

Internet y Derechos Humanos IV

**Agustina Del Campo
y Ramiro Álvarez Ugarte**
Compiladores

Facultad de Derecho
Centro de Estudios en
Libertad de Expresión



Internet y Derechos Humanos IV

Internet y Derechos Humanos IV

Agustina Del Campo y Ramiro Álvarez Ugarte

COMPILADORES

Facultad de Derecho
Centro de Estudios en
Libertad de Expresión



Internet y derechos humanos IV / Agustina Del Campo ... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Palermo - UP, 2026.
200 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-950-9887-83-1

1. Internet. 2. Derechos Humanos. 3. Regulación. I. Del Campo, Agustina
CDD 341.48

Compiladores:
Agustina Del Campo y
Ramiro Álvarez Ugarte

Universidad de Palermo
Rector
Ing. Ricardo H. Popovsky

Diseño general:
Departamento de Diseño
de la Universidad de Palermo

Facultad de Derecho
Decano
Fulvio Santarelli

Editado por la Universidad
de Palermo, febrero 2026,
Buenos Aires, Argentina

CELE
Centro de Estudios en Libertad de Expresión
Directora
Agustina Del Campo

© 2026 Fundación Universidad
de Palermo

Mario Bravo 1050
(C1175ABW) Ciudad de Buenos Aires
Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500 | cele@palermo.edu |
www.palermo.edu/cele

ISBN: 978-950-9887-83-1

Febrero de 2026

Hecho el depósito que marca la
ley 11.723

Cantidad de ejemplares: 200

Impresión: Buschi Express
Uruguay 235 - Villa Martelli,
Vicente López.

Impreso en la Argentina / Printed
in Argentina



Licencia Creative Commons 4.0. Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Pueden ser compartidos y adaptados mientras no se haga un uso comercial del material, bajo la condición de reconocer a los autores y autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Índice

7	Prólogo
11	El sector TICs y derechos humanos: hacia un marco conceptual de las evaluaciones de impacto en DDHH
39	Evaluaciones de impacto en Derechos Humanos: tendencias, desafíos y oportunidades para el sector TIC
75	La legislación y sus efectos: algunas experiencias del derecho comparado
101	El lugar y los desafíos de las evaluaciones de impacto de los derechos humanos en futuros regulatorios de Internet latinoamericanos
125	Supervisión de la plataforma: un aspecto a tener en cuenta en los futuros regulatorios de Internet
165	El debate sobre la DSA en Europa. Una mirada desde el Sur Global
175	Presentación del CELE sobre el proyecto de ley Reglamento Delgado sobre los informes de transparencia (reglas detalladas y modelos de informe) en el marco de la DSA

- 187 Convocatoria de presentación de artículos sobre
gobernanza global de la IA
- 195 Glosario de Términos de confianza y seguridad
Presentación de CELE

Riesgo y tecnología

El Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE) lleva cuatro años estudiando el uso creciente de estudios de impacto en derechos humanos (HRIA, por sus siglas en inglés) en el ámbito de la tecnología. Esta publicación reúne trabajos realizados en esta línea de investigación y contribuciones a procesos regulatorios en las que esta aproximación al derecho y la tecnología estaba en juego. El uso de HRIA en materia tecnológica implica un desarrollo relativamente novedoso en materia regulatoria, que resulta—en sí mismo, y por su novedad—de interés. La conceptualización de la tecnología como un fenómeno *riesgoso* está en tensión con ciertas aproximaciones constitutivas y hegemónicas del campo, como la no responsabilidad o la responsabilidad limitada de los intermediarios por contenidos producidos por terceros. Esta aproximación, prevalente en la sección 230 de la Communications Decency Act (DSA) de 1996 y en la jurisprudencia en América Latina, se construyó—en parte—en rechazo de aproximaciones más tradicionales a la responsabilidad civil que hubieran generado incentivos perversos desde el punto de vista de la libertad de expresión.^I Como lo demostramos en un estudio genealógico de la jurisprudencia argentina, el paradigma de la responsabilidad objetiva fue considerado pero rechazado por nuestros tribunales bajo argumentos constitucionales de libertad de expresión.^{II} Con la aproximación basada en riesgos que parece estar imponiéndose desde la Digital Services Act de la Unión Europea, la responsabilidad objetiva parece estar regresando—tímida y tentativamente—.

^I A. Del Campo; M. Schatzky; L. Hernández; J.C. Lara, “Mirando al sur. Hacia nuevos consensos regionales en materia de responsabilidad de intermediarios y moderación de contenidos en internet”, *AI/Sur*, abril, 2021.

^{II} R. Álvarez Ugarte; E. Vitaliani, “Redes de influencia: análisis de la jurisprudencia civil argentina en materia de responsabilidad de intermediarios”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 11, N° 2, 2022, págs. 147-182.

La perspectiva basada en riesgos supone un cambio de paradigma cuyas consecuencias sobre la tecnología y la libertad de expresión no son, aún, del todo conocidas. Las investigaciones que aquí presentamos son exploraciones en ese sentidos. Nuestras primeras publicaciones (capítulo 1) buscaron dar cuenta de la herramienta, y construir una historia conceptual de los estudios de impacto en derechos humanos, sus vínculos con herramientas previas, puntos de contacto y de diferencia. También procuramos dar cuenta de las posibles tensiones en el ámbito de la tecnología (capítulo 2 y 4). Con base en la información escasa que circula de procesos que son básicamente intercorporativos, pudimos ver que los HRIA permitían a las empresas identificar riesgos claros cuando sus acciones eran dirigidas por actores estatales claramente autoritarios, pero eran menos útiles para percibir riesgos cuando eran sus propias acciones empresariales las que potencialmente podrían producir un impacto negativo. Bajadas estas preguntas a América Latina, la situación parecía aún más incierta y plagada de preguntas.^{III} Algo similar ocurre cuando la idea de estudios de impacto se proyecta sobre la actividad legislativa, un campo prometedor de intervención en el futuro (capítulo 3).

La línea de investigación que inauguramos nos fuerza a repensar el vínculo existente entre las empresas y los derechos humanos, construido provisoriamente sobre la base de un compromiso *voluntario* que busca ganar fuerza a medida que los mismos se internalizan por las corporaciones, por distintas industrias, y comienzan—a través de mecanismos informales—a ser demandados como obligatorios. La teoría de John Ruggie del marco de proteger, respetar y remediar es en cierto sentido el *único juego en la ciudad*^{IV} y si bien está plagado de limitaciones, es la aproximación hegemónica. Si bien esta admite críticas, algunas de las cuales desarrollamos, nuestras investigaciones se construyen en ese escenario y como punto de partida. Pero es relevante mantener al esquema voluntario de las Naciones Unidas como punto de referencia, ya que—creemos—produce dislocaciones relevantes. Los derechos humanos pierden algo de su concepción estrictamente legal cuando se convierten en *estándares* que las empresas

^{III} R. Álvarez Ugarte, “The Place and Challenges of Human Rights Impact Assessments in Latin American Internet Regulatory Futures”, *Journal of Digital Media & Policy*, vol. 14, N° Emerging Debates on Internet Platform Policy and Regulation in Latin America, 2023, págs. 169-185, disponible en: https://intellectdiscover.com/content/journals/10.1386/jdmp_00120_1.

^{IV} J. Ruggie, “Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights”, Human Rights Council, report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Ginebra, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

pueden *voluntariamente* respetar (capítulo 5). La aproximación favorece, como consecuencia, la emergencia de mecanismos informales de regulación y gobernanza. Las empresas crean sus propias instituciones de gobierno, bajo presiones informales de la industria o regulaciones incipientes como la Digital Services Act.^V El funcionamiento de estos mecanismos se vuelve un punto de referencia obligado porque están destinados, creemos, a convertirse en engranajes necesarios de una gobernanza cada vez más compleja sobre las empresas de internet, en consecuencia, sobre el debate público en sociedades democráticas.

Estas preocupaciones están detrás de las intervenciones del CELE en procesos regulatorios o de construcción de conocimiento. Así, las periódicas contribuciones a consultas realizadas por la Comisión Europea en torno a la DSA buscan resaltar puntos ciegos de la regulación, *riesgos* dentro de la regulación *basada en riesgos*, las consecuencias y necesidades de los mandatos de transparencia, etcétera (capítulo 7). Estas intervenciones se dan—también—en procesos de construcción de conocimiento como los que están siendo desarrollados alrededor del campo de Trust and Safety como un campo creciente de práctica y conocimiento (capítulo 9) y en el marco de la expansión del paradigma a otros ámbitos, como las leyes nacionales (como es el caso de la United Kingdom Online Safety Act) y regulaciones en otras cuestiones (como la AI Act de la Unión Europea, ver capítulo 8).

En conclusión, la aproximación basada en riesgos a la tecnología ha surgido—en los últimos años—como un paradigma novedoso, potencialmente dañino y *riesgoso* para la libertad de expresión. Por ello es objeto de las investigaciones que se presentan en este volumen.

^V A. Del Campo, “Platform Oversight: Lessons Learned amidst Pervasive Dissensus”, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), artículo de investigación del CELE N° 63, 2022.

El sector TICs y derechos humanos: hacia un marco conceptual de las evaluaciones de impacto en DDHH

Ramiro Álvarez Ugarte y Laura Krauer

La práctica de desarrollar estudios de impacto en materia de derechos humanos (HRIA, por sus siglas en inglés) tiene una historia relativamente reciente, y es llevada adelante por individuos de antecedentes diversos sin un consenso claro sobre lo que la impulsa, su metodología o incluso sus objetivos centrales.¹ Si bien los HRIA emergieron como una de las herramientas recomendadas por las Naciones Unidas para la rendición de cuentas en materia de derechos humanos en el mundo de los negocios, particularmente desde el marco y los principios guía de John Ruggie,² su efectividad y sus modos de implementación están en disputa.

Entender la historia del origen de los HRIA, así como conocer a sus principales críticos y defensores, es útil para enmarcar la práctica en el contexto de un problema sin solución definitiva: el del vínculo entre las empresas transnacionales y los derechos humanos de las poblaciones afectadas por sus actividades. Este vínculo es complejo y enfrenta diversos dilemas. Hasta el

¹ J. Harrison, "Human Rights Measurement: Reflections on the Current Practice and Future Potential of Human Rights Impact Assessment", *Journal of Human Rights Practice*, vol. 3, N° 2, 2011, disponible en: <https://academic.oup.com/jhrp/article/3/2/162/2188745>; J. Harrison, "Establishing a Meaningful Human Rights Due Diligence Process for Corporations: Learning from Experience of Human Rights Impact Assessment", *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 31, N° 2, 2013, disponible en: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14615517.2013.774718>.

² J. Ruggie, "Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights", report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Human Rights Council, Ginebra, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008; J. Ruggie, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", Human Rights Council, report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Nueva York, HR/PUB/11/04, 2011.

momento, las propuestas han vacilado entre la promoción de tratados vinculantes y las iniciativas empresariales voluntarias de autorregulación. El uso y la promoción de los HRIA implican, en parte, el triunfo de este segundo modelo.

Este trabajo está motivado por haber observado el despliegue de HRIA en el sector de las TIC en los últimos años. Como centro de estudios dedicado a la libertad de expresión, las evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos parecen relevantes para un sector que influye de manera decisiva en el flujo de información de una sociedad moderna e interconectada. El sector incluye a las empresas de telecomunicaciones que se encargan del desarrollo de la infraestructura, las que proveen servicios de interconexión, las que ofrecen el servicio de internet propiamente dicho o las que prestan servicios que facilitan la comunicación, como las empresas que proveen servicios de intermediación. En conjunto, estas empresas forman un sector dinámico y relevante cuyas acciones impactan de manera decisiva en derechos que son centrales para el funcionamiento de las instituciones democráticas, como la libertad de expresión y el derecho a la privacidad. Las TIC, entonces, son grandes candidatas para desplegar prácticas corporativas que evalúen el impacto de sus actividades comerciales en los derechos de los ciudadanos. El carácter global de estas empresas justifica, también, este tipo de evaluaciones: ellas tienden a considerar cómo los contextos locales afectan las prácticas empresariales y cómo estas afectan—como contrapartida—a las personas a las que sus servicios pretenden servir.

El trabajo procede de la siguiente manera. En la primera parte se traza la historia de la relación entre las empresas y los derechos humanos, con especial foco en la forma en que las Naciones Unidas abordaron la cuestión. Dos modelos se enfrentaron: uno buscó establecer un tratado vinculante con obligaciones y responsabilidades legales en cabeza de las empresas transnacionales; el otro buscó crear un marco de protección voluntario, basado en la colaboración y el desarrollo de principios y buenas prácticas. El segundo modelo es el que ha avanzado más y ha recibido más apoyo global tanto de corporaciones como de Estados, primero con la adopción en el año 2000 del United Nations Global Compact (UNGC) y luego con el marco de Protect, Respect and Remedy impulsado desde la Secretaría General.³ En la segunda parte se repasan tres tendencias diferentes pero relacionadas, que parecen haber impactado en cómo los HRIA son hoy en día: las leyes ambientales, las que establecen la responsabilidad civil por lo que hacen empresas locales en el extranjero, y las—más recientes—que imponen obligaciones de reporte o *due diligence*. Estas tendencias legislativas de derecho interno presentan

³ J. Ruggie, “Protect, Respect and Remedy”, cit.

un modelo distinto de *compliance* por fuera del derecho internacional de los derechos humanos y pueden ser vistas como una respuesta a las debilidades del modelo actual a nivel internacional o a la imposibilidad de conseguir un tratado vinculante. En la tercera parte se presentan los lineamientos generales de lo que, de acuerdo a la práctica establecida, debe ser un HRIA. En la cuarta parte se analiza el potencial de los HRIA para el sector de las TIC y se explica por qué tiene sentido que ese sector preste atención al impacto de sus servicios y productos en los derechos humanos. Se ofrece una breve conclusión provisoria y se traza un camino de investigación a futuro.

Corporaciones y derecho internacional

El estatus de las empresas en el derecho internacional es incierto. Por un lado, los actores centrales son claramente los Estados: son quienes, a través de la firma de tratados, dan forma al derecho internacional y a los sistemas internacionales y regionales de derechos humanos.⁴ Para este modelo, las empresas transnacionales plantean dudas respecto del lugar que ocupan en el entramado de obligaciones vinculantes y remedios disponibles para violaciones de derechos humanos.⁵ Muchas de estas empresas son increíblemente poderosas y desarrollan actividades de alto impacto en los más diversos rincones del mundo.⁶ Ese poder, que se ha expandido en las últimas décadas, importa en cierto sentido un desafío a la concepción Estado-céntrica del derecho internacional que—sin embargo—ha demostrado una sorprendente estabilidad.

Dos modelos disputan la posible solución al desafío. Por un lado, una visión jurídica de derecho *duro* que propone establecer obligaciones específicas para las empresas a través de un tratado vinculante. Por el otro, una visión basada

⁴ S. Khoury; D. Whyte, *Corporate Human Rights Violations: Global Prospects for Legal Action*, Londres, Routledge, 1º ed., 2016, pág. 6, disponible en: <https://www.taylorfrancis.com/books/9781315620145> ("the theory and practice of international human rights law is actually based on the doctrine of sovereignty"); D. Kinley; J. Tadaki, "From Talk to Walk: the Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, Nº 4, 2003, disponible en: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/vajint44&i=941>.

⁵ Sobre este punto, ver en general la forma en que la Corte Interamericana abordó la cuestión en su sistema y en otros sistemas comparados en Corte IDH, "Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", serie A 22, opinión consultiva, 26 de febrero de 2016.

⁶ C. Jochnick, "Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 21, Nº 1, 1999, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/762736>; D. Kinley; J. Tadaki, "From Talk to Walk", cit.

en soluciones de *soft law*, que a través de declaraciones de principios, recopilaciones de buenas prácticas y modelos voluntarios lograsen un mayor nivel de respeto de las corporaciones multinacionales por los derechos humanos. Ambos modelos se han desarrollado en paralelo, y su historia comienza en la década de 1970 cuando, por un lado, las Naciones Unidas empezaron a discutir un Código de Conducta para corporaciones y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) lanzó—en 1977—una guía de carácter voluntario para las empresas transnacionales.⁷

Hacia un tratado internacional

El impulso hacia un tratado internacional vinculante de derecho “duro” estuvo marcado por numerosas marchas y contramarchas y profundos desacuerdos marcados por la geopolítica de las décadas respectivas. Esta historia, de por sí larga y compleja, puede resumirse en dos momentos en los que se plantearon soluciones que—finalmente—no serían aceptadas.

Primero, en 1974 se creó la Commission on Transnational Corporations y el United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC). Este último se planteó como prioridad desarrollar un código de conducta para corporaciones transnacionales. Durante casi treinta años, el código de conducta fue debatido intensamente dentro de las Naciones Unidas, pero nunca logró el consenso necesario para ser adoptado.⁸ Se trató de un período marcado por la “politización de los votos en las Naciones Unidas (...) por la Guerra Fría y las divisiones post-coloniales”.⁹ Esas divisiones ponían en duda el tipo de solución a adoptar y expresaban—además—un profundo desacuerdo, que se resolvería hacia la década de 1990 luego de la caída de la Unión Soviética y la imposición del llamado “Consenso de Washington”. El código de conducta nunca pudo abandonar su estatus de “borrador”, mientras que a nivel global se multiplicaban los tratados bilaterales tendientes a promover y proteger la inversión extranjera directa, proceso en el que las TNC jugaron un rol preponderante (figura 1).¹⁰

⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD), “OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, 2011.

⁸ S. Khoury; D. Whyte, *Corporate Human Rights Violations*, cit., págs. 29-31.

⁹ D. Coleman, “The United Nations and Transnational Corporations: from an Inter-Nation to a ‘Beyond-State’ Model of Engagement”, *Global Society*, vol. 17, N° 4, 2003, pág. 339, disponible en: <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1360082032000132135>.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 347.

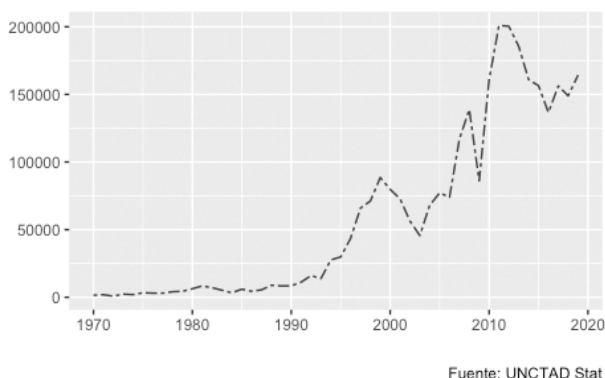


Figura 1. Inversión extranjera directa en América Latina. Flujos internos y stock anual.

En 1998 la idea de un código de conducta surgió nuevamente: se creó un Grupo de Trabajo en el marco de la Subcomisión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre Promoción y Protección de los Derechos Humanos que produjo un borrador conocido como las *draft norms*, que fue aprobado en 2003.¹¹ Las *draft norms* implicaban una fuerte apuesta hacia un sistema que creaba obligaciones directas a las TNC y que establecía un mecanismo de aplicación que incluía el monitoreo por parte de agentes no gubernamentales.¹² Al igual que las estrategias voluntarias, hacía énfasis en la responsabilidad de *due diligence* de las corporaciones y creaba la obligación de evaluar los impactos sobre derechos humanos.

A pesar del apoyo inicial de ciertas empresas y Gobiernos y de gran parte de la sociedad civil, las *draft norms* fueron fuertemente rechazadas una vez que fueron presentadas para ser debatidas.¹³ Sus críticos consideraban que no se limitaban a nuevas codificaciones de normas de derechos humanos existentes, sino que las desarrollaban en nuevas direcciones. Además, estaban en desacuerdo con el importante rol legal que asignaba a las TNC y con la falta de claridad sobre nuevos conceptos como el de “esferas de influencia” adap-

¹¹ El nombre completo era “Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights”.

¹² P.P. Miretski; S.-D. Bachmann, “The UN ‘Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights’: a Requiem”, *Deakin Law Review*, vol. 17, N° 1, 2012, disponible en: <https://ojs.deakin.edu.au/index.php/dlr/article/view/68>.

¹³ El rechazo vino incluso de la anterior Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que declaró que no había pedido este tipo de documento y que clarificó que no tenía ningún poder legal. Leer más en P.P. Miretski; S.-D. Bachmann, *ibíd.*, pág. 17.

tado del mundo de la responsabilidad social corporativa (CSR, por sus siglas en inglés).¹⁴ Las *draft norms* fueron abandonadas definitivamente en 2005 cuando se nombró a John Ruggie como el representante especial en Derechos Humanos y Corporaciones Transnacionales y el trabajo de regular la rendición de cuentas de TNC fue transferido a otros órganos de las Naciones Unidas.¹⁵

Aunque tras el abandono de las *draft norms*, el modelo voluntario parece haberse impuesto, en 2013, un grupo de Estados liderados por Ecuador—la mayoría de ellos países en desarrollo—pidieron al Consejo de Derechos Humanos relanzar el proceso de creación de un tratado.¹⁶ Esto derivó en la creación de un grupo de trabajo en 2014 que ha estado trabajando en un borrador para un nuevo tratado vinculante. La versión más reciente fue presentada a finales de 2019 y en 2020 se organizaron diversas consultas regionales.¹⁷ Hasta el momento, el grupo de trabajo llevó adelante seis sesiones de discusión en las que se recibieron aportes diversos y se avanzó en la producción de un *zero draft* de un “instrumento legal obligatorio” y un protocolo opcional.¹⁸ En todo caso, y teniendo en cuenta los antecedentes de la década de 1970 y los países no alineados, no está claro cómo este proceso podría evitar el destino que tuvieron las *draft norms* como consecuencia de la falta de apoyo del mundo corporativo y los países centrales.

El modelo voluntario

El modelo voluntario comenzó como un proceso de estandarización de buenas prácticas y criterios comunes. Uno de los principales hitos en esa dirección fueron las *Guidelines for Multinational Enterprises* de la OCDE, que publicó como un anexo de su *Declaration on International Investment and*

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*, pág. 8.

¹⁶ H.F. Cantú-Rivera, “Regional Approaches in the Business & Human Rights Field”, *L’Observateur des Nations-Unies*, vol. 35, 2015, pág. 59.

¹⁷ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights”, disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx>.

¹⁸ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Sixth Session of the Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights”, disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session6/Pages/Session6.aspx>.

Multinational Enterprises en 1976.¹⁹ La guía fue un documento significativo para plasmar los principios y estándares que hacían a la “conducta corporativa responsable” de las empresas transnacionales. Un análisis realizado en ese momento afirmaba que el proceso seguido para su confección le daba una fuerza significativa: si bien no dejaba de ser un esquema voluntario, el hecho de que sean los países de la OCDE los que recomiendan esos estándares hacía que las empresas no puedan fácilmente desentenderse de ellos, por razones de “buenas relaciones públicas y gubernamentales”.²⁰ Afirmaba la importancia del *due diligence* como una forma de evaluar los impactos negativos de las actividades productivas y los riesgos involucrados y ofrecía guías específicas para sectores donde los riesgos eran más prevalentes, como la industria extractiva, de agricultura, de finanzas y la confección de indumentaria.

En resumen, la guía impone algunas obligaciones de facto significativas en compañías que hacen negocios en el extranjero. La mayoría son bastante razonables, algunas son confusas y otras puede ser bastante onerosas. En el contexto del paquete completo, sin embargo, ciertamente va a ser más difícil para los países construir nuevas barreras para el comercio y las inversiones extranjeras, y se ofrecen nuevas bases para reconstruir las relaciones entre las compañías multinacionales y el público.²¹

Este modelo continuó en expansión al año siguiente, cuando la Organización Internacional del Trabajo (OIT) publicó la *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*. La declaración pretendía guiar a países miembros, a empleadores y trabajadores respecto de las “buenas prácticas en el lugar de trabajo”.²² Como la guía de la OCDE, la declaración de la OIT también tenía carácter voluntario, pero ambas tenían mecanismos de “implementación que permitían escrutar los comportamientos corporativos”.²³ Así, por ejemplo, el modelo de la OCDE se basaba en el establecimiento de los National Contact Points for Responsible Business Conduct (NCPs for RBC), que son agencias establecidas por los Gobiernos que debe promover las guías

¹⁹ OECD, “OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, cit.

²⁰ D.J. Plaine, “The OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, *International Lawyer*, vol. 11, N° 2, 1976, pág. 343.

²¹ *Ibíd.*, pág. 345.

²² Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy”, 1977.

²³ D. Kinley; J. Tadaki, “From Talk to Walk”, cit.

y guiar a las empresas en sus acciones de *due diligence*. Además, tienen a su cargo un mecanismo “no judicial” de recepción de quejas.

Este modelo voluntario debe ubicarse en el marco más general de la *responsabilidad social corporativa*, un concepto que también se expandió en las décadas de 1980 y 1990 y que busca llevar a las empresas a adoptar buenas prácticas de forma voluntaria, en general, como consecuencia de que esas acciones redundan en beneficios de distinto tipo (reputacionales, que eventualmente se expresan en ganancias) o de concepciones “éticas” respecto del rol de las corporaciones privadas en una sociedad moderna.²⁴ Los modelos voluntarios para empresas transnacionales crecieron de manera paralela a la expansión de ese concepto: en 1977 los principios de Sullivan buscaron que las empresas occidentales no sean cómplices del sistema de *apartheid* en Sudáfrica; y los principios de McBride procuraron evitar prácticas discriminatorias entre católicos y protestantes en Irlanda del Norte.²⁵

En estos casos, las agencias que “crean” las reglas que aplican de forma global a una industria actúan como faros normativos, que gozan de cierta autoridad—reputacional o derivada del proceso adelantado—para imponer esas normas como el estándar a seguir en la industria de que se trate.²⁶ Con el tiempo, estas prácticas se expandieron especialmente en industrias de perfil alto como las industrias extractivas. Si bien las empresas suelen invertir cuantiosos recursos en este tipo de procesos internos, la principal dificultad para evaluar su impacto siempre estuvo relacionada con la falta de mecanismos de revisión externos y de un criterio unificado respecto de qué significa la responsabilidad corporativa, la rendición de cuentas y el *due diligence*. En este sentido, Steven Bittle y Laureen Snider recuerdan que de un estudio que analizó 96 quejas procesadas por el sistema de NCP de la OCDE en un período de diez años, solo cinco resultaron en cambios genuinos de conductas corporativas.²⁷

²⁴ Sobre las distintas teorías de la responsabilidad social corporativa, ver E. Garriga; D. Mele, “Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory”, *Journal of Business Ethics*, vol. 53, 2004.

²⁵ D. Kinley; J. Tadaki, “From Talk to Walk”, cit.

²⁶ K. Abbott; D. Snidal, “The Governance Triangle: Regulatory Standards Institutions and the Shadow of the State”, en: W. Mattli; N. Woods (eds.), *The Politics of Global Regulation*, Princeton, Princeton University Press, 2009, pág. 56 (donde habla de *entrepreneurs* de normas, para referirse—especialmente—a las NGO internacionales que han liderado procesos similares).

²⁷ S. Bittle; L. Snider, “Examining the Ruggie Report: Can Voluntary Guidelines Tame Global Capitalism?”, *Critical Criminology*, vol. 21, N° 2, 2013, pág. 185, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10612-013-9177-4>.

Otra práctica derivada y vinculada a los HRIA son los llamados Privacy Impact Assessments (PIA), que se popularizaron luego de que el oficial del Comisionado de Información del Reino Unido produjera una guía en 2007 y la Comisión Europea emitiera una recomendación similar en mayo de 2009.²⁸ Este modelo parece especialmente útil para pensar sobre los HRIA en el ámbito digital, porque se presentan como una versión reducida pero con clara presencia en la industria de las telecomunicaciones y los servicios informáticos y que es impulsada por agencias estatales de protección de datos que operan bajo mandatos legales de regulación. La adopción del Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) en mayo de 2018 validó estos avances previos y convirtió a los PIA en una herramienta central del esquema europeo de protección de datos.

El triunfo del modelo voluntario: el UN Global Compact y el informe Ruggie

Hacia fines de la década de 1990, el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, impulsó una aproximación diferente a la del “código de conducta” que ya llevaba más de dos décadas sin lograr avanzar en el sistema de las Naciones Unidas. Así, en el año 2000 lanzó el llamado Global Compact (UNGC),²⁹ que planteaba diez principios muy generales, basados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Principios Fundamentales de Derecho del Trabajo de la OIT, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Los dos primeros principios se refieren a los derechos humanos: las empresas deben respetar los derechos humanos y no deben ser cómplices en su violación.³⁰ Este modelo *voluntario* era claramente preferido y hasta activamente apoyado por las empresas multinacionales, y de hecho la mera existencia del UNGC, así como de la guía de la OCDE, eran invocadas como

²⁸ D. Wright; P. De Hert (eds.), *Privacy Impact Assessment*, Dordrecht, Springer Netherlands, 2012, pág. 4, disponible en: <http://link.springer.com/10.1007/978-94-007-2543-0>.

²⁹ S. Khoury; D. Whyte, *Corporate Human Rights Violations*, cit., pág. 45 (“this initiative emerged at precisely the same time as the Draft Norms; a very different initiative that sought to impose standards upon corporations whether they signed up to them or not. To put it bluntly, what is significant about the Global Compact is that it offered an entirely different—non-binding or ‘soft’—approach to the more ambitious aims of the UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights”).

³⁰ Naciones Unidas, “The Ten Principles: UN Global Compact”, 2000, disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

“razones” para rechazar las aproximaciones de derecho “duro”,³¹ que—en ese momento—aún estaban vigentes en la forma de las *draft norms*.

En este sentido, el modelo voluntario parece haber surgido en el marco de una preocupación más general en las Naciones Unidas respecto de la posibilidad de establecer marcos regulatorios eficientes en el contexto cambiante marcado por la globalización, los procesos de liberalización política y económica y los acelerados cambios tecnológicos.³² El diagnóstico de que había actores globales—como ONG y empresas transnacionales—que debían participar de un proceso global parece haber estado detrás del triunfo del modelo voluntario.³³

Cuando Ruggie fue nombrado como el representante especial en Derechos Humanos y Corporaciones Transnacionales del secretario general de las Naciones Unidas en 2005, el modelo de las *draft norms* fue explícitamente rechazado.

El ejercicio de las *draft norms* quedó atrapado en sus propios excesos doctrinarios (...). Las exageradas demandas legales y las ambigüedades conceptuales crearon confusión y dudas, incluso entre reconocidos abogados internacionales y otros observadores imparciales (...). El debate divisivo sobre las normas oscurece, en lugar de iluminar, las áreas prometedoras en las que se puede arribar a consenso y cooperación entre empresas, sociedad civil, Gobiernos e instituciones internacionales respecto de los derechos humanos.³⁴

El impulso por parte de Ruggie de un modelo basado en la *voluntad* de las corporaciones estuvo dado por una mezcla de “formalismo legal y pragmatismo”,³⁵ y por la creencia de que solo un modelo de esas características podría acarrear apoyo en el Consejo de Derechos Humanos. En cierto sentido, la historia previa del Código de Conducta parecía apoyar la perspectiva pragmática de Ruggie, y el modelo “voluntario” del UNGC empezó a imponerse como la única solución posible.

³¹ S. Khoury; D. Whyte, *Corporate Human Rights Violations*, cit., pág. 42.

³² Sobre este punto, ver W.H. Reinicke; F.M. Deng, *Critical Choices: the United Nations, Networks, and the Future of Global Governance*, Ottawa, International Development Research Centre, 2000.

³³ *Ibid.*, pág. 22 (“States and international organizations can no longer afford to bypass the concerns of transnational actors who have successfully politicized many global issues and have strengthened their bargaining positions with significant financial and ideological resources”).

³⁴ Citado por S. Khoury; D. Whyte, *Corporate Human Rights Violations*, cit., pág. 53.

³⁵ *Ibid.*, pág. 58.

Tras un proceso de consultas extenso que incluyó estudios de campo e intervenciones del sector privado, Ruggie emitió dos documentos que—desde nuestro punto de vista—enmarcan el lugar donde se ubican hoy los HRIA.³⁶ En 2007, publicó un documento con cuestiones metodológicas sobre los HRIA³⁷ y en 2008 publicó su informe más importante: *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*.³⁸ Allí Ruggie presentó su propuesta de respuesta a la cuestión de las corporaciones y los derechos humanos: un marco de trabajo marcado por tres principios fundamentales: respetar, proteger y remediar (PRR, por sus siglas en inglés).³⁹ Mientras el primer concepto aplica de manera clara a los Estados, como responsables últimos de la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos y habitantes, el segundo es una obligación pensada para las corporaciones.⁴⁰ El reporte Ruggie ofreció—desde entonces—un punto focal de discusión para el futuro, a la vez que parece ser el triunfo final del modelo “voluntario”.⁴¹

Antecedentes regulatorios

El modelo voluntario del PRR parte de una premisa fundamental que nos parece descriptivamente acertada: señalar e identificar ciertos *gaps* de gobernanza que genera el desbalance de poder entre las empresas multinacionales y los Estados pobres o en desarrollo en los que las primeras desarrollan sus actividades.⁴² Ello se debe a ciertas dinámicas que disparan los flujos internacionales de capitales. Como los países compiten entre sí por las inversiones extranjeras, se generan incentivos problemáticos que pueden llevar—por ejemplo—a la baja de

³⁶ Según Pini Pavel Miretski y Sascha-Dominik Bachtman, Ruggie estratégicamente priorizó la participación de Estados y miembros del mundo de negocios que sabía eran cruciales para la aceptación del nuevo modelo, mientras limitaba el rol de representantes de la sociedad civil. Ver P.P. Miretski; S.-D. Bachmann, “The UN ‘Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights’”, cit.

³⁷ J. Ruggie, “Human Rights Impact Assessments: Resolving Key Methodological Questions”, Human Rights Council, Ginebra, A/HRC/4/74, 2007.

³⁸ J. Ruggie, “Protect, Respect and Remedy”, cit.

³⁹ *Ibíd.*, párr. 9.

⁴⁰ *Ibíd.*, pág. 1.

⁴¹ Algunos países insisten, sin embargo, en el “modelo duro”: en 2013 Ecuador propuso una convención que no tuvo apoyo dentro de la Naciones Unidas.

⁴² Cf. J. Ruggie, “Protect, Respect and Remedy”, cit., párr. 14. Una visión crítica señala que el problema no reside en los *gaps* causados por la globalización, sino en “the profit-maximizing imperatives of corporate capitalism”. Ver S. Bittle; L. Snider, “Examining the Ruggie Report”, cit., pág. 181; K. Abbott; D. Snidal, “The Governance Triangle”, cit., págs. 57-58 (señalando que los Estados varían mucho en su capacidad de regulación).

barreras regulatorias para favorecer el “clima de negocios” interno y así ganar esos fondos percibidos como esenciales para el desarrollo.⁴³ Esas desigualdades estructurales explican por qué los casos más graves de violaciones de derechos humanos relacionados a acciones de corporaciones ocurrieron, de manera predecible, donde los “desafíos de gobernanza eran más intensos (...) en países de ingresos bajos, que estaban o habían recientemente emergido de conflictos, en países donde el Estado de derecho es débil y niveles de corrupción altos”.⁴⁴

Esta dinámica excluye del universo de soluciones posibles a la relación entre empresas y derechos humanos a otras alternativas, basadas no en el derecho internacional de los derechos humanos sino en los poderes regulatorios de los Estados nacionales. Estas alternativas merecen, sin embargo, considerarse por al menos dos razones. Primero, porque ofrecen antecedentes claros sobre la práctica de los HRIA. Segundo, porque permiten imaginar una regulación alternativa que podría influir en cómo los HRIA se desarrollan a futuro.

Las regulaciones ambientales y los estudios de impacto

Los “estudios de impacto” ambiental (EIA, por sus siglas en inglés) son un antecedente obvio de los HRIA. Éstos nacieron en Estados Unidos con la sanción de la *National Environmental Policy Act* (NEPA) y la creación—en

⁴³ Además, existen otros aspectos del estatus de las corporaciones en el derecho internacional que complican el escenario. Ruggie pone varios ejemplos en su informe de 2008: gracias a los tratados bilaterales de protección de inversiones, muchas empresas pueden llevar a los Estados a instancias de arbitraje internacional por violación de esos acuerdos como consecuencia del ejercicio—por parte de los Estados—de facultades legislativas normales y razonables, como aquellas que buscan mejorar las condiciones social o ambientales de sus países (párr. 12); las TNC no son entidades únicas, sino que son entidades “legalmente diversas” lo que hace que las casas matrices no sean obviamente responsables por los daños causados por sus empresas subsidiarias (párr. 13). Ver también R. Shamir, “Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: on the Contested Concept of Corporate Social Responsibility”, *Law & Society Review*, vol. 38, Nº 4, 2004, pág. 637, disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.0023-9216.2004.00062.x> (“At stake, therefore, is the widening gap between the transnational character of corporate activity and the availability of both national and transnational regulatory regimes that may be invoked to monitor and restrain corporations irrespective of the territory in which they happen to operate. On the one hand, individual countries find it increasingly impossible or undesirable to tame the activities of MNCs. Impoverished countries, often desperate for foreign investment, are unable or unwilling to introduce legal measures that may inhibit corporate investment or may cause MNCs to relocate to more hospitable countries”).

⁴⁴ J. Ruggie, “Protect, Respect and Remedy”, cit., párr. 15.

1970—de la Environmental Protection Agency.⁴⁵ Esta agencia federal está a cargo de resguardar al medio ambiente de los daños potenciales de las prácticas industriales y otras actividades económicas. La NEPA estableció estándares federales que podían exigirse—en ocasiones, mediante el litigio—y estableció una burocracia federal a cargo de hacerlos cumplir.⁴⁶

Como antecedente es importante porque el modelo de estudios de impacto ambiental se expandió por todo el mundo: fue adoptado en el Reino Unido y por la Unión Europea como una forma de negociar las inversiones privadas y los desarrollos industriales con los estándares públicos en materia de medio ambiente.⁴⁷ Inicialmente como una subcategoría de los EIA y luego una práctica independiente, los estudios de impacto social (SIA, por sus siglas en inglés) también son un precedente importante de los HRIA ya que buscaban predecir una gama amplia de impactos sociales de proyecto de infraestructura y extractivismo.⁴⁸ Los HRIA no están regulados de la misma manera que los EIA, pero algunas de sus características responden de manera directa a éste modelo.⁴⁹ En esta dirección, debemos señalar hacia la Convention on Environmental Impact Assessments de 1991, que fue firmada por 44 países y la Unión Europea y que obliga a producir estudios de impacto bajo determinadas circunstancias, especialmente cuando el impacto ambiental tiene el potencial de afectar el ambiente de países vecinos.

⁴⁵ J. Glasson, *Introduction to Environmental Impact Assessment*, Hoboken, Taylor & Francis Ltd., 1998, págs. 26-27.

⁴⁶ *Ibid.*, págs. 27-28.

