador de servicios de intermediación debería quedar reducido al de mero mediador, comunicando a las partes afectadas la posible infracción, y siendo la sede judicial la mejor posicionada para valorar el caso concreto. A la vez, la negativa en estos casos a la eliminación o bloqueo de los contenidos no debería implicar una responsabilidad en el intermediario, dado que existiría una imposibilidad de valorar el caso correctamente al estar presente de forma relevante la libertad de expresión, y por ende, la capacidad creativa del usuario, impidiéndole desempeñar cualquier rol sancionatorio.

b. Generación del conocimiento específico de la infracción

Una vez determinada la capacidad del intermediario para examinar el contenido infractor, en nuestro caso, el discurso de odio, el intermediario se vería obligado a implementar el deber específico al cual está llamado como garante en la protección de todos los usuarios directos y potenciales mediante la notificación al tercero presunto infractor, identificando claramente un derecho de contra-notificación para defender sus intereses y en concreto, la posibilidad de justificar el comentario mantenido. Y este trámite debería ser obligatorio para garantizar un mínimo derecho de defensa con anterioridad al bloqueo de cualquier contenido en internet y a la vez como requerimiento para determinar el conocimiento específico de la infracción como base justificativa de un deber de impedir la continuidad del acto ilícito (discurso de odio) y base de la posible responsabilidad del intermediario.

Recomendaciones principales:

- *Dolo directo y conocimiento específico*
- *Capacidad de los prestadores de servicios de intermediación*
- *Proceso Debido*
- *Contra-notificación*
- *Puerto Seguro*
- *Posición de Garante*



De este modo, se haría necesario el establecimiento de un período prudencial vinculado al concepto de neutralidad para ofrecer una posibilidad real de defensa sin que el material objeto de controversia pueda ser bloqueado. A la vez, si existiera una contra-notificación por parte del presunto infractor, y de dicha contra-notificación se derive un posible uso legítimo, el intermediario debería ponerse nuevamente con las partes afectadas para informarlas que el contenido no se elimina o bloquea, y que sus intereses deberían de reconducirse a través de un proceso judicial, sin que ello implique una vulneración del deber específico de impedir la continuidad del acto ilícito.

c. Incumplimiento del deber de impedir la continuidad del acto ilícito: alcance de la responsabilidad del intermediario

Con todo ello, la responsabilidad del intermediario quedará delimitada a través de un comportamiento omisivo generado por un conocimiento específico y contrastado derivado de la contra-notificación que permita establecer una equivalencia entre el comportamiento omisivo con un comportamiento activo de contribución a un uso infractor cometido por tercero. Y esto será posible siempre y cuando de la contra-notificación exista una aceptación de la infracción por parte del tercero, no exista una justificación coherente del contenido vertido en internet o la respuesta del presunto infractor sea inexistente, es decir, el prestador de servicios de intermediación sólo será responsable a través de la figura de la participación omisiva (*contributory liability* en terminología anglosajona) por el comportamiento infractor de un tercero si decide no colaborar a pesar de que de la contra-notificación se deduce claramente la existencia de una infracción que el intermediario tiene capacidad de bloquear.

● BIBLIOGRAFÍA

- Angelopoulos, C & Smet, J (2016) Notice and Fair Balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European Intermediary Liability, *Journal of Media Law*, 8, 1-26.
- Arcila-Calderon, C et al (2021) Refugees Welcome? Online Hate Speech and Sentiments in Twitter in Spain during the reception of the Boat Aquarius. *Sustainability*, 13, 1-16.
- Bruner, L (2016) The Liability of an Online Intermediary/Third Party Content: the Watchdog becomes the Monitor: Intermediary Liability After Delfi. *Human Rights Law Review*, 16, 163-174
- García-Carmona, M, García Quero, F.J., Guardiola, J., Moya Fernández, P., Ollero Perán, J., Edwards, J., & Withworth, B (2021). Migration to the EU: a survey of first-line practitioners' perceptions during the COVID-19 pandemic.
- Helberger, N (2017) Governing Online Platforms: From Contest to Cooperative Responsibility. *The Information Society*, 34, 1-14



Keats Citron, D (2008). Technological Due Process. *Washington University Review*, 85, 1249-1314.

Longke, T (2019) On an Internet Service Provider’s Content Management Obligation and Criminal Liability. *Journal of Eastern-European Criminal Law*, 1, 145-158.

Montagnani, M & Yordanova, A (2018) Safe Harbors in Deep Waters: A New Emerging Liability Regime for Internet Intermediaries in the Digital Single Market. *International Journal and Law and Information Technology*, 26, 294-310.

Prechal, S (2020) Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 408-426.

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>

Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 amending Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) in view of changing market realities. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/1808/oj>

○ Websites

www.perceptions.eu

www.project.perceptions.eu

○ Deliverables

Bayerl, S., Pannocchia, D., & Hough, K. (2019) Deliverable D2.2 Secondary Analysis of studies, projects and narratives. PERCEPTIONS H2020 Project No 833870

○ Contact

Office@perceptions.eu

jesusivanmora@ugr.es



Acknowledgement: This project has received funding from the European Union’s Horizon 2020 Research and Innovation Programme under Grant Agreement No 833870.

Disclaimer: The content of this publication is the sole responsibility of the authors, and in no way represents the view of the European Commission or its services.