⁴⁷ Los estudios de impacto ambiental parecen como claramente precursores de los HRIA. La evolución de los EIA es indicativa de una posible trayectoria para los HRIA: fue la legislación precursora en Estados Unidos en la década del 70 la que empezó a influenciar en las prácticas corporativas, luego una directiva europea de 1985 y una regulación del Reino Unido de 1988 lo que “asentó” la práctica. Las regulaciones de los Estados nacionales y de los órganos regionales parecen ser relevantes para impulsar este tipo de prácticas de responsabilidad corporativa. Ver J. Glasson, *Introduction to Environmental Impact Assessment*, cit., págs. 2-3. Resulta interesante también destacar cómo hacia mediados de 1990 los EIA en EE.UU. comenzaron a incluir una dimensión de “justicia ambiental”, por el impacto desproporcionado que la contaminación tenía en minorías tradicionalmente discriminadas, algo que derivó en la *Executive Order on Federal Actions to Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-Income Populations* de 1994. Ver *ibid.*, págs. 34-35.

⁴⁸ Ver A.M. Esteves; D. Franks; F. Vanclay, “Social Impact Assessment: the State of the Art”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 30, N° 1, 2012, disponible en: <https://doi.org/10.1080/14615517.2012.660356>.

⁴⁹ *Ibid.*; J. Ruggie, “Human Rights Impact Assessments”, cit., párr. 3 (donde se señala esta conexión).

Las leyes nacionales por conductas corporativas en el extranjero: los modelos ATCA, *due diligence* y de reporte

La *Alien Tort Claim Act* (ATCA) es una ley doméstica de los Estados Unidos que tiene alcance extraterritorial, y que permite responsabilizar a las empresas de ese país por violaciones a los derechos humanos cometidas en el extranjero.⁵⁰ A diferencia de otras leyes, tanto de los Estados Unidos como de otros países, la ATCA puede ser invocada exclusivamente por actores extranjeros en acciones civiles ante las cortes federales de los Estados Unidos.⁵¹ No se usó con ese objeto hasta la década de 1980,⁵² cuando docenas de empresas multinacionales fueron “demandadas por violaciones de los derechos humanos que ocurrieron de manera paralela a sus operaciones en países en desarrollo en lugares gobernados por regímenes represivos”.⁵³ Un caso de 2004 redujo significativamente el tipo de asuntos que pueden activarse bajo esta norma, y lo limitó solo a “violaciones de derechos civiles y políticas universalmente reconocidas como las ejecuciones sumarias”.⁵⁴

Otros modelos de responsabilidad local por acciones extraterritoriales surgieron en los últimos años. Por ejemplo, los esfuerzos por combatir el tráfico de seres humanos y el uso de trabajo esclavo en las cadenas globales de abastecimiento derivaron en legislaciones que exigen a las compañías reportar sus políticas al respecto. Una de las primeras leyes en ese sentido fue la *California Transparency in Supply Chains Act* de 2010 (CATSCA), que exige a las empresas de *retail* publicar en sus sitios web las políticas que implementaron para identificar y luchar contra el trabajo esclavo en sus cadenas de abastecimiento.⁵⁵ Mientras que CASTCA fue celebrada como un importante paso adelante hacia la rendición de cuentas corporativa mediante una mayor transparencia de cara a los consumidores, en la práctica

⁵⁰ D. Kinley; J. Tadaki, “From Talk to Walk”, cit.

⁵¹ R. Shamir, “Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act”, cit.

⁵² C. Arevalo, “Is an International Corporate Human Rights Liability Framework Needed? An Economic Power, Business and Human Rights, and American Extraterritorial Jurisdiction Analysis”, *Opinión Jurídica*, vol. 12, 2013; R. Shamir, “Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act”, cit., pág. 639 (“ATCA had hardly been invoked until 1980, when a Paraguayan man used it to sue a Paraguayan policeman who had tortured his son to death in Paraguay and who had later immigrated to the United States”).

⁵³ R. Shamir, “Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act”, cit., pág. 638.

⁵⁴ USSC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, U.S. 542:692, 29 de junio de 2004.

⁵⁵ B.T. Greer, “Opaque Transparency: Why California’s Supply Chain Transparency Act Is Unenforceable”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 8, N° 1, 2017, pág. 36, disponible en: <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/899>.

ha operado más como una herramienta de *soft law* que es difícil de invocar en contra de empresas que deciden no cumplir. Las empresas deben informar si tienen políticas en contra del tráfico de seres humanos, pero no hay requerimientos específicos sobre el nivel de información o la efectividad de las tácticas usadas, ni hay ningún mecanismo o autoridad que evalúe esa información. La norma no se extiende a subcontratistas y como impide cualquier tipo de acción legal de ciudadanos privados, solo permitió extraer información útil para demandas bajo otros mecanismos.⁵⁶

El Reino Unido estableció un mecanismo similar a través de la *Modern Slavery Act* de 2015. Aunque la norma consolidó y aumentó las ofensas relacionadas a la “esclavitud moderna”, las provisiones relacionadas con las conductas corporativas de la sección 54 sobre “transparencia en la cadena de abastecimiento” son normas de *soft law*: exigen a las empresas con ganancias anuales de más de 36 millones de libras producir un reporte anual sobre “esclavitud y tráfico de seres humanos”.⁵⁷ El documento debe incluir los pasos adoptados para que no haya trabajo esclavo o tráfico de seres humanos en sus cadenas de abastecimiento, pero no hay castigos para el incumplimiento de la obligación, a menos que la Secretaría de Estado decida exigir de manera expresa que se cumpla con la norma.

Finalmente, un modelo diferente está dado por una ley francesa de 2018 sobre el “deber de vigilancia”. La norma establece obligaciones sustantivas de identificar e impedir abusos de derechos humanos y ambientales en sus cadenas de abastecimiento.⁵⁸ Aplica a compañías grandes establecidas en

⁵⁶ Dos casos de California alegaron que las empresas demandadas habían fallado en tomar acciones sobre violaciones de derechos humanos en sus cadenas de suministro, bajo los términos de las leyes de protección del consumidor, CATSCA y leyes anti-monopólicas. Estos casos fueron *Sud v. Costco Wholesale Corp.*, 15-cv-03783, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de California (San Francisco); *Barber v. Nestle USA Inc.*, 15-cv-01364, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Central de California (Los Ángeles). Ver R. Mccorquodale; L. Smit; S. Neely; R. Brooks, “Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2016, pág. 203; M. Koekkoek; A. Marx; J. Wouters, “Monitoring Forced Labour and Slavery in Global Supply Chains: the Case of the California Act on Transparency in Supply Chains”, *Global Policy*, vol. 8, Nº 4, 2017, pág. 525, disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1758-5899.12512>.

⁵⁷ V. Mantouvalou, “The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years on”, *The Modern Law Review*, vol. 81, Nº 6, 2018, pág. 1.039, disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2230.12377>.

⁵⁸ Cf. G. LeBaron; A. Rühmkorf, “The Domestic Politics of Corporate Accountability Legislation: Struggles over the 2015 UK Modern Slavery Act”, *Socio-Economic Review*, vol. 17, Nº 3, 2019, pág. 719, disponible en: <https://academic.oup.com/ser/article/17/3/709/4683730>.

Francia (aproximadamente cien en total) y establece una obligación legal no solo para las compañías controlantes, sino también para las compañías que controlan, subcontratistas y proveedores.⁵⁹ La norma se destaca porque permite que el Poder Judicial intervenga para determinar si los planes corporativos son completos y cumplen con las obligaciones que derivan de la norma.⁶⁰ Aunque las sanciones que incluía la norma fueron desechadas por el Consejo Constitucional, es posible demandar a las empresas ante la justicia civil francesa.⁶¹

En 2018, el Senado de los Países Bajos adoptó una ley de *due diligence* pero en este caso enfocada al trabajo infantil. Esta norma les exigiría a las empresas que operan en ese país identificar y prevenir el trabajo de menores en sus cadenas de abastecimiento.⁶² La norma introdujo el “deber de cuidado” para prevenir las violaciones de derechos humanos, que crea un deber general de *due diligence* distinto al deber de cuidado que rige en materia de responsabilidad civil. La norma no puede ser invocada por víctimas o consumidores para demandar a una empresa, pero pueden presentar una queja ante una autoridad regulatoria si la empresa no responde a una queja inicial. La norma es de todas maneras significativa porque es la primera que establece sanciones penales (una multa en principio simbólica que puede ser elevada si no hay cumplimiento en cinco años) por fallar en ejercitar este análisis de *due diligence* de derechos humanos. La norma iba a empezar a regir en 2020 pero fue retrasada por el Gobierno de Holanda para desarrollar mecanismos de *enforcement* complementarios. Suiza está considerando normas similares a la francesa.⁶³

El ATCA es un modelo curioso. Habilita la acción individual, algo que los modelos de *reporte* y de *due diligence* en general no hacen. Además, está limitada solo a ciudadanos extranjeros, lo que restringe fuertemente la posibilidad de ser activada como mecanismo efectivo de rendición de cuentas. En este sentido, exige una importante movilización de recursos que resulta

⁵⁹ European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), “The French Duty of Vigilance Law - Frequently Asked Questions”, 2017.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² A. Hoff, “Dutch Child Labour Due Diligence Law: a Step towards Mandatory Human Rights Due Diligence”, Oxford Human Rights Hub, 10 de junio de 2019, disponible en: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/dutch-child-labour-due-diligence-law-a-step-towards-mandatory-human-rights-due-diligence>.

⁶³ Cf. MVO Platform, “Update: Frequently Asked Questions about the New Dutch Child Labour Due Diligence Law”, 3 de junio de 2019, disponible en: <https://www.mvoplatform.nl/en/frequently-asked-questions-about-the-new-dutch-child-labour-due-diligence-law>. Para la lista de otras *due diligence* y leyes de denuncia en todo el mundo, verla en: <https://www.business-humanrights.org/en/examples-of-government-regulations-on-human-rights-reporting-due-diligence-for-companies>.

muy difícil de lograr para actores periféricos si no cuentan con el apoyo de poderosos aliados locales.⁶⁴ Los casos que discuten Stefanie Khoury y David Whyte sugieren que esa movilización es fundamental para utilizar leyes como el ATCA de una manera efectiva.⁶⁵ En este sentido, los modelos de *reporte* y *due diligence* pueden funcionar de una manera distinta, porque parten de la base de imponer ciertas obligaciones especiales a las empresas e incluyen algún tipo de supervisión regulatoria por agentes estatales, aunque esta supervisión parece ser mínima: no se acerca para nada al tipo de regulación estricta que prevén los regímenes ambientales. Estas normas todavía son demasiado nuevas y carecen de mecanismos de implementación claros o efectivos. Resta ver si esos mecanismos se desarrollan en el futuro.

La diferencia fundamental entre la NEPA y los modelos de responsabilidad por acciones extraterritoriales es que en el primer caso, el interés principal de la regulación es el resguardo de bienes públicos del país en el que la norma se origina. En el segundo, por el contrario, el interés del legislador parece ser el resguardo de intereses de terceros, personas que—por definición—no se encuentran representadas por el sistema político. Ello explica, quizás, por qué el primer modelo es efectivo en términos de estándares sustantivos y mecanismos de *enforcement* y el segundo apenas está empezando a moverse en ese sentido. Mientras este tipo de normas no prevean mecanismos de implementación adecuados o no faciliten—por ejemplo—la demanda directa de víctimas a las empresas responsables, permanecerán en un mundo *normativo* similar al del *soft law* voluntario que discutimos en la sección anterior.

Los HRIA: contenidos mínimos y estándares

Nuestro análisis preliminar sobre los HRIA como mecanismos de rendición de cuentas, *due diligence* y *responsabilidad* corporativa los ubica como la herramienta preferida por los promotores del modelo *voluntario* que ha prevalecido en la ONU y a nivel internacional. Sin embargo, sus contenidos mínimos, características y procesos parecen estar desarrollándose de manera opaca. El informe de Ruggie de 2007 sobre los problemas metodológicos de los HRIA es revelador en ese sentido: su estudio es un análisis más que nada “conceptual” porque si bien había detectado numerosos ejercicios de evaluación de impacto, no pudo evaluar al detalle su funcionamiento porque

⁶⁴ R. Shamir, “Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act”, cit., pág. 638.

⁶⁵ Ver S. Khoury; D. Whyte, *Corporate Human Rights Violations*, cit., págs. 94-97 (“discussing several cases in the United States, which were supported by established, well-funded players in the human rights legal field”).

los documentos relevantes no habían sido publicados por las compañías.⁶⁶

El triunfo del modelo voluntario entonces ubica a los HRIA a medio camino de otros modelos posibles que hemos descrito. Por un lado, resulta evidente que los estudios de impacto ambiental y social, basados en legislaciones nacionales que imponen obligaciones, establecen procedimientos de implementación y crean autoridades regulatorias, han inspirado a los estudios de impacto en materia de derechos humanos. Pero a estos últimos, en tanto habitan el marco voluntario del modelo Ruggie, les falta el componente diferencial que ofrece el derecho interno: mecanismos de *enforcement* adecuados, autoridades regulatorias con capacidad de acción y la posibilidad de que las víctimas de los daños demanden a las empresas por los daños causados. Los HRIA, claramente, no tienen ninguno de esos elementos. Por otro lado, el modelo voluntario que empezó en la OCDE y se expandió a las Naciones Unidas no es totalmente inocuo desde el punto de vista normativo: genera prácticas empresariales que—enmarcadas en la *responsabilidad social corporativa*—pueden llegar a operar como verdaderas “normas” del sector.⁶⁷ Pero, por su carácter voluntario, este tipo de normas no pueden participar de la legitimidad democrática que tienen las normas de derecho duro, una legitimidad clara en el derecho interno—dadas ciertas condiciones—y derivada en el derecho internacional.⁶⁸ Además, esas normas carecen de un elemento distintivo para operar como normas jurídicas: su carácter obligatorio.

Resulta dudoso que el modelo voluntario haya impactado de manera decisiva en las prácticas empresariales. Como explican Bittle y Snider, mucho del apoyo de las empresas transnacionales ha sido “puramente retórico (...) una situación usual en tiempos neoliberales, donde las empresas dicen adherir a principios voluntarios y no obligatorios, y son generosas en términos de palabras

⁶⁶ J. Ruggie, “Human Rights Impact Assessments”, cit., párrs. 6-9.

⁶⁷ Sobre el punto, ver K. Dingwerth, “The Democratic Legitimacy of Public-Private Rule Making: What Can We Learn from the World Commission on Dams?”, *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, vol. 11, Nº 1, 2005, pág. 70, disponible en: https://brill.com/view/journals/gg/11/1/article-p65_6.xml (“If we conceptualize rules as consciously devised and relatively specific commands for behavior whose normative authority is such that a certain level of compliance can reasonably be expected, then the guidelines developed by the WCD [World Commission on Dams] can be regarded as a set of such rules”).

⁶⁸ J.G.S. Koppell, “Global Governance Organizations: Legitimacy and Authority in Conflict”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, vol. 18, Nº 2, 2008, disponible en: <http://academic.oup.com/jpart/article/18/2/177/941886> (para una discusión interesante sobre distintos tipos de legitimidad y su potencial aplicación en el ámbito internacional). Sin embargo, ver también K. Dingwerth, “The Democratic Legitimacy of Public-Private Rule Making”, cit., págs. 78-79 (argumentando que aún no tenemos un criterio claro para determinar la “legitimidad” de procesos que se escapan de la lógica del Estado soberano, incluyendo los acuerdos entre Estados).

pero escuetas en términos de evidencia y acción”.⁶⁹ Este punto de vista permite entender mejor el contenido de los informes de Ruggie: son esfuerzos por *incentivar* a las empresas a actuar de determinadas maneras, en determinadas direcciones. Su informe de 2007 sobre los problemas “metodológicos” de los HRIA es revelador en ese sentido: busca describir en qué deberían enfocarse los estudios de evaluación de impacto. Ellos, según Ruggie, deberían:

1. Describir la actividad empresarial propuesta, analizando “el ciclo completo de la vida de la empresa, por ejemplo desde su construcción hasta su cierre, en lo que respecta a grandes proyectos de infraestructura, o desde la entrada en un nuevo mercado en lo que hace a los negocios de información y comunicaciones”.⁷⁰
2. Catalogar “los criterios mínimos jurídicos, regulatorios y administrativos a que está sujeta la actividad”⁷¹ y describir la “situación de los derechos humanos en la zona circundante al lugar donde se va a desarrollar la actividad empresarial (cuyos límites debían acordarse mediante consultas y la delimitación inicial del alcance) antes de que se dé comienzo a cualquier actividad significativa. En esta fase es crucial la participación de expertos en materia de derechos humanos y de los copartícipes locales”.⁷² También es necesario exponer aquellos aspectos que “posiblemente vayan a cambiar a causa de la actividad empresarial”.⁷³ Sobre este punto, el informe Ruggie ofrece distintas alternativas, desde elaborar múltiples posibles escenarios hasta predecir resultados en función de “diversos grados de intervención”. Finalmente, es importante evaluar riesgos y “proponer soluciones prácticas para contrarrestar tales peligros”.⁷⁴
3. Generar un plan de gestión que contemple “disposiciones para supervisar los indicadores básicos, así como un nuevo examen de los proble-

⁶⁹ S. Bittle; L. Snider, “Examining the Ruggie Report”, cit., pág. 182.

⁷⁰ J. Ruggie, “Human Rights Impact Assessments”, cit., párr. 11.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 12. La genealogía de los HRIA se diferencia de sus antecesores en que la fuente normativa de los primeros (los informes de impacto ambiental y social) tienen—en general—una clara definición legal. Pero para Ruggie ello no representa un obstáculo: los HRIA deberían tomar, como estándares de evaluación, al derecho internacional de los DD.HH. y las normas locales relevantes. Ver J. Ruggie, *ibid.*, párr. 23. En este sentido, la guía de Abrahams y Wyss también considera que si bien puede haber “superposición” con otros estudios (EIA y SIA, entre otros) ello debería impulsar la coordinación, ya que los HRIA cubren aspectos que otros estudios no cubren. Ver D. Abrahams; Y. Wyss, “Guide to Human Rights Impact Assessment and Management”, International Business Leaders Forum, International Finance Corporation, Global Compact de las Naciones Unidas, 2010, pág. 20.

⁷² J. Ruggie, “Human Rights Impact Assessments”, cit., párr. 13.

⁷³ *Ibid.*, párr. 14.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 15.

mas surgidos durante el proceso de evaluación. En el plan de gestión debería incluirse la realización de consultas periódicas con las partes afectadas”.⁷⁵ Asimismo, deberían “analizarse las prácticas óptimas que podrían aplicarse, por ejemplo, en el mismo sector empresarial o región, o procedentes de situaciones similares en otras industrias o zonas”.⁷⁶

4. Los HRIA deberían incorporar a expertos “sobre el contexto local y de derechos humanos” a quienes “se consulte prácticamente todo”, y debería considerarse la posibilidad de incorporar terceras partes “que sean independientes”.⁷⁷
5. Los HRIA deberían publicarse en su totalidad, pero si hay riesgos en ello se podría “publicar solo una parte o un resumen de la evaluación”.⁷⁸ El proceso puede ser “tanto o más importante que un informe final. Una evaluación de esta índole puede ser un instrumento que permita reunir a representantes de la empresa, la comunidad y el Gobierno para dialogar. Es vital que las evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos se basen en las consultas mantenidas de forma que se fomente un diálogo genuino y se fortalezcan las relaciones”.⁷⁹

Desde entonces, este modelo continuó construyendo descripciones detalladas de lo que un buen HRIA debería ser. Tómese, por ejemplo, a la *Guide to Human Rights Impact Assessment and Management* del International Business Leaders Forum, de la International Finance Corporation y del Global Compact de las Naciones Unidas.⁸⁰ Es una detallada sistematización “práctica” de lo que significa realizar un HRIA. Su modelo de siete etapas (figura 2) es una guía detallada que las empresas interesadas en desarrollar este tipo de estudios deberían asumir.⁸¹

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 16.

⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 17.

⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 18.

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 19.

⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 20.

⁸⁰ D. Abrahams; Y. Wyss, “Guide to Human Rights Impact Assessment and Management”, cit.

⁸¹ Hay otras iniciativas que merecen ser mencionadas. El International Center for Human Rights and Democratic Development —cerrado en 2013 por el Gobierno de Canadá— creó, en 2011, una guía de 25 pasos y seis partes para desarrollar un HRIA, que incluye la preparación, el estudio del marco legal, la adaptación de la guía a los hallazgos, la investigación, el análisis, el reporte y el involucramiento con actores relevantes y el monitoreo de planes de acción. Ver International Center for Human Rights and Democratic Development, “Human Rights Impact Assessments”, 2011. Por otro lado, el Danish Institute for Human Rights tiene un proyecto de DD.HH. y empresas que han desarrollado múltiples herramientas. Entre

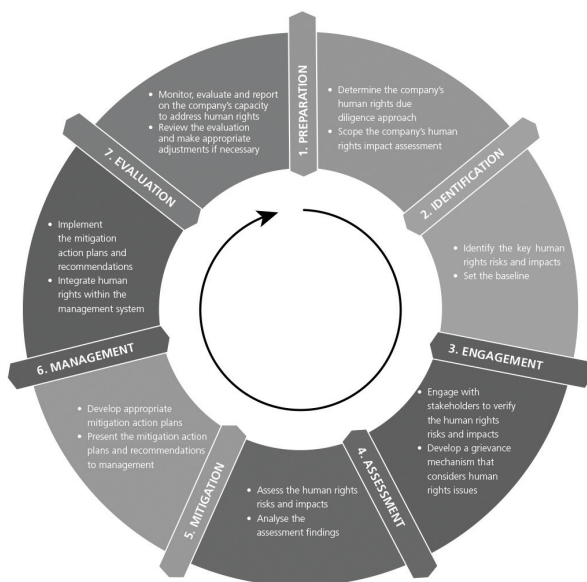


Figura 2. Modelo de etapas de la guía de Abrahams y Wyss.⁸²

Las características principales de estas etapas son las siguientes:

1. *Preparación*. Comienza por un adecuado *due diligence*, que significa la adopción de políticas, procesos y evaluaciones tendientes a resguardar los derechos humanos en el desarrollo normal de las actividades de las compañías. Los HRIA deberían comenzar como consecuencia de ciertos factores “habilitantes” (*triggers*) como el contexto y la naturaleza de los riesgos de los derechos humanos involucrados.⁸³
2. *Identificación*. Se trata de evaluar no solo de los riesgos, sino del marco jurídico y legal aplicable, la propia cultura de la compañía, etcétera.⁸⁴ Es etapa de mapeo exhaustivo, no solo respecto de la

ellas, cabe destacar el informe de “sector” realizado en 2015 respecto del sector del ICT en Myanmar, que discutió —específicamente— los potenciales impactos del desarrollo del sector ICT en el derecho a la libertad de expresión, a la no discriminación, a la privacidad, temas de ciberseguridad, etcétera. Ver Myanmar Center for Responsible Business; Institute for Human Rights and Business; Danish Institute for Human Rights, “Myanmar ICT Sector Wide Impact Assessment”, septiembre de 2015, págs. 122-213.

⁸² D. Abrahams; Y. Wyss, “Guide to Human Rights Impact Assessment and Management”, cit., pág. 12.

⁸³ *Ibid.*, págs. 18-19.

⁸⁴ *Ibid.*, pág. 25.

empresa y del país en el que va a desarrollar su actividad, sino en relación a los potenciales afectados, los proveedores, contratistas, el sector industrial en el que va a operar, etcétera.

3. *Involucramiento*. Los HRIA requieren interpelar a diversos actores, entre ellos futuros empleados, Gobiernos locales, grupos vulnerables, NGO, etcétera.⁸⁵
4. *Evaluación*. Principalmente de los riesgos, del contexto y de los distintos actores cuyas acciones son relevantes para las acciones de la compañía.⁸⁶
5. *Mitigación*. En esta etapa se trata de mitigar los riesgos, empezando por esfuerzos tendientes a impedir el daño, a reducirlo, a restaurar la situación previa al daño una vez que se produce y a compensar el daño causado.⁸⁷
6. *Administración*. En este sentido, la implementación o “administración” del HRIA resulta un paso fundamental en la metodología de Désirée Abrahams y Yann Wyss,⁸⁸ ya que permite ver cómo el trabajo previo de evaluación y estudio debe ser implementado por agentes debidamente financiados por las compañías, con acceso a recursos suficientes y en cumplimiento de metas específicas y concretas.
7. *Evaluación*. Los HRIA deben ser—por supuesto—objeto de una evaluación permanente que permita revisar lo realizado y emprender mejoras.⁸⁹

Tanto el marco de PRR como este tipo de “precisiones” de lo que los HRIA deberían ser podrían derivar en “estándares de industria”, si un suficiente número de empresas adoptan este tipo de criterios o prácticas como la “forma usual de hacer negocios”. Pero se trata de un modelo muy distinto a modelos alternativos, basados en la capacidad regulatoria de los Estados, la imposición de estándares sustantivos a respetar y el establecimiento de mecanismos efectivos de monitoreo y rendición de cuentas.

El HRIA y las TIC: problemas, desafíos y preguntas

El triunfo del modelo del *soft law* sobre el modelo de un tratado vinculante en las Naciones Unidas explica la popularidad los HRIA, aun cuando

⁸⁵ *Ibíd.*, págs. 35-41.

⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 45.

⁸⁷ *Ibíd.*, págs. 48-49.

⁸⁸ *Ibíd.*, pág. 53.

⁸⁹ *Ibíd.*, pág. 57.

hay poco consenso sobre cómo, por quién y para qué se efectúan.⁹⁰ A la vez, distintas aproximaciones de derecho local permiten imaginar modelos regulatorios alternativos, pero no basados en el derecho internacional de los derechos humanos sino en las decisiones soberanas de los países “de origen” de las corporaciones multinacionales, que pueden—o no—decidir imponer a sus empresas obligaciones relativas a sus acciones extraterritoriales. La inesperada activación del ATCA en ese sentido en la década de 1980 en los Estados Unidos es un modelo posible, que las leyes de *reporte* y de *due diligence* del Reino Unido, Francia y Holanda parecen seguir en líneas generales. Por otro lado, creemos que no deberíamos perder de vista a las leyes ambientales que crearon los mecanismos de “evaluación de impacto” que anteceden a los HRIA: los países podrían perfectamente implementar mecanismos similares pero enfrentarían el *vacío de gobernanza* que Ruggie identificara y que—creemos—se sostiene empíricamente como núcleo central del desafío que el marco PRR pretende resolver. De todas maneras, ese marco tiene problemas que Bittle y Snider señalaron con precisión.⁹¹

Nosotros destacaríamos uno como fundamental: el modelo de PRR no prevé ningún mecanismo de *enforcement* y asume que las empresas van a asumir el deber de “respetar” los derechos humanos voluntariamente, incluso cuando ello vaya en contra de sus intereses comerciales.⁹² En efecto, ignorar “la contradicción estructural entre las obligaciones legales corporativas de maximizar las ganancias para sus accionistas y sus obligaciones no obligatorias en materia de derechos humanos es una debilidad enorme del trabajo de Ruggie: las corporaciones están legalmente obligadas a sostener las ‘leyes del mercado (...) no los estándares de derechos humanos’”.⁹³ Nótese que esta falencia deriva casi exclusivamente del carácter voluntario del marco, que *puede* ejercer algún tipo de rol regulatorio en algunas industrias o respecto de algunas compañías si lo desean, pero que no *garantiza* que ello ocurra. Esa garantía es lo que ofrece el derecho interno, ya sea en su aplicación extraterritorial (como el modelo ATCA y similares) o en su aplicación local, como ocurre con las leyes ambientales. Es una garantía que ofrece, también aunque quizás en menor medida por problemas de *enforcement*, el derecho internacional.

Ante ese escenario cabe preguntarse cuál puede ser el potencial de los HRIA en el sector de las TIC. Como es sabido, las prácticas de HRIA se expandieron—

⁹⁰ J. Harrison, “Human Rights Measurement”, cit.

⁹¹ S. Bittle; L. Snider, “Examining the Ruggie Report”, cit.

⁹² *Ibíd.*, pág. 187.

⁹³ *Ibíd.*, pág. 188.

especialmente—en sectores de alto impacto a nivel local y potencial daño a los derechos humanos como, por ejemplo, el sector de las industrias extractivas. La expansión de los HRIA al sector de las TIC tiene sentido porque en los últimos años ha quedado claro el impacto que este tipo de empresas puede tener en los derechos humanos. Hay antecedentes en este sentido.

Así, por ejemplo, en noviembre de 2018 Facebook publicó un HRIA realizado por la Business for Social Responsibility (BSR) sobre el impacto de sus servicios en Myanmar, una evaluación que fue precipitada por la violencia que se desató en ese país utilizando—se supone—las tecnologías de comunicación que Facebook ofrece.⁹⁴

El informe identificó impactos en temas de seguridad, privacidad, libertad de expresión, derecho de reunión, derechos de niños, no discriminación, estándares de vida y acceso a la cultura. No encontró que Facebook haya “causado o contribuido” a impactos negativos en ninguno de ellos, pero estaba indirectamente vinculado a afectaciones a derechos a la seguridad y la libertad de expresión por las acciones de los usuarios que violaban sus *community standards*, así como las acciones del Gobierno que exigían remover contenidos. De todas formas, Facebook reconoció que “no había hecho lo suficiente para prevenir que la plataforma sea usada para fomentar la división o incitar violencia fuera de línea”.⁹⁵ En mayo de 2020 Facebook, también realizó estudios de impacto ambiental por su presencia en Camboya, Indonesia y Sri Lanka, pero esta vez solo publicó sumarios ejecutivos sobre las evaluaciones.

El modelo de HRIA también parece haber sido abrazado por actores relevantes del sector como la Global Network Initiative (GNI), en particular a través de los Principios GNI de libertad de expresión y privacidad, que llama a las empresas miembros de la GNI a “identificar las circunstancias en las que la libertad de expresión y la privacidad pueden estar amenazadas o puedan ser promovidas” y a “integrar estos principios en sus procesos de toma de decisiones”.⁹⁶ Estos análisis pueden ser realizados por equipos internos o

⁹⁴ A. Stevenson, “Facebook Admits It Was Used to Incite Violence in Myanmar”, *The New York Times*, 6 de noviembre de 2018, disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/11/06/technology/myanmar-facebook.html>.

⁹⁵ A. Warofka, “An Independent Assessment of the Human Rights Impact of Facebook in Myanmar”, About Facebook, 5 de noviembre de 2018, disponible en: <https://about.fb.com/news/2018/11/myanmar-hria>.

⁹⁶ Global Network Initiative (GNI), “GNI principios de libertad de expresión y privacidad”, 2020, disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/gni-principles>; GNI, “Increasing Transparency on Human Rights Due Diligence and Impact Assessments by GNI Company Members”, 15 de mayo de 2020, disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/increasing-transparency-on-human-rights-due-diligence-and-impact-assessments-by-gni-company-members>.

expertos externos,⁹⁷ y el GNI insistió en que los resultados de las acciones de *due diligence* y de evaluación de impacto sean publicados. La iniciativa es interesante por diversos motivos. Por un lado, al abrazar un modelo de múltiples partes interesadas el GNI busca ser un mecanismo de gobernanza y creación de normas separado de los Estados, tanto a nivel local—en ejercicio de los poderes estatales de creación de normas—como a nivel internacional.⁹⁸ Por el otro, incorpora mecanismos específicos de rendición de cuentas que permiten superar—al menos en parte—los límites de acceso a la información de los modelos voluntarios que fueron señalados antes. En este sentido, el GNI se presenta como un modelo específicamente dirigido al sector ITC que es necesario seguir de cerca, junto a otras iniciativas de múltiples partes interesadas como la Freedom Online Coalition Advisory Network, la GSM Association (GSMA), la European Telecommunications Network Operators (ETNO) y la coalición de Reform Government Surveillance (RGS).⁹⁹

Traemos a colación estos ejemplos del GNI, Facebook y la producción de HRIA por dos motivos: primero, porque revelan el potencial de uso de la herramienta en el sector de las TIC y—segundo—porque revela al menos algunos de sus límites. En efecto, una de las principales críticas que se plantean sobre los HRIA es que la falta de información adecuada sobre este tipo de procesos impide medir su efectividad. ¿En qué medida los HRIA están basados en metodologías aceptables o valiosas? ¿Cómo llegan a sus conclusiones? Cuando esos informes no se hace públicos, esa evaluación resulta directamente imposible. Por otro lado, los HRIA pueden identificar falencias que

⁹⁷ GNI, “Increasing Transparency on Human Rights Due Diligence and Impact Assessments by GNI Company Members”, cit.

⁹⁸ Cf. GNI, “The GNI Principles at Work”, 2019 (“GNI was launched in 2008. Its mission is to protect and advance freedom of expression and privacy rights in the information and communications technology [ICT] sector by setting a global standard for responsible decision making and serving as a multistakeholder voice in the face of government restrictions and demands. GNI brings together ICT companies, civil society [including human rights and press freedom groups], academics, academic institutions, and investors from around the world to provide a framework for responsible company decision making, foster accountability by member companies, offer a safe space for shared learning, and provide a forum for collective advocacy in support of laws and policies that promote and protect freedom of expression and privacy”).

⁹⁹ Este modelo parece acercarse bastante a las propuestas de regulación mixta de Abbott y Snidal, que identifican cuatro competencias clave que el regulador efectivo debe poseer: independencia, representatividad, *expertise* y capacidad operacional. El GNI parece caminar en esa dirección. Ver K. Abbott; D. Snidal, “The Governance Triangle”, cit., págs. 46-47.

otras prácticas como las de SIA no capturan,¹⁰⁰ ¿pero cómo saber que derivan en cambios de prácticas corporativas? Estas falencias parecen estar estrechamente relacionadas al carácter *voluntario* del marco de PRR que pone a los HRIA como una de las herramientas centrales: sin una autoridad regulatoria externa que tenga capacidad de revisar los estudios de impacto—como ocurre a nivel local con las leyes ambientales—el público se queda sin un mecanismo de *enforcement* adecuado sobre los estándares que se buscan respetar. Esta falta de una autoridad central podría ser suplantada—por ejemplo—por un seguimiento estricto de los HRIA o las prácticas corporativas por agentes de la sociedad civil con recursos adecuados, pero dudamos que ese rol pueda ser similar al que tienen las autoridades regulatorias.¹⁰¹

Estos problemas no tienen, todavía, una respuesta definitiva. En un informe futuro evaluaremos el potencial de los HRIA en el sector de las TIC, pero lo haremos partiendo de algunas de las preguntas que este informe plantea. ¿En qué medida el carácter voluntario de los HRIA limita su alcance? ¿Qué condiciones deberían cumplirse para que los HRIA—incluso dentro del limitado marco voluntario del modelo PRR—sean una herramienta útil o al menos positiva para la protección y resguardo de derechos humanos? ¿Cuál es el rol de los “evaluadores externos” y qué tipo de relación deben tener con las empresas que les contratan? ¿Hay parámetros que regulen esa relación de alguna manera? En particular, el informe futuro va a describir los contenidos sustantivos que los HRIA tienen que tener de acuerdo al modelo de buenas prácticas, estándares y principios guía e intentará bajarlos a los desafíos específicos del sector de las telecomunicaciones.

En ese sentido, presentimos un problema significativo: ¿cómo es posible evaluar el impacto de servicios de comunicaciones complejos sin una adecuada comprensión de “cómo operan” esos servicios en terreno? El estudio de impacto de Facebook en Myanmar es revelador en ese sentido: encuentra “vínculos” entre el servicio y violaciones de derechos, pero estas últimas son responsabilidad de usuarios (que violan las *community guidelines*) y del Gobierno (que exige dar de baja contenidos). Este resultado es de alguna manera “esperable” en el sector al menos en lo que hace a los intermediarios: el modelo de inmunidad o *safe harbor* que creó la Sección 230 de la *Communications Decency Act* de 1996 sigue siendo—al día de hoy—el modelo vigente en todo el mundo y que los estándares internacionales de derechos humanos han adoptado. Si es así, ¿qué conclusión distinta o aporte significa-

¹⁰⁰ A.M. Esteves y otros, “Social Impact Assessment”, cit.

¹⁰¹ Sobre esto, ver por ejemplo, Ranking Digital Rights, <https://rankgdigitalrights.org>.

tivo puede realizar un HRIA si la responsabilidad última por violaciones de derechos humanos no recaen en las compañías que facilitan un servicio sino en los usuarios que abusan de él? ¿Qué rol puede tener un HRIA en “modificar” las conductas corporativas si—por definición—no podría identificar casos en los que los abusos hayan sido causados por las empresas? Creemos relevante seguir de cerca la evolución de la práctica, porque nos parece que se inserta en un momento de cambio global en el que las principales plataformas intermediarias están bajo una creciente presión por cambiar sus conductas. Los modelos regulatorios, en ese sentido, no están completamente fuera de juego.

Quizás, el futuro depare una modalidad de regulación novedosa, que rechazará los modelos puros aquí descritos pero—a la vez—incorporará elementos de todos ellos. El sector ICT parece estar especialmente posicionado para ello: es un sector en el que el modelo voluntario de autorregulación se impuso de manera más clara gracias a los *Terms of Service* y los *Codes of Conduct* que múltiples plataformas de creación y circulación de contenidos crearon desde el surgimiento de internet.¹⁰² Pero este modelo autorregulatorio está siendo desafiado en los últimos tiempos, razón por la cual Marsden, Meyer y Brown propusieron el modelo de *co-regulación* adoptado en la Unión Europea y que podría mezclar elementos de derecho “duro” y derecho “blando”.¹⁰³ Este modelo podría asumir distintas formas, pero se trata básicamente de un sistema en el que la autoridad que efectivamente regula es independiente del Gobierno y de las empresas reguladas, pero sobre éstas cae gran parte de la labor efectiva.

El modelo incluye elementos voluntarios como los descritos en este trabajo, como—por ejemplo—el desarrollo de estándares y guías de una determinada industria, pero las mismas son evaluadas y aprobadas por alguna autoridad legislativa (en este caso, de la Unión Europea) para determinar si esos estándares representan o no, efectivamente, las buenas prácticas del sector.¹⁰⁴ Ello les permite imaginar una forma de regulación distinta, que lejos de optar por dos modelos estrictos—el *blando* de la autorregulación o el *duro*

¹⁰² Sobre este punto en particular, ver L. Lessig, *Code. Version 2.0*, Nueva York, Basic Books, 2006, cap. 6 (donde describe la forma en que las distintas “comunidades” de la web fueron creando sus propias reglas y códigos de conducta, una práctica que—a comienzos del siglo XX—fue adoptada por las grandes plataformas de contenidos y hoy regulan de manera efectiva gran parte del contenido que circular por internet).

¹⁰³ K. Abbott; D. Snidal, “The Governance Triangle”, cit., pág. 44; C. Marsden; T. Meyer; I. Brown, “Platform Values and Democratic Elections: How Can the Law Regulate Digital Disinformation?”, *Computer Law & Security Review*, vol. 36, 2020, pág. 9, disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736491930384X>.

¹⁰⁴ C. Marsden; T. Meyer; I. Brown, “Platform Values and Democratic Elections”, cit., págs. 9-10.

de las regulaciones estatales—los mezcla.¹⁰⁵ Para el sector de las empresas tecnológicas imaginan cinco posibilidades distintas: 1) el mantenimiento del *status quo* de autorregulación; 2) la autorregulación “coordinada” con los Gobiernos; 3) una autorregulación formal, reconocida por las autoridades y con una financiación externa a la industria; 4) una co-regulación dirigida por la Unión Europea; y 5) la regulación legislativa por parte de los Estados.¹⁰⁶

Traemos a colación estas perspectivas regulatorias porque el sector de las ICT—especialmente a través del GNI—parece encaminarse en esa dirección. En ese contexto, los HRIA podrían jugar un rol relevante en el futuro. Por el momento, parecen atrapados entre el mundo completamente voluntario del que nacieron y los modelos regulatorios que podrían incidir en su futuro. Quizás las fichas caigan en alguna opción intermedia en cuyo caso los HRIA podrían convertirse en una herramienta efectiva de gestión de riesgos y evaluación de los impactos que las empresas tecnológicas tienen en los derechos humanos de los ciudadanos a quienes buscan servir.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pág. 10.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, págs. 10-11.

Evaluaciones de impacto en Derechos Humanos: tendencias, desafíos y oportunidades para el sector TIC

Alejandra Castañeda y Ramiro Álvarez Ugarte

En nuestro trabajo anterior, buscamos ubicar las evaluaciones de impacto en los derechos humanos (HRIA, por sus siglas en inglés) dentro de su historia. Mostramos cómo el instituto se deriva de un conjunto de prácticas corporativas que descansan incómodamente en diferentes marcos. Por un lado, los HRIA se derivan de las evaluaciones de impacto ambiental que se desarrollaron en los años 60 y 70 como el mecanismo legal y procesal que aseguraba que las empresas privadas respetasen los estándares ambientales mínimos definidos por la ley y aplicados por las agencias administrativas. Por otro lado, los HRIA también operan dentro del difuso y ambiguo mundo de la responsabilidad social empresarial (RSE). Finalmente, también mostramos cómo los HRIA son también una herramienta preferida de un animal extraño: el marco de protección, respeto y reparación (PRR, por sus siglas en inglés) adoptado por las Naciones Unidas (ONU) en 2011, presentado por el representante especial de la ONU, John Ruggie, quien fue apoyado activamente por el ex secretario general Kofi Annan.¹ Por lo tanto, nuestro análisis conceptual colocó a los HRIA en un contexto histórico específico: el producido por la decisión de la ONU de alejarse de los tratados internacionales obligatorios que abordan la relación entre las empresas y los derechos humanos y adoptar el marco más relajado de Ruggie. Ese análisis inicial terminó con la introducción de diferentes caminos a través de los cuales los HRIA podrían evolucionar. Desde nuestra perspectiva, serán engullidos por el

¹ J. Ruggie, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", Human Rights Council, report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Nueva York, HR/PUB/11/04, 2011.

marco de autorregulación de la RSE o se convertirán en una práctica cada vez más juridificada, impulsada por leyes internacionales o nacionales. Sin embargo, la última ruta podría verse muy diferente dependiendo de cómo se combinen las diferentes posibilidades regulatorias.²

Este artículo procede de la siguiente manera. Primero, revisamos brevemente el marco PRR de John Ruggie en el que los HRIA parecen, hoy, estar claramente en pie. Pasamos entonces a enmarcar el objetivo principal de este documento: esbozar el potencial, los desafíos y los peligros del despliegue de esta herramienta en el sector de las TIC. Hacemos esto con cierto grado de retrospectiva, ya que varias empresas de TIC ya se han movido en esta dirección e importantes iniciativas de múltiples partes interesadas, como la Global Network Initiative (GNI), la han adoptado. Pero cierto grado de cautela es necesario, ya que todavía es demasiado pronto para decir hacia dónde se moverán los HRIA en el sector de las TIC en los próximos años. Hasta cierto punto, su camino futuro depende de desafíos regulatorios más amplios. La tercera sección describe cómo Facebook, una de las empresas de internet que más dependió de la práctica para estudiar sus impactos en diferentes contextos, utilizó los HRIA. Al observar de cerca estos HRIA o sus resúmenes ejecutivos, obtenemos algunas ideas en términos de cómo se produce la evaluación en el campo. La cuarta sección describe algunas conclusiones preliminares sobre las limitaciones, debilidades, desafíos y potencial del uso de los HRIA en el sector de las TIC. En particular, nos centramos en cierta falta de transparencia que parece afectar a los HRIA y en la falta de consenso sobre el alcance de la responsabilidad al que deberían estar sometidas las empresas TIC, un problema que deriva, en parte, de lo difícil que es establecer mecanismos causales entre ciertos avances tecnológicos y daños específicos a los derechos humanos. La quinta y última sección analiza estos hallazgos y presenta algunas hipótesis sobre los desafíos que se avecinan.

² Sobre esto, ver K. Abbott; D. Snidal, "The Governance Triangle: Regulatory Standards Institutions and the Shadow of the State", en: W. Mattli; N. Woods (eds.), *The Politics of Global Regulation*, Princeton, Princeton University Press, 2009; y C. Marsden; T. Meyer; I. Brown, "Platform Values and Democratic Elections: How Can the Law Regulate Digital Disinformation?", *Computer Law & Security Review*, vol. 36, 2020, disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736491930384X>.

La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos

Respaldados por unanimidad por el Consejo de Derechos Humanos en 2011, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PRR) proporcionan el primer “marco autorizado y reconocido mundialmente para los respectivos deberes” de los Estados y las empresas de prevenir y abordar los derechos humanos y sus adversos impactos resultantes de las actividades comerciales en todos los sectores y en todo el mundo.³ Basado en los principios fundamentales de que los Estados tienen el “deber” de “proteger” los derechos humanos, mientras que las empresas tienen la “responsabilidad” de “respetar” los derechos humanos, este marco no crea nuevas obligaciones de derecho internacional ni limita las “obligaciones legales existentes [que] un Estado puede haber emprendido o estar sujeto al derecho internacional”.⁴ Más bien, los PRR “deben leerse, individual y colectivamente, en términos de su objetivo de mejorar los estándares y prácticas con respecto a las empresas y los derechos humanos a fin de lograr resultados tangibles para las personas y comunidades afectadas”.⁵

El deber del Estado de proteger los derechos humanos se deriva de las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos de los Estados.⁶ Según el primer principio de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (UNGP), este deber requiere que los Estados protejan contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas, dentro de su territorio y que tomen “las medidas adecuadas para prevenir, investigar, sancionar y reparar esos abusos a través de políticas, leyes, reglamentos y decisiones eficaces”.⁷

Por el contrario, si bien la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos “se refiere a los derechos humanos reconocidos internacionalmente (...) es distinta de las cuestiones de responsabilidad legal y aplicación”.⁸ La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos requiere que las empresas eviten causar o contribuir a impactos adversos sobre los derechos humanos a través de sus propias actividades y abordar dichos impactos cuando ocurran.⁹ Cuando las empresas no han

³ J. Ruggie, “Guiding Principles on Business and Human Rights”, cit.

⁴ *Ibid.*, párrs. 1-13.

⁵ *Ibid.*, párr. 1.

⁶ *Ibid.*, pág. 1.

⁷ J. Ruggie, “Guiding Principles on Business and Human Rights”, cit., principio 1.

⁸ *Ibid.*, pág. 13.

⁹ *Ibid.*, pág. 14. El principio 19 explica cómo las empresas deben abordar los impactos e

contribuido a los impactos adversos sobre los derechos humanos pero están directamente vinculadas a esos impactos a través de sus operaciones, la responsabilidad de respetar los derechos humanos requiere que “buscar, prevenir o mitigar” esos impactos.¹⁰ Según los UNGP, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos “existe independientemente de la capacidad y/o de la voluntad de los Estados para cumplir con sus propias obligaciones de derechos humanos”.¹¹ Esta responsabilidad se aplica a todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operativo, propiedad y estructura”.¹² Sin embargo, el principio 14 estipula que la “escala y complejidad de los medios” utilizados para cumplir con esta responsabilidad “pueden variar según estos factores” y la “gravedad de los impactos adversos de la empresa sobre los derechos humanos”.¹³

Los UNGP aconsejan que las empresas tengan políticas y procesos establecidos para “saber y demostrar que respetan los derechos humanos”, incluido un “proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo abordan sus impactos en los derechos humanos”.¹⁴ Mientras que los UNGP otorgan a las empresas discreción sobre cómo implementar la debida diligencia en el contexto de sus operaciones comerciales,¹⁵ los principios 18 al 21 detallan sus cuatro componentes clave.¹⁶ De acuerdo con estos principios, la debida diligencia en derechos humanos im-

instruye que la “acción apropiada” variará de acuerdo con dos factores: 1) la determinación de si la empresa “causa o contribuye a un impacto adverso”, o más bien está “directamente relacionada” con el impacto de “sus operaciones, productos o servicios por una relación comercial; y 2) la “influencia de la empresa para abordar el impacto adverso”.

¹⁰ *Ibíd.*, pág. 14.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*, pág. 15.

¹³ *Ibíd.*, pág. 14.

¹⁴ *Ibíd.*, págs. 15-16. Este principio instruye que las políticas y procesos que las empresas “deberían tener” incluyen: a) un compromiso político para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta sobre cómo abordan sus impactos en los derechos humanos; y c) procesos para permitir la remediación de cualquier impacto adverso en los derechos humanos que causen o al que contribuyan.

¹⁵ *Ibíd.* pág. 18, principio 17 b). De acuerdo con este principio, la debida diligencia en materia de derechos humanos “variara en complejidad con el tamaño de la empresa comercial, el riesgo de impactos graves sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones”. El comentario explica además: “la debida diligencia de los derechos humanos puede incluirse dentro de sistemas más amplios de gestión de riesgos empresariales, siempre que vaya más allá de la simple identificación y gestión de los riesgos materiales para la propia empresa, para incluir los riesgos para los titulares de derechos”.

¹⁶ *Ibíd.*, pág. 16, comentario sobre el principio 17.

plica identificar y evaluar “cualquier impacto real o potencial en los derechos humanos con el que pueden estar involucrados”,¹⁷ integrando los hallazgos de las evaluaciones de impacto y tomando las acciones apropiadas en respuesta a los impactos identificados,¹⁸ verificando si los impactos adversos sobre los derechos humanos se están abordando mediante el seguimiento de la eficacia de las acciones tomadas en respuesta,¹⁹ y la comunicación de este trabajo con las partes interesadas apropiadas.²⁰ Dentro de este marco, las evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos (HRIA) han surgido como la herramienta altamente recomendada para que las empresas comiencen el proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos y, a su vez, “sepan y demuestren que respetan los derechos humanos”.²¹

Evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos en el sector de las TIC

En el primer artículo de esta serie, examinamos los orígenes de los HRIA y argumentamos que esta historia puede ayudarnos a comprender mejor las fortalezas y las debilidades de los HRIA en la práctica.²² Este documento examina más a fondo la efectividad de los HRIA y considera específicamente qué tendencias en la adopción y en la implementación de los HRIA en el sector de las TIC²³ pueden ofrecer a nuestra comprensión de la capacidad de la herramienta para producir “resultados tangibles para las personas y

¹⁷ *Ibíd.*, pág. 19, principio 18.

¹⁸ *Ibíd.*, págs. 19-20, principio 19.

¹⁹ *Ibíd.*, págs. 22-23, principio 20.

²⁰ *Ibíd.*, pág. 23, principio 21. Este principio indica que la comunicación que se espera de las empresas debe variar de acuerdo con la gravedad de los impactos sobre los derechos humanos que tiene la empresa. Como mínimo, todas las empresas “deberían estar preparadas para comunicar (...) cómo abordan sus impactos sobre los derechos humanos”, externamente, y las empresas cuyas operaciones plantean graves riesgos para los derechos humanos deberían formalizar informes sobre cómo están abordando esos riesgos.

²¹ R. Álvarez Ugarte; L. Krauer, “El sector TIC y derechos humanos: hacia un marco conceptual de las evaluaciones de impacto en DD.HH.”, Centro de Estudios para la Libertad de Expresión (CELE), 2020.

²² *Ibíd.*

²³ El sector de las TIC, o sector de tecnologías de la información y las comunicaciones, es particularmente relevante para CELE debido a su dominio sobre el flujo de información en la sociedad moderna. El sector de las TIC incluye proveedores de servicios e infraestructura de telecomunicaciones, proveedores de servicios e infraestructura de internet, y plataformas de internet como las empresas de medios sociales y otras plataformas de contenido generado por los usuarios.

comunidades afectadas”, según lo previsto por los UNGP.²⁴ Como recuerdan Rikke Frank Jørgensen, C. Bloch Veiber y Niels ten Oever, varias empresas de TIC “han trabajado con temas de derechos humanos durante años, como parte de la responsabilidad social empresarial (RSE)”.²⁵

Este documento se basó en una revisión documental de cómo cinco empresas de TIC diferentes (Facebook, Google, Telia, Telefónica y Microsoft) han adoptado e implementado los HRIA. Más específicamente, analizamos las formas en que los diversos HRIA que evalúan a estas empresas cumplen, y no cumplen, las expectativas de debida diligencia en materia de derechos humanos elaboradas en los principios 18 a 21 de los Principios Rectores. Desde el comienzo, observamos que la investigación en esta área se limita necesariamente a lo que las propias empresas deciden hacer accesible al público en general.²⁶ En consecuencia, para complementar nuestra revisión de los HRIA, también examinamos el lenguaje que utilizan estas empresas. en relación con los derechos humanos de manera más amplia, así como la información que divulgan para “conocer y demostrar que respetan los derechos humanos”.²⁷

Comenzamos presentando una breve descripción de la literatura secundaria sobre los HRIA en el sector de las TIC. Seguimos contando la publicación de cuatro HRIA que evalúan la presencia de Facebook en Myanmar, Camboya, Indonesia y Sri Lanka. Este estudio de caso captura adecuadamente las tres tendencias que surgieron en nuestra revisión y que guiarán el resto de nuestra discusión. Nuestro análisis de estas tendencias comienza en la sección IV.1, donde discutimos la observación de que las empresas de TIC tienen más probabilidades de ser transparentes sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos cuando los riesgos de derechos humanos relacionados con sus operaciones tienen un claro actor malo, como un Estado. En la sección IV.2, discutimos la falta de consenso en torno al grado en que las empresas de TIC deben ser responsables de la promoción y protección de los impactos de la libertad de opinión y expre-

²⁴ J. Ruggie, “Guiding Principles on Business and Human Rights”, cit., pág. 1.

²⁵ R.F. Jørgensen; C.B. Veiber; N. ten Oever, “Exploring the Role of HRIA in the Information and Communication Technologies (ICT) Sector”, *Handbook on Human Rights Impact Assessment*, Cheltenham y Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2019, pág. 4.

²⁶ Ver J. Ruggie, “Human Rights Impact Assessments: Resolving Key Methodological Questions”, Human Rights Council, report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Ginebra, A/HRC/4/74, 2007 (observando que los HRIA son notoriamente difíciles de conseguir. Abordamos este tema con más detalle en nuestra discusión sobre transparencia en “Estudio de caso: Facebook y HRIA”).

²⁷ J. Ruggie, “Guiding Principles on Business and Human Rights”, cit., pág. 1.

sión en la comunidad internacional. Argumentamos que la ausencia de un acuerdo sobre este tema presenta un obstáculo significativo para la capacidad de los HRIA de producir “resultados tangibles”. Centramos esta discusión con la dificultad de determinar si una empresa causó, contribuyó o está directamente vinculada a impactos adversos sobre los derechos humanos relacionados con sus operaciones. Finalmente, en la sección IV.3 discutimos cómo, a pesar de una falta general de transparencia y coherencia en torno al proceso, la metodología, y la participación de las partes interesadas, los HRIA aún pueden contribuir de manera significativa al discurso sobre los respectivos deberes de los Estados y las empresas en la prevención y el tratamiento de impactos adversos a los derechos humanos.

Concluimos que estas tendencias son completamente consistentes con la naturaleza voluntaria del marco de responsabilidad corporativa. Con o sin HRIA, en ausencia de deberes legalmente exigibles, las empresas carecen de los incentivos necesarios para operar completa y consistentemente de una manera que no tenga un impacto adverso en los derechos humanos, al menos en este momento. A medida que continúan aumentando las demandas de responsabilidad empresarial, tanto de la sociedad civil como de los inversores y los Gobiernos, argumentamos que las empresas pronto encontrarán mayores incentivos para demostrar que el marco voluntario de responsabilidad empresarial de respetar puede funcionar.

El sector de las TIC y los desafíos especiales

Como argumentamos en el primer artículo de esta serie²⁸ y repetimos brevemente antes, el lugar de las corporaciones transnacionales *vis à vis* al derecho internacional de los derechos humanos es cuestionado. Aquí queremos destacar algunas dificultades especiales de esa relación que son propias del sector TIC, así como un esbozo de hitos relevantes en esta historia.

Por ejemplo, algunas empresas del sector de las TIC tienen una huella física realmente débil, lo que permite diferentes decisiones que afectan directamente cuánto impactan en un país determinado. Como recuerda Colin M. Maclay, cuando Yahoo tuvo que decidir sobre una inversión en Vietnam, elaboraron un HRIA que los llevó a tomar decisiones que los protegían de las incómodas solicitudes de un Estado autoritario, como almacenar información en un servidor en Singapur en lugar de localmente, o contratar un

²⁸ R. Álvarez Ugarte; L. Krauer, “El sector TIC y derechos humanos”, cit.

puñado de empleados de ventas sin responsabilidades operativas.²⁹ Esto fue posible porque algunas empresas, especialmente aquellas que pueden brindar servicios basados en la nube, pueden ingresar a un país sin desplegar nada: cables, servidores, empleados, etc. La mayoría de las empresas de TIC que pertenecen a esta categoría no necesitan, y normalmente no tienen, ni personal ni representación corporativa local, a menos que los mercados adquieran especial importancia. Esta característica de algunas de las empresas más importantes del sector TIC está relacionada con otra: al no tener presencia local, la brecha de gobernabilidad que afecta a las TIC y el respeto a los derechos humanos es mayor en estas empresas. No solo es difícil para los Gobiernos locales implementar y crear sus propias reglas con respecto a estas empresas, a menudo es imposible.

La historia de Yahoo presentada anteriormente fue denominada—según Maclay—por Global Network Initiative (GNI), una iniciativa de múltiples partes interesadas destinada a garantizar que las empresas cumplan con ciertos estándares. Como dice Maclay, los participantes “evalúan los riesgos de derechos humanos y buscan oportunidades para mitigarlos cuando consideran si ingresar a un nuevo mercado y cómo hacerlo”.³⁰ En la historia que sigue, el GNI tendrá un lugar destacado, ya que las empresas que generalmente realizan HRIA lo hacen como parte de su compromiso con el INB. Algunos de los límites que discutiremos son necesarios relacionados con la estructura y el alcance de esta iniciativa.

Estudio de caso: Facebook y HRIA

El 5 de noviembre de 2018, Facebook publicó un HRIA de la presencia de la empresa en Myanmar. La evaluación de 62 páginas, encargada por Facebook y realizada por la Business for Social Responsibility (BSR), identificó “seguridad; privacidad; libertad de expresión, reunión y asociación; derechos del niño; no discriminación; nivel de vida; y acceso a la cultura” como impactos prioritarios en los derechos humanos relacionados con la presencia de Facebook en Myanmar.³¹ De estos impactos, BSR determinó

²⁹ C.M. Maclay, *Can the Global Network Initiative Embrace the Character of the Net?*, Cambridge, MA, The MIT Press, 2010, pág. 87.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Business for Social Responsibility (BSR), “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Myanmar 1”, 5 de noviembre de 2018.

que Facebook contribuye a tres.³² “Al desarrollar productos y servicios innovadores” afirma la evaluación que Facebook habrá contribuido a “impactos positivos en el nivel de vida y el acceso a la cultura en Myanmar”.³³ BSR descubrió que Facebook contribuye a las violaciones de la libertad de expresión “cuando el contenido se elimina por error, pero solo vinculado a infracciones resultantes de acciones gubernamentales o demandas de eliminación de contenido”. Por el contrario, BSR determinó que Facebook no causa ni contribuye a la privacidad, la no discriminación o las violaciones de los derechos del niño en el país, “sino que está vinculado a ellos a través de sus productos y servicios”.³⁴ De manera similar, la evaluación concluyó que “el propio Facebook no causa ni contribuye las violaciones de los derechos humanos a la seguridad ni a la libertad de expresión, sino que está directamente relacionado con estas violaciones a través de las acciones de los usuarios que violan las normas de la comunidad de Facebook y acciones del Gobierno o demandas de eliminación de contenido respectivamente”.³⁵ En una publicación de blog que acompaña a la publicación de la evaluación, Alex Warofka, gerente de políticas de productos de Facebook, admitió que la empresa no había “hecho lo suficiente para ayudar a evitar que se utilizara la plataforma para fomentar la división e incitar a la violencia fuera de línea”.³⁶

Menos de dos años después, el 12 de mayo de 2020, Facebook publicó los hallazgos de tres HRIA que evaluaban la presencia de la compañía en Camboya, Indonesia y Sri Lanka.³⁷ BSR realizó el HRIA de Facebook en Camboya, mientras que un nuevo socio, el Article One, llevó a cabo los HRIA de Facebook en Indonesia y Sri Lanka. A diferencia de 2018, cuando Facebook lanzó al público el HRIA de Birmania de 62 páginas de BSR, Facebook solo publicó resúmenes ejecutivos de ocho páginas de los tres nuevos HRIA.³⁸ La evaluación de BSR del impacto de Facebook sobre los derechos humanos en Camboya reveló los mismos impactos identificados en

³² *Ibíd.*, págs. 40-41.

³³ *Ibíd.*

³⁴ BSR, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Myanmar 1”, cit.

³⁵ *Ibíd.*, págs. 35-36.

³⁶ A. Warofka, “An Independent Assessment of the Human Rights Impact of Facebook in Myanmar”, About Facebook, 5 de noviembre de 2018, disponible en: <https://about.fb.com/news/2018/11/myanmar-hria>.

³⁷ M. Sissons; A. Warofka, “An Update on Facebook’s Human Rights Work in Asia and around the World”, About Facebook, 5 de noviembre de 2018, disponible en: <https://about.fb.com/news/2020/05/human-rights-work-in-asia>.

³⁸ *Ibíd.*

su HRIA de Myanmar de 2018.³⁹ Sin embargo, a diferencia de la evaluación de Myanmar de 2018, el resumen ejecutivo de ocho páginas no presenta determinaciones sobre si Facebook causó, contribuyó o estuvo directamente relacionado con los impactos identificados en la evaluación.⁴⁰

Los HRIA de Article One comienzan reconociendo que Facebook “ha derribado barreras en todo el mundo”, “ha convertido a extraños en vecinos” y “como dice su misión, acercó al mundo”.⁴¹ “Al mismo tiempo”, continúan las evaluaciones, las plataformas de Facebook “han sido mal utilizadas por malos actores para infringir los derechos humanos”, e Indonesia y Sri Lanka representan dos “de los países más críticos en lo que respecta a posibles infracciones a derechos humanos en las plataformas de Facebook”.⁴² “Reconociendo la necesidad de realizar evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos a nivel de país”, que prioricen “países en riesgo”, explica la evaluación, Facebook se asoció con Article One “para determinar el grado en que la plataforma Facebook puede haber contribuido o no a generar impactos adversos sobre los derechos humanos y mitigar el riesgo de impactos adicionales” en Indonesia y Sri Lanka.⁴³

El HRIA de Indonesia de Article One identifica dos categorías principales de riesgo con el potencial de afectar a la sociedad indonesia en su conjunto. Article One encontró que “la proliferación de desinformación y desinformación, o ‘engaños’, como se les conoce en Indonesia” en las plataformas de Facebook “tienen la capacidad de impactar adversamente los derechos humanos”.⁴⁴ La evaluación informó que los engaños “se han utilizado para apuntar a figuras políticas y promover la desinformación por motivos políticos con la esperanza de impactar los resultados de las elecciones nacionales y locales”, y en el caso de los secuestros engaños “han avivado el miedo en

³⁹ BSR, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Cambodia: Executive Summary”, 2019.

⁴⁰ *Ibid.* Bajo el título “Acerca de este resumen ejecutivo” en la primera página del informe, BSR señala que su evaluación completa consiste en “un informe más largo con detalles explicativos adicionales, evidencia de apoyo y contexto”.

⁴¹ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia: Executive Summary”, 2018; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka: Executive Summary”, 2018.

⁴² Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia”, cit.; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka”, cit.

⁴³ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia”, cit.; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka”, cit.

⁴⁴ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia”, cit.; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka”, cit., pág. 4.

las comunidades”.⁴⁵ La evaluación también concluyó que Facebook plantea importantes riesgos de derechos humanos para la libertad de expresión y la privacidad. Según el informe, “leyes demasiado amplias sobre la blasfemia y la difamación (...) se han utilizado contra las personas en función de su uso de las redes sociales”.⁴⁶ La evaluación informó que la Ley de Blasfemia de Indonesia se ha “utilizado para enfriar la libertad de expresión” y que las condenas por blasfemia en el país “son el resultado directo de la publicación de material en Facebook”.⁴⁷ En relación con el derecho a la privacidad, Article One identificó riesgos de derechos humanos relacionados con “solicitudes ilegítimas del Gobierno de datos de usuarios; la participación de Facebook en el escándalo de Cambridge Analytica; y la práctica del *doxing* que se ha utilizado contra personas críticas con el Islam”.⁴⁸

En conjunto, el HRIA de Indonesia de Article One concluyó que “las acciones de los usuarios de Facebook pueden infringir” el derecho de la población general de Indonesia a: “no discriminación, seguridad y protección de la persona, privacidad, libertad de religión, libertad de expresión y búsqueda e impacto de información y participación en el Gobierno”.⁴⁹ Además, Article One encontró que la presencia de Facebook en Indonesia planteaba riesgos adicionales para los grupos vulnerables, incluidas las mujeres, las personas LGBTQ + y los niños. Además de los impactos en los derechos humanos que estos grupos pueden enfrentar como miembros de la población en general, el informe concluyó que “las acciones de los usuarios de Facebook pueden infringir” su derecho a:

ser tratados con dignidad, la salud, estar libre de la esclavitud, trabajar (...) y tener un nivel de vida adecuado, reunión libre, educación (...) si el acoso cibernético [de un niño] afecta la asistencia y/o el rendimiento escolar, estar libre de ataques a la reputación de un niño y estar protegido de la explotación y el abuso sexuales.⁵⁰

⁴⁵ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia”, cit.; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka”, cit.

⁴⁶ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia”, cit.; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka”, cit.

⁴⁷ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia”, cit.; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka”, cit.

⁴⁸ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia”, cit.; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka”, cit.

⁴⁹ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia”, cit.; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka”, cit.

⁵⁰ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia”, cit.; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka”, cit.

En Sri Lanka, Article Once encontró que los impactos más severos de Facebook fueron soportados por “grupos vulnerables, incluidas minorías religiosas, mujeres, comunidades LGBTQ+, niños y defensores de los derechos humanos”.⁵¹ La evaluación encontró que “las acciones de los usuarios de Facebook pueden infringir los derechos a: ser tratados con dignidad, no discriminación, seguridad y protección de la persona, estar libre de esclavitud, privacidad, libertad de expresión y de buscar e impactar información, libertad de religión, libertad de expresión, participar en el Gobierno”.⁵²

De manera significativa, la evaluación de Sri Lanka de Article One concluyó “que la plataforma de Facebook contribuyó a difundir rumores y discursos de odio, lo que puede haber llevado a ‘violencia fuera de línea’”.⁵³ La evaluación también sugirió que “antes de la interrupción de internet de 2018,⁵⁴ Facebook no implementó de manera efectiva sus estándares comunitarios en Sri Lanka al no eliminar el contenido que violaba estos estándares de manera oportuna”.⁵⁵ Article One informó que “la mayoría de las organizaciones de la sociedad civil involucradas por Article One habían intentado involucrar a Facebook con respecto al uso indebido de su plataforma desde 2009”.⁵⁶ A pesar de las llamadas directas a la empresa y los informes públicos que vinculan a Facebook con la violencia fuera de línea, “Article One escuchó repetidamente acusaciones de que Facebook no respondía a estas llamadas con prontitud, y que la empresa no respondió en gran medida hasta que el Gobierno cerró las redes sociales en marzo de 2018”.⁵⁷ Además, en ambas evaluaciones, Article One encontró que la respuesta de Facebook a los impactos “fue lenta y, en ocasiones, insuficiente, lo que potencialmente exacerbó los impactos”, identificó.⁵⁸ Refiriéndose a los UNGP y la responsabilidad de Facebook de ejercer la debida diligencia para mitigar los impactos adversos sobre los derechos humanos relacionados con sus operaciones, la evaluación de Sri Lanka de Article One razonó que “la falta de debida diligencia formal de derechos humanos de Facebook en Sri Lanka antes de este HRIA y la limitada experiencia cultural y lingüística entre el personal de Facebook en el momento del incidente de Kandy en mayo de 2018 puede haber contribuido al daño

⁵¹ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka”, cit.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

fuera de línea derivado de la participación en línea”.⁵⁹ Ambas evaluaciones concluyen que los impactos sobre los derechos humanos pueden haber sido “exacerbados por algoritmos, ahora eliminados gradualmente, diseñados para impulsar la participación en la plataforma, independientemente de la veracidad o la intención del contenido”.⁶⁰

Análisis

Hacemos un recuento de la adopción e implementación de los HRIA por parte de Facebook para enmarcar nuestra discusión sobre las tres tendencias que surgieron en nuestra revisión de los HRIA en el sector de las TIC. En resumen, nuestras conclusiones son las siguientes:

1. Es más probable que las empresas de TIC sean transparentes sobre su diligencia debida en materia de derechos humanos cuando los riesgos de derechos humanos relacionados con sus operaciones tienen un actor claramente malo, como un Estado.
2. La falta de consenso sobre la medida en que el sector de las TIC debe ser responsable de la promoción y protección de la libertad de opinión y expresión obstaculiza significativamente la eficacia de los HRIA.
3. Existe una falta generalizada de transparencia o de coherencia con respecto al proceso, la metodología y la participación de las partes interesadas en los HRIA.

Proponemos que estas tendencias son un reflejo del triunfo del modelo voluntario de *soft law* sobre el modelo de *hard law* analizado en nuestro artículo anterior. Discutimos estas tres tendencias, sus orígenes en el marco voluntario de derecho indicativo y sus implicaciones en los HRIA en el sector de las TIC en el resto del documento.

Transparencia y malos actores

Nuestro análisis comienza con una discusión de nuestra observación de que las empresas de TIC pueden ser más transparentes sobre su debida diligencia en materia de derechos humanos cuando los riesgos de derechos humanos relacionados con sus operaciones tienen un claro actor malo,

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ *Ibíd.*

como un Estado. Consideremos, por ejemplo, a BSR HRIA que evalúa la presencia de Facebook en Myanmar. BSR concluyó que “Facebook en sí mismo no causa o contribuye” a violaciones de los derechos humanos, a la seguridad o a la libertad de expresión, sino que está directamente vinculado a estas violaciones a través de “las acciones de los usuarios que violan los estándares de la comunidad de Facebook, y acciones gubernamentales o demandas de eliminación de contenido”, respectivamente. De manera similar, al presentar los impactos identificados en sus HRIA que evalúan la presencia de Facebook en Indonesia y Camboya, Article One concluyó que “las acciones de los usuarios de Facebook”, en lugar de las acciones de Facebook en sí, “pueden infringir” esos derechos.

Es probable que estas elecciones de lenguaje sean deliberadas y sigan de cerca el marco voluntario de Ruggie. En ese sentido, el lenguaje de conexión que implica la idea de vinculación señala hacia un problema en el que algún otro actor es responsable, en este caso los usuarios y el Estado. Esto apunta a una debilidad bastante importante en el uso de la herramienta en el sector de las TIC, porque el uso de estas herramientas parece ser una consideración fundamental a estudiar y tener en cuenta al evaluar cómo estas herramientas impactan en los derechos humanos. Esta debilidad se manifiesta, por ejemplo, en la forma en que el vicepresidente de BSR, Dunstan Allison-Hope, analiza algunos de los desafíos de la herramienta para las empresas de la industria tecnológica, donde “la interacción entre el diseño del producto por parte de la empresa de tecnología y cómo se utiliza en la vida real, ya sea por particulares, clientes empresariales o Gobiernos” es muy importante.⁶¹ Él escribe que BSR “a menudo termina una evaluación de derechos humanos para una empresa de tecnología y concluye irónicamente que deberíamos realizar la evaluación para los [consumidores] que utilizan la tecnología, no solo para la empresa que la diseña”.⁶²

Esta perspectiva es evidente en el lenguaje utilizado por BSR en su evaluación de los impactos sobre los derechos humanos por la presencia de Facebook en Myanmar. Por ejemplo, el informe encontró que “una minoría de usuarios busca usar Facebook como una plataforma para socavar la democracia e incitar a la violencia fuera de línea”.⁶³ Asimismo, la evaluación

⁶¹ . Allison-Hope, “Human Rights Assessments in the Decisive Decade: Applying the UNGPs in the Technology Sector”, BSR, 11 de febrero de 2020, disponible en: <https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/human-rights-assessments-in-the-decisive-decade-ungp-challenges-technology>.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ BSR, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Myanmar 1”, cit.

encontró que “la prevalencia del discurso de odio, la desinformación y los malos actores en Facebook ha tenido un impacto negativo en la libertad de expresión, reunión y asociación de los usuarios más vulnerables de Myanmar”.⁶⁴ Atribuir los impactos sobre los derechos humanos a una minoría de usuarios y malos actores externos a Facebook permite a BSR concluir que estos actores externos, y no Facebook, son responsables de los impactos sobre los derechos humanos relacionados con las operaciones comerciales de la empresa en Myanmar. Esto es importante porque la determinación de la relación de la empresa con los impactos sobre los derechos humanos informa la “acción apropiada” que la empresa debe tomar para abordar esos impactos,⁶⁵ y mientras identifica a otra parte responsable de un impacto identificado no debe necesariamente dar lugar a la determinación de que la empresa solo está “directamente vinculada” al impacto,⁶⁶ que parece ser el caso en la evaluación de Myanmar.⁶⁷

La renuencia a identificar a la empresa de TIC que está siendo evaluada como un mal actor también es evidente en relación con un desafío que Allison-Hope etiqueta, el “problema de sustituibilidad”, que se plantea como la idea de que si las empresas no desarrollan un determinado producto y lo venden a un “actor infame” algún otro competidor lo hará.⁶⁸ El único HRIA de Google disponible públicamente, una evaluación realizada por BSR, ilustra este desafío.⁶⁹ Si bien no está del todo claro si en la evaluación se identificaron impactos sobre los derechos humanos, reales o potenciales,⁷⁰ bajo el título “Problemas e impactos potenciales en los derechos humanos para el producto de reconocimiento de celebridades”, la evaluación esta-

⁶⁴ *Ibid.* (énfasis añadido).

⁶⁵ J. Ruggie, “Guiding Principles on Business and Human Rights”, cit., págs. 20-21, principio 19 b) (que dice, “la acción apropiada variará de acuerdo con: i) si la empresa comercial causa o contribuye a un impacto adverso, o si está involucrada únicamente porque el impacto está directamente relacionado con sus operaciones, productos o servicios por una relación comercial”).

⁶⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), “OHCHR Response to Request from BankTrack for Advice regarding the Application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the Context of the Banking Sector”, UN High Commissioner for Human Rights, Ginebra, 12 de junio de 2017.

⁶⁷ Este tema se analiza en profundidad a continuación.

⁶⁸ D. Allison-Hope, “Human Rights Assessments in the Decisive Decade”, cit. (“Si no vendemos este producto a un actor infame, entonces alguien más lo hará’, es un refrán común en la industria de la tecnología, y aunque no es exclusivo de la industria de la tecnología, el problema adquiere una importancia especial”).

⁶⁹ BSR, “Google Celebrity Recognition API Human Rights Assessment: Executive Summary”, 2019.

⁷⁰ *Ibid.*

blece que “BSR y Google Cloud AI identificó una variedad de problemas, desafíos y dilemas potenciales relacionados con el campo de los productos de reconocimiento de celebridades, que BSR analizó más a fondo para detectar posibles impactos en los derechos humanos. Estos fueron los más importantes: no hay consenso sobre la definición de ‘celebridad’. (...) Se debe abordar el consentimiento significativo (...). Las celebridades pueden ser vulnerables (...). Los riesgos para los derechos humanos variarán según el contenido”. Sin embargo, es importante señalar que el resumen ejecutivo de cuatro páginas puede no reflejar adecuadamente los hallazgos de la evaluación completa lleva a cabo. BSR señala que “subyaciendo a todas estas cuestiones es el punto esencial que las empresas de M&E tienen un papel crucial que desempeñar para abordar los posibles impactos adversos sobre los derechos humanos, mientras que son acciones que Google puede tomar para evitar, prevenir o mitigar los impactos, *mucho depende* de que los clientes también utilicen la API de manera responsable”.⁷¹ Además, en una sección titulada “Cambio en todo el sistema”, BSR escribe, “Google no es el único proveedor de productos de reconocimiento de celebridades, si Google elige reducir el riesgo de derechos humanos al no vender la API a ciertos clientes, otros proveedores sin los mismos controles pueden intervenir, y las mismas violaciones de derechos humanos pueden ocurrir de todos modos”.⁷² Como explica Allison-Hope en la publicación del blog, “la realización general de los derechos humanos no mejora si una empresa responsable decide no brindar servicio a un actor infame y una compañía diferente decide hacerlo de todos modos”.⁷³

Observamos más evidencia de que las empresas pueden ser más transparentes sobre su debida diligencia en materia de derechos humanos cuando los riesgos de derechos humanos relacionados con sus operaciones tienen un claro actor malo en el contexto de la Iniciativa de Red Global (GNI, por sus siglas en inglés). GNI se lanzó en 2008 para abordar cómo las empresas de tecnología pueden respetar mejor la libertad de expresión y los derechos de privacidad de los usuarios frente a las solicitudes diarias de los Gobiernos que piden a estas empresas que censuren el contenido, restrinjan el acceso a las comunicaciones y proporcionen acceso a los datos de los usuarios.⁷⁴ Los miembros de GNI acuerdan seguir los principios de GNI y seguir una guía de implementación. Como parte de su membresía, las empresas se evalúan

⁷¹ *Ibíd.*, pág. 3 (énfasis agregado).

⁷² BSR, “Google Celebrity Recognition API Human Rights Assessment”, cit.

⁷³ D. Allison-Hope, “Human Rights Assessments in the Decisive Decade”, cit.

⁷⁴ Global Network Initiative (GNI), “The GNI Principles at Work”, 2019.

cada dos años.⁷⁵ Aunque estas evaluaciones no son públicas, GNI⁷⁶ publica un informe resumido. A diferencia de los HRIA, en los que las empresas de TIC evaluadas son, con frecuencia, objeto de escrutinio, la membresía de GNI requiere que las empresas de TIC informen sobre los casos de esfuerzos del Estado para interferir con los derechos humanos. Dentro de este sistema, las empresas de TIC no corren el riesgo de ser identificadas como el actor malo; más bien, es más probable que su cumplimiento de los principios GNI pueda ayudarles a documentar su cumplimiento de la legislación y los procedimientos nacionales. Al hacerlo, pueden “saber y demostrar” que respetan los derechos humanos sin tener que asumir la responsabilidad de las violaciones de derechos humanos relacionadas con sus operaciones. El enfoque del INB centrado en el Estado parece ser menos riesgoso para las empresas que los HRIA independientes. Como Jørgensen y otros señalan, “las directrices desarrolladas por la RNB están orientadas a la interferencia del Gobierno, mientras que las prácticas corporativas fuera del eje Gobierno-empresa no se abordan. Como tal, las evaluaciones de riesgo realizadas de conformidad con las directrices de la RNB tienden a no analizar la gama completa de prácticas y procedimientos comerciales para sus posibles impactos sobre los derechos humanos”.⁷⁷

El alcance incierto de responsabilidad

En esta sección, discutimos la falta de comprensión y consenso en torno al grado en que las empresas de TIC deben ser responsabilizadas por los impactos en los derechos humanos dentro de la propia comunidad internacional, un problema que vinculamos al problema de la causalidad. Comenzamos con una discusión de cómo este déficit complica nuestra capacidad para evaluar las acciones de las empresas de TIC en relación con los impactos en los derechos humanos. Luego consideramos esta observación en el contexto de los diferentes enfoques que adoptan BSR y Article One para determinar si Facebook causó, contribuyó o está directamente vinculado a varios impactos en los derechos humanos identificados por sus respectivos HRIA. Argumentamos que en ausencia de un mayor consenso sobre este tema y, por lo tanto, de un mayor consenso sobre cómo evaluar las acciones de las empresas en relación con estos impactos, es poco probable que las empresas se sientan presionadas a tomar alguna medida.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ R.F. Jørgensen; C.B. Veiberg; N. ten Oever, “Exploring the Role of HRIA in the Information and Communication Technologies (ICT) Sector”, cit., pág. 5.

⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 6.

En 2016, el relator especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, David Kaye, presentó el primer informe de una serie destinada a “brindar orientación sobre cómo los actores privados deben proteger y promover la libertad de expresión en la era digital”.⁷⁸ Reconociendo que “el ejercicio contemporáneo de la libertad de opinión y expresión debe gran parte de su fuerza a la industria privada, que ejerce un enorme poder sobre el espacio digital”, el informe planteó una pregunta que la comunidad internacional aún debe resolver: “¿Hasta qué punto debería el [sector de las TIC] ser responsable de la promoción y protección de la libertad de opinión y expresión?”.⁷⁹

Actores privados en el sector de las TIC “hacen posibles las conexiones a internet”, “alojan información”, “facilitan la agregación, intercambio y búsqueda de información”, “producen y regulan el acceso a la propia contenido”, “conectan usuarios y comunidades” y “acumulan, reutilizan y venden datos”.⁸⁰ Al hacerlo, estas empresas actúan como una “puerta de entrada para la información y un intermediario para la expresión”⁸¹ con un enorme control e influencia sobre el flujo de información en la sociedad moderna. Este poder los deja vulnerables a las “presiones del Estado para realizar sus negocios de formas que interfieran con la libertad de expresión”.⁸² Incluso en ausencia de tal presión, las empresas de TIC poseen independientemente el poder de “promover o restringir derechos” una amenaza para los derechos humanos si no “garantizan la promoción y la protección de los derechos en la búsqueda de intereses comerciales”.⁸³

Además, en los últimos años, hemos visto cómo los impactos en la libertad de expresión y el acceso a la información y a la privacidad tienen el

⁷⁸ D. Kaye, “Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression”, Office of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Nueva York, A/HRC/32/38, 11 de mayo de 2016.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*, págs. 6-8.

⁸¹ *Ibíd.*, pág. 3.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ D. Kaye, “Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression”, cit. 3 (“Los Estados ejercen presiones innegables sobre el sector privado de la tecnología de la información y las comunicaciones que a menudo conducen a graves restricciones a la libertad de expresión”). Cabe señalar que este es un desarrollo bastante reciente, especialmente si consideramos las TIC como un sector. Por ejemplo, podría decirse que “las cuestiones sociales más importantes del sector de las TIC son las malas condiciones laborales fuera de Europa”. Este ya no parece ser el caso. Ver A. Martinuzzi; R. Kudlak; C. Faber; A. Wiman, “CSR Activities and Impacts of the ICT Sector”, Research Institute for Managing Sustainability, Vienna University, 2011, pág. 1.

potencial de afectar una variedad de otros derechos humanos reconocidos internacionalmente. Como lo demuestra la pandemia mundial actual, “las violaciones de la libertad de expresión y los derechos a la información pueden provocar o contribuir a la violación de otros derechos, como el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona”. Esto ha desencadenado una reacción en cadena por la violación de otros derechos, “como la no discriminación, la libertad de pensamiento, la libertad de asociación y el derecho a participar en el Gobierno”.⁸⁴ Además de estos, las evaluaciones que revisamos encontraron impactos de los derechos humanos en el derecho de reunión y asociación, derechos del niño, nivel de vida, acceso a la cultura. Estas amenazas se complican aún más por la naturaleza en rápida evolución de la industria de la tecnología y la innovación constante de productos, servicios y procesos que determinan el flujo de información en la era digital.

El informe de Kaye concluye que “a medida que avanza el proyecto de explorar las responsabilidades [del sector de las TIC]”, las empresas “deben evaluarse en función de las medidas que adoptan para promover y socavar la libertad de expresión, incluso en entornos hostiles que no respetan los derechos humanos”.⁸⁵ Sin embargo, esta orientación aparentemente sencilla ignora la realidad de que algunos riesgos de derechos humanos asociados con las operaciones comerciales del sector de las TIC se comprenden mejor que otros. Más específicamente, ignora el hecho de que la propia comunidad internacional carece de la comprensión y el consenso necesarios para evaluar si las acciones de una empresa constituyen un paso para promover o un paso para socavar la libertad de expresión. Y nos gustaría sugerir algo más: si un determinado objetivo de acción es promover o socavar uno de los derechos generalmente afectados por las empresas tecnológicas, depende del ojo del espectador. En ese sentido, la falta de consenso que destacamos es el resultado de amplios desacuerdos sobre los alcances y los límites de la libertad de expresión, la viabilidad y la conveniencia de posibles remedios a los daños producidos por el ejercicio de este derecho.

Para ilustrarlo, consideremos el HRIA de BSR sobre la presencia de Facebook en Myanmar. Como ya se señaló, BSR determinó que Facebook no causó ni causa ninguno de los impactos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos identificados. De hecho, la evaluación encontró que la empresa contribuyó a un solo impacto adverso sobre los derechos humanos

⁸⁴ N. Maréchal; R. MacKinnon; J. Dheere, “Getting to the Source of Infodemics: It's the Business Model”, Ranking Digital Rights, 2020.

⁸⁵ D. Kaye, “Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression”, cit., pág. 21.

relacionado con las operaciones de la empresa, violaciones a la libertad de expresión y, aun así, la empresa solo contribuyó a este impacto cuando eliminó contenido de la plataforma por error. Si bien BSR señala que las designaciones “causa”, “contribución” y que “están directamente vinculadas” provienen del principio 19 de los UNGP, la evaluación en sí no define estos términos. Sin embargo, detalla las implicaciones asociadas con cada uno.

Si se determina que la empresa ha causado el impacto identificado, “la empresa debe tomar las medidas necesarias para detener o prevenir el impacto”. Si se determina que la empresa ha contribuido al impacto, “la empresa debe tomar las medidas necesarias para detener o prevenir su contribución y utilizar su apalancamiento para mitigar cualquier impacto restante en la mayor medida posible”.⁸⁶ Si se determina que la empresa está vinculada al impacto a través de sus productos, servicios, operaciones o relaciones comerciales, “la empresa debe determinar la acción, en función de factores como el grado de influencia sobre la entidad en cuestión, cuán crucial es la relación para la empresa, la gravedad del abuso y si la terminación de la relación con la entidad en sí tendría consecuencias adversas para los derechos humanos”.⁸⁷ Estos términos son esquivos en general, pero lo son particularmente en relación con al tipo de acciones que suelen examinar los HRIA. En ese sentido, poder dar respuesta a la relación entre una plataforma de comunicación empresarial y un brote de violencia étnica depende en cierta medida de poder determinar qué causó ese brote de violencia en primer lugar, un problema que probablemente tenga múltiples causas. Entonces, si sabemos—por ejemplo—que una región particular del mundo sufre violencia étnica, los sistemas de comunicación eficientes que permitan la difusión de mensajes que alimentan esa violencia podrían causar, contribuir o estar vinculados a la violencia, una vez que eso ocurra. Creemos que hay un espacio razonable para el desacuerdo al responder esta pregunta, y este es uno de los desafíos que enfrentan los HRIA en el sector de las TIC.

El HRIA de Facebook de Myanmar subraya este punto. La evaluación establece “que las empresas de internet a menudo estarán vinculadas a impactos en los derechos humanos que no causan ni a los que contribuyen. Por ejemplo, las empresas de internet pueden estar vinculadas a discursos de incitación al odio, material de abuso sexual infantil y piratería que tiene lugar en sus plataformas a pesar de que ellos mismos no causan ni

⁸⁶ BSR, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Myanmar 1”, cit., págs. 33-34.

⁸⁷ *Ibíd.*

contribuyen a estos impactos adversos sobre los derechos humanos”.⁸⁸ La evaluación luego señala: “Cuando una empresa está vinculada a impactos sobre los derechos humanos, los UNGP esperan que las empresas tomen medidas, aunque la naturaleza de la acción será muy diferente de lo que la empresa había causado o contribuido a estos impactos”.⁸⁹ Al mismo tiempo, la evaluación admite que “la relación real entre el contenido publicado en Facebook y el daño fuera de línea no se comprende completamente”.⁹⁰ Como se señaló anteriormente, el HRIA de BSR que evalúa la presencia de Facebook en Camboya no presenta ninguna determinación sobre la relación de la empresa con los impactos identificados.

En contraste, las evaluaciones de Article One sugieren que la empresa puede haber contribuido a algunos de los impactos adversos sobre los derechos humanos identificados, pero en realidad no hacen explícita esa determinación. Por ejemplo, la evaluación de Sri Lanka afirma “que la plataforma de Facebook contribuyó a difundir rumores y discursos de incitación al odio, lo que puede haber llevado a la ‘violencia fuera de línea’”.⁹¹ En ambas evaluaciones, Article One encontró que la respuesta de Facebook a los impactos “fue lento y, en ocasiones, insuficiente, lo que potencialmente exacerbó los impactos” identificados.⁹² Refiriéndose a los UNGP y a la responsabilidad de Facebook de ejercer la debida diligencia para mitigar los impactos adversos sobre los derechos humanos relacionados con sus operaciones, la evaluación de Sri Lanka de Article One razonó que “la falta de Facebook de la debida diligencia formal en materia de derechos humanos en Sri Lanka antes de este HRIA y la limitada experiencia cultural y lingüística entre el personal de Facebook en el momento del incidente de Kandy en mayo de 2018 puede haber contribuido al daño fuera de línea derivado de la interacción en línea”.⁹³ Además, ambas evaluaciones concluyen que los impactos pueden haber sido “exacerbados ahora por etapas al utilizar algoritmos diseñados para impulsar la participación en la plataforma, independientemente de la veracidad o la intención del contenido”.⁹⁴ Por lo tanto, aunque las evaluaciones de Article One sugieren que Facebook puede haber contribuido a algunos de los impactos adversos sobre los derechos humanos

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 34.

⁸⁹ BSR, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Myanmar 1”, cit.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 24.

⁹¹ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka, cit.

⁹² *Ibid.*; Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Indonesia”, cit.

⁹³ Article One, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Sri Lanka, cit.

⁹⁴ *Ibid.*

identificados, no se pueden tomar determinaciones decisivas al respecto, al menos no en los resúmenes ejecutivos puestos a disposición del público.

La diferencia entre las evaluaciones de impacto BSR y Article One es difícil de evaluar. ¿Qué llevó a los investigadores en un caso a una conclusión de “vinculación” mientras que en otro caso los investigadores llegaron a una conclusión, aunque tentativa, de “contribución”? Nuevamente, en este escenario falta una pieza fundamental del rompecabezas: conocimiento y comprensión insuficientes en términos de los efectos sociales de estas tecnologías. Este es un viejo problema. En 2006, Michael Kuhndt, Justus von Geibler y Martin Herrndorf identificaron este desafío al evaluar las contribuciones de las TIC a los objetivos de desarrollo del milenio de entonces, ya que “los enfoques singulares existentes no tienen en cuenta las cadenas causales que vinculan las actividades de las empresas con los resultados sociales”.⁹⁵ Las recomendaciones formuladas en un momento en el que lo que se buscaba era descubrir los impactos beneficiosos del sector de las TIC deberían informar una búsqueda de impactos negativos: “El sector de las TIC debería tener como objetivo proporcionar información sobre todos los pasos de la cadena causal para demostrar la existencia de beneficios de las TIC e identificar los obstáculos más críticos hacia una extensión de las oportunidades que se han realizado hasta la fecha”.⁹⁶

Algunas dificultades al respecto están relacionadas con la opacidad de las empresas. Por ejemplo, un área que parece ser particularmente difícil de analizar es el uso de algoritmos para determinar lo que ven los usuarios. Pero incluso en un caso de transparencia total del algoritmo, establecer un vínculo directo entre una empresa y los impactos adversos más graves en los derechos humanos, como la seguridad, la libertad de expresión, la privacidad y la no discriminación podría ser muy difícil, si no imposible.

Consideremos, por ejemplo, los siguientes riesgos de derechos humanos para la seguridad identificados en el HRIA de Birmania de BSR: “La infor-

⁹⁵ M. Kuhndt; J. von Geibler; M. Herrndorf, “Assessing the ICT Sector Contribution to the Millennium Development Goals: Status Quo Analysis of Sustainability Information for the ICT Sector”, Wuppertal Report, 2006, pág. 20.

⁹⁶ M. Kuhndt; J. von Geibler; M. Herrndorf, “Assessing the ICT Sector Contribution to the Millennium Development Goals, cit., pág. 20. Curiosamente, Kuhndt y otros identifican seis indicadores que deberían desarrollarse para comparar los impactos potenciales: actividad, acceso, preparación del usuario, uso, causa y efecto y resultado social. Pero, como pronto reconocerán, de estos, los indicadores de causa y efecto “que describen la contribución concreta del suministro y el uso de las TIC a los resultados ambientales, sociales o económicos están menos desarrollados que los otros tipos de indicadores”. Ver M. Kuhndt y otros, *ibid.*, pág. 23.

mación errónea y la desinformación que tiene por objeto incitar o exacerbar la violencia o coordinar el daño puede publicarse en la plataforma de Facebook, pero no descubrirse ni eliminarse”.⁹⁷ Es muy poco probable que los evaluadores puedan determinar con certeza hasta qué punto los sistemas operativos de Facebook contribuyeron a los daños fuera de línea a los que se refiere este riesgo. Si bien existe la posibilidad de que se observen o documenten impactos adversos sobre los derechos humanos relacionados con el empleo, la conexión entre los algoritmos de Facebook y los sistemas de revisión de contenido automatizados y la violencia fuera del sitio pueden ser mucho más difícil de observar. Esto se ve agravado aún más por los propios sistemas operativos. Debido a que no hay dos usuarios que tengan la misma experiencia en la plataforma, es mucho más difícil monitorear el abuso de la plataforma. Un informe reciente de Ranking Digital Rights sobre este tema afirma: “La desinformación, la desinformación, el discurso del odio y las estafas de todo tipo son poderosos precisamente porque los sistemas de optimización de contenido automatizados de las plataformas digitales los dirigen solo a las personas que son más vulnerables a estos mensajes, mientras que los ocultan de otros usuarios que de otro modo estarían en condiciones de señalarlos”.⁹⁸ En ausencia de una mayor comprensión y consenso sobre lo que constituyen pasos para promover y lo que constituyen pasos para socavar la libertad de expresión, los HRIA pueden tener dificultades para influir en la acción de las empresas.

Este punto ya se ha dicho antes, Jørgensen y sus colaboradores dijeron que “es un desafío identificar los impactos adversos sobre los derechos humanos en el sector debido a la diversa gama de actividades, las huellas físicas y virtuales de los actores que componen la industria, así como el tamaño y el carácter global de los titulares de derechos afectados”.⁹⁹ Estas características de las TIC explican por qué la incertidumbre en términos de evidencia, causalidad y, por lo tanto, evaluación es tan difícil de lograr.

Efectivamente, el papel que desempeñan muchas empresas de TIC como guardianes e intermediarios en el ecosistema en línea implica que la forma en que priorizan, seleccionan, eliminan, procesan y comparten el contenido afecta la información que los usuarios pueden comunicar, acceder y ver a través de sus servicios y plataformas. (...)

⁹⁷ BSR, “Human Rights Impact Assessment: Facebook in Myanmar 1”, cit., pág. 35.

⁹⁸ N. Maréchal; R. MacKinnon; J. Dheere, “Getting to the Source of Infodemics: It's the Business Model”, cit., pág. 20.

⁹⁹ R.F. Jørgensen; C.B. Veiberg; N. ten Oever, “Exploring the Role of HRIA in the Information and Communication Technologies (ICT) Sector”, cit., pág. 2.

Del mismo modo, las medidas de autorregulación para contrarrestar, por ejemplo, el discurso de odio, afectan la forma en que los usuarios encuentran contenido y expresión sobre temas sensibles (...). Sigue siendo una pregunta abierta cómo las preocupaciones de libertad de expresión planteadas por la política corporativa, el diseño y las opciones de ingeniería deben conciliarse con la libertad de las entidades privadas para diseñar y personalizar sus plataformas como deseen.¹⁰⁰

Esta pregunta abierta no se debe solo a una investigación insuficiente y a llamadas causales difíciles. También es el resultado de un profundo desacuerdo en cuanto a qué constituye un mal, si el mal merece un remedio y quién debería estar a cargo de ejecutarlo. Consideremos el siguiente ejemplo. Supongamos que en un país determinado crece y se hace más visible un grupo de derecha antiinmigración. Emite declaraciones que son claramente racistas, llamando a los inmigrantes con nombres despectivos, culpándolos del aumento de la delincuencia, etc. Su discurso es extremo y podría clasificarse bajo diferentes concepciones como discurso de odio. ¿Qué debemos hacer al respecto? Esta pregunta no tiene una respuesta fácil. En los Estados Unidos, por ejemplo, los grupos de odio pueden ejercer una amplia libertad de expresión que permite todo tipo de comentarios de odio, siempre que no estén claramente relacionados con un “peligro inminente o un gran mal sustantivo”.¹⁰¹ Sin embargo, en Alemania un caso así tendría un resultado muy diferente, ya que la incitación al odio se castiga mucho más directamente. Incluso si estuviéramos algo de acuerdo en que el discurso produce un agravio que se vuelve ilegal porque, por ejemplo, según los estándares interamericanos de derechos humanos está demasiado directamente conectado con un ejercicio real y probable de violencia, no estaríamos de acuerdo sobre qué remedio es el más eficaz. Por ejemplo, ¿censurar o castigar este discurso es la mejor manera de combatir su maldad o deberíamos concentrarnos en producir las razones que hacen que este discurso sea moral y políticamente incorrecto, objetable y reprobable? Si se requiere reproche, ¿quién debería hacerlo? ¿El Estado o los ciudadanos?

El desacuerdo que existe en torno al alcance de las protecciones de la libertad de expresión, en particular, hace que los HRIA sean muy difíciles de ser una herramienta útil para evaluar este tipo de errores, que enfrentan

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pág. 3.

¹⁰¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43, 1977, disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43>.

valores importantes (como la igualdad o la concepciones de la libertad de expresión). Según el que elijamos o por el que estemos delimitados, las fichas caerían en lugares muy distintos.

Transparencia procesal de los HRIA (y su falta)

La sección final de nuestro análisis se centra en la falta general de transparencia y coherencia con respecto al proceso, la metodología y la participación de las partes interesadas en relación con la implementación de los HRIA en el sector de las TIC. Comenzamos esta discusión considerando la importancia de la transparencia, la participación externa y el monitoreo independiente para asegurar la debida diligencia efectiva en materia de derechos humanos. A continuación, presentamos los resultados de un estudio de 2015 que examina las diferentes formas en que las empresas llevan a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos y consideramos las implicaciones de estos resultados en el contexto del sector de las TIC.

Para comprender la importancia de la transparencia y la participación externa en el proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos, es fundamental comprender los “orígenes del debate sobre el desempeño de las empresas en materia de derechos humanos” y el “nivel relativamente bajo de consenso en torno a valores compartidos y estándares adecuados de buenas prácticas en el HRIA”.¹⁰² Debido a que “el fracaso y las deficiencias de los mecanismos internacionales existentes para abordar de manera eficaz (...) las cuestiones de derechos humanos están bien catalogadas”, y el uso de “varios procesos de autorregulación” también han sido ineficaces, “es probable que se realice un escrutinio intenso de las empresas que utilizan los HRIA para cumplir con sus obligaciones en materia de DD.HH.”.¹⁰³ Debido a que es probable que los HRIA sean recibidos con escepticismo, “se vuelve aún más importante examinar el grado en que hay entendimientos compartidos en relación con el proceso de HRIA, y que estos entendimientos compartidos pueden actuar como una base firme para la práctica futura en el campo”.¹⁰⁴

¹⁰² J. Harrison, “Establishing a Meaningful Human Rights Due Diligence Process for Corporations: Learning from Experience of Human Rights Impact Assessment”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 31, N° 2, 2013, disponible en: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14615517.2013.774718>.

¹⁰³ *Ibid.* Las partes interesadas pertinentes querrán tener la seguridad de que un HRIA representa un proceso sólido y significativo que identificará los riesgos y preocupaciones más importantes en materia de derechos humanos, incluso cuando se pueda considerar que la identificación de tales cuestiones causa problemas a las empresas interesadas”.

¹⁰⁴ *Ibid.*

En este sentido, la transparencia es esencial porque “los evaluadores que llevan a cabo procesos de diligencia debida deben aprender unos de otros sobre cómo deben funcionar esos procesos”.¹⁰⁵ La transparencia permite a las empresas responder preguntas como: “¿Qué indicadores deben utilizarse (...)?” ¿Qué evidencia se requiere para respaldar las conclusiones sobre los impactos en relación con aspectos particulares de la actividad empresarial (...)?” ¿Qué forma deben adoptar las recomendaciones para garantizar que es probable que quienes promulgarán el cambio actúen sobre ellas?”.¹⁰⁶ La transparencia también es necesaria para que los actores externos evalúen el desempeño de una empresa. Además, “aquí es necesario distinguir cuidadosamente entre un proceso público y verificable de evaluación del impacto en los derechos humanos y una evaluación privada del riesgo de los derechos humanos realizada por empresas exclusivamente para su propio uso interno”.¹⁰⁷ Si bien estos pueden ser útiles, “no deben verse como una forma de diligencia debida que cumpliría con los requisitos del marco Ruggie sin, como mínimo, que se adopten los requisitos de transparencia adicionales establecidos anteriormente”.¹⁰⁸ Además, aunque “aquí habrá ocasiones en las que sea necesario mantener cierta información en secreto y no publicarla como parte del proceso de presentación de informes (...) las situaciones en las que esto será necesario deben ser relativamente raras y la información que debe mantenerse en secreto no debe ser extensa”.¹⁰⁹

Asimismo, la participación externa es vital para los HRIA tanto porque “las partes interesadas son vitales para la credibilidad de los HRIA” y porque “las personas y las comunidades afectadas a menudo están en la mejor posición para informar al proceso del HRIA sobre los impactos reales y potenciales de los actores corporativos en los derechos humanos sobre ellos”.¹¹⁰ Debido a que la presión externa de la sociedad civil “suele ser la fuerza que atrae la atención mundial a los problemas de derechos humanos relacionados con las operaciones de una empresa”, es vital que estas partes interesadas también puedan comprometerse con el HRIA como verificadores de la credibilidad de su metodología y la confiabilidad de sus resultados”.¹¹¹

Reconociendo la “información limitada disponible” sobre cómo las empresas llevan a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos en

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pág. 112.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Ibíd.*, pág. 113.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

la práctica, en 2015, los investigadores del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado (BILCL, por sus siglas en inglés) se asociaron con el Grupo de Ética Empresarial y Anticorrupción del Derecho Global de la firma Norton Rose Fulbright LLP para estudiar “hasta qué punto, si es que lo hacen, las empresas están llevando a cabo actualmente”¹¹² la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este artículo presenta los hallazgos de un estudio basado en “literatura documental combinada, investigación política y legal”, “conocimientos cualitativos obtenidos empíricamente a través de encuestas y entrevistas”. La encuesta realizada fue completada por 152 encuestados entre junio y julio de 2015 y fue seguida de “entrevistas semiestructuradas” con 14 personas “que trabajan en empresas de alto nivel y con conocimiento de las prácticas de [debida diligencia en materia de derechos humanos] dentro de su empresa, como así como una mesa redonda”. Las entrevistas se llevaron a cabo entre octubre de 2015 y enero de 2016. La encuesta encontró que casi la mitad de los encuestados nunca había realizado un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos ni había realizado un HRIA.¹¹³ De estos encuestados, el 72,34% “indicó que había considerado los derechos humanos como parte de otros procesos, principalmente la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, los derechos laborales, la igualdad y la no discriminación, y los derechos comunitarios, indígenas o territoriales”.¹¹⁴ El estudio encontró que los encuestados, cuyas empresas habían realizado actividades de derechos humanos y de diligencia debida, tenían muchas más probabilidades de identificar derechos humanos reales o potenciales que aquellos cuyas empresas no habían realizado estas actividades, “pero [que habían] considerado los derechos humanos como parte de otros procesos de diligencia debida”.¹¹⁵ Mientras que “el 77,14% de las empresas que utilizan diligencia debida de derechos humanos identifican impactos adversos, el 80,77% de las empresas que utilizan [diligencia debida de derechos humanos] no específicos no identifican impactos adversos”.¹¹⁶

El estudio cita varios ejemplos de marcos regulatorios que exigen la debida diligencia empresarial relacionada con los derechos humanos, pero en última instancia concluye que es poco probable que el cumplimiento de

¹¹² R. McCorquodale, “Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 195, 2017.

¹¹³ *Ibíd.*, pág. 205.

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ *Ibíd.*, pág. 206.

estos requisitos reglamentarios satisfaga realmente la responsabilidad de una empresa de llevar a cabo la debida diligencia en materia de derechos humanos.¹¹⁷ Si bien diversas normativas sectoriales específicas requieren la debida diligencia “para actividades que pueden tener implícitamente impactos en los derechos humanos”, el cumplimiento de este tipo de regulaciones por sí solo perderá componentes clave de la debida diligencia en derechos humanos. Para ilustrarlo, considérese la Directiva de Transparencia de la Unión Europea, que exige la presentación de informes país por país sobre los pagos materiales realizados a los Gobiernos por las grandes empresas extractivas y madereras.¹¹⁸ Si bien estos informes “pueden mejorar las condiciones de derechos humanos indirectamente, este tipo de regulación no requiere la identificación o el tratamiento de los impactos sobre los derechos humanos dentro de las propias operaciones de la empresa o dentro de su cadena de valor”.¹¹⁹ Además, “la mayor parte de esta legislación y regulación no está expresamente en términos de derechos humanos y generalmente requiere que las empresas informen sin exigir expresamente a las empresas que aborden y remedien sus impactos en los derechos humanos”.¹²⁰

Como se indicó al comienzo de este documento, la investigación sobre cómo se están implementando los HRIA en el sector de las TIC se limita necesariamente a lo que las propias empresas hacen público. Facebook ha puesto a disposición del público cuatro HRIA, aunque tres de esos cuatro HRIA se publicaron en un formato de resumen ejecutivo de ocho páginas, y estos resúmenes ejecutivos no hicieron determinaciones sobre la relación de Facebook con los impactos que identificaron esos HRIA. Google ha puesto un HRIA a disposición del público, aunque, como se mencionó anteriormente, estamos limitados a un resumen de cuatro páginas de la evaluación y la evaluación no evalúa a Google en sí. El sitio web de Telefónica indica que “se basa en expertos externos para [los HRIA]” y que BSR realizó una de esas evaluaciones para la empresa en 2013 y Negocios y Derechos Humanos (BHR) realizó otra en 2018.¹²¹ Telia ha puesto a disposición del público tres

¹¹⁷ Ley de Esclavitud Moderna de 2015 del Reino Unido (analizada en el documento 1), Ley de Cadenas de Suministro de Transparencia de California de 2010 (CTSC),

¹¹⁸ *Ibid.* Regulaciones similares incluyen la sección 1.501 de la Ley de Protección al Consumidor y Reforma de Wall Street Dodd-Frank de EE.UU. (requisitos); Ley de Prohibición de la Tala Ilegal en Australia (requisitos).

¹¹⁹ R. McCorquodale, “Human Rights Due Diligence in Law and Practice”, cit., pág. 202.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ J. Montero Rodil, “EU Merger Control Guidelines Review: towards a more Competitive Europe?”, 2025, disponible en: <https://www.telefonica.com/en/web/responsible-business/human-rights>.

HRIA en su totalidad: un informe resumido del proyecto de veinte páginas sobre el plan de desinversión de la empresa para la región comercial de Eurasia, y dos HRIA completos de cuarenta páginas sobre la presencia de la empresa en Lituania y Suecia. Microsoft se destaca en este sentido. La empresa publica un informe anual de derechos humanos que proporciona detalles sobre los riesgos de derechos humanos más destacados, sin embargo, estos informes no determinan la relación de la empresa con los impactos.

Por lo tanto, existe una falta generalizada de transparencia sobre lo que las empresas de TIC de los HRIA divulgan al público, en qué formato y cuándo. Esta falta de transparencia es problemática porque obstaculiza la posibilidad de que los evaluadores aprendan de otros HRIA. También hace que sea difícil evaluar el desempeño de una empresa y evaluar si está cumpliendo con su responsabilidad de respetar los derechos humanos o no. Esta falta de transparencia se extiende a las partes interesadas involucradas en el proceso. Ninguno de los HRIA revisados revela qué partes interesadas fueron consultadas en el proceso, lo que puede poner en peligro la credibilidad de las observaciones y de las recomendaciones realizadas. Además, debido a las consideraciones técnicas en cuestión, la necesidad de consultas externas con ingenieros y otros expertos con conocimientos para asesorar a los evaluadores puede hacer o deshacer la validez de los hallazgos en un HRIA del sector de las TIC. Quizás lo más importante, como tienden a mostrar los HRIA publicados por Facebook, es que no está del todo claro por qué ciertos HRIA son conductas y se dan a conocer al público. No sabemos qué proceso están siguiendo las empresas y cuándo podemos esperar recibir comunicaciones sobre actualizaciones sobre el progreso que nos permitan hacer un seguimiento del progreso que estas empresas están haciendo con respecto a su responsabilidad de respetar los derechos humanos. En cierto sentido, esta publicación esporádica de objetivos de evaluación, aparentemente elegidos al azar, puede garantizar que el público no pueda, de hecho, emitir juicios informados sobre los impactos en los derechos humanos por los que el sector de las TIC está asumiendo responsabilidad y qué pasos están tomando en respuesta a ese reconocimiento de responsabilidad.

Conclusión: los desafíos futuros

Las tendencias que surgieron en nuestra revisión están interconectadas y probablemente sean el resultado directo de un marco que no impone obligaciones legalmente exigibles a las empresas con respecto a sus expectativas de proteger los derechos humanos. El sistema se ve obstaculizado aún más por

lo que parece ser un exceso de discrecionalidad que otorga a las empresas en un intento por promover el cumplimiento. Como resultado, tenemos una visibilidad limitada del trabajo que las empresas están haciendo para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Esto deja a la comunidad internacional y a los titulares de derechos por igual incapaces de evaluar si el marco en sí es adecuado para abordar las violaciones de derechos humanos relacionadas con el trabajo de las empresas en todo el mundo. A medida que sigue creciendo la demanda de responsabilidad por los riesgos de derechos humanos asociados con las empresas, necesitamos una forma de evaluar las fortalezas y debilidades del marco actual.

Es probable que este problema tenga muchas causas. Ya señalamos una: la naturaleza voluntaria del marco de Ruggie significa que corresponde a las empresas decidir el alcance de sus programas de derechos humanos, incluidos sus HRIA.¹²² Como señalaron Steven Bittle y Laureen Snider, es imposible ignorar la “contradicción estructural entre la obligación legal de la corporación de maximizar las ganancias para sus accionistas y sus obligaciones no obligatorias de derechos humanos”.¹²³ Para ellos, esto “es una debilidad importante en el trabajo de Ruggie: la corporación está legalmente comprometida a respetar las ‘leyes del mercado, no (...) los estándares de derechos humanos’”.¹²⁴ En ese sentido, esta debilidad es el resultado del acuerdo que significó el marco de Ruggie con respecto a la lucha de una década por la responsabilidad de las corporaciones por los abusos de los derechos humanos en el corazón de la ONU, un punto que discutimos en nuestro documento anterior.¹²⁵ Pero no se debe negar al punto el centro de la escena que merece por haberse hecho ya: por el contrario, seguimos creyendo que mientras los HRIA sigan estando más cerca del mundo de la responsabilidad social corporativa que el derecho de los derechos humanos, estos límites inherentes no solo son de esperar, pero son, hasta cierto punto, inevitables.

Esto no significa que los HRIA y las prácticas corporativas construidas en torno a ellos en el sector de las TIC no vayan a tener un impacto regulatorio, especialmente si lo definimos como la capacidad de cierta práctica para generar criterios similares a reglas que los actores del campo obedecen rutinariamente. Esta visión amplia de la “regulación” es algo aceptada dentro

¹²² R. Álvarez Ugarte; L. Krauer, “El sector TIC y derechos humanos”, cit.

¹²³ S. Bittle; L. Snider, “Examining the Ruggie Report: Can Voluntary Guidelines Tame Global Capitalism?”, *Critical Criminology*, vol. 21, N° 2, 2013, pág. 188, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10612-013-9177-4>.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ R. Álvarez Ugarte; L. Krauer, “El sector TIC y derechos humanos”, cit.

del campo.¹²⁶ Esta definición sugeriría que ciertos códigos de conducta voluntarios pueden alcanzar un grado de aceptabilidad dentro de una industria que desempeña una función reguladora eficaz, incluso si no es en la forma en que normalmente ocurre la regulación. Pero ese futuro aún está lejano y creemos que, con la información de que disponemos ahora, es difícil predecir si se alcanzará esa etapa en la trayectoria actual de los acontecimientos. Creemos que el futuro depende de un tema en particular: la forma en que se regularán las empresas dominantes de internet. Ya no es una cuestión de *si*, la de *cundo* también aparece lo suficientemente cerca, pero es la cuestión de *cómo* lo que parece ser más relevante e incierto.

Nuestra conjetura informada es que la forma que adoptará esta regulación es probablemente una combinación de diferentes enfoques regulatorios. No hay forma pura esperando al final del camino, ni el modelo jurídico estatal ni el tratado internacional; ni autorregulación corporativa o ninguna regulación en absoluto. Siguiendo a Chris Marsden y a sus colaboradores, creemos que estas empresas serán reguladas de diferentes formas para diferentes propósitos y tendrán una combinación de autorregulación, autorregulación auditada, autorregulación formal o corregulación y esto terminará controlando el panorama regulatorio.¹²⁷ Quizás en ese crisol de reglas y prácticas, los HRIA tendrán un papel que desempeñar.

Pero antes de avanzar en la exploración de posibles futuros, es necesario distinguir entre empresas que están reguladas de forma no controvertida por Estados nacionales como, por ejemplo, empresas de telecomunicaciones, y aquellas que no están reguladas por los Estados nación o están reguladas de forma inconsistente, problemática o controvertida. Plataformas como Facebook o empresas como Google, cuyos HRIA hemos analizado con más detalle en las secciones anteriores, caen claramente en esta última categoría. Estas empresas están reguladas no como un sector industrial específico (las empresas de telecomunicaciones son alcanzadas por los marcos de telecomunicaciones) sino como un subproducto de preocupaciones que no están directamente relacionadas con la tecnología en sí. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con las leyes de incitación al odio en Europa o los enfoques de desinformación conyugal en Alemania y Francia, que llegan a las empresas de internet de la misma manera (o similar) que a los medios de comunicación.

¹²⁶ Ver R. Baldwin; M. Cave; M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 2-3, disponible en: <http://doi.wiley.com/10.1111/j.1467-9299.2012.02049.x>.

¹²⁷ C. Marsden; T. Meyer; I. Brown, "Platform Values and Democratic Elections, cit., págs. 12-13.

En ocasiones, estas leyes se aplican específicamente a las empresas de internet porque los legisladores perciben que su alcance o impacto es especialmente preocupante (como ocurre con los ejemplos dados, sobre el discurso de odio y la desinformación). A veces, las regulaciones buscan eximir a estas empresas de un régimen de responsabilidad más general, como la sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones de 1996 y las legislaciones de todo el mundo que siguieron ese modelo. Se trata de normas estatutarias que no alcanzan el pleno funcionamiento de las empresas del segundo grupo, pero sí llegan a algunos de sus productos y actividades. Es importante tener en cuenta estos dos tipos de empresas, ya que la incertidumbre solo acecha (o acecha principalmente) a las compañías del segundo grupo. Entonces, lo siguiente se desarrolla con esa incertidumbre específica en mente.

¿Cómo será la futura regulación para estas empresas? Identificamos así cuatro escenarios posibles, para diferentes cuestiones, siguiendo el modelo de Marsden y sus colaboradores.

1. La responsabilidad social empresarial probablemente seguirá siendo una parte fundamental del enfoque en el sector de las TIC. Las empresas generalmente disfrutan de un gran margen de maniobra, en el sentido de que es una práctica que está al cien por cien bajo su control y las acciones que caen bajo la amplia etiqueta de RSE generalmente generan recompensas que pueden traducirse de una manera que sigan los objetivos monetarios de las corporaciones.
2. Autorregulación no auditada. Marsden y colaboradores mencionan dentro de esta categoría: a) códigos de prácticas de industrias; y b) informes de transparencia.¹²⁸ Esta última es una práctica habitual que, en los últimos años, ha mejorado de forma constante en los principales actores del sector TIC, aunque creemos que hay margen de mejora. El primero, por otro lado, aún no se ha materializado por completo, pero se puede considerar que algunas iniciativas tienen un alcance industrial. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con los principios de Manila sobre responsabilidad de intermediarios y lo que puede suceder con los principios de Santa Clara sobre moderación de contenido. Si suficientes actores dentro de la industria acatan estas declaraciones generales de propósito que, en ocasiones, brindan orientación y principios específicos útiles para guiar la conducta corporativa, entonces surgiría algo parecido al punto a).
3. Autorregulación auditada. Esto sucede cuando algún organismo ejerce algún tipo de función de supervisión. Una vez más, en un mundo que

¹²⁸ *Ibíd.*, pág. 12.

se parece muy poco a la regulación que generalmente promueve el Estado nación, esto puede parecer extraño. Marsden y otros, por ejemplo, identifican el código de prácticas europeo de 2018 y los informes de auditoría de la RNB dentro de esta categoría.¹²⁹ De hecho, la RNB parece ser un organismo externo diseñado para incluir a diferentes partes interesadas que evalúan eficazmente los comportamientos de los miembros cada dos años. A pesar de que su enfoque se limita a la privacidad y a la libertad de expresión y no considera otros derechos humanos,¹³⁰ en la medida en que ejerce algún tipo de función de supervisión sobre las empresas miembro, GNI parece ser una especie de autorregulación que es auditada por un tercero.

4. Corregulación. Este es un animal extraño: un código de conducta para toda la industria que ha sido aprobado por un regulador tradicional, ya sea una legislatura o una agencia administrativa. Creemos que no cae dentro del modelo de Marsden y otros, pero ha habido una práctica que parece acercarse a esta forma de regulación. Nos referimos a la práctica de principios generales como, por ejemplo, las declaraciones de Manila o Santa Clara, que eventualmente informan la legislación nacional. Es posible que la conexión no sea directa: por ejemplo, los legisladores pueden simplemente seguir esos principios generales porque creen que hacerlo sería una buena legislación, o pueden hacerlo porque fueron presionados por empresas, o lo que sea. Quizás esos principios ni siquiera se mencionan en el reglamento que nos ocupa. Pero la correlación es un buen antecedente para este tipo de regulación.
5. Regulación estatutaria. Muchos aspectos de internet están regulados por regulaciones legales, pero esto se aplica de manera desigual según el país que realiza la regulación. En ese sentido, como señalamos en el primer documento—y el marco de Ruggie correctamente reconoce—no todos los países disfrutaban en la práctica de la misma capacidad regulatoria que tienen en teoría. Esto se debe a una gran cantidad de razones, pero la participación de mercado parece ser un gran impulsor de la división.

Mientras tanto, mientras esperamos la llegada del futuro, creemos que las empresas podrían mejorar su enfoque de los HRIA, especialmente en tres áreas en las que se requieren mejoras: más transparencia, una visión más

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ R.F. Jørgensen; C.B. Veiberg; N. ten Oever, “Exploring the Role of HRIA in the Information and Communication Technologies (ICT) Sector”, cit., pág. 6.

desarrollada de la causalidad basada en la investigación y consistencia en toda la industria. En primer lugar, las empresas deberían ser más transparentes sobre cómo utilizan los HRIA, cuándo deciden participar en este tipo de análisis, el tipo de trabajo interno que se realiza antes de que se lleve a cabo y sus efectos en las políticas de la empresa. No sabemos si las empresas están siguiendo el proceso detallado descrito por Désirée Abrahams y Yann Wyss,¹³¹ o alternativas menos estructuradas. En cualquier caso, se requiere más transparencia que actualmente falta. El hecho de que algunos HRIA se hayan revelado en su totalidad, pero la mayoría se hayan compartido en forma de resumen ejecutivo debería demostrarlo por sí mismo.

En segundo lugar, es fundamental que los HRIA exploren con más detalle la difícil cuestión de la causalidad. Como señalamos anteriormente, el lenguaje que el marco de Ruggie presta a los HRIA se limita especialmente a evaluar el impacto de algunas tecnologías en los derechos humanos, especialmente en el sector de las TIC y especialmente en lo que respecta a plataformas y servicios cuyo uso aún no se comprende del todo. El no causar o contribuir pero estar vinculado a daños a los derechos humanos es una valoración que se podría hacer de manera general respecto a cualquier tecnología que sea utilizada por las personas como herramienta para realizar determinadas acciones. En ese sentido, los HRIA publicados por Facebook son muy contundentes en este punto: llegan a la misma conclusión, una y otra vez, porque se basan en una historia de causalidad en la que Facebook simplemente ofrece una herramienta que puede usarse para bien o para mal. Hasta cierto punto, el uso que la gente haga de este tipo de tecnologías no debería hacer que la empresa a cargo de la tecnología sea estrictamente responsable. Pero, ¿deberían ser responsables de la tecnología que desarrollan? Ésta es una pregunta sin una respuesta obvia. Por un lado, todos aceptamos que se requiere cierto grado de responsabilidad, por ejemplo, para hacer frente a la pornografía infantil. Pero, por otro lado, todos discrepamos en cuanto al tipo de participación que las empresas deberían tener con respecto a otros temas como, por ejemplo, la construcción de puertas traseras sobre tecnologías de cifrado. No está claro dónde caerán los chips con respecto a varios de estos temas, pero no hay duda de que las grandes empresas tecnológicas están asumiendo la responsabilidad de maneras que claramente tendrán un impacto en los resultados regulatorios del futuro. Si se mueven

¹³¹ D. Abrahams; Y. Wyss, "Guide to Human Rights Impact Assessment and Management", International Business Leaders Forum, International Finance Corporation & Global Compact de las Naciones Unidas, 2010.

en esta dirección, se necesitan más investigaciones para comprender mejor las relaciones de causalidad que se encuentran dentro de los daños que el marco de Ruggie busca prevenir.

En tercer lugar, nuestro estudio de los HRIA sugiere que esta es una herramienta que las empresas adoptan voluntariamente y nada las obliga a tomar este camino en particular. Una excepción a este principio general sería el INB: las empresas de la iniciativa parecen estar bajo cierto grado de estímulo para realizar análisis de diligencia debida y quizás utilizar esta herramienta para evaluar la forma en que sus productos afectan los derechos humanos en diferentes contextos. Pero el papel de GNI como autorregulador en Marsden y otros¹³² aún no está completamente claro. Creemos que es un desarrollo que fortalecería a los HRIA como herramienta si sucediera.

¹³² C. Marsden; T. Meyer; I. Brown, "Platform Values and Democratic Elections, cit., pág. 12.

La legislación y sus efectos: algunas experiencias del derecho comparado

Emiliano Vitaliani

Introducción

En trabajos anteriores, el CELE puso el foco en cómo evaluaban las compañías, y en especial las de TIC, el impacto de su actividad en términos de derechos humanos. Esas investigaciones buscaron presentar el marco conceptual en el que operan los llamados *human rights impact assessments* (HRIA, por sus siglas en inglés), que parece ser una herramienta preponderante y en crecimiento en el mundo de la tecnología. Asimismo, buscaron echar luz sobre cómo la industria de las telecomunicaciones los han utilizado en el pasado reciente. Este artículo propone una mirada distinta pero complementaria: estudiar esta misma actividad (la evaluación de impacto) pero en las legislaturas. Para decirlo de otra manera: nos interesa recabar información sobre cómo las legislaturas alrededor del mundo evalúan el impacto de las leyes que promulgan.

La evaluación del impacto de las leyes promulgadas por los parlamentos en términos de derechos humanos es especialmente relevante a la hora de pensar en la libertad de expresión. El rol de las regulaciones estatales en el funcionamiento del debate público ha estado en el centro de las preocupaciones de quienes se detuvieron a reflexionar en torno a la libertad de expresión desde un primer momento. Más allá de las diferentes posiciones en torno al rol del Estado para este derecho, es indudable que es un actor central y que por lo tanto es necesario contar con mecanismos que nos permitan evaluar las consecuencias de su actividad. En este contexto, se torna especialmente necesario conocer el funcionamiento del HRIA a nivel parlamentario.

Este fenómeno parte de tendencias más o menos usuales en los Poderes Legislativos. Por ejemplo, es usual que las normas jurídicas no logren alcanzar los objetivos propuestos. También, en ocasiones, producen con-

secuencias que no habían sido predichas por sus redactores. Esto puede deberse a diversos factores tales como problemas de comprensión sobre el universo en el que están interviniendo o una redacción pobre o una falta de conocimiento sobre la experiencia comparada. Estas dinámicas explican por qué muchas legislaturas desarrollaron mecanismos institucionales que les permitan mitigar estos errores y mejorar la calidad de su legislación o, en caso de haber cometido algún error, corregirlo.

Este artículo se propone abordar los desafíos que representa la actividad legislativa a la luz de la creciente complejidad técnica del mundo en el que vivimos. Para ello, primero pondremos el foco en aquellos aspectos problemáticos de la relación entre conocimiento experto, representación y derechos humanos para más adelante describir los distintos mecanismos institucionales a los que recurrieron los diferentes países para solucionar estos problemas. Si bien el artículo no es exhaustivo, por lo que pueden existir mecanismos no contemplados aquí, sí creemos que presentamos un buen panorama general sobre los cambios en el proceso legislativo orientados a reducir la posibilidad de error y a aumentar la efectividad de las regulaciones.

Por último, describimos la experiencia del *post-legislative scrutiny*. Este mecanismo legal permite a los legisladores evaluar las consecuencias de sus propias normas y los enfrenta con los éxitos o los fracasos de las políticas propuestas. De esta forma, si los mecanismos preventivos hubieran fallado, las consecuencias de los errores de política pública no se extienden más allá del momento del escrutinio posterior.

Los desafíos de la complejidad

Las democracias representativas contemporáneas gestionan sus leyes mayormente a través de sus parlamentos. Si bien el principio de autogobierno colectivo sigue funcionando como principio rector de los sistemas democráticos, en la práctica esto significa que la ciudadanía puede influir en las normas que la rigen a través del “castigo” a aquellos partidos cuyo desempeño rechazan la elección de candidatos en los que confían¹ y mediante la expresión canalizada a través de algunas de las distintas formas que

¹ Pueden existir tensiones entre ambos principios, ver J.D. Fearon, “Electoral Accountability and the Control of Politicians: Selecting Good Types versus Sanctioning Poor Performance”, en: A. Przeworski; B. Manin; S.C. Stokes (eds.), *Democracy, Accountability, and Representation*, Cambridge Studies in the Theory of Democracy, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pág. 55.

adopta el debate público en una sociedad democrática moderna y pluralista.

Este esquema de representación en el que los ciudadanos votan representantes y estos adoptan algunas normas y descartan otras parece demasiado simple para un mundo como el nuestro. Los problemas en este sentido son al menos tres. Por un lado, el lazo representativo no siempre logra canalizar los intereses de los representados: el modelo de representación reseñado en el párrafo anterior suele fallar. Por el otro, la representación de intereses no es suficiente para producir buena legislación: más allá del respeto por los intereses de los representados que implica el lazo representativo, legislar también requiere un cierto conocimiento técnico que es inaccesible (al menos de primera mano) para cualquier representante. Es simplemente imposible que los representantes en un cuerpo legislativo puedan ser expertos en todos los temas en los que intervienen. Por ello, además de la especialización “natural” que se suele dar en los cuerpos colegiados, los Estados construyeron en todos sus poderes burocracias especializadas que asesoran a los legisladores y que—además—están a cargo de implementar las leyes que ellos establecen. Así, en los Estados modernos el proceso legislativo ocurre en procesos de influencia en los que el *input* de las burocracias (que usualmente operan en el ámbito ejecutivo) es un insumo fundamental. Los legisladores también cuentan con un cuerpo de asesores propio, que en ocasiones asisten a las comisiones legislativas y en otras a legisladores a título individual. El trabajo legislativo dividido en *comisión* es una de las grandes fuentes de especialización en el proceso legislativo. Finalmente, el *cabildeo* legislativo es otra forma—problemática—en que los legisladores obtienen conocimiento experto para poder llevar adelante sus funciones.

Finalmente, las legislaturas han dejado de ser el centro de la actividad regulatoria. Debido a la creciente complejidad de las funciones estatales y la necesidad de tener regulaciones flexibles y adaptables a circunstancias cambiantes, gran parte de la regulación que efectivamente controla la vida de los individuos es producida por agencias administrativas autorizadas—a veces en términos genéricos—por el Poder Legislativo. Este fenómeno comenzó con el crecimiento del Estado administrativo en la primera mitad del siglo XX y nunca se detuvo. Dada esta compleja relación entre conocimiento y legislación, diferentes países desarrollaron estrategias tendientes a mejorar el proceso de formulación de normas a los fines de prevenir dificultades que podrían aparecer a futuro.

Los estudios previos a la adopción de una determinada legislación son transversales a todos los parlamentos y son una práctica usual y casi natural del proceso deliberativo: antes de adoptar una decisión, un cuerpo colegiado debate su conveniencia. Debido a la complejidad creciente de la actividad

regulatoria, esta discusión previa es usualmente informada por estudios específicos, que pueden ser acercados a la legislatura por actores interesados, agencias gubernamentales, académicos o—incluso—pueden ser contratadas por los propios legisladores. Los legisladores a título individual recurren a asesores y a expertos externos para informarse.

Los parlamentos latinoamericanos suelen poner este conocimiento técnico en función de la producción de normas, pero generalmente prestan poca atención a sus efectos y a la forma en la que ha sido implementada. Una vez sancionada, diferentes circunstancias pueden afectar el devenir de una norma. Por ejemplo, las hipótesis teóricas o fácticas sobre las que se sostuvo la regulación podrían ser falsas, algún hecho relevante pudo no haber sido contemplado o puede existir algún obstáculo inesperado en la implementación de la norma. Estas posibilidades son una preocupación creciente en legislaturas alrededor del mundo, y este trabajo observará de manera especial este tipo de mecanismos de control, en particular los que se originaron y desarrollaron en los países pertenecientes al modelo de Westminster.

Este modelo de control posterior se presenta como una innovación originada en los países *parlamentarios* que puede ser relevante y especialmente útil para regulaciones que buscan incidir en procesos complejos como aquellas que pretenden dar forma al debate público en una sociedad democrática, ya sea a través de la regulación del flujo de información, la generación de incentivos o la promoción de cambios en un mundo tecnológicamente dinámico y en movimiento.

Franklin De Vrieze afirma que existen cuatro razones para llevar adelante un escrutinio poslegislativo:²

1. Asegurar que los principios democráticos y de certeza legal están siendo garantizados.
2. Controlar que los efectos adversos de la nueva legislación puedan ser rápidamente controlados.
3. Consolidar un sistema que permita evaluar cuánto sirven las nuevas leyes para solucionar los problemas que buscó atacar.
4. Mejorar la calidad de la legislación detectando qué medidas sirven y qué medidas no.

En resumen, las complejidades del mundo contemporáneo obligaron a las legislaturas y a la administración pública en general a recurrir a una

² F. De Vrieze, “Post-Legislative Scrutiny: Guide for Parliaments”, Westminster Foundation for Democracy, 2017.

burocracia de expertos, aunque sin abandonar el principio democrático de autogobierno colectivo. Respetar este principio sin obviar el conocimiento técnico requiere que los legisladores lleven a cabo una tarea muy delicada, para la cual pueden acudir a distintos recursos. En este texto intentaremos detallarlos brevemente. Para ello, empezaremos por aquellos recursos que hacen al proceso de redacción de una norma para después poner el foco en la forma en la que es posible evaluar su impacto.

Cómo hacer una mejor ley

Los parlamentos y las burocracias especializadas suelen recurrir a diferentes mecanismos para mejorar la calidad de la legislación. Dado que las leyes pueden ser mejores o peores en más de una dimensión, tiene sentido pensar que cada uno de estos mecanismos permite mejorar una dimensión diferente. En lo que sigue detallaremos algunos de estos mecanismos. Para ello pondremos el foco sobre la efectividad de las leyes, su respeto por el principio de autogobierno colectivo y la forma en la que ellas se adecúan a los estándares internacionales de derechos humanos.

Representación y participación ciudadana

Las democracias contemporáneas se sustentan sobre el ideal de autogobierno colectivo, pero con el matiz que le imprime el principio representativo. Los padres fundadores de este sistema creían que la ciudadanía era muy ignorante y pasional como para gobernarse a sí misma,³ por lo que era necesario imprimir algún tipo de institución que evitara que estas pasiones terminaran influyendo decisivamente en la legislación, sin por ello dejar de lado el principio democrático.⁴

Es por ello que la representación electoral apareció como el sistema triunfante. Este mecanismo permite por un lado que quienes terminen gobernando sea un grupo de personas con características particulares, a la vez que deja a estas personas sujetas al periódico control popular que implican las elecciones competitivas. Así, si bien existe un mecanismo que filtra la voluntad popular, ésta es en última instancia la que premia y castiga a sus representantes a través

³ J. Madison, "No. X", *El federalista*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2001.

⁴ B. Manin, *Principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1997; D. Van Reybrouck, *Against Elections: the Case for Democracy*, Londres, Random House, 2016.

del voto.⁵ Esta combinación de un principio aristocrático con uno democrático parecía ideal a la hora de pensar las democracias modernas, ya que ellas debían poder lidiar con el problema del caos y la guerra civil, a la vez que su forma de gobierno no podía prescindir del principio republicano del autogobierno. Las elecciones periódicas permiten, por un lado, tener momentos de estabilidad institucional y, por el otro, que la ciudadanía conserve un momento en el que controla la designación de legisladores, lo que parece ajustarse a los problemas que enfrentaron los padres fundadores de nuestras constituciones.

Otra de las razones que pueden justificar la adopción de un sistema representativo es de tipo práctico. Incluso si los supuestos sobre la naturaleza ignorante y pasional de las mayorías fueran falsos, todavía pueden existir buenos argumentos en favor de la representación política. Nuestras sociedades son muy masivas y nuestras vidas cotidianas están demasiado ocupadas como para que los ciudadanos discutamos sobre cada una de las leyes que nos gobiernan. Así, incluso si uno supusiera que las personas pueden tener discusiones razonadas sobre las cuestiones que les conciernen, deberíamos aceptar que ello es muy difícil de implementar. Es por eso que autores como Carlos Santiago Nino afirman que lejos de ser un instrumento imprescindible para filtrar la voluntad mayoritaria, la representación es un “mal necesario”.⁶ En ese sentido, afirma que “si la democracia es un sucedáneo de la discusión moral, la representación consistiría en una delegación producida a fin de hacer posible la discusión que los ciudadanos han comenzado”.⁷

A pesar de la notable estabilidad del principio representativo, el ideal de autogobierno colectivo que fundamenta a la democracia como sistema de gobierno nunca desapareció y es una fuente de tensión constante con la práctica representativa.⁸ Esto llevó a la recurrente aparición de crisis de representación en las democracias representativas occidentales. Estas crisis, a su vez, produjeron cambios institucionales relevantes que afectaron los procesos de formulación de leyes. Así, con el tiempo los distintos parlamentos fueron abriendo espacios para la participación ciudadana en una serie de experiencias que resultaron exitosas para los involucrados y que buscaron lidiar con los límites de la representación.

⁵ J.B. Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Lancelot, 2009, págs. 150-151.

⁶ C.S. Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1996, pág. 205.

⁷ *Ibíd.*

⁸ P. Rosanvallon, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press, 2008.

El más claro de estos ejemplos de relación virtuosa entre participación ciudadana, representación y legislación es el del presupuesto participativo. Como dijimos, en los últimos años los representantes abrieron el juego legislativo a la ciudadanía. Así, permitieron que ciudadanos que no habían pasado por un proceso electoral se involucraran en una de las decisiones más importantes de cualquier comunidad política: cómo gastar el dinero recaudado.

Tanto en Europa⁹ como en Sudamérica¹⁰ y hasta en países que no pueden ser considerados democracias pluralistas, como China,¹¹ algunos gobernantes permitieron que la ciudadanía participe en el armado del presupuesto. Esta participación puede adoptar muchas formas que pueden ir desde la implementación de mecanismos institucionales para que los ciudadanos puedan expresar sus necesidades, hasta la elección entre distintos proyectos, o la fijación de objetivos presupuestarios de corto y largo plazo.

En cuanto a los efectos de la implementación de mecanismos participativos, existen dos dimensiones en los que pueden ser evaluados. Por un lado, la experiencia sugiere que involucrar a la ciudadanía en decisiones centrales para la vida en comunidad redonda en niveles de confianza más altos entre representantes y representados.¹² Al verse personalmente involucradas, las personas tienden a sentir que el proceso de formación de leyes no les es ajeno y, por lo tanto, se reduce la brecha entre representantes y representados que caracteriza a nuestros tiempos.

Sin embargo, el impacto de la participación ciudadana en la formación de leyes no solo se ve en el ecosistema político, sino también en el impacto que la legislación tiene en las políticas públicas. La literatura empírica arroja resultados diversos. Diferentes estudios, utilizando diferentes metodologías, llegan a conclusiones disímiles. En algunos casos no resulta claro el efecto

⁹ C. Geurtz; T. Van de Wijdeven, "Making Citizen Participation Work: the Challenging Search for New Forms of Local Democracy in the Netherlands", *Local Government Studies*, vol. 36, N° 4, 2010, disponible en: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03003930.2010.494110>.

¹⁰ R. Annunziata, "Democratizar la ciudad: los presupuestos participativos en Rosario Y Morón", *Nueva Sociedad*, vol. 243, 2013; E. Hernández-Medina, "Social Inclusion through Participation: the Case of the Participatory Budget in São Paulo: Social Inclusion through Participation in São Paulo", *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 34, N° 3, 2010, disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2427.2010.00966.x>.

¹¹ J.S. Fishkin, *When the People Speak: Deliberative Democracy & Public Consultation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 106-111.

¹² J. Kempa; A.R. Kozłowski, "Participatory Budget as a Tool Supporting the Development of Civil Society in Poland", *NISPAcee Journal of Public Administration and Policy*, vol. 13, N° 1, 2020, disponible en: <https://www.sciendo.com/article/10.2478/nispa-2020-0003>.

positivo de la utilización de presupuestos participativos, mientras que otros estudios encontraron mejoras significativas en la provisión de agua potable, educación, reducción de la pobreza y mortalidad infantil.¹³

Si bien los estudios no son concluyentes respecto a los efectos producidos por la participación presupuestaria, sí lo son respecto a que efectos no tiene. En este sentido, encontramos que ninguno de los estudios disponibles reportó una desmejora en las dimensiones estudiadas. Así, por un lado, sabemos que la participación ciudadana no tiene efectos negativos sobre la formulación de políticas públicas, mientras que, por otro lado, tenemos buenas razones para creer que es probable que involucrar a la ciudadanía en los procesos legislativos produzca mejoras en las dimensiones más relevantes del bienestar general.

Estos descubrimientos no solo están respaldados por los estudios empíricos, sino que están en línea con aquellas concepciones de la democracia que afirman que ella es defendible, al menos en parte, por sus virtudes epistémicas,¹⁴ es decir, porque el autogobierno colectivo nos lleva a adoptar mejores políticas. Dada esta coincidencia entre la literatura teórica y empírica, tenemos buenas razones para creer que las conclusiones que extrajimos para los presupuestos participativos pueden ser válidas para toda la legislación. Por lo tanto, estamos en condiciones de afirmar que la implementación de mecanismos participativos a la hora de la producción legislativa probablemente lleve a adoptar mejores leyes.

Pre-legislative scrutiny: *el lugar de los expertos en la legislación*

Ya dijimos que dar lugar a la participación ciudadana puede llevar a adoptar mejores políticas públicas. Ahora es el turno de los expertos. Llamamos expertos a aquellas personas que saben sustancialmente más que un ciudadano sobre un tema particular. Así, alguien con ese tipo de conocimiento es un *experto* en lo que refiere a esa cuestión.

Como dijimos al principio, las relaciones entre *expertise* y legislación son complejas. En el Poder Ejecutivo muchas veces esta relación se da a través

¹³ M. Campbell; O. Escobar; C. Fenton; P. Craig, "The Impact of Participatory Budgeting on Health and Wellbeing: a Scoping Review of Evaluations", *BMC Public Health*, vol. 18, Nº 1, 2018, disponible en: <https://bmcpublikealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12889-018-5735-8>.

¹⁴ D. Estlund, "Epistemic Proceduralism and Democratic Authority", en: R. Geenens; R. Tinnevelt (eds.), *Does Truth Matter? Democracy and Public Space*, Dordrecht, Springer, 2008; S. Linares, *Democracia participativa epistémica*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2017; C.S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

del modelo de *green/white paper*, propio de los sistemas parlamentarios. El *green paper* es el primer paso que realiza la administración antes de diseñar una política pública. En él se aborda un problema y se sugiere una solución, pero de forma muy general, con el objetivo de que legisladores y expertos realicen sus aportes para el perfeccionamiento de la propuesta.¹⁵ Una vez que este proceso finalizó, la administración presenta un *white paper*, es decir, una propuesta detallada sobre la legislación que cree que se debería adoptar y las razones que la sustentan.¹⁶ Esta propuesta también puede ser discutida por legisladores y expertos. Sin embargo, la principal diferencia es que el nivel de detalle y de progreso en el proceso de redacción de una norma impide que las discusiones sean tan amplias como las que se daban en el caso del *green paper*. Por el contrario, al discutir el *white paper* el foco está más en la letra chica del proyecto de ley que finalmente será presentado que en sus aspectos generales.

Si bien los legisladores usualmente cuentan con un grupo de asesores con conocimiento experto, muchas veces la especificidad de las discusiones subyacentes en un proyecto de ley puede afectar su calificación para dar su consejo a quienes finalmente deberán decidir si un proyecto de ley es aprobado o no. Es por ello que el Parlamento británico adoptó un nuevo recurso institucional que permite que un grupo de personas ofrezca su perspectiva sobre un proyecto de ley: el *pre-legislative scrutiny*.¹⁷ El escrutinio prelegislativo es un mecanismo institucional que permite a los legisladores recurrir a un grupo de expertos convocados al efecto o a algún tipo de comisión mixta para que traten un determinado proyecto de ley y emitan recomendaciones no vinculantes.

Este mecanismo permite a los legisladores conocer la opinión de un grupo de personas que estudiaron la problemática que el proyecto de ley en cuestión busca resolver. Este grupo de personas (pueden ser legisladores), llamado comité, emite su recomendación sobre qué cambios hacer y qué conservar después de meses de deliberación. Su designación puede ser *ad hoc*¹⁸ o a través de mecanismos preestablecidos. Una vez que esta etapa terminó, los legisladores deben decidir, por un lado, si tratar el proyecto de

¹⁵ UK Parliament, "Green Papers", disponible en: <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/green-papers>.

¹⁶ UK Parliament, "White Papers", disponible en: <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/white-paper/?id=32625>.

¹⁷ UK Parliament, "Pre-legislative Scrutiny of Draft Bills", Erskine May, disponible en: <https://erskinemay.parliament.uk/section/4988/prelegislative-scrutiny-of-draft-bills>.

¹⁸ UK Parliament, "Select Committees", disponible en: <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/select-committees>.

ley y, por otro, si modificarlo y, en caso de ser así, si hacerlo en el mismo sentido que las recomendaciones del comité.

El trabajo de los comités que llevan a cabo el escrutinio prelegislativo es más tarde sistematizado por el propio Parlamento en un informe que sistematiza y resume el trabajo hecho durante un período determinado. Por ejemplo, un informe producido por Richard Kelly para la Cámara de los Comunes del Parlamento británico encontró que en el período 2010-2015 se habían producido 31 informes en los que se llevaba a cabo un escrutinio previo por parte de algún comité.¹⁹ Dada la pluralidad de asuntos abarcados por el concepto de derechos humanos, estos informes podían referir a temas tan amplios como acceso al agua, terrorismo o parques nacionales. Lo que sí surge claramente de estos informes es que la práctica del escrutinio prelegislativo está asentada en el sistema británico al punto de haberse convertido en una verdadera institución política.

Existen pocos estudios sistemáticos sobre la influencia del escrutinio prelegislativo en la legislación efectivamente adoptada. Beata Mukeshimana afirma que el recurso a expertos puede producir que los redactores de la ley tengan más claro cuál es su objetivo y cuáles son los medios para alcanzarlos. Una comprensión más acabada del fenómeno que se quiere atacar y la forma en la que se lo quiere hacer puede llevar a mayor claridad en la redacción de la ley y esto a una aplicación más ágil. Asimismo, el escrutinio prelegislativo puede poner de manifiesto las limitaciones de la propuesta en cuestión y así prevenir la adopción de una política de implementación casi imposible.²⁰

Uno de los mejores trabajos sobre escrutinio prelegislativo es el estudio de Catherine Lynch y Shane Martin²¹ sobre el caso irlandés. En su investigación, los autores encontraron hallazgos disímiles. Mientras que, por un lado, la cantidad de recomendaciones correlaciona negativamente con la aprobación o no del proyecto, no parece que someter o no a un proyecto a un escrutinio prelegislativo tenga un efecto sobre la cantidad de modificaciones que se le hacen. Por supuesto, dado que las causas de las modificaciones a un proyecto de ley pueden ser bien distintas, esto no nos dice demasiado

¹⁹ R. Kelly, "Pre-Legislative Scrutiny under the Coalition Government: 2010-2015", briefing paper N° 5.859, House of Commons Library, 2015, disponible en: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN05859/SN05859.pdf>.

²⁰ B. Mukeshimana, "Pre-Legislative Scrutiny as a Way of Ensuring the Quality of Legislation", Institute of Advanced Legal Studies, School of Advanced Study, 2012, disponible en: <https://sas-space.sas.ac.uk/4709>.

²¹ C. Lynch; S. Martin, "Can Parliaments Be Strengthened? A Case Study of Pre-Legislative Scrutiny", *Irish Political Studies*, vol. 35, N° 1, 2020, disponible en: <https://doi.org/10.1080/07907184.2019.1631809>.

sobre el impacto en el proceso legislativo del escrutinio prelegislativo.

Al pasar a los estudios de caso, los autores investigaron los procesos previos a la adopción de la Ley de Identidad de Género. En este caso, el escrutinio prelegislativo cuestionó diferentes aspectos del proyecto tales como el criterio de autopercepción (distinto al criterio físico), la edad a partir de la cual se puede ejercer el derecho al género autopercebido y la exigencia de no estar casado para poder solicitar el cambio de género.

La influencia del escrutinio prelegislativo en este caso fue enorme. El ministro de protección social reconoció el aporte del comité como “importante y valioso” y, en lo que hace a la redacción de la ley, produjo un cambio estructural. Si bien no todas sus recomendaciones fueron aceptadas, sí es posible observar que ellas fueron consideradas y sometidas a discusión. Al ser entrevistados, los legisladores reconocieron la influencia del comité en el tratamiento del proyecto de ley, a la vez que sugirieron que el interés previo en el tema de sus miembros es una de las claves de su correcto funcionamiento. Por último, los actores destacan las similitudes entre las recomendaciones del comité y los reclamos de los organismos de la sociedad civil, lo que sugiere que los comités pueden funcionar como un mecanismo para que estos organismos cuelen sus argumentos en la esfera pública formal.

Podemos entonces ver que el escrutinio prelegislativo puede afectar el contenido de las normas. Esto porque al permitir que un grupo de personas especializadas en una determinada cuestión puedan discutir sobre ella y elaborar un informe, lo que termina apareciendo es un discurso de alta confiabilidad epistémica que, por lo tanto, merece ser tenido en cuenta a la hora de evaluar la redacción de un determinado proyecto de ley. De esta forma, el escrutinio prelegislativo puede ser muy útil para mejorar la calidad de la legislación.

Una experiencia incipiente en América Latina

Si bien nuestro continente no cuenta con una experiencia con el nivel de institucionalización del Parlamento británico, sí existen experiencias que sugieren que este tipo de mecanismos institucionales son posibles en América Latina. Esta particularidad de la experiencia chilena viene dada por dos elementos que son característicos de los sistemas en los que existen estudios de impacto: un sistema de comisiones abierto a la participación de expertos y un mecanismo de control previo de constitucionalidad. Si bien estos dos elementos no están vinculados en la práctica parlamentaria, su existencia muestra que no es imposible pensar en un modelo similar al británico en nuestra región.

El artículo 213 del reglamento de la Cámara de Diputados de Chile establece que, excepto en aquellos proyectos de ley que deban ser tratados con urgencia, se debe convocar a una audiencia de al menos una hora de duración (no establece un máximo) en la que aquellas “instituciones o entidades que tengan interés en la materia” puedan ser escuchadas. Es decir que las comisiones deben abrir su discusión a organizaciones de la sociedad civil para que ellas puedan sumar su perspectiva al proceso legislativo.

Por otro lado, el artículo 224 del reglamento también prevé la incorporación de la ciudadanía a la vida legislativa. Según esta norma, cada comisión puede realizar dos jornadas temáticas al año para discutir algún asunto en particular. Estas jornadas son públicas y abiertas a la ciudadanía. Como vimos más arriba, dado que los diferentes actores de la vida política tienen diferentes perspectivas y sesgos más o menos sistemáticos, un debate plural y abierto a organizaciones de la sociedad civil y ciudadanos no expertos puede contribuir a combatir contra estos problemas que pueden aparecer en los procesos legislativos.

Dijimos antes que Chile no solo tiene un proceso parlamentario en el que el sistema de consultas está aceitado, sino que también cuenta con un mecanismo de control previo de constitucionalidad. La Constitución chilena faculta al Tribunal Constitucional para evaluar la constitucionalidad de los proyectos de ley. Es decir que además del clásico modelo en el que una persona afectada por una ley ya sancionada reclama su inconstitucionalidad ante los tribunales, Chile también admite que su máximo tribunal decida de forma previa a que exista un sujeto especialmente afectado.

El control previo de constitucionalidad en el modelo chileno es obligatorio en aquellos casos en los que las leyes en cuestión sea una ley orgánica constitucional o un tratado cuyo contenido sea asimilable a una ley de ese tipo. En estos casos, una vez que la ley fue aprobada en la cámara de origen, se la debe enviar al Tribunal Constitucional para que dictamine sobre su constitucionalidad. El dictamen del tribunal en estos casos es obligatorio.

La otra forma en la que el Tribunal Constitucional puede ejercer el control previo es a requerimiento de alguna parte. Tanto el presidente como las cámaras del Congreso pueden solicitar al Tribunal Constitucional que juzgue las normas que están siendo discutidas. En este último caso, el pedido debe haber reunido las firmas de un cuarto de los miembros de la Cámara para que sea considerado por el Tribunal.

Tanto el control previo como la apertura a miembros de la sociedad civil durante la discusión de leyes parecen tender a modelos como el británico. Si consideramos a los jueces como expertos y asumimos que para evaluar la

constitucionalidad de las normas ellos deben hacer predicciones sobre cuál será su impacto, entonces, el procedimiento previsto en el derecho chileno necesariamente implica una forma de estudio de impacto. Asimismo, el Congreso parece tener las herramientas necesarias para incorporar las perspectivas de ciudadanos no expertos y así someter sus normas al escrutinio de actores con perspectivas muy disímiles.

En resumen, si bien no existe en América Latina una tradición de estudios de impacto a nivel parlamentario, sí es posible encontrar algunos elementos de este procedimiento en el sistema chileno. Ello es especialmente relevante pensando en las experiencias que pueden desarrollarse en los demás países de la región, ya que el caso chileno puede mostrar las virtudes y falencias de este tipo de procesos y así ofrecer una guía para el resto de Latinoamérica.

Lobby, información, y desigualdad

El lobby es la actividad mediante la cual alguien que representa algún interés particular intenta cambiar la orientación de la política pública en un sentido que beneficie a ese interés. Algunos países institucionalizaron esta práctica dándole un marco formal, mientras que en otros es percibido como una afrenta a la democracia, que debería estar más preocupada por el interés general que por beneficiar a ciertos grupos específicos.

El lobby parece tener, en un primer momento, un beneficio en términos de información. Los lobistas suelen contar con información relevante que, presentada estratégicamente, puede contribuir a que los *policy makers* cambien su decisión. Dado que el nivel de influencia de los lobistas depende de su credibilidad,²² es esperable que la información aportada sea cierta. Sin embargo, sus intereses son particulares, por lo que también es esperable que esta información cierta solamente sea presentada en aquellos casos en los que contribuye a los objetivos del lobista. Asimismo, también es esperable que la actividad del lobista sea útil para perseguir los fines de quien lo contrata, ya que si esto no fuera así, el lobby sería un costo que no tendría sentido pagar.

Esta situación parece, en un primer momento, ponernos en un dilema. O bien aceptamos al lobby como práctica legítima por su contribución a la *expertise* de los legisladores, o lo rechazamos en virtud del carácter estratégico

²² D. Austen-Smith, "Information and Influence: Lobbying for Agendas and Votes", *American Journal of Political Science*, vol. 37, N° 3, 1993, pág. 800, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2111575?origin=crossref>.

de la actividad de los lobistas. Si aceptamos la contribución informativa, entonces, deberemos resignarnos a que la comunicación de los agentes sea estratégica. Si rechazamos el lobby, estaremos prescindiendo de información que podría ser valiosa para los legisladores.

Una primera salida de este dilema podría ser que la comunicación estratégica no necesariamente atenta contra la persecución del interés general. Las perspectivas sistémicas de la democracia tienden a entenderla como un conjunto de engranajes que debe funcionar de forma interactiva, lo que los lleva a afirmar que no es necesario que cada elemento refleje el ideal democrático, sino que basta con que el sistema como tal lo haga.²³ Bien podría suceder que una serie de interacciones estratégicas llevara a resultados colectivamente virtuosos, por lo que no necesariamente debemos descartar aquellas formas de intervención política que persiguen intereses particulares.

Desde esta nueva perspectiva, parecería que el lobby puede ser compatible con la democracia. Es decir que si permitiéramos que todos hicieran lobby ante los legisladores sus decisiones serían mejores por estar más informadas, sin que esto implique abandonar la persecución del interés general. En un caso como este, parecería que la información agregada sería mayor sin que se vea afectado ningún elemento del régimen político.

Sin embargo, esto no es necesariamente así. La democracia se sostiene sobre el principio de que todos debemos tener la misma posibilidad de influir en las decisiones políticas, es decir, que más allá de nuestras condiciones de nacimiento o nuestra riqueza económica, todos somos igualmente ciudadanos y, por lo tanto, nuestra capacidad de influencia debe ser similar. Es acá donde aparece el problema. Como dijimos, el lobby es una actividad costosa y en sociedades tan marcadas por las dificultades económicas y la desigualdad como la nuestra, su práctica es imposible para grandes sectores de la sociedad. Así, solamente aquellos grupos con recursos podrían producir y presentar la información que consideren relevante, mientras que los demás se verían privados del acceso a este mecanismo institucional.

Al igual que cuando los legisladores intercambian políticas públicas dirigidas por financiamiento para sus campañas,²⁴ el problema del lobby no está tanto en la interacción estratégica como en la desigualdad de recursos con los que cada actor puede actuar en ese marco. Si todos pudiéramos ac-

²³ J. Mansbridge y otros, "A Systemic Approach to Deliberative Democracy", en: J. Parkinson; J. Mansbridge (eds.), *Deliberative Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

²⁴ E. Vitaliani, "¿Qué discutimos cuando discutimos sobre campañas electorales? Una lente republicana para un viejo debate", *Lecciones y Ensayos*, vol. 102, 2019, pág. 255.

ceder a influir en la legislación mediante el lobby en igual medida, entonces, el principio igualitario sobre el que se sostiene la democracia no se vería jaqueado. Sin embargo, esto no es así. Usualmente el lobby es realizado por grandes empresas o grupos altamente coordinados cuya coordinación requiere recursos que no están a disposición de todos los actores políticos. Tal como afirma Ramiro Álvarez Ugarte:

El problema es entonces fácil de intuir. Se trata de una práctica que requiere recursos, exige cierto nivel de capital simbólico y favorece a los jugadores de repetición. En ese contexto, quienes cuentan con recursos son quienes pueden dedicarle más tiempo a esta actividad, ya sea mediante la contratación de personas que impulsen sus intereses o la tercerización del trabajo en firmas profesionales.²⁵

En este punto, podría parecer que la única forma de garantizar la igualdad de influencia es la prohibición del lobby. Si bien esto implica un perjuicio en términos de información, parecería ser que solo así podemos conservar el principio igualitario. Esta afirmación, sin embargo, asume que el lobby solo puede suceder mediante mecanismos formales, es decir, que sin una regulación que permita el lobby, la desigual influencia de los actores con mayor acceso a recursos desaparecerá. Obviamente esto no es así.

Diversos estudios muestran que el lobby existe no solo a través de los mecanismos institucionalmente dispuestos a tal fin, sino también (y a veces principalmente) mediante la articulación de mecanismos informales de influencia.²⁶ Al igual que en aquellos casos en los que se hace formalmente, las prácticas informales de lobby requieren una serie de recursos materiales y culturales que están desigualmente distribuidos a lo largo de la sociedad. De esta forma, parece que ambos caminos nos llevan a conclusiones poco atractivas desde un punto de vista igualitario.

En ese contexto, solo nos queda revisar las experiencias de la región y extraer algunas lecciones de aquellos países que lo regularon. Si bien históricamente los países latinoamericanos rechazaron el lobby como práctica formal por sus problemas en términos de igualdad, el siglo XXI trajo algunas innovaciones en nuestra región. Primero Perú y más tarde México, Colombia y Chile regularon el lobby, lo que parece suficiente para afirmar

²⁵ R. Álvarez Ugarte, "Democracia y lobby: un marco teórico", *Nueva Sociedad*, vol. 276, 2018.

²⁶ J. Hillier, "Going round the Back? Complex Networks and Informal Action in Local Planning Processes", *Environment and Planning A*, vol. 32, 2000.

que existe una tendencia en la región. Esta tendencia está caracterizada por la publicidad de la actividad de los lobistas (todos cuentan con un registro de intereses) y por la presencia de un régimen sancionatorio para aquellos que incumplan la normativa sobre cabildeo.²⁷

Chile parece ser el país en el que la regulación del lobby mejor logró sus objetivos de transparentar la actividad de los grupos de interés y permitir un acceso más amplio a los *policy makers*. Por supuesto, esto no significa que los ciudadanos de a pie ahora estén en condiciones de acudir a las oficinas de los legisladores a perseguir sus intereses. Sin embargo, actores con un acceso moderado a recursos como empresas medianas u ONG sí tuvieron esta posibilidad como consecuencia de la regulación del lobby.²⁸ Por otro lado, la creación de un registro público de las reuniones que se dan en el marco de esta nueva regulación llevó a una serie de investigaciones periodísticas que pusieron el foco en una preocupante relación entre ciertos actores privados y los decisores de política pública.

Así, mientras que el problema igualitario sigue estando presente, parecería que no en mayor medida que en el momento previo a la regulación. Por otro lado, la adopción de una ley que regule el lobby redundó en algún beneficio en términos de transparencia. Si sabemos sobre los encuentros entre defensores de intereses particulares y representantes, podremos estar atentos a estas relaciones y prender la luz de alarma cuando se vuelvan preocupantes.

Pero no todo es color de rosa para la legislación chilena. Sus problemas no solo vienen de la mano de una democratización incompleta, sino también de la no prohibición de la “puerta giratoria”. Los funcionarios públicos a veces rotan entre la gestión y la actividad privada. Eso les permite tener grandes redes de relaciones en el mundo de la política a través de las cuales pueden influir sobre los decisores. Para evitar este fenómeno, algunos países decidieron prohibir que quienes tuvieron un cargo público puedan hacer lobby durante una determinada cantidad de tiempo posterior a su salida de la función pública. Sin embargo, este tipo de regulación brilla por su ausencia en la ley chilena, lo que torna a la distinción entre decisores y actores privados difusa, contribuyendo a la existencia de relaciones poco virtuosas entre ambos mundos.²⁹

En conclusión, podemos decir que tanto la regulación del lobby como

²⁷ D. Córdoba, “Regulación del lobby en América Latina”, *Nueva Sociedad*, vol. 276, 2018.

²⁸ J. Sahd; C. Valenzuela, “Lobby Law in Chile: Democratizing Access to Public Authorities”, Santiago: Open Government Partnership, 2016.

²⁹ M. Arís, “Avances y desafíos en la regulación del lobby en Chile”, *Nueva Sociedad*, vol. 276, 2018.

su ausencia presentan problemas en términos democráticos que deben ser cuidadosamente abordados. La región presenta algunos avances, aunque sus regulaciones sean parciales o insuficientes. En este sentido, es de destacar la experiencia chilena. A pesar de sus claroscuros, Chile logró institucionalizar el lobby de forma tal que aumentó la posibilidad de acceso a los *policy makers* y transparentó una práctica muchas veces oculta.

Derechos humanos y legislación

Los derechos humanos son una de las piedras angulares de nuestros sistemas jurídicos. Casi todos los países ratificaron tratados internacionales de derechos humanos que les imponen obligaciones de distinto tipo. Estas obligaciones no solo recaen sobre los jueces, quienes deben incorporar a los derechos humanos a sus decisiones, sino que también afecta el diseño e implementación de políticas públicas en las demás ramas del Estado. Es por ello que las burocracias especializadas tanto a nivel ejecutivo como legislativo realizan, en algunos países, evaluaciones de impacto esperado en derechos humanos de los distintos proyectos de ley.

Esto es particularmente frecuente en aquellos países en los que los jueces no pueden derribar una ley por ser incompatible con consideraciones de derechos humanos, por lo que los demás poderes deben tomarse la tarea de compatibilización entre normas y derechos humanos muy en serio. Sin embargo, esto no significa que esta práctica no pueda ser imitada por aquellos países en los que exista control judicial de constitucionalidad, por lo que su estudio es relevante para todas las legislaturas comprometidas con el respeto y la promoción de los derechos humanos.

La sanción de la *Human Rights Act* inglesa así como de la *New Zealand Bill of Rights Act* trajo aparejados un conjunto de cambios en la forma en la que se producen las normas en estos países. Al adquirir centralidad las normas que consagraban una serie de derechos fundamentales, los legisladores y las burocracias especializadas empezaron a incluir consideraciones de derechos humanos a sus evaluaciones de los proyectos de ley y a proponer cambios en consecuencia. Por otro lado, si bien Australia no había sistematizado una carta de derechos, sí contaba con un conjunto de normas (entre las que se encontraba la Constitución) que consagran una serie de derechos humanos y por ellos debían ser tomados en cuenta a la hora de legislar.

Si bien todos los países mencionados comparten un modelo primordialmente no judicial de protección de derechos humanos, nos concentraremos

aquí en el modelo australiano en tanto es el único que es exclusivamente parlamentario. Los modelos inglés y neozelandés cuentan con burocracias especializadas en el Poder Ejecutivo que hacen los escrutinios de compatibilidad entre proyectos de ley y derechos humanos³⁰ y así evalúan si estos proyectos son o no cuestionables de acuerdo a sus cartas de derechos.³¹

El modelo australiano tiene su columna vertebral en una institución compartida por gran parte de las democracias liberales: el sistema de comités.³² Este sistema, largamente utilizado en el modelo británico,³³ selecciona a un pequeño número de legisladores para que discutan sobre una determinada cuestión con el debido tiempo y asesoramiento. Designar a un pequeño conjunto de legisladores para que lidie con los problemas en términos de derechos humanos que pueden tener los diferentes proyectos de ley garantiza que se le dedicará la atención necesaria a este aspecto de la legislación.

Si bien lograron algunas modificaciones en la legislación,³⁴ la influencia de los comités encargados de realizar recomendaciones fue pequeña. Sin embargo, la situación cambió a partir de la *Parliamentary Scrutiny Act* donde no solo se ofreció una sistematización de qué entiende el derecho australiano por derechos humanos, sino que se estableció un comité permanente formado por cinco senadores y cinco diputados, y se le exigió a cada legislador que presentara un proyecto de ley que junto a él hubiera una declaración de compatibilidad entre el proyecto y los derechos humanos.

Las declaraciones de compatibilidad de los legisladores no producen efectos jurídicos. Ellas no obligan de ninguna forma al cuerpo del parlamento ni tienen autoridad legal en los tribunales. Sin embargo, eso no significa

³⁰ J.L. Hiebert; J. Kelly, *Parliamentary Bill of Rights: the Experiences of New Zealand and the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

³¹ El caso del Reino Unido es particularmente interesante porque allí la evaluación de compatibilidad entre un determinado proyecto de ley y la *Human Rights Act* es realizada por burocracias especializadas pertenecientes al Poder Ejecutivo. Sin embargo, una serie de instituciones informales y formales (un sistema parlamentario con una fuerte disciplina partidaria) hace que los lazos entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento sean muchos, por lo que la influencia de estas burocracias en la redacción de las leyes no debe ser despreciada.

³² G. Williams; L. Burton, "Australia's Exclusive Parliamentary Model of Rights Protection", *Statute Law Review*, vol. 34, N° 1, 2013, disponible en: <http://academic.oup.com/slr/article/34/1/58/1607105>.

³³ P. Giddings, "Select Committees and Parliamentary Scrutiny: Plus Ça Change", *Parliamentary Affairs*, vol. 47, N° 4, 1994, disponible en: <https://academic.oup.com/pa/article/47/4/669/1458754>.

³⁴ S. Evans; C. Evans, "Australian Parliaments and the Protection of Human Rights", *Papers on Parliament*, vol. 47, 2007, disponible en: https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/pops/pop47/australianparliaments.

que no afecte a la práctica legislativa. Como afirman George Williams y Lisa Burton, el potencial de las declaraciones de compatibilidad yace en que promueven el debate parlamentario haciendo claras las implicancias de los proyectos de ley en términos de derechos y, por lo tanto, permiten a los legisladores tomar decisiones más informadas.³⁵

Estas declaraciones de compatibilidad son revisadas por el comité permanente creado por la *Parliamentary Scrutiny Act*. Este comité tiene la función de revisar estrictamente los proyectos de ley, teniendo en cuenta su adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos y llevando adelante cualquier investigación específica que pudiera ser necesaria. Estas investigaciones pueden implementarse con diferentes herramientas tales como estudios empíricos o audiencias públicas. Es decir que existe un abanico amplio de herramientas a las que el comité puede recurrir para realizar sus dictámenes.

Los resultados de esta experiencia son disímiles. Las declaraciones del comité varían en rigor, longitud y claridad, por lo que no es posible extraer conclusiones sólidas. Esta heterogeneidad en la producción del comité impide extraer conclusiones decisivas sobre su funcionamiento como mecanismo protectorio de derechos humanos. Sin embargo, sí es posible identificar una serie de casos en los que la actividad del comité (a través de sus declaraciones o de las audiencias que organizó) influyó decisivamente en la legislación, identificando puntos problemáticos en términos de derechos humanos en diferentes proyectos de ley relacionados con educación, seguridad social y comunidades indígenas.³⁶

El repaso por la experiencia australiana nos permite extraer algunas lecciones. En primer lugar, la discusión sobre derechos humanos no tiene por qué estar limitada a los tribunales, sino que los parlamentos también tienen los recursos necesarios para debatir sobre ellos. En segundo lugar, sabemos que existen mecanismos institucionales que promueven esta discusión. Por último, sabemos también cuáles son los problemas que estos mecanismos presentaron, por lo que la incorporación de este tipo de instituciones debería hacerse de forma tal que mitigue el riesgo de repetir los errores de la experiencia australiana.

³⁵ G. Williams; L. Burton, "Australia's Exclusive Parliamentary Model of Rights Protection", cit., pág. 78.

³⁶ *Ibíd.*, págs. 82-88.

¿Cómo evaluar los efectos de la ley?

¿Qué es el post-legislative scrutiny?

La sanción de una ley suele ser un momento de esperanza. Quienes votaron a su favor (una mayoría de los legisladores) lo hicieron porque creyeron que esa ley mejoraría la vida de un determinado conjunto de ciudadanos o que tendría efectos benéficos de algún tipo. Sin embargo, las personas pueden equivocarse. Constantemente elegimos un cierto medio para lograr un fin solamente para descubrir que no estábamos en lo correcto y que el medio escogido no era adecuado. La legislación no es la excepción a este fenómeno, sino que a veces las leyes sancionadas pueden no alcanzar sus objetivos.

Algunos parlamentos adoptaron mecanismos institucionales para que las leyes que no alcanzaron sus objetivos pierdan vigencia o sean modificadas para atender a esos problemas. Estos mecanismos fueron agrupados bajo el nombre de *post-legislative scrutiny* (PLS) o escrutinio poslegislativo. El escrutinio poslegislativo puede hacer referencia a dos grandes conjuntos de estudios. En un sentido estricto, uno puede investigar cuáles fueron los efectos de la adopción de una ley en el ecosistema jurídico, es decir, cuál fue su implementación de parte de las agencias relevantes o cómo fue interpretada por los jueces. Sin embargo, existe una segunda forma de interpretar el contenido del escrutinio poslegislativo. Esta segunda forma implica estudiar los efectos de una norma en tanto política pública, es decir, comparar los objetivos dispuestos con los logros efectivos de la política en cuestión.³⁷

De Vrieze y Philip Norton explican que esta divergencia en lo que hace al contenido del escrutinio poslegislativo está en qué es lo que se quiere escrutar. Mientras que un grupo cree que la dimensión relevante para estudiar la vida de una ley es su aplicación formal, otros entienden que la tarea de quien escruta debe concentrarse en investigar si la norma logró los objetivos que se propuso.³⁸ Dado que estas dos concepciones del escrutinio poslegislativo no son excluyentes, no es necesario optar por una de ellas para continuar con el trabajo. Simplemente diremos que el escrutinio poslegislativo es un mecanismo institucional utilizado por algunos parlamentos para evaluar las consecuencias de la adopción de una determinada norma.

³⁷ F. De Vrieze, "Post-Legislative Scrutiny", cit., págs. 11-12.

³⁸ F. De Vrieze; P. Norton, "The Significance of Post-Legislative Scrutiny", *The Journal of Legislative Studies*, vol. 26, N° 3, 2020, págs. 352-354, disponible en: <https://doi.org/10.1080/13572334.2020.1780008>.

¿Cómo se hace el post-legislative scrutiny?

El escrutinio poslegislativo empieza en la etapa de redacción de la ley. Allí los responsables por el devenir del proyecto de ley pueden considerar que evaluar sus efectos algún tiempo después de sancionado puede ser una buena idea. Si esto es así, existen dos caminos que pueden ser seguidos.

El primero, más estricto, es identificar algún indicador que dispare la revisión. Si la ley no logra ciertos objetivos, eso puede disparar dos consecuencias diferentes. Una posibilidad es que la falla en haber logrado sus objetivos implique la derogación automática de la ley (*sunset clause*) y otra, menos radical, es que esta misma falla automáticamente genere el reenvío de la ley al parlamento para su discusión (*review clause*).³⁹ Si bien estos mecanismos difieren en sus efectos, comparten el hecho de que el no alcance de un determinado objetivo dispare automáticamente una consecuencia jurídica relevante.

La segunda forma de llevar a cabo el escrutinio poslegislativo no recurre a un disparador con efectos automáticos, sino que dispone una fecha para discutir si la legislación en cuestión debe volver a ser tratada, a la vez que sugiere una serie de indicadores para tomar esa decisión. Algunos de ellos pueden ser cómo recibieron la ley los especialistas, los operadores jurídicos o la opinión pública, aunque los legisladores pueden elegir los indicadores que crean relevantes con absoluta libertad.

Una de las etapas más difíciles del escrutinio poslegislativo es la de elegir cuáles son las leyes que van a ser sometidas a él. Dado que los parlamentos tienen recursos escasos, no es posible realizar el escrutinio poslegislativo sobre todas las leyes. Por lo tanto, es necesario decidir cuáles estarán sujetas al PLS y cuáles no. Los legisladores son reacios a revisar la legislación impulsada por su partido, a la vez que están interesados en revisar los efectos de las leyes apoyadas por los demás partidos,⁴⁰ por lo que la selección de las leyes que serán revisadas puede ser un punto problemático políticamente. Por lo tanto, no debería subestimarse el tiempo que puede llevar la resolución de los conflictos que podrían aparecer en torno a este punto.

Como dijimos antes, el escrutinio poslegislativo implica, por un lado, la comparación entre los objetivos de una ley y sus logros, y, por otro, un estudio sobre la implementación jurídica de sus disposiciones. Es por eso que a la

³⁹ F. De Vrieze, "Post-Legislative Scrutiny", cit., págs. 15-16.

⁴⁰ T. Caygill, "The UK Post-Legislative Scrutiny Gap", *The Journal of Legislative Studies*, vol. 26, N° 3, 2020, págs. 5-9, disponible en: <https://doi.org/10.1080/13572334.2020.1769367>.

hora de seleccionar el material a partir del cual realizar el PLS es necesario tener en cuenta ambas dimensiones, es decir, que los indicadores seleccionados para el escrutinio deben captar tanto las diferentes dimensiones de una norma como las diferentes dimensiones del escrutinio poslegislativo. De Vrieze sugiere que los indicadores seleccionados capturen los efectos de la norma en cuanto a su impacto de género, sus costos, su impacto y su implementación de parte de los tribunales entre otros.⁴¹

Para poder obtener estos datos es necesario contar con una administración pública comprometida con la producción de información accesible. Por lo tanto, las diferentes agencias que constituyen la burocracia estatal tienen un rol central para el escrutinio poslegislativo. Ellas no solo implementan muchas de las políticas que son sometidas a escrutinio, sino que muchas veces también deben medir los indicadores que pueden funcionar como disparadores de la revisión. Es por ello que pueden ser una de las mejores fuentes de información para llevar adelante el PLS.

Los encargados de esta tarea también pueden recurrir a distintas fuentes a la hora de recolectar la información relevante. Esta evidencia puede ir desde testimonios hasta legislación secundaria o informes de diversos organismos de la sociedad civil. En todos estos casos, de lo que se trata es de recolectar y sistematizar información que les permita a los legisladores evaluar si la ley en cuestión logró los objetivos que se propuso y en qué medida lo hizo.

La recolección y sistematización de información producida por expertos (ya sea que su *expertise* venga de su formación académica o de su carácter de testigos privilegiados) y su posterior comparación con los objetivos formales y materiales de una cierta ley puede ser una de las mejores formas de vinculación entre conocimiento especializado y legislación democrática. Sin perder nunca el respeto por los procesos parlamentarios de naturaleza igualitaria, el escrutinio poslegislativo permite incorporar conocimientos complejos a la hora de evaluar la efectividad de una ley, conjugando así dos de los ideales que caracterizan a nuestros tiempos: la legitimidad democrática y el rigor técnico de las normas que nos rigen como comunidad.⁴²

⁴¹ F. De Vrieze, "Post-Legislative Scrutiny", cit., pág. 22.

⁴² P. Rosanvallon, *La legitimidad democrática*, Buenos Aires, Manantial, 2005, págs. 119-182.

Libertad de expresión y evaluaciones de impacto

Como vimos hasta acá, existen diferentes recursos institucionales tendientes a garantizar derechos humanos. La libertad de expresión no solo forma parte de este conjunto de derechos, sino que ocupa un lugar central en él en tanto es la garantía que nos permite discutir abiertamente sobre todos los demás. En consecuencia, evaluar el impacto de las regulaciones estatales en libertad de expresión parece especialmente relevante.

Los problemas de la regulación de la libertad de expresión pueden ser muy diversos. Mientras que algunas leyes pueden contener errores técnicos, otras pueden estar fundadas sobre concepciones erróneas sobre la libertad de expresión o enfrentarse a impedimentos políticos a la hora de su implementación, por lo que todos estos factores deben ser tenidos en cuenta a la hora de decidir cómo regular el debate público. No faltan ejemplos sobre normas que no alcanzaron sus objetivos, o cuyos efectos fueron dañinos para la deliberación colectiva. Entre ellos podemos pensar en la falta de implementación de muchos aspectos de la Ley de Acceso a la Información Pública,⁴³ la regulación regional sobre libertad de expresión en internet⁴⁴ o la ley chilena de neutralidad de la red.

Como dijimos, las razones que explican los errores de estas regulaciones son distintas, por lo que no es fácil agruparlas bajo un mismo manto. Sin embargo, es frecuente encontrar legislaciones sobre libertad de expresión que o terminan atentando contra ella o fracasan en su intento de mejorar el estado de situación en la materia. Los diferentes mecanismos institucionales descriptos hasta aquí están pensados para atacar los diferentes problemas de estas regulaciones. Por ejemplo, los expertos consultados afirman que la mitad de las regulaciones de la región sobre libertad de expresión en internet no alcanzan los estándares fijados por la Corte Interamericana. Este tipo de errores podría ser subsanado mediante la mayor participación de expertos en los procesos de sanción de estas leyes.

Por otro lado, errores en la implementación de las normas como sus efectos no previstos o su falta de implementación debido a algún tipo de impedimento institucional podrían ser detectados mediante el *post-legislative scrutiny*. Incluso recursos tales como una *sunset clause* podrían obligar al

⁴³ Ministerio de Justicia de la Nación, "Derecho de acceso a la información pública", ley N° 27.275, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/texact.htm>.

⁴⁴ CELE, "Internet Regulation and Its Impact on Freedom of Expression in Latin America", 2018, p. 7.

parlamento a replantearse su decisión y volver a pensar en torno a los objetivos que buscaban alcanzar mediante la legislación. Así, lejos de quedarse con la letra de la ley, mecanismos como el PLS sirven para conocer cuál fue el efecto de ciertas legislaciones y poder corregir sus errores

La ley chilena de neutralidad de la red⁴⁵ es otro de los grandes ejemplos en los que una regulación, en principio bien direccionada, no logró alcanzar plenamente sus objetivos, ya que las compañías proveedoras del servicio ofrecieron “redes sociales gratuitas” a sus usuarios, privilegiando un cierto contenido por sobre otro.⁴⁶ Más allá de los argumentos esgrimidos por los proveedores, parece claro que esta violación del principio de *zero-rating* afecta la neutralidad de la red en tanto distingue arbitrariamente entre servicios.⁴⁷ Así, más allá del avance que la Ley de Neutralidad de la Red pudo haber significado en algunos aspectos, ella no alcanzó plenamente los objetivos que se planteó.

Más allá de sus particularidades, estas experiencias muestran que las leyes que regulan la libertad de expresión dentro y fuera de internet pueden fallar en diferentes aspectos. En este sentido, contar con mecanismos como los descritos aquí puede reducir la posibilidad de error en un aspecto tan central para la vida democrática como la libertad de expresión.

Por último, cabe analizar la posibilidad de que las consecuencias indeseables de una norma no surjan del error sino de la decisión consciente de quienes la redactaron. Dado que la libertad de expresión es un derecho central para la vida democrática, es de especial interés para los gobernantes, quienes buscan maximizar sus posibilidades de reelección. Es por ello que a veces ciertas razones públicamente aceptables pueden funcionar como cobertura de motivaciones particulares que aspiran a alterar el medioambiente expresivo en beneficio propio.

Este tipo de dinámica puede beneficiar al sistema si este beneficio coincide con los intereses del legislador o perjudicarlo en el caso contrario. Dado que un aspecto tan relevante del sistema democrático es a su vez tan interesante para los actores políticos, parecería que la libertad de expresión es un

⁴⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), “Ley N° 20.453 consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet”, 2010, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1016570&buscar=NEUTRALIDAD%2BDE%2BRED>.

⁴⁶ O. Carboni; C. Labate, “América Latina por una red neutral: el principio de neutralidad en Chile y Brasil”, *Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia*, vol. 25, N° 2, 2018.

⁴⁷ Correa Pérez, M. “Zero-rating y la neutralidad de la red en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 7, N° 1, 2018.

ámbito en el que evaluar las consecuencias de la legislación es especialmente apropiado. Así, los mecanismos de evaluación de impacto permitirán a la ciudadanía y a quienes se opusieron a la ley saber si los resultados prometidos en el debate legislativo finalmente se dieron o si las consecuencias de la adopción de una determinada legislación fueron diferentes a las esperadas.

Conclusión

Diferentes países a lo largo del mundo recurren a diversos mecanismos institucionales para compatibilizar representación política, *expertise*, participación ciudadana y derechos humanos. La diversidad de recursos institucionales va desde el *post-legislative scrutiny* hasta la regulación del lobby, pasando por la incorporación de presupuestos participativos.

El recurso de estos mecanismos institucionales parece especialmente relevante a la hora de pensar en el derecho a la libertad de expresión. No son pocas las normas que, al intentar regular el debate público, no pudieron alcanzar sus objetivos o recibieron serios cuestionamientos de parte de los expertos en la materia. La incorporación al proceso parlamentario de los mecanismos aquí descriptos podría mejorar la calidad de la regulación de la libertad de expresión en nuestra región.

Si bien ninguna de estas experiencias parece ser una bala de plata, sí es cierto que muchas de ellas redundaron en mejoras en términos de derechos humanos y, por lo tanto, son recursos valiosos a la hora de pensar en modificaciones de nuestros procesos institucionales. El análisis comparado muestra que estos mecanismos no solo fueron adoptados por países desarrollados, sino que América Latina cuenta con experiencias virtuosas que incorporan muchos de los elementos aquí desarrollados. Esto, por un lado, puede servir como faro para aquellos países ajenos a estas innovaciones, mientras que, por otro, puede contribuir a que los actores relevantes las perciban como posibles y beneficiosas para sus propias realidades, cambiando así el panorama del proceso legislativo en América Latina.

El lugar y los desafíos de las evaluaciones de impacto de los derechos humanos en futuros regulatorios de Internet latinoamericanos

Ramiro Álvarez Ugarte¹

Introducción

La autorregulación ha sido el principal modelo regulatorio que ha dado forma a internet hasta ahora. Basado aproximadamente en la ley estadounidense y las visiones constitucionales de su Primera Enmienda, el modelo se está volviendo cada vez más insostenible, conmocionado por la presión externa para ejercer las prerrogativas que el modelo se reserva para actores privados en direcciones bastante opuestas y contradictorias (Marsden, 2011: 49). Una cierta ansiedad ha capturado a los críticos sobre cómo se gobierna internet, y aunque la dirección del cambio es difícil de predecir, es seguro que está llegando. Sin embargo, mientras el Viejo Mundo se niega a morir, el Nuevo Mundo realmente no puede nacer. Actualmente estamos en este interregno (Gramsci, 1971: 276). Se han imaginado varios futuros regulatorios, que pasan de insistir en la autorregulación a la reaserción de la autoridad soberana por parte de los Estados individuales. En el medio, surgieron varias innovaciones, como los esquemas de autorregulación auditada y corregulación (Marsden, 2011; Marsden, Meyer y Brown, 2020). Además, los esfuerzos en ámbitos regulatorios globales y regionales no han disminuido y algunos de ellos, como la Ley de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés) de la Unión Europea, son propensos a convertirse en modelos que otras regiones o países pueden seguir (Comisión Europea, 2020).

¹ CELE. Artículo publicado originalmente en el *Journal of Digital Media & Policy*, número especial Emerging Debates on Internet Platform Policy and Regulation in Latin America, vol. 14, Nº 2, 2023, págs. 169-185 (con autorización del editor).

En este documento, buscamos contribuir a los debates emergentes en torno a la regulación de internet en América Latina, destacando el papel potencial de las evaluaciones de impacto de los derechos humanos (HRIA, por sus siglas en inglés) en el sector de las TIC dentro de la región. Parcialmente basado en investigaciones anteriores (Álvarez Ugarte y Krauer, 2020; Castañeda y Álvarez Ugarte, 2020), este documento continúa de la siguiente manera.

En la primera sección presentamos HRIA y discutimos brevemente su historia genealógica y revisamos la literatura de un campo de investigación relativamente nuevo. Como dispositivo de gobernanza, los HRIA están conectados a otras formas de evaluaciones de impacto bien establecidas (ambientales y sociales, entre otros) y a otras formas de gubernamentalidad basadas en la premisa de medir el mundo, pero a veces permanecen diferencias estructurales. Estos son relevantes para evaluar críticamente la utilidad de la herramienta como un mecanismo de procedimiento para tomar decisiones y evaluar la realidad (Götzmann, Vanclay y Seier, 2016; Mares, 2019: 524; Simons y Macklin, 2014).

La segunda sección discute los desafíos metodológicos que hemos identificado en el estudio de HRIA en el sector de las TIC. Estos están en su mayoría conectados al secreto y a la opacidad que rodea una herramienta que las corporaciones usan de forma voluntaria, así como la historia relativamente corta de su adopción dentro del sector de las TIC. Estos desafíos requieren más investigación, basadas en enfoques que podrían violar la opacidad que hemos identificado.

La tercera y última sección plantea y responde una pregunta: ¿Cómo se pueden adoptar HRIA en el sector de las TIC en América Latina? En particular, queremos explorar qué características del contexto latinoamericano pueden ser útiles para predecir cómo se puede usar esa herramienta de gobierno dentro de la región, qué condiciones pueden favorecer los esfuerzos para adoptarlo y qué puede obstaculizarlos. Nos detenemos en el desafío latinoamericano guiado principalmente por la investigación producida sobre el uso de HRIA y otras formas de evaluación de impacto (IA) en América Latina, pero en diferentes industrias. Este análisis también está informado por la historia latinoamericana con derechos humanos. Terminamos nuestro artículo con una breve conclusión y sugerimos más líneas de investigación.

Autorregulación corporativa y HRIA

Los HRIA pueden definirse como “la evaluación tanto del impacto potencial en los derechos humanos de las políticas futuras como del impacto real

de los derechos humanos de las políticas implementadas de una manera que garantiza la participación de varios actores” (De Beco, 2009: 140). Primero surgieron en la década de 1990 como un proceso libremente conceptualizado para evaluar las políticas públicas, primero en la ONU (UN-SESC, 1990, párr. 190) y luego en otros lugares (Bradlow, 2020; Bynoe y Spencer, 1999; Corkery e Isaacs, 2020; Croft, 2000). La primera conceptualización clara fue introducida para tratar las políticas de salud de Lawrence Gostin y Jonathan Mann (Gostin, Mann y Gostin, 1994). Su propuesta es la primera que describió los HRIA como un proceso estructurado (Watchirs, 2002: 723-724).

Los HRIA deben entenderse como un subcampo de los estudios de evaluación de impacto, una técnica gubernamental utilizada en diferentes campos como el desarrollo, la protección del medio ambiente, la regulación, la legislación, los derechos del niño, etc. (Becker y Vancley, 2003; Blakley y Franks, 2021; Burchell, 1994). El objetivo de la técnica es llevar a los tomadores de decisiones a procesos que los ayudan a obtener una mejor comprensión del problema en cuestión, pero que también los alienta a actuar sobre los hallazgos y las evaluaciones, evaluar los resultados de las acciones propuestas y revisar los enfoques para que cualquiera de los enfoques mitiguen las consecuencias indeseables o fomentar las deseables. Las evaluaciones de impacto son formas específicas de gubernamentalidad, basadas en la idea de medir y evaluar la realidad (Hunt y Wickham, 1994; Rosanvallon, 2008: 54-56). Entonces, se centran en consideraciones procesales, así como en las condiciones que deben alcanzarse para que el proceso tenga éxito y alcance los resultados esperados.

HRIA se convirtió en una herramienta claramente definida gracias al enfoque voluntario de las Naciones Unidas (ONU) para los derechos y los derechos humanos defendidos por el entonces secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, e imaginado por John Ruggie, el representante especial de los derechos humanos y las corporaciones transnacionales, el secretario del secretario general. Este marco voluntario se desarrolló parcialmente por el rechazo de un modelo más de comando y control que no logró obtener consenso dentro de los Estados miembros (Khoury, 2016: 45). Este enfoque de ley suave sobre la cuestión desafiante del estado de las corporaciones privadas en el derecho internacional (Darrow y Tomas, 2005; Kinley y Tadaki, 2003; Paust, 2001; Ratner, 2001) fue el resultado del estancamiento en la ONU con las naciones occidentales, que tradicionalmente albergan a las corporaciones transnacionales (TNC) que invierten en el extranjero, oponiéndose a un tratado vinculante internacional y más naciones periféricas que exigen tal solución (Álvarez Ugarte y Krauer, 2020;

Miretski y Bachmann, 2012). El marco de protección, respeto y remedio de Ruggie ha sido el punto focal del debate sobre los derechos y los derechos humanos desde entonces (Ruggie, 2008).

Dentro de este marco, HRIA cobró vida. El Foro Internacional de Líderes Empresariales, la Corporación Internacional de Finanzas y el Compacto Global de la ONU desarrollaron un proceso que condujo a la “Guía para la evaluación y gestión del impacto de los derechos humanos” (Abrahams y Wyss, 2010; Owens y Sykes, 2005: 133), un documento que cuidadosamente define y describe cómo debería ser un HRIA. Fue diseñado como un proceso para aumentar el cumplimiento de las empresas privadas con sus obligaciones de derechos humanos, especialmente en relación con las TNC que operan fuera de sus países de incorporación (Ruggie, 2007; Weissbrodt, 2005).

Los HRIA difieren de otras formas de evaluaciones de impacto de manera significativa. A diferencia de las evaluaciones de impacto ambiental (EIA), los HRIA carecen del tipo de supervisión y mecanismos de cumplimiento que provienen de formas tradicionales de regulación legal, como las que surgen de los estatutos integrales de protección ambiental (Glasson, 1998: 26-27). En ese sentido, los HRIA son más similares a las evaluaciones de impacto social (SIA, por sus siglas en inglés), pero existen diferencias importantes (Götzmann, 2014: 7-8; Götzmann *et al.*, 2016). Uno de los principales es que los SIA no están guiados por un punto de referencia o estándares específicos, mientras que los HRIA están, en teoría, basados en la ley de letras negras, reconocidas en forma de tratados internacionales y estatutos locales vinculantes. Por esa razón, los estándares de derechos humanos proporcionan un punto de referencia que “potencialmente les da una base normativa más segura y precisa que, por ejemplo, la evaluación del impacto social donde las bases teóricas y filosóficas que forman la base para la evaluación son más disputadas” (Götzmann *et al.*, 2016: 18). Radu Mares ha argumentado que, por esa razón, los SIA son más tolerantes hacia los impactos residuales, una tolerancia no disponible cuando la ley de derechos humanos se usa como la barra de medición contra la cual se medirán acciones y servicios específicos (Mares, 2019: 524). Desde este punto de vista, los HRIA están conectados con las evaluaciones de impacto de los derechos y la privacidad de los niños (PIA, por sus siglas en inglés), que se basan en la Ley de Derechos Humanos o los estatutos nacionales, como las leyes de protección de datos (De Beco, 2009: 143; De Hert, 2012; Wright y De Hert, 2012).

Dentro del marco voluntario de la ONU, una de las preocupaciones clave de los investigadores es lo que impulsa la adopción de HRIA, un problema vinculado a la pregunta más amplia de por qué o si los marcos voluntarios

funcionan con fines de gobierno. Nora Götzmann ha argumentado que las empresas “comúnmente realizan evaluaciones de impacto ambiental y social por una variedad de razones, como los requisitos reglamentarios, como parte de los estándares de la empresa, y para cumplir y responder a las expectativas sociales” (Götzmann *et al.*, 2016: 7). Esto se correlaciona con algunas explicaciones comunes para los pioneros: la industria extractiva adoptó HRIA parcialmente como consecuencia de escándalos muy públicos que surgieron en torno a sus operaciones (Banfield *et al.*, 2005; Deonandan y Morgan, 2016; Drewry, Shandro y Winkler, 2017).

Los escépticos a menudo señalan que los marcos voluntarios son inherentemente inadecuados. Por ejemplo, Steven Bittle y Laureen Snider citan un estudio realizado en un mecanismo de informes voluntarios en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que analizó 96 quejas procesadas en un período de diez años, solo para descubrir que solo cinco dieron como resultado cambios genuinos en el comportamiento corporativo (Bittle y Snider, 2013: 185). Otros han señalado que los HRIA se pueden usar “para obtener algún tipo de sello de aprobación para demostrar que tiene una licencia social legítima” para operar (Maher, 2019: 68), pero con poca efectividad en términos de orientar la conducta corporativa y asegurar el cumplimiento de los derechos humanos. Penélope Simons y Audrey Macklin, aunque optimistas con respecto a la utilidad potencial de la herramienta, resaltan cómo ciertas historias de éxito de HRIA se basan en indicadores problemáticos o dependen de antecedentes y supuestos (como instituciones estatales sólidas) que simplemente no se mantienen en muchos escenarios en los que HRIA se usan de manera rutinaria, como la industria extractiva (Simons y Macklin, 2014: 83-87).

La naturaleza voluntaria de los HRIA ha sido una fuente de crítica persistente. Simons y Macklin han argumentado, por ejemplo, que por sí mismos, los HRIA no pueden cerrar la brecha de gobernanza producida por las poderosas TNC que operan en condiciones institucionales débiles, con países pobres que compiten entre ellos por los escasos recursos y, por lo tanto, crean incentivos para disminuir los costos para los inversores extranjeros, por ejemplo, reducción de requisitos regulatorios (Ruggie, 2008: 13; Shamir, 2004: 636; Simons y Macklin, 2014: 12). La falta de procedimientos de supervisión claros y la ausencia absoluta de mecanismos de aplicación que se derivan del paradigma voluntario pueden ser la fuente de una crítica inmanente: existe una contradicción fundamental entre el voluntarismo y la forma de los derechos humanos, de los cuales los HRIA no pueden escapar con éxito (Harrison, 2011; Takahashi, 2019). Como lo expresaron

Bittle y Snider, el modelo voluntario de la ONU se basa en la suposición de que las empresas “respetarán” voluntariamente los derechos humanos, incluso cuando va en contra de sus intereses comerciales (Bittle y Snider, 2013: 187). Esto ignora “la contradicción estructural entre las obligaciones legales corporativas de maximizar las ganancias para sus accionistas y sus obligaciones de derechos humanos no vinculantes es una gran debilidad del trabajo de Ruggie: las corporaciones están legalmente obligadas a defender el mercado de leyes (...) no los estándares de derechos humanos” (Bittle y Snider, 2013: 188).

Métodos y desafíos

La literatura sobre HRIA es diversa y rara vez ha considerado su uso en el sector de las TIC, con un puñado de excepciones (Rees y Davis, 2016; Samway, 2016). Nuestra investigación previa sobre el asunto provocó de las ideas derivadas del puñado de HRIA y documentos relacionados que se habían hecho públicos (Article One, 2018a, 2018b; BSR, 2018, 2022; Meta, 2022), los manuales de procedimiento desarrollados por consultores y empresas (Abrahams y Wyss, 2010) y la sociedad. Una característica notable de estas fuentes es que gran parte del trabajo producido para definir lo que son HRIA han sido realizados por consultores mismos, especialmente en un período temprano de conceptualización. Por lo tanto, una forma extraña de endogamia afecta el campo: aquellos que describen el proceso y definen la herramienta también son quienes la usan (y la venden) (ver, por ejemplo, Boele y Crispin, 2013; Götzmann, 2014).

La investigación sobre el uso de HRIA en el sector de las TIC parece verse afectada por los desafíos propios. Por un lado, el sector parece haber adoptado la herramienta, especialmente a través de los procesos y los programas que salieron de la Iniciativa de la Red Global (GNI), una coalición voluntaria de múltiples partes interesadas que reúne a empresas privadas, investigadores, inversores y sociedad civil (Del Campo, 2022; GNI, 2020b, 2020a). En los últimos años, varias compañías de internet y, más ampliamente, las compañías que trabajan en telecomunicaciones han utilizado la herramienta para evaluar sus operaciones desde el punto de vista de los derechos humanos. Por ejemplo, Meta (entonces Facebook) produjo cuatro HRIA para evaluar su presencia en Myanmar, Camboya, Indonesia y Sri Lanka. Yahoo, dentro del contexto de GNI, tomó decisiones de inversión importantes basadas en un HRIA desarrollado en Vietnam (Maclay, 2010: 87).

Pero muchos de estos informes no se han hecho públicos, un defecto fundamental de HRIA que el propio Ruggie había identificado hace años (Ruggie, 2007: párr. 9). Pero algunos sí han sido publicados. Ése fue el caso del informe de Facebook sobre Myanmar encargado a la Business for Social Responsibility (BSR), que ofrece una rara visión de la forma en que la herramienta se ha utilizado en el sector de las TIC (BSR, 2018). Del mismo modo, Facebook también publicó evaluaciones de su presencia en Camboya, Indonesia y Sri Lanka (Article One, 2018a, 2018b; Sissons y Werofka, 2018). Y Telefónica ha desarrollado su política de derechos humanos después de un HRIA desarrollado por BSR (Telefónica, 2019). Del mismo modo, Wikimedia ha encargado a un HRIA que evalúe sus operaciones en 2020 (Article One y Fundación Wikimedia, 2020) y Facebook contrató a BSR para desarrollar una evaluación de diligencia debida *de facto* y *ex post* para revisar “el impacto de las políticas y actividades de Meta durante la crisis de mayo de 2021 en Israel y Palestina” (BSR, 2022: 1; Meta 2022).

En comparación con la medida en que internet afecta nuestra vida diaria, estos puñados de ejemplos de implementación de HRIA en el sector de las TIC parece una muestra demasiado pequeña para evaluar adecuadamente su alcance y potencial. Además, los consultores que trabajan en estos procesos a menudo están vinculados por acuerdos de no divulgación y otras obligaciones contractuales que les impiden discutir evaluaciones específicas. Por lo tanto, los métodos cualitativos observacionales o participativos pueden ser necesarios para penetrar la confidencialidad que rodea el objeto de investigación (Jerolmack y Khan, 2014; McCorquodale, 2017; Small, 2009). Esta investigación no emplea estos métodos y se basa en el análisis de la pequeña muestra mencionada anteriormente.

Este análisis es impulsado por los desafíos anteriores que encontramos en el uso de HRIA en el sector de las TIC (Castañeda y Álvarez Ugarte, 2020). Después de una investigación sobre las evaluaciones que se han hecho públicas en los últimos años, estamos seguros de decir que estos desafíos permanecen. Para resumir, hemos descubierto que las compañías de TIC parecen más dispuestas a reconocer los impactos negativos cuando han sido empujados a prácticas que preferirían no hacer por los Estados autoritarios; que hay una falta de comprensión de los efectos que la tecnología tiene en la sociedad, basada en parte debido a la investigación empírica inadecuada e insuficiente, y que esto hace que el ejercicio de “evaluar los impactos” sea bastante desafiante; y que los estándares de derechos humanos no ofrecen respuestas claras debido al desacuerdo extendido que afecta su interpretación y aplicación real a problemas controvertidos (Castañeda y Álvarez Ugarte, 2020).

En general, estas dificultades plantean escasos desafíos para HRIA como una herramienta de gobierno en el sector de las TIC. Se ha encontrado que los HRIA, como SIA, son a menudo “imprecisos, demasiado teóricos, descriptivos en lugar de explicativos, limitados a la aplicación local y costosos” y que “pocas teorías en las que se basan están claramente definidas o son confiables” (Massarani, Drakos y Pajkowska, 2007: 146). Como lo expresaron Michael Kuhndt, Justus von Geibler y Martin Herrndorf, los “enfoques singulares existentes no tienen en cuenta las cadenas causales que vinculan las actividades de las empresas con los resultados sociales” (Kuhndt, Von Geibler y Herrndorf, 2006: 20). Simplemente no hay suficiente investigación empírica para apoyar la evidencia concluyente sobre esos efectos, una razón por la cual algunas de las recomendaciones encontradas en HRIA que se han hecho públicas incluyen hacer o financiar más investigación (BSR, 2018: 47). Consideremos, por ejemplo, la cuestión de la desinformación. La investigación que existe sobre el alcance de la desinformación se ha producido, principalmente, alrededor del proceso electoral de los Estados Unidos, especialmente desde la elección de Donald Trump en 2016 a la presidencia. Esa evidencia sugiere que, aunque existe la desinformación, no tiene un efecto sustancial en el resultado de las elecciones, las personas conservan la capacidad de reconocer hecho de la ficción, e incluso pueden distribuirse para fines que no tienen nada que ver con convencer a otros de creer cosas falsas (Lazer *et al.*, 2018). Si esos hallazgos son correctos, ¿debemos extrapolarnos a diferentes contextos, donde, por ejemplo, la capacidad de evaluar la información crítica puede existir dentro de la población en diferentes grados? ¿Se supone que los HRIA producen ese tipo de investigación? Lo dudamos.

Este desafío está relacionado con un tercer problema intratable: los estándares de derechos humanos no ofrecen el tipo de punto de referencia claro contra el cual se supone que la conducta debe ser juzgada, ni ofrece orientación precisa (al igual que, por ejemplo, estándares ambientales que guían a EIA). En ese sentido, es posible que la diferencia entre SIA y HRIA identificada anteriormente, con respecto a la presencia de pautas más precisas en HRIA, sea puramente teórica en el sector de las TIC, donde los estándares de los derechos humanos son relativamente fluidos y la fuente de desacuerdo está generalizada y es reciente (Waldron, 1999). El debate de gobierno de internet de los últimos años y diferentes iniciativas regulatorias sugieren tanto. Consideremos un problema simple. Si el discurso violento que no constituye una incitación a la violencia está restringido por una plataforma que alberga contenido de terceros, ¿es ésta una forma proporcional de proteger a los potencialmente afectados por la violencia (por ejemplo, minorías

y otros grupos vulnerables) o estas acciones constituyen una violación de los derechos de libertad de expresión de los usuarios? El lector tendrá diferentes respuestas a estas preguntas dependiendo de sus antecedentes. Además, es posible que desee más información para comprender mejor el caso. Sin tal acuerdo, los discursos de los derechos humanos, y los HRIA, para el caso, no pueden ayudarnos a navegar por las aguas disputadas, ya que son precisamente el objeto de la discusión.

Estos obstáculos por delante no significan que los HRIA están condenados a fallar como un mecanismo de debida diligencia y responsabilidad, pero las contradicciones y tensiones integradas en su genealogía institucional y los desafíos de su adopción en el sector de las TIC deben ser cumplidas si eso va a suceder. Con cautela presentamos razones para el optimismo. Si se compara el informe BSR de Facebook en Myanmar en 2018 con el informe producido sobre la crisis de Israel y Palestina de 2021, surgen diferencias interesantes (BSR, 2018, 2022). Si bien el primero parece un ejercicio que no se ha realizado antes, el segundo muestra una compañía que parece más consciente de sus deberes y responsabilidades dentro del marco voluntario de la ONU, que ha implementado procesos y estructuras y ha asegurado líneas presupuestarias específicas para abordar estos desafíos. Esta evolución, que debe probarse contra muestras más grandes y otros procesos que desafortunadamente permanecen en secreto, puede ser un argumento para la adopción de HRIA en sí mismo.

El contexto latinoamericano

¿Cómo puede llegar HRIA a América Latina en el sector de las TIC? ¿Cuáles son los principales impulsores que pueden fomentar su adopción en la región y cuáles son las principales oportunidades y desafíos involucrados? Esta sección busca responder a estas preguntas, tomando como punto de partida el hecho de que, hasta ahora y, según nuestro conocimiento, Telefónica ha llevado a cabo un HRIA en América Latina, como parte de su proceso para desarrollar su política global de derechos humanos (Telefónica, 2019). Sin embargo, los informes utilizados como material en ese proceso no se han hecho públicos.

Esto es, por lo tanto, un ejercicio de imaginación, pero basado en la literatura secundaria que ha explorado el uso de otros mecanismos de evaluación de impacto en América Latina y el Caribe. Cuando combinamos lo que sabemos sobre los desafíos de adoptar HRIA en el sector de las TIC,

surgen ideas útiles. La sección sigue dos preguntas de organización. Primero, discute los impulsores de la adopción de la evaluación de impacto. En segundo lugar, analiza las condiciones para el éxito de las evaluaciones de impacto, basadas en la literatura encuestada. En general, responder ambas preguntas brinda una buena oportunidad para discutir las diferencias entre los HRIA y otras evaluaciones de impacto (EIA, SIA y de la salud, generalmente denominadas IAS) y para discutir las diferencias de toda la industria que parecen extremadamente importantes para juzgar la posible adopción de HRIA dentro del sector de las TIC en América Latina.

Tabla 1. Matriz de adopción de IAS

Mandatorio	(A) Jurisdicción territorial	(B) Jurisdicción de incorporación
Voluntario	(C) Responsabilidad social corporativa	(D) Estándar de industria

La matriz en la tabla 1 ofrece cuatro posibilidades en términos de impulsores potenciales de la adopción de IAS. Está organizado alrededor de dos ejes. Uno se basa en la naturaleza obligatoria y voluntaria del compromiso, y el otro se basa en la fuente de la presión o la demanda de adoptar un mecanismo IA, ya sea que provenga desde dentro o desde el extranjero. Este segundo eje debe entenderse en términos generales, incluye acciones que se derivan exclusivamente de las políticas basadas en la responsabilidad social corporativa (RSE) de las empresas privadas o de las leyes estatales donde las operaciones se desarrollan (dentro); o cuando esas acciones provienen de un tipo de presión que proviene de fuera de la empresa (estándares de toda la industria) o del país donde la empresa ha sido incorporada (en el extranjero).

El primer impulsor más obvio para la adopción de IAS es cuando estos procedimientos son exigidos por una regulación válida que se aplica a las empresas privadas (a). Éste es típicamente el caso con EIA en América Latina, parte de regímenes regulatorios nacionales integrales diseñados para proteger el medio ambiente (Acerbi *et al.*, 2014). En otras ocasiones, las IAS se adoptan como parte de los requisitos realizados por las leyes aprobadas en los países donde se ha incorporado la corporación, como cuando los estatutos nacionales establecen deberes para informar o realizar el análisis de diligencia debida, por ejemplo, para asegurar el respeto de ciertos valores en la cadena de suministro (b) (Álvarez Ugarte y Krauer, 2020). Finalmente,

cuando las IAS son adoptadas voluntariamente por empresas privadas, este puede ser el resultado de un compromiso privado con valores específicos dentro del alcance de la RSE (c) o porque hay algún tipo de presión ejercida a nivel de la industria para adoptar estándares específicos (d). Esto ha sucedido especialmente en la industria extractiva (Bader, 2016; Banfield *et al.*, 2005).

La matriz es útil para colocar HRIA en las TIC en el lugar correcto y descartar algunas alternativas por su expansión, algo actualmente poco probable. Por ejemplo, las EIA en América Latina son obligatorias por estatuto (Acerbi *et al.*, 2014). Pero los investigadores han encontrado que en un puñado de casos se llevaron a cabo SIA para complementar EIA, especialmente para tratar situaciones de contestación social que surgieron en torno a proyectos específicos. Ese ha sido el caso, por ejemplo, de los SIA desarrollados en el valle de Huasco de Chile, donde una operación minera fue sometida a una evaluación de diligencia debida con el apoyo de la compañía minera Barrick Gold después de una intensa contestación social, que luego condujo a un HRIA competitivo, dirigido por la comunidad (Maher, 2019: 64-65). Del mismo modo, en 2014, un proyecto minero en Puebla fue sometido a un HRIA *ex ante* basado en la comunidad (González Cavazos, 2019). Es poco probable que este mecanismo, según el cual las EIA obligatorias producen otras formas de IAS como dispositivos complementarios voluntarios y convenientes, que operen en la industria de las TIC. El sector a menudo tiene un impacto insignificante en el medio ambiente. Según los ejemplos mencionados anteriormente, esto parece ser una condición previa necesaria para el surgimiento de la contestación política que hace que SIAS sea atractiva y, por lo tanto, impulse la adopción.

Por otro lado, las leyes que imponen deberes a informar o realizar análisis de diligencia debida no parecen haber llegado a empresas en el sector de las TIC, excepto el DSA (que se limita jurisdiccionalmente a Europa). Los estatutos que más claramente parecen haber sido redactados para alcanzar operaciones en el extranjero han sido diseñados para tratar con otros lados problemáticos del comercio internacional, como cuestiones relacionadas con el comercio justo en los países montados en conflictos, para respetar los derechos de los trabajadores en la cadena de suministro, y así sucesivamente (Hoff, 2019). Estas leyes, entonces, no exigen claramente los HRIA y deben descartarse como potenciales conductores.

La acción regulatoria local a nivel nacional, por otro lado, parece improbable. A pesar de que se han realizado varias propuestas legislativas en América Latina para tratar problemas como, por ejemplo, la responsabilidad de intermediarios, el discurso de odio y la desinformación, la mayoría de ellas nunca salieron del proceso legislativo. Si bien el DSA puede convertirse en un modelo viable que

las legislaturas locales pueden adoptar en un proceso de modelado (Braithwaite y Drahos, 2000: 539), es en este momento difícil imaginar que esto sucederá pronto, a pesar de que se han realizado llamadas a ese efecto (Observacom, 2020). Además, ese tipo de regulaciones, a nivel nacional, tendrían que aprobar una prueba constitucional de validez relacionada con la libertad de expresión que empujaría estas iniciativas a un futuro aún más incierto.

Teniendo en cuenta estos desafíos, el escenario más probable es aquel en el que las empresas privadas adoptan voluntariamente HRIA, siguiendo el modelo de Ruggie. Götzmann ha argumentado que las empresas participan en IAS por una miríada de razones, incluso para “reunirse y responder a las expectativas sociales” (Götzmann *et al.*, 2016: 7). Este podría ser un buen candidato para impulsar la adopción regional de HRIA por parte de empresas privadas, especialmente si el movimiento local de derechos digitales logra colocar con éxito problemas de preocupación en la agenda. Las organizaciones de la sociedad civil en América Latina han tratado de presionar a las empresas privadas, por ejemplo, extendiendo el proyecto Electronic Frontiers Foundation (EFF) sobre quien tiene su espalda al contexto local (ADC, 2019; Derechos Digitales, 2022). Si bien no todas las TNC de internet cuyos servicios se utilizan en América Latina tienen presencia en la región, las plataformas más grandes (por ejemplo, Google, Meta y Twitter) a menudo tienen oficinas de campo donde emplean a funcionarios que podrían, en teoría, utilizarse como una banda de preocupaciones de transmisión. Eso puede obligar a las empresas a satisfacer esas demandas.

En términos de implementación exitosa de HRIA, la región parece cumplir ciertos requisitos cuando se mide de acuerdo con los procedimientos establecidos dentro del campo (Abrahams y Wyss, 2010), como una fuerte infraestructura de derechos humanos. De hecho, los abusos de los derechos humanos pasados han creado, tanto a nivel nacional como regional, organizaciones y activistas de derechos humanos. Por ejemplo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha emitido un documento de estándares sobre negocios y derechos humanos, donde abarca el Marco General de la UNGP (CIDH, 2019a: párr. 50). Una parte importante de la sociedad civil latinoamericana se organiza en torno a los discursos de los derechos humanos para enmarcar sus demandas, tienen objetivos relacionados con los derechos humanos como sus objetivos principales y organizan su defensa en torno a los repertorios de acción estrechamente relacionados con la idea de los derechos humanos (Jelin, 1994; Sikkink, 1993). América Latina como región ha contribuido ampliamente al desarrollo de la Ley Internacional de los Derechos Humanos (Carozza, 2003; Glendon, 2004). Estas condiciones subyacentes crean oportunidades: si

las empresas de las TIC adoptaran HRIA en América Latina, en la mayoría de los países podrían encontrar organizaciones locales de la sociedad civil capaces de participar en el proceso. En el campo de los derechos digitales, existen organizaciones sólidas de la sociedad civil que están estrechamente relacionadas entre ellos y, por eso, socios potenciales forman el tipo de alcance que exige HRIA. La participación de las comunidades locales, proporcionadas como importantes para el éxito de IAS, es más desafiante (Morales *et al.*, 2007). ¿Cómo se identificarán esas partes interesadas y las comunidades locales? El alcance y la escala de operaciones de la industria extractiva es diferente del alcance y la escala de las operaciones de las compañías de TIC. Como se mencionó anteriormente, las compañías de TIC que trabajan dentro de las capas físicas y de transporte tienen poco impacto en el medio ambiente. Este impacto es aún menos notable en el caso de las empresas que operan en la capa de aplicación, que pueden proporcionar sus servicios desde lejos y sin saberlo.

Por otro lado, los HRIA, como todos los proyectos de IA, llevan mucho tiempo y son costosos. Las empresas que participan en HRIA, ya sea que lo hagan voluntariamente o presionadas por algún agente externo, deben asignar recursos suficientes a la tarea (Coze *et al.*, 2009: 400). En proyectos extractivos, el gasto de esas sumas puede verse como una forma de inversión, pero ¿qué podría llevar a las empresas de las TIC a adoptar análisis costosos similares en ausencia de algún tipo de presión externa que pueda amenazar sus operaciones? ¿Qué tipo de daño pueden esperar sufrir si no actúan? Esto parece una condición importante que recorta la adopción de HRIA en el sector de las TIC en la región, especialmente al considerar los ingresos basados en publicidad para las compañías de internet, una variable que parece mucho más importante que la gran cantidad de usuarios. Al pensar en los ingresos de AD, solo Brasil y México llegan a los quince primeros (Statista Digital Market Outlook, 2022).

Conclusión

En los procesos de globalización regulatoria que han dado forma a la gobernanza de internet, América Latina a menudo ha recibido el fin de los flujos regulatorios. Incluso en el caso del proceso inusual que condujo al Marco Civil de Brasil en 2014, las soluciones adoptadas en gran medida seguían los modelos creados en otros lugares (Medeiros y Bygrave, 2015: 121). La influencia de los estándares europeos de protección de datos en los estatutos latinoamericanos ha sido sustancial y reconocida en todos los ámbitos (Carrillo

y Jackson, 2022; Ramiro, 2022). ¿Puede América Latina emerger como un sitio donde surgirán nuevos modelos regulatorios (de compañías de TIC, de plataformas de internet)? Esto parece muy poco probable. Otras regiones, por razones discutidas anteriormente, parecen ser más adecuadas para desempeñar ese papel dentro de los procesos de globalización regulatoria que se desarrollan actualmente. La DSA de la Unión Europea es un marco integral que podría dar forma a los años venideros, en Europa y en otros lugares. Las obligaciones de diligencia debida incluidas en varias secciones de la DSA son lugares obvios desde donde se pueden aprovechar los HRIA (Comisión Europea, 2020: 34, 35 y 58). El DSA ofrece un régimen mucho más detallado y obligatorio. Los estándares interamericanos hasta ahora han seguido el ejemplo de la ONU (CIDH, 2019a: párr. 50). Si el DSA debe desempeñar la función de un modelo en los procesos de globalización regulatoria, entonces, algo similar puede llegar a la región, probablemente a nivel nacional (a menos que un cuerpo regional como la OAS lo abrace en forma de derechos humanos estándares).

Los desafíos involucrados en el uso de HRIA en el sector de las TIC aumentarían, sin embargo. El uso de la herramienta no significa necesariamente que se convertirá en un dispositivo de gobierno efectivo. Para que eso suceda, algunos desafíos, que este documento ha identificado, deberían abordarse. Primero, el marco voluntario debe dar paso a un sistema en el que la presión externa hace que el argumento de adoptar HRIA sea convincente. El uso de la herramienta únicamente para fines privados, sin mecanismos de supervisión y la responsabilidad adecuada, así como las formas básicas de transparencia, lo hace no solo ineficaz, sino algo poco interesante. Si el objetivo de los HRIA es traer razones relacionadas con los derechos humanos para participar en los procesos de toma de decisiones corporativas, el elemento voluntario actualmente implicado en la herramienta debe estar avanzado progresivamente, ya sea por la regulación real, o por los efectos de la moderación. La presión y el impulso en las empresas privadas se han creado para impulsar los estándares de toda la industria. En segundo lugar, hablar sobre los impactos sin una comprensión adecuada de los efectos que las tecnologías tienen en las comunidades que las usan es contradictoria e incluso puede ser contraproducente. El impacto de internet en la sociedad no se investiga adecuadamente, en general, pero esto es especialmente cierto en América Latina. Como se mencionó anteriormente, la mayoría de los estudios empíricos se han realizado en otros lugares. ¿Cuáles son los efectos de la desinformación en los procesos electorales en América Latina? ¿Cuáles son los efectos del discurso de odio en nuestras comunidades? La investigación cuidadosa, matizada, bien financiada y específica del contexto parece un requisito previo que no estamos casi cerca de cumplir para pasar

a la dirección gerencial que implica HRIA. Tercero, la idea de que la Ley de Derechos Humanos proporciona un punto de referencia contra el cual podemos juzgar la conducta es simplemente falsa. La ley y el discurso de los derechos humanos, y especialmente la Ley de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión no proporciona respuestas claras a las complejas preguntas sobre las cuales se organiza el debate de los derechos humanos y las TIC (Sullivan, 2016). Si los estándares de derechos humanos no proporcionan una guía clara, la idea de medir cómo se ven afectados es propensa a conclusiones inútiles de dos lados que disminuyen el uso potencial de HRIA para fines de gobernanza.

Estos desafíos globales tienen dificultades especiales en América Latina. La región está marcada por Estados con capacidades insuficientes, y solo un puñado de países pueden emitir amenazas regulatorias efectivas para las empresas de TIC (especialmente plataformas e intermediarios). La posición periférica de la región frente al resto del mundo crea una situación en la que los reguladores locales deben esperar a que su turno realmente regule (o lo haga de manera eficiente). Sin embargo, también hay una larga y brillante historia de los derechos humanos en la región, que se revela de dos maneras. Por un lado, en la sociedad civil local y en los organismos nacionales de derechos humanos que pueden optar por impulsar la adopción de HRIA en el sector de las TIC. Por otro lado, a nivel regional, la OEA y sus organismos de derechos humanos, que han presionado para los estándares de derechos humanos específicos de internet (CIDH, 2013, 2017) y eso ha seguido el ejemplo de los derechos y los derechos humanos de la ONU (CIDH, 2019b). Si las obligaciones de diligencia debida y los HRIA obligatorios de alguna manera llegaran a la agenda del movimiento de derechos digitales, o los planes desarrollados por los organismos nacionales y regionales de derechos humanos, entonces, América Latina podría desempeñar un papel más innovador y autónomo en el campo de la gobernanza de internet. El tiempo lo dirá.

Referencias

- Abrahams, Desirée y Yann Wyss, 2010, *Guía para la evaluación y gestión del impacto de los derechos humanos*, Washington D.C., International Business Leaders Forum, International Finance Corporation y Global Compact de Las Naciones Unidas.
- Acerbi, Marcelo, Ernesto Sánchez-Triana, Santiago Enríquez, Ruth Tiffer-Sotomayor, Ana Luisa, Gomes Lima y Pilar Clemento-Fern, 2014,

- “Sistemas de evaluación de impacto ambiental en América Latina y el Caribe”, IAIA14 actas de la conferencia, Viña del Mar, Chile, p. 6.
- Asociación por los Derechos Civiles (ADC), 2019, “¿Quién defiende tus datos?”.
- Álvarez Ugarte, Ramiro y Laura Krauer, 2020, “El sector TIC y derechos humanos: hacia un marco conceptual de las evaluaciones de impacto en DD.HH.”, Centro de Estudios para la Libertad de Expresión (CELE).
- Article One, 2018a, “Evaluación del impacto de los derechos humanos: Facebook en Indonesia”, resumen ejecutivo.
- Article One, 2018b, “Evaluación de impacto de los derechos humanos: Facebook en Sri Lanka”, resumen ejecutivo.
- Article One y Fundación Wikimedia, 2020, “Evaluación de los impactos de los derechos humanos de los proyectos de conocimiento gratuito de Wikimedia”.
- Bader, Christine, 2016, “Human Rights ‘Intrapreneurs’: Challenges and Keys to Success”, en: Dorothe Baumann-Pauly y Justine Nolan (eds.), *Business and Human Rights: from Principles to Practice*, Londres y Nueva York, Routledge, págs. 154-160.
- Banfield, Jessica, Adam Barbolet, Rachel Goldwyn y Nick Killick, 2005, *Práctica comercial sensible al conflicto: orientación para industrias extractivas*, Londres, Alerta Internacional.
- Becker, H.A. y Frank Vanclay (eds.), 2003, *El manual internacional de evaluación del impacto social: avances conceptuales y metodológicos*, Cheltenham y Northampton, MA, Edward Elgar Publishing.
- Bittle, Steven y Laureen Snider, 2013, “Examinando el informe de Ruggie: ¿pueden las pautas voluntarias domesticar el capitalismo global?”, *Criminology Critical*, vol. 21, N° 2, págs. 177-192, disponible en: doi:10.1007/s10612-013-9177-4.
- Blakley, Jill A.E. y Daniel M. Franks, 2021, *Manual de evaluación de impacto acumulativo*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- Boele, Richard y Christine Crispin, 2013, “What Direction for Human Rights Impact Assessments?”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 31, N° 2, págs. 128-34, disponible en: doi:10.1080/14615517.2013.771005.
- Bradlow, Daniel, 2020, “Reforma de manera responsable: por qué los Gobiernos deberían evaluar los impactos de los derechos humanos de las reformas económicas”.

- Braithwaite, John y Peter Drahos, 2000, *Regulación comercial global*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press.
- BSR, 2018, “Evaluación de impacto de los derechos humanos: Facebook en Myanmar 1”, Negocios para la Responsabilidad Social.
- BSR, 2022, “Diligencia debida por los derechos humanos de los impactos de Meta en Israel y Palestina en mayo de 2021. Insights y recomendaciones”, Negocios para la Responsabilidad Social.
- Burchell, Robert W., 1994, *Development Impact Assessment Handbook*, Washington, D.C., Urban Land Institute.
- Bynoe, Ian y Sarah Spencer, 1999, *Mainstreaming Human Rights in Whitehall y Westminster*, Londres, Institute for Public Policy Research.
- Carozza, Paolo G., 2003, “From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 25, Nº 2, págs. 281-313.
- Carrillo, Arturo J. y Matías Jackson, 2022, “¿Sigue al líder? Un estudio de derecho comparativo del impacto del Reglamento General de Protección de Datos de la UE en América Latina”, *ICL Journal*, vol. 16, Nº 2), págs. 177-262, disponible en: doi:10.1515/ICL-2021-0037.
- Castañeda, Alejandra y Ramiro Álvarez Ugarte, 2020, *Evaluaciones de impacto de los derechos humanos: tendencias, desafíos y oportunidades para la adopción del sector de las TIC*, Buenos Aires, CELE.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2013, *Libertad de expresión e internet*, Washington, D.C., Interamericana de Derechos Humanos.
- CIDH, 2017, “Estándares para una internet libre, abierta e incluyente”, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17, Relatoría Especial para la Libertad de expresión de la CIDH, disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf.
- CIDH, 2019a, “Empresas y DD.HH.”, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19.
- Corkery, Allison y Gilad Isaacs, 2020, “Human Rights Impact Assessments and the Politics of Evidence in Economic Policymaking”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, Nº 9, págs. 1.268-1.289.
- Coze, Agnes Saborio, Alejandro Flores Nava, Organización de las Nacio-

- nes Unidas para la Alimentación y Agricultura de las Naciones Unidas, 2009, “Revisión de la evaluación del impacto ambiental y el monitoreo de la acuicultura en América Latina”, evaluación de impacto ambiental y monitoreo de la acuicultura.
- Croft, Jeremy, 2000, *Whitehall y la Ley de Derechos Humanos de 1998*, Unidad de Constitución.
- Darrow, Mac y Amparo Tomás, 2005, “Power, Capture, and Conflict: a Call for Human Rights Accountability in Development Cooperation”, *Human Rights Quarterly*, vol. 27, N° 2, págs. 471-538, disponible en: doi:10.1353/hrq.2005.0015.
- De Beco, Gauthier, 2009, “Human Rights Impact Assessments”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 27, N° 2, págs. 139-166, disponible en: doi:10.1177/016934410902700202.
- De Hert, Paul, 2012, “Una perspectiva de los derechos humanos sobre las evaluaciones de impacto de la privacidad y la protección de datos”, *Privacy Impact Assessment*, Berlín, Springer, págs. 33-76.
- Del Campo, Agustina, 2022, “Supervisión de la plataforma: lecciones aprendidas en medio de disenso generalizado”, documento de trabajo, CELE.
- Deonandan, Kalowatie y Jennifer Morgan, 2016, “Industrias extractivas y el régimen mundial de derechos humanos para los negocios: la evaluación de impacto de los derechos humanos de Marlin”, en: K. Deonandan y M.L. Dougherty, *Minería en América Latina: enfoques críticos para la nueva extracción*, Londres y Nueva York, Routledge.
- Derechos Digitales, 2022, “¿Quién defiende tus datos?”.
- Drewry, Jonathan, Janis Shandro y Mirko S. Winkler, 2017, “La industria extractiva en América Latina y el Caribe: evaluación del impacto en la salud como una oportunidad para la autoridad de salud”, *International Journal of Public Health*, vol. 62, N° 2, pp. 253-62.
- Comisión Europea, 2020, Ley de Servicios Digitales.
- Gertler, Paul J., Sebastián Martínez, Patrick Premand, Laura B. Rawlings y Christel M.J. Vermeersch, 2016, “Evaluación de impacto en la práctica”, publicaciones del Banco Mundial.
- Glasson, John, 1998, *Introducción a la evaluación del impacto ambiental*, Hoboken, Taylor & Francis Ltd.

- Glendon, Mary Ann, 2004, “El crisol olvidado: la influencia latinoamericana en la idea universal de derechos humanos”, *Persona y Derecho*, vol. 51.
- GNI, 2020a, “GNI principios de libertad de expresión y privacidad”.
- GNI, 2020b, “Aumento de la transparencia en la diligencia debida por los derechos humanos y las evaluaciones de impacto por parte de los miembros de la compañía de GNI”, iniciativa de red global, disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/increasing-transparency-on-human-rights-due-diligence-and-impact-essessments-by-gni-company-members>.
- González Cavazos, Alejandro, 2019, “Minería en México: lecciones de una HRIA de ex ante la comunidad sobre el derecho al agua, el derecho a la salud y el derecho a un entorno saludable”, en: N. Götzmann (ed.), *Manual sobre la Evaluación de Impacto de Derechos Humanos*, Cheltenham y Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, págs. 188-204.
- Gostin, Lawrence, Jonathan M. Mann y Larry Gostin, 1994, “Towards the Development of a Human Rights Impact Assessment for the Formulation and Evaluation of Public Health Policies”, *Health and Human Rights*, vol. 1, Nº 1, p. 58, disponible en: doi:10.2307/4065262.
- Götzmann, Nora, 2014, “Human Rights and Impact Assessment: Conceptual and Practical Considerations in the Private Sector Context”, Matters of Concern Human Rights Research Paper Nº 2014/2, Danish Institute for Human Rights.
- Götzmann, Nora, Frank Vanclay y Frank Seier, 2016, “Social and Human Rights Impact Assessments: What Can They Learn from Each Other?”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 34, págs. 14-23, disponible en: doi:10.1080/14615517.2015.1096036.
- Gramsci, Antonio, 1971, *Selección de los cuadernos de la prisión*, Nueva York, Editores Internacionales.
- Harrison, James, 2011, “Medición de los derechos humanos: reflexiones sobre la práctica actual y el potencial futuro de la evaluación del impacto de los derechos humanos”, *Journal of Human Rights Practice*, vol. 3, Nº 2, págs. 162-87, disponible en: doi:10.1093/jhuman/hur011.
- Hoff, Anneloes, 2019, “Dutch Child Labour Due Diligence Law: a Step Towards Mandatory Human Rights Due Diligence”, Oxford Human Rights Hub, disponible en: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/dutch-child-labour-due-diligence-law-a-step-towards-mandatory-human-rights-due-diligence>.

- Hunt, Alan y Gary Wickham, 1994, *Foucault and Law: towards a Sociology of Law as Governance*, Londres, Pluto Press.
- Jelin, Elizabeth, 1994, “La política de la memoria: los movimientos de los derechos humanos y la construcción de la democracia en Argentina”, *Perspectivas Latinoamericanas*, vol. 21, N° 2, págs. 38-58.
- Jerolmack, C. y S. Khan, 2014, “Talk Is Cheap: Ethnography and the Attitudinal Fallacy”, *Sociological Methods & Research*, vol. 43, N° 2, págs. 178-209, disponible en: doi:10.1177/0049124114523396.
- Khoury, Stefanie, 2016, *Corporate Human Rights Violations: Global Prospects for Legal Action*, 1° ed., Londres y Nueva York, Routledge.
- Kinley, David y Junko Tadaki, 2003, “From Talk to Walk: the Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, N° 4, págs. 931-1024.
- Kuhndt, Michael, Justus von Geibler y Martin Herrndorf, 2006, “Assessing the ICT Sector Contribution to the Millennium Development Goals: Status Quo Analysis of Sustainability Information for the ICT Sector”, informe Wuppertal N° 3, Wuppertal Institute for Climate, Environment and Energy.
- Lazer, David M.J., Matthew A. Baum, Yochai Benkler, Adam J. Berinsky, Kelly M. Greenhill, Filippo Menczer, Miriam J. Metzger, Brendan Nyhan, Gordon Pennycook, David Rothschild, Michael Schudson, Steven A. Sloman, Cass R. Sunstein, Emily A. Thorson, Duncan J. Watts, y Jonathan L. Zittrain, 2018, “The Science of Fake News: Addressing Fake News Requires a Multidisciplinary Effort”, *Science*, vol. 359, N° 6.380, págs. 1.094-1.096, disponible en: doi:10.1126/science.aao2998.
- Lindblad Kernell, Emil y Catherine Bloch Veinberg, 2020, *Orientación sobre evaluaciones de impacto de los derechos humanos en actividades digitales*, Copenhague, Instituto Danés de Derechos Humanos.
- Maclay, Colin Miles, 2010, “¿Puede la iniciativa de red global adoptar el carácter de la red?”, en: Ronald Deibert, John Palfrey, Rafal Rohozinski y Jonathan Zittrain (eds.), *Access Controlled: the Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace*, Cambridge, MA, The MIT Press.
- Maher, Rajiv, 2019, “Navegando por una nueva era de los negocios y los derechos humanos”, en: M. Mullen, D. Polonski, T. Soares, J. Cassineiro, M. D’Cruz y V. Hongsathavij (eds.), *Gestión del negocio y los derechos: lecciones sobre los impactos sociales de una evaluación colaborativa*

del impacto de los derechos humanos de una mina disputada en Chile, Artículo 30 y Universidad Mahidol.

Mares, Radu, 2019, “Securing Human Rights through Risk-Management Methods: Breakthrough or Misalignment?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 32, N° 3, págs. 517-535.

Marsden, Chris, Trisha Meyer e Ian Brown, 2020, “Platform Values and Democratic Elections: How Can the Law Regulate Digital Disinformation?”, *Computer Law & Security Review*, vol. 36, disponible en: doi: 10.1016/j.clsr.2019.105373.

Marsden, Christopher T., 2011, *Co-regulación de internet. Ley europea, gobernanza regulatoria y legitimidad en el ciberespacio*, Cambridge, Cambridge University Press.

Massarani, Tarek F., Margo Tatgenhorst Drakos y Joanna Pajkowska, 2007. “Extracting Corporate Responsibility: towards a Human Rights Impact Assessment”, *Cornell International Law Journal*, vol. 40, N° 1, pág. 37.

McCorquodale, Robert, 2017, “Diligencia debida por los derechos humanos en la ley y la práctica: buenas prácticas y desafíos para las empresas comerciales”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 195, págs. 195-224.

Medeiros, Francis Augusto y Lee A. Bygrave, 2015, “Marco civil da internet de Brasil: ¿está a la altura de la exageración?”, *Computer Law & Security Review*, vol. 31, N° 1, págs. 120-130.

Meta, 2022, “Meta respuesta: ejercicio de diligencia debida de Israel y Palestina”, Meta: Negocios para la Responsabilidad Social.

Miretski, Pini Pavel y Sascha-Dominik Bachmann, 2012, “The UN ‘Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights’: a Requiem”, *Deakin Law Review*, vol. 17, N° 1, pág. 5, disponible en: doi:10.21153/dlr2012vol-17no1art68.

Morales, Luis F. Beltrán, Felipe García-Rodríguez, Daniel Lluch Cota, alemán Ponce Díaz y Víctor Sevilla Unda, 2007, “Desarrollo económico, conflictos ambientales y participación ciudadana en América Latina”, *Revista Internacional de Humanidades y Ciencias Sociales*, vol. 1, N° 9, págs. 449-451.

Observacom, 2020, Montevideo, Uruguay.

- Owens, Jenny y Richard Sykes, 2005, “La Asociación Internacional de Conservación Ambiental de la Industria del Petróleo de la Industria del Grupo de Trabajo de Responsabilidad Social y los Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, vol. 57, págs. 131-141.
- Paust, Jordan J., 2001, “Responsabilidades de los derechos humanos de las corporaciones privadas”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, 801-825.
- Ramiro, Mónica Arenas, 2022, “Data Protection in Latin America”, *Handbook on Privacy and Data Protection Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, págs.140-159.
- Ratner, Steven R., 2001, “Corporaciones y derechos humanos: una teoría de la responsabilidad legal”, *The Yale Law Journal*, vol. 111, págs. 443-545.
- Rees, Caroline y Rachael Davis, 2016, “Asuntos de derechos humanos sobresalientes: cuando los riesgos severos para las personas se cruzan con los riesgos para los negocios”, en: D. Baumann-Pauly y J. Nolan (eds.), *Negocios y derechos humanos: de principio a práctica*, Londres y Nueva York, Routledge.
- Derechos y Democracia, 2011, *Evaluaciones de impacto de derechos humanos*, Montreal, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático.
- Rosanvallon, Pierre, 2008, *Contra-democracia: política en una era de desconfianza*, Cambridge, Reino Unido y Nueva York, Cambridge University Press.
- Ruggie, John, 2007, “Evaluaciones de impacto de los derechos humanos: resolución de preguntas metodológicas clave”, A/HRC/4/74, Ginebra, Consejo de Derechos Humanos, informe del representante especial del secretario general sobre el tema de las corporaciones de derechos humanos y transnacionales y otras empresas comerciales.
- Ruggie, John, 2008, “Proteger, respeto y remedio: un marco para los negocios y los derechos humanos”, A/HRC/8/5, Ginebra, Consejo de Derechos Humanos, informe del representante especial del secretario general sobre el tema de las corporaciones de derechos humanos y transnacionales y otras empresas comerciales.
- Ruggie, John, 2011, “Principios rectores sobre negocios y derechos humanos. Implementación del marco de las Naciones Unidas ‘proteger,

respetar y remedio””, HR/PUB/11/04, Nueva York, Consejo de Derechos Humanos, informe del representante especial del secretario general sobre el tema de las corporaciones de derechos humanos y transnacionales y otras empresas comerciales.

Samway, M., 2016, “La iniciativa de la red global: ¿cómo pueden las empresas en la industria de la tecnología de información y comunicaciones respetar los derechos humanos?”, en: D. Baumann-Pauly y J. Nolan (eds.), *Negocios y derechos humanos: de principio a práctica*.

Shamir, Ronen, 2004, “Entre la autorregulación y la Ley de reclamos de daños alienígenas: sobre el concepto disputado de responsabilidad social corporativa”, *Law & Society Review*, vol. 38, N° 4, págs. 635-664, disponible en: doi:10.1111/j.0023-9216.2004.00062.x.

Sikkink, Kathryn, 1993, “Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America”, *International Organization*, Cambridge University Press, vol. 47, N° 3, págs. 411-441.

Simons, Penélope y Audrey Macklin, 2014, *Las industrias extractivas de la brecha de gobernanza, los derechos humanos y la ventaja del estado de origen*, 1º ed., Londres y Nueva York, Routledge.

Sissons, Miranda y Alex Werofka, 2018, “Una actualización sobre el trabajo de derechos humanos de Facebook en Asia y en todo el mundo”, Sobre Facebook, disponible en: <https://about.fb.com/news/2020/05/human-rights-work-in-asia>.

Pequeño, Mario Luis, 2009, ““¿Cuántos casos necesito?”, sobre la ciencia y la lógica de la selección de casos en la investigación basada en el campo”, *Etnografía*, vol. 10, N° 1, págs. 5-38.

Perspectiva del Mercado Digital Statista, 2022, “Mercados líderes en todo el mundo en 2022, por el gasto en publicidad en las redes sociales (en millones de dólares estadounidenses)”.

Sullivan, David, 2016, “Derechos comerciales y digitales: hacer un balance de los principios rectores de la ONU para los derechos y los derechos humanos en el sector de las TIC”, Asociación de Comunicaciones Progresivas.

Takahashi, Saul, 2019, “Seizen-Setsu y la insuficiencia de los marcos voluntarios”, en: M. Mullen, D. Polonski, T. Soares, J. Cassineiro, M. D’Cruz y V. Hongsathavij (eds.), *Gestión del negocio y los derechos: lecciones sobre los impactos sociales de una evaluación colaborativa*

del impacto de los derechos humanos de una mina disputada en Chile, Artículo 30 y Universidad Mahidol.

Telefónica, 2019, “Política global de derechos humanos. Aprobado por la Junta Directiva de Telefónica S.A. en su reunión del 29 de mayo de 2019”.

Un-SESC, 1990, “Consulta global sobre el derecho al desarrollo como derecho humano”, informe preparado por el secretario general que persuade a la Comisión de Resolución de Derechos Humanos, 1989/45.E/CN.4/1990/9/Rev.1, Ginebra, Consejo Económico y Social.

Waldron, Jeremy, 1999, *Ley y desacuerdo*, Oxford, Oxford University Press.

Watchirs, Helen, 2002, “Revisión de metodologías que miden la implementación de derechos humanos”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 30, N° 4, págs. 716-733.

Weissbrodt, David, 2005, “Derechos comerciales y humanos”, revisión de la Ley de la Universidad de Cincinnati, pág. 21.

Wright, David y Paul de Hert (eds.), 2012, *Evaluación de impacto de la privacidad*, Dordrecht, Springer Países Bajos.

Supervisión de la plataforma: un aspecto a tener en cuenta en los futuros regulatorios de Internet

Agustina Del Campo ¹

1. Introducción

Desde mediados de la década de 2000, hay múltiples y amplias propuestas para la regulación tradicional,² correulación³ y

¹ Agustina Del Campo dirige el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información CELE de la Universidad de Palermo y se desempeña como vicepresidenta del directorio de Global Network Initiative (GNI) desde septiembre de 2021. Este documento es producto de la investigación iniciada en 2020 en el CELE y concluyó en julio de 2021. La autora desea agradecer a Belén Gracia Andía y Emiliano Vitalani, asistentes de investigación en este proyecto. También me gustaría agradecer a los colegas y amigos Ramiro Álvarez Ugarte, Amalia Toledo, Carolina Botero, María Paz Canales, Eduardo Bertoni, Jessica Field, Molly Land, Jason Pilemmer y David Kaye por sus valiosos comentarios y opiniones sobre borradores anteriores y por nutrir mi pensamiento sobre estos temas a lo largo del tiempo.

² En referencia a la regulación estatal, caracterizada por el uso de normas jurídicas respaldadas por el Poder Jurisdiccional del Estado, ver J. Black, “Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World”, *Current Legal Problems*, vol. 54, N° 1, 2001, págs. 103-146; y J. Black, “Understanding the Role of Regulation and Self Regulation in a Post-Regulatory World”, vol. 54, 2001, págs. 103-146. Christopher Marsden, Trisha Meyer e Ian Brown explican la distinción entre regulación, correulación y autorregulación. Seguimos esta distinción en este documento. Ver C. Marsden; T. Meyer; I. Brown, “Platform Values and Democratic Elections: How Can the Law Regulate Digital Disinformation”, *Computer Law and Security Review*, vol. 36, 2019, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/337304110_Platform_values_and_democratic_elections_How_can_the_law_regulate_digital_disinformation#fullTextFileContent.

Artículo 19 definió estos términos: regulación: establecida por ley y caracterizada por una mayor interferencia estatal; correulación: definida como autorregulación regulada o mecanismos de autorregulación respaldados o promovidos por la ley; y autorregulación: un modelo que depende enteramente de la voluntad de las partes. Artículo 19, “Self-Regulation and ‘Hate Speech’ on Social Media Platforms”, 2018, pág. 9, disponible en: https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/03/Self-regulation-and-%E2%80%99hate-speech%E2%80%99-on-social-media-platforms_March2018.pdf.

³ Entendido como el fenómeno regulatorio por el cual el régimen regulatorio se compone

autorregulación⁴ de las plataformas digitales y las empresas de internet. La proliferación de propuestas regulatorias, acuerdos marco entre Estados y empresas, y compromisos unilaterales de múltiples empresas han generado un sistema de reglas de distinta naturaleza jurídica que impactan en el funcionamiento y conducta del ecosistema de intermediación de internet.⁵

Aun así, aunque las normas sustantivas y los mandatos de transparencia estuvieron en el centro de los debates regulatorios, tanto los Estados como los comentaristas han descuidado en gran medida la supervisión. Supervisar el cumplimiento o la implementación de las reglas propuestas sigue siendo un desafío y, por lo general, no es un tema prioritario en las propuestas regulatorias. Ésta es una cuestión que debe resolverse después de acordar las normas sustantivas.⁶ Sostengo que la supervisión debería estar en el centro de estos debates por tres razones: 1) nos obliga a pensar y a establecer claramente los objetivos de la regulación (qué queremos que suceda y por qué); 2) nos permite poner a prueba los medios para los fines deseados; 3) ayuda a explicar las compensaciones que propone la regulación sustantiva.

La sociedad civil, el sector académico y los Estados siguen sin tener en claro cuál es la mejor forma de supervisar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos por parte de las empresas de internet. Si bien diversos documentos

de una compleja interacción entre la legislación general y los órganos de autorregulación; así, por ejemplo, la legislación puede confiar los objetivos definidos por la autoridad legislativa a expertos reconocidos como operadores económicos, organizaciones no gubernamentales, etc. Ver C. Marsden, *Internet Co-Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pág. 46; M. Finck, "Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy", *LSE Law, Society and Economy*, working papers 15/2017, 2017, págs. 15-20.

⁴ "En referencia a la situación de un grupo de personas u organismos que actúan juntos, ejerciendo una función reguladora con respecto a sí mismos y a otros que aceptan su autoridad. La autorregulación puede ser impuesta por las autoridades públicas o adoptada voluntariamente por los operadores económicos". Ver J. Black, "Constitutionalising Self-Regulation", *Modern Law Review*, vol. 59, 1996, págs. 24, 27.

⁵ Ver R. Gorwa, "The Platform Governance Triangle: Conceptualising the Informal Regulation of Online Content", *Internet Policy Review*, vol. 8, N° 2, 2019, disponible en: <https://policyreview.info/articles/analysis/platform-governance-triangle-conceptualising-informal-regulation-online-content>.

⁶ United Nations, Human Rights Council, "Report on Content Regulation", special report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, A/HRC/38/35, 2018, párr. 1, disponible en: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/report-content-regulation>. "A pesar de tomar medidas para esclarecer sus reglas e interacciones gubernamentales, las empresas continúan siendo reguladores enigmáticos, estableciendo una especie de 'ley de plataforma' en la que la claridad, la coherencia, la responsabilidad y el remedio son esquivos" (traducción propia del texto citado en inglés).

establecen que las empresas deben cumplir con los estándares de derechos humanos,⁷ aún no está claro quién está a cargo de verificar dicho cumplimiento o cuáles son las sanciones o atribución de responsabilidad (si las hubiere) por incumplimiento, o quién debe implementarlas.⁸ El informe de 2018 del relator especial de las Naciones Unidas (ONU), David Kaye, por ejemplo, establece que los Estados tienen obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, incluida la libertad de expresión, incluso cuando incluye a empresas.⁹ En otras palabras, los Estados deben abstenerse de violar los derechos humanos en línea y deben investigar y sancionar cuando esto ocurra. Los Estados también deben tomar medidas preventivas.¹⁰ Sin embargo, parece haber mayor consenso sobre lo que implica la responsabilidad de respetar que sobre cómo serían las obligaciones de garantizar en un ecosistema interjurisdiccional con marcos legales e interpretaciones de derechos humanos en juego.¹¹ Por ejemplo, parece haber consenso en que los Estados deben abstenerse de imponer responsabilidad civil a las empresas por contenido de terceros o de obligar a las empresas a bloquear contenido en términos vagos, ambiguos o abusivos.¹² Pero el camino para que

⁷ *Ibíd.*

⁸ Ver CELE, “Human Rights Impact Assessments: Trends, Challenges, and Opportunities for ICT Sector Adoption”, 2020, disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2021/cele/papers/Human-Rights-Impact-Assessments.pdf; y CELE, “ICT and Human Rights: Towards a Conceptual Framework of Human Rights Impact Assessments”, 2020, disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2021/cele/papers/ICT-and-Human-Rights.pdf.

⁹ United Nations, Human Rights Council, “Report on Content Regulation”, cit. Ver también E. Bertoni, “Responsabilidad de actores no estatales por violaciones a la libertad de expresión”, Observacom, 2021, disponible en: <https://www.observacom.org/responsabilidad-de-actores-no-estatales-por-violaciones-a-la-libertad-de-expresion>.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Internet & Jurisdiction Policy Network, “Toolkit for Cross-Border Content Moderation”, disponible en: <https://www.Internetjurisdiction.net/content/toolkit>.

¹² Por *medidas de garantía* me refiero a aquellas medidas que, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, los Estados deben adoptar para prevenir la violación de los derechos humanos, por parte de los Estados y de terceros. De acuerdo con el art. 2 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los Estados deben adoptar leyes y reglamentos en cumplimiento de la protección de los derechos establecidos en la Convención. La falta de legislación o regulación estatal puede ser fuente de responsabilidad internacional por no prevenir y/o garantizar los derechos consagrados en la CIDH. Ver Inter-American Commission of Human Rights (IACHR), “Compendium on the Obligation of States to Adapt their Domestic Legislation to the Inter-American Standards of Human Rights”, 2021, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CompendioobligacionesEstados-es.pdf>. Por ejemplo, si el Estado tenía o debería haber tenido conocimiento de que las empresas estaban imponiendo términos y condiciones discriminatorios y no hizo nada para remediar la situación, el Estado podría ser considerado responsable. Ver E. Bertoni, “Responsabilidad de actores no estatales por violaciones a la libertad de expresión”, cit.

el Estado garantice efectivamente los derechos humanos en internet no parece tan claro. ¿Qué medidas deben tomarse y cómo deben ser los indicadores? ¿Qué mecanismos de control deberían crearse? ¿Quién debería estar a cargo de ellos? ¿Cuál debería ser su alcance y área de competencia? ¿Qué herramientas podrían utilizarse o serían deseables para ejercer dicha supervisión?

En los últimos años, hubo diferentes respuestas a estas preguntas. Se han diseñado estructuras de supervisión más y menos amplias, con diferentes grados de complejidad, privadas, públicas y mixtas, multisectoriales y unisectoriales. La variedad puede ser enriquecedora. Como explica Robert Gorwa, “diferentes partes interesadas en la gobernanza aportan diferentes niveles de capacidad regulatoria: como argumentan Abbott y Snidal (2009b), cada tipo de actor tiene diferentes competencias que se requieren en diferentes fases del proceso regulatorio, desde el establecimiento inicial de la agenda y las negociaciones hasta la eventual implementación, monitoreo y cumplimiento de los arreglos de gobernanza”.¹³ Pero el esquema actual también es complejo, oneroso y, por el momento, percibido como inadecuado.

Poco se ha escrito sobre la naturaleza y la eficacia de los mecanismos de supervisión utilizados o sugeridos hasta el momento o sobre su capacidad para lograr los fines previstos.¹⁴ Aquí es donde este documento quiere contribuir, basándose en el artículo del profesor Gorwa sobre “The Governance Triangle: Conceptualising the Informal Regulation of Online Content”, que analiza los datos y las prácticas provenientes de los mecanismos implementados de supervisión, seguimiento, o monitoreo del cumplimiento con la normativa vigente y las normas que regulan a las empresas de internet a la fecha.

Este documento no pretende hacer un análisis sustantivo de las limitaciones o restricciones que los compromisos implican para la libertad de expresión u otros derechos humanos, aunque son muchas. Otros autores ya abordaron el análisis de la compatibilidad de las medidas sustantivas reguladas o autogeneradas con las normas locales, regionales e internacionales

¹³ R. Gorwa, “The Platform Governance Triangle”, cit. (traducción propia del texto citado en inglés).

¹⁴ Muchas de las iniciativas son recientes y se abordaron individualmente, como NetzDG o los códigos de conducta europeos, como se ve a continuación. Pero no hubo muchos estudios que comparen y analicen las iniciativas desde el punto de vista del órgano o mecanismo de control. Ver la ley alemana NetzDG (ley sobre el cumplimiento de la normativa en las redes sociales), “Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks”, 2017, disponible en: <https://perma.cc/7UCW-AA3A>.

de derechos humanos.¹⁵ Por el contrario, este artículo tiene la intención de examinar y crear una tipología de mecanismos de aplicación en la nueva regulación de derechos digitales.

La primera sección de este artículo enmarca la discusión sobre la supervisión en la teoría jurídica de la gobernanza; luego analiza distintas iniciativas de regulación, correulación y autorregulación centrándose en algunos aspectos de los mecanismos que inciden en su independencia, imparcialidad, competencia y eficacia: quién encabeza e impone la supervisión, la naturaleza jurídica de las obligaciones que son supervisadas; la competencia material y geográfica del organismo; y los mecanismos de supervisión y las herramientas para implementar dicha supervisión. Finalmente, este artículo concluye que existen desafíos críticos sobre la concepción actual de supervisión. Los mecanismos de autorregulación estricta (es decir, los términos y condiciones de servicio o los informes de transparencia), aunque positivos, carecen de legitimidad; y los mecanismos que están siendo diseñados por los Estados, como se desarrollará en este documento, requieren de aportes y modificaciones sustanciales para garantizar su independencia, su compatibilidad con los derechos humanos y, sobre todo, su eficacia para lograr el fin previsto. En este marco, este ensayo sugiere que la correulación con supervisión experta de todas las partes interesadas podría ser un modelo plausible e incluso deseable para la supervisión de comportamientos y

¹⁵ Ver United Nations, Human Rights Council, "Report on Content Regulation", cit.; M. Schatsky; A. Del Campo, L. Hernández; J.C. Lara, "Mirando AlSur: hacia nuevos consensos regionales en materia de responsabilidad de intermediarios y moderación de contenidos en internet", AlSur, 2020, disponible en: <https://www.alsur.lat/reporte/mirando-al-sur-hacia-nuevos-consensos-regionales-en-materia-responsabilidad-0>; B. Bukovská, "The European Commission's Code of Conduct for Countering Illegal Hate Speech Online: an Analysis of Freedom of Expression Implications", working paper of the Transatlantic High Level Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression (TWG), 2019, disponible en: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Bukovska.pdf>; P.H. Chase, "The EU Code of Practice on Disinformation: the Difficulty of Regulating a Nebulous Problem", TWG, 2019, disponible en: https://www.ivir.nl/publicaties/download/EU_Code_Practice_Disinformation_Aug_2019.pdf; H. Tworek; P. Leerssen, "An Analysis of Germany's NetzDG Law", TWG, 2019, disponible en: https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf; European Partnership for Democracy, "Virtual Insanity? The Need to Guarantee Transparency in Digital Political Advertising", 2020, disponible en: <https://epd.eu/content/uploads/2023/08/Virtual-Insanity-synthesis-of-findings-on-digital-political-advertising-EPD-03-2020.pdf>; D. Nosák, "Overview of Transparency Obligations for Digital Services in the DSA", Center for Democracy & Technology, 2021, disponible en: <https://cdt.org/wp-content/uploads/2021/06/2021-06-18-CDTEU-Overview-of-transparency-obligations-for-digital-services.pdf>.

servicios entre jurisdicciones y evalúa las mejores prácticas y los desafíos que este modelo plantea para su adopción en otras áreas.

Gobernanza y supervisión

En general, las plataformas permiten que las personas interactúen en varios grados de coordinación en los espacios virtuales. Esta coordinación no sería posible sin lo que la literatura denomina “gobernanza de plataforma”.¹⁶ Este concepto está relacionado con una forma de estructurar las relaciones sociales que permite coordinarlas al margen de la actividad estatal.¹⁷ La coordinación no ocurre espontáneamente sino que está determinada por las políticas de cada empresa y las normas que las rigen.¹⁸ Dado que existen diferentes formas de coordinación, cada diseño de gobernanza de plataforma afectará el comportamiento de sus usuarios de diferentes maneras y con diferentes fines.¹⁹ La apertura del sistema de gobernanza de plataformas, sumado a su creciente presencia en nuestra vida cotidiana y la evidente necesidad de mecanismos de protección de los derechos humanos de los usuarios, llevó a la literatura especializada a preocuparse cada vez más por cómo se estructura y justifica esta gobernanza y por sus estructuras de supervisión.²⁰

La proliferación de comentarios, proyectos de ley y propuestas para regular y atribuir “responsabilidad legal” a las empresas de tecnología a nivel mundial, pero particularmente en Europa, sugiere que existe cierto consenso sobre la necesidad de organismos de control independientes de las empresas de internet para reducir el impacto de posibles violaciones de los derechos humanos en la gestión y la gobernanza de estas redes y plataformas privadas.²¹ Algunos

¹⁶ R. Gorwa, “What Is Platform Governance?”, *Information, Communication & Society*, vol. 22, N° 6, 2019, págs. 854-871, disponible en: [10.1080/1369118X.2019.1573914](https://doi.org/10.1080/1369118X.2019.1573914).

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ K. Klonick, “The New Governors: the People, Rules, and Processes Governing Online Speech”, *Harvard Law Review*, vol. 131, N° 6, 2018, disponible en: <https://harvardlawreview.org/2018/04/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/>; D. Redeker; L. Gill; U. Gasser, “Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights”, Berkman Center Research Publication, N° 2015-15, 2015, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120; E. Celeste, “Digital Constitutionalism: a New Systematic Theorisation”, *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 33, N° 1, 2019, págs. 76-99, disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13600869.2019.1562604>.

²¹ Ver, por ejemplo, posiciones sobre la DSA: Artículo 19, “At a Glance: Does the EU

esfuerzos se centran en crear normas regulatorias en espacios cada vez más públicos,²² concentrándose, por ejemplo, en el carácter poco democrático de la autorregulación de las plataformas,²³ otras acciones se centran en el diseño de mecanismos de implementación y otras en la implementación y la operación de dichos mecanismos.²⁴ Estas diferentes dimensiones de la gobernanza influyen en su funcionamiento y en la experiencia de los usuarios.

Además, existen discrepancias sobre el alcance del concepto de supervisión o monitoreo. La supervisión puede entenderse en un sentido amplio, sujeta a normas sustantivas²⁵ (capaz de regular o no).²⁶ También hay referencias a la supervisión como sinónimo de transparencia.²⁷ La transparencia en estos casos se entiende como un elemento esencial para la protección del consumidor, y

Digital Services Act Protect Freedom of Expression?”, 2021, disponible en: <https://www.article19.org/resources/does-the-digital-services-act-protect-freedom-of-expression/>; C. Prettnier, “Don’t Throw out the Digital Services Act’s Key Accountability Tools”, Euractiv, 2021, disponible en: <https://www.euractiv.com/section/digital/opinion/dont-throw-out-the-digital-services-acts-key-accountability-tools/>; European Parliament News, “Digital Services Act: Regulating Platforms for a Safer Online Space for Users”, 2022, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220114IPR21017/digital-services-act-regulating-platforms-for-a-safer-online-space-for-users>.

²² Para más sobre redes sociales como espacios o foros públicos, consultar: USSC, *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730, 2017, disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194_0811.pdf.

²³ R. Yablon, “Political Advertising, Digital Platforms, and the Deficiencies of Self-Regulation”, *Minnesota Law Review*, vol. 104, Nº 13, 2020, disponible en: https://minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2020/02/Yablon_Final.pdf.

²⁴ R. Gorwa; T. Garton Ash, “Democratic Transparency in the Platform Society”, en: N. Persily, *Social Media and Democracy: the State of the Field, Prospects for Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pág. 286, disponible en https://www.researchgate.net/publication/343996372_Democratic_Transparency_in_the_Platform_Society.

²⁵ S. Gunashekar, *et al.*, “Oversight of Emerging Science and Technology: Learning from Past and Present Efforts around the World”, RAND Europe, 2019, disponible en: <http://www.rand.org/t/RR2921>.

²⁶ Ver, por ejemplo, J.M. Balkin, “How to Regulate (and Not Regulate) Social Media”, Knight Institute, occasional paper series 1, 2020, disponible en: <https://knightcolumbia.org/content/how-to-regulate-and-not-regulate-social-media>. Para un análisis general de la autorregulación aplicada a la responsabilidad penal empresarial, ver A. Nieto, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política Criminal*, vol. 3, Nº 5, 2008, págs. 1-18, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712397.

²⁷ Unesco, “Letting the Sun Shine in: Transparency and Accountability in the Digital Age”, 2021, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377231>. “Una mayor transparencia por parte de las empresas brindaría más información a los usuarios y ayudaría a proponer una base de evidencia para el debate público más amplio sobre el impacto de las empresas en la democracia, la libertad de expresión y la privacidad” (traducción propia del texto citado en inglés).

el control social y estatal sobre el impacto de los diferentes intermediarios en los derechos humanos.²⁸ Este tipo de transparencia es lo que la sociedad civil buscó con los principios de Manila,²⁹ o más recientemente con los principios de Santa Clara.³⁰ La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco, por sus siglas en inglés) también se refiere a esta transparencia en un informe reciente donde la identifica como uno de los elementos centrales para la buena gobernanza de las plataformas.³¹ Quienes exigen transparencia sostienen que se necesita más información sobre las prácticas y actuaciones de cada intermediario para comprender y contextualizar su actividad, su capacidad de acción o reacción, determinar estándares adecuados de diligencia, establecer expectativas, identificar las políticas públicas necesarias y proporcionadas para regir dicha actividad, etc.³² Es probable que estos requisitos de transparencia tengan que estar sujetos a algún tipo de verificación, control o supervisión. Finalmente, una tercera definición, y la que utiliza este documento, es supervisión en un sentido más estricto, refiriéndose a los mecanismos de control mediante los cuales las empresas brindan información sobre el cumplimiento de las iniciativas regulatorias y autorreguladoras existentes y cómo se verifica ese cumplimiento, ya sea por parte del regulador o por un actor no estatal, externo e independiente.

Para los efectos de este artículo, los mecanismos de control o supervisión son las instituciones destinadas a controlar el uso del poder.³³ Estas instituciones pueden centrarse en los procesos, por ejemplo, que están destinados a monitorear la gestión de plataformas de cierto tipo de contenido de manera

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Principios de Manila, disponible en: <https://manilaprinciples.org/index.html>.

³⁰ Electronic Frontier Foundation (EFF), "Los principios de Santa Clara: sobre la transparencia y rendición de cuentas en la moderación de contenidos", disponible en: <https://santaclaraprinciples.org>.

³¹ Unesco, "Letting the Sun Shine in: Transparency and Accountability in the Digital Age", cit.

³² Ver M. Karanickolas, "A FOIA for Facebook: Meaningful Transparency for Online Platforms", 66 *St. Louis University Law Journal*, vol. 49, 2021, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3964235, donde argumenta que las empresas, en la medida en que adoptan un rol de curación de contenido, particularmente en torno al debate sobre la desinformación, deben estar sujetas a un régimen de acceso a la información al estilo estatal, donde el principio rector es la apertura por defecto y la confidencialidad como excepción.

³³ "Madison, El Federalista No. 51: Si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, no serían necesarias las contralorías externas ni las internas del gobierno" (cita en castellano, R. Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021).

amplia, como la *Network Enforcement Act* (NetzDG)³⁴ o los códigos de conducta europeos,³⁵ o en la resolución de casos específicos, por ejemplo, la Junta de Supervisión de Facebook.³⁶

Una pregunta central para cualquier sistema institucional formal o informal es quién debe llevar a cabo la actividad de monitoreo.³⁷ La respuesta a esta pregunta tiene un impacto directo en el diseño de las instituciones y los procesos para el gobierno y su control.³⁸ Tanto el origen personal e institucional de los actores como el poder en cuestión, así como las condiciones para su permanencia, tienen una influencia significativa en su actividad.³⁹ La presencia de más o menos actores con poder de veto dentro de un ecosistema, así como el conjunto de soluciones aceptables a posibles controversias, tendrán un impacto directo en los productos—*outputs*—de estos procesos institucionales.⁴⁰ El diseño del mecanismo de supervisión, por lo tanto, impacta a todo el ecosistema regulado. Conocer y sistematizar los mecanismos de control, sus atribuciones, efectividad, límites y beneficios es fundamental para entender su funcionamiento y las expectativas que podemos tener sobre ellos.

La preocupación por los mecanismos institucionales de supervisión no es algo nuevo y fue clave para el constitucionalismo moderno. Alexander Hamilton ofreció la respuesta más clásica en *El Federalista* N° 78.⁴¹ Afirmó que si bien los excesos que dan lugar a violaciones de derechos

³⁴ German Network Enforcement Act (NetzDG), “Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks”, cit.

³⁵ Comisión Europea, “The EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online: the Robust Response Provided by the European Union”, disponible en: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en.

³⁶ Ver <https://oversightboard.com>. Este grupo de expertos fue contratado por la empresa para realizar un control posterior de moderación de contenidos en casos individuales y bajo los términos y condiciones de servicio, de los principios que la empresa identificó como relevantes y guías para su actuación, y de los estándares internacionales de derechos humanos.

³⁷ A. Kinyondo; R. Pelizzo; A. Umar. “A Functionalist Theory of Oversight”, *African Politics & Policy*, vol. 1, N° 5, 2015, págs. 1-25, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/292227902_A_Functionalist_Theory_of_Oversight.

³⁸ R. Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, cit.

³⁹ J. Madison, “The Federalist Number 10, [22 November] 1787”, disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-10-02-0178>. R. Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, cit.

⁴⁰ G. Tsebelis, “Veto Players and Institutional Analysis”, *Governance*, vol. 13, N° 4, 2000, págs. 441-474, disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/0952-1895.00141>.

⁴¹ A. Hamilton, “The Federalist Number 78, [22 November] 1787”.

suelen provenir de actores poderosos, el órgano encargado de controlar sus acciones debe contar con salvaguardas institucionales que le proporcionen herramientas para resistir los ataques de estos actores.⁴² Así, por ejemplo, la independencia institucional del órgano de control funcionaría como garantía de imparcialidad en un juicio, en la medida en que quienes juzguen no estén bajo el control de los interesados.⁴³

Aunque Hamilton pensaba en la relación entre derechos, independencia e imparcialidad en el contexto de las instituciones estatales, esta lógica se aplica a la discusión en torno a la gobernanza de plataformas. Este es el principio, por ejemplo, utilizado para cuestionar y resolver el caso de la European Data Retention Directive (Directiva Europea sobre la Conservación de Datos, EDRD por sus siglas en inglés),⁴⁴ que requería que las plataformas guardaran la información que obtenían de sus usuarios durante un cierto tiempo para que los Estados pudieran usarla en futuras investigaciones.⁴⁵ Uno de los principales aspectos discutidos fue la inexistencia de un organismo independiente que controle el correcto tratamiento de los datos recabados. Según N. van Eijk, el principio que inspiró la discusión fue que un poder tan grande requería garantías especiales como ser un sistema de supervisión independiente.⁴⁶ Al pronunciarse en el caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que la existencia de un organismo de control independiente era un elemento necesario para el procesamiento de datos personales.⁴⁷ Como no había un organismo de control independiente, el Tribunal concluyó que la EDRD violaba el artículo 8.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁴⁸

En varias instancias, la sociedad civil también destacó la necesidad de organismos de control independientes con respecto a la gobernanza de contenidos y plataformas, en relación con múltiples iniciativas de

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Official Journal of the European Union, “Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006”, 2006, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:EN:PDF>.

⁴⁵ ECJ, *Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others*, causas unificadas C293/12 y C594/12, 2014, párr. 62, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0293>.

⁴⁶ N. van Eijk, “Standards for Independent Oversight: the European Perspective”, Bulk Collection, 2017, pág. 382, disponible en: <https://dare.uva.nl/search?identifier=afb51c71-09e9-4df7-abf1-132472f20261>.

⁴⁷ ECJ, *Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications...*, cit.

⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 68.

supervisión, incluidas las iniciativas regulatorias para diferentes tipos de actividades (datos personales, moderación de contenido, etc.). Artículo 19, por ejemplo, redactó una propuesta en 2018 para crear un organismo de supervisión de las redes sociales que reprodujera el modelo de los consejos de medios y lo denominó “consejos de redes sociales”.⁴⁹ La característica principal de este tipo de mecanismos es que deberían ser independientes del Gobierno, las empresas y otros intereses especiales.⁵⁰ Múltiples actores y organizaciones hablaron en la misma línea con respecto a la Junta de Supervisión de Facebook, por ejemplo, destacando este aspecto como esencial para el éxito de la iniciativa.⁵¹

La independencia de un órgano de control no se caracteriza solo por poder decidir sin presiones indebidas, sino también por el control que los diferentes actores puedan ejercer sobre el procedimiento.⁵² Los mecanismos de supervisión necesariamente resaltan algunos aspectos de la actividad supervisada en detrimento de otros. Todo proceso de supervisión gira en torno a priorizar determinados datos o aspectos, y toda priorización implica un corte y una decisión en términos de agenda institucional.⁵³

Un estudio reciente del Centro de Regulación en Europa (CERRE, por sus siglas en inglés) sugiere una serie de principios para la buena supervisión de las iniciativas regulatorias en las plataformas digitales.⁵⁴ Algunos puntos se refieren a la eficacia de la propia regulación (según los criterios de necesidad, proporcionalidad y legalidad). El CERRE también menciona

⁴⁹ Artículo 19, “Self-Regulation and ‘Hate Speech’ on Social Media Platforms”, cit.

⁵⁰ Artículo 19, “Self-Regulation and ‘Hate Speech’ on Social Media Platforms”, cit. También destacan que el mecanismo debe establecerse a través de un proceso consultivo e inclusivo, ser democrático y transparente, garantizar una amplia representación de diferentes sectores sociales, incluidas las ONG, adoptar un código de ética, tener un fuerte mecanismo de quejas y un procedimiento transparente para tratarlas y trabajar en el interés público. Ver pág. 12.

⁵¹ Facebook, “Global Feedback & Input on the Facebook Oversight Board for Content Decisions”, pág. 20-21, disponible en: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/06/oversight-board-consultation-report-2.pdf>

⁵² Artículo 19, “Facebook Oversight Board: Recommendations for Human Rights-Focused Oversight”, 2019, disponible en: <https://www.article19.org/resources/facebook-oversight-board-recommendations-for-human-rights-focused-oversight>.

⁵³ T. Gillespy, “Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions that Shape Social Media”, 2018, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/327186182_Custodians_of_the_internet_Platforms_content_moderation_and_the_hidden_decisions_that_shape_social_media.

⁵⁴ A. de Stree; M. Ledger, “New Ways of Oversight for the Digital Economy”, Center on Regulation in Europe (CERRE), issue paper, 2021, pág. 6, disponible en: <https://cerre.eu/publications/new-ways-of-oversight-digital-economy>.

algunos aspectos que contribuirían a la creación de un ecosistema de supervisión efectivo: i) que el regulador restablezca una guía general inicial sobre lo que se espera de las plataformas, y lineamientos individualizados para algunas de ellas, como es el caso de las *startups* (o empresas incipientes); ii) adoptar códigos de conducta relacionados con la materia; iii) la existencia de mecanismos internos de cumplimiento en las plataformas digitales, es decir, métodos desarrollados por las plataformas para garantizar el respeto de las normas vigentes, tales como evaluaciones de riesgo y la designación de oficiales de cumplimiento; iv) otorgar a los usuarios de la plataforma la capacidad para que puedan tomar decisiones; y v) contar con el apoyo de auditores independientes o administradores.

Algunas iniciativas pueden contrastarse con las recomendaciones del CERRE, mientras que otras no. Algunas de las iniciativas legales existentes, por ejemplo, no establecen un mecanismo de seguimiento específico. Este es el caso de la Digital Millennium Copyright Act (DMCA), por ejemplo, que no establece un mecanismo para monitorear cómo funcionan los poderes delegados que la ley otorga a las empresas para mantener las protecciones de los derechos de autor.⁵⁵ La Directiva Europea de Protección de Datos Personales (GDPR, por sus siglas en inglés) no creó un mecanismo de seguimiento específico sino que encomendó la supervisión a las distintas autoridades de protección de datos personales de los distintos Estados miembros de la Unión, lo que generó críticas por la falta de criterios unificados para dicha supervisión. Si bien la GDPR se ocupa de la privacidad de los datos en lugar del contenido, el ejemplo es válido desde el punto de vista del diseño de supervisión.⁵⁶ Y el *Christchurch Call* (Ila-

⁵⁵ Esto puede explicar por qué las iniciativas académicas o de la sociedad civil que verifican el funcionamiento de los mecanismos dictados por la ley están de facto llevando a cabo dicho monitoreo. Ver D. Keller; P. Lerssen, "Facts and Where to Find Them: Empirical Research on Internet Platforms and Content Moderation", en: N. Persily, *Social Media and Democracy: the State of the Field, Prospects for Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, disponible en: <https://www.cambridge.org/core/books/social-media-and-democracy/facts-and-where-to-find-them-empirical-research-on-internet-platforms-and-content-moderation/78DE9202F2D00F2967EFC5CBDCE2CAFO>. La DMCA es una de las leyes con mayor impacto global dado que la ley estadounidense establece un sistema de puerto seguro que ordena a las empresas generar un sistema para recibir y adjudicar reclamos de derechos de autor. En el caso de las grandes plataformas de contenidos, existe además un sistema de adjudicación que determina la procedencia del reclamo y bloquea el contenido, y un sistema de recursos contra dicha adjudicación que administra cada empresa. U.S. Copyright Office Summary, "The Digital Millennium Copyright Act of 1998", 1998, disponible en: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>.

⁵⁶ N. Lomas, "GDPRs Two Year Review Flags Lack of Rigorous Enforcement", Techcrunch, 2020, disponible en: <https://techcrunch.com/2020/06/24/gdprs-two-year-review-flags-lack-of-vigorous-enforcement>.

mado a la acción de Christchurch)—un compromiso desarrollado por empresas y Estados inmediatamente después del atentado terrorista en Christchurch, Nueva Zelanda—si bien contiene una serie de compromisos específicos tanto de empresas como de Estados, no establece un mecanismo de seguimiento para dichos compromisos.⁵⁷ Establece un cuerpo de “asesores” que incluye a miembros distinguidos de la sociedad civil internacional, aunque no queda claro a partir de la información pública disponible cuál es su función concreta.⁵⁸ En la misma línea, el Foro Global de Internet para Contrarrestar el Terrorismo (GIFCT, por sus siglas en inglés), una ONG que surgió por iniciativa de varias empresas en 2017 y se formalizó como una organización de seguimiento de los compromisos de Christchurch,⁵⁹ tampoco establece un mecanismo de seguimiento. Al igual que el “Llamado a la acción de Christchurch”, cuenta con un comité asesor independiente integrado por representantes de algunos Estados y de la sociedad civil.⁶⁰ Tampoco queda del todo claro el rol de este consejo en el seguimiento y el monitoreo de la implementación de las acciones acordadas en el GIFCT. Si bien estas iniciativas exigen a las empresas deberes específicos, no se preocupan por cómo se lleva a cabo ese mandato.

Ampliar nuestro conocimiento sobre cómo se estructuran los procesos de supervisión existentes contribuirá a nuestra capacidad para comprender las respuestas que ofrecen estos sistemas y puede permitirnos extraer las mejores y las peores prácticas a medida que se intensifique la demanda de reglas y supervisión sobre las plataformas y su actividad.

Un ecosistema colorido y diverso

Esta sección clasifica las iniciativas analizadas de acuerdo a diferentes criterios, como ser quién lidera la supervisión; si la supervisión es vinculante; el alcance jurisdiccional de la iniciativa de supervisión; la competencia material del órgano de control; el tipo de supervisión prevista; la consolidación de mecanismos de supervisión; y la uniformidad de criterios e indicadores.

⁵⁷ Christchurch Call, disponible en: <https://www.christchurchcall.com>.

⁵⁸ *Ibid.* Hay un grupo de organizaciones de la sociedad civil que forman parte del consejo asesor que trabajan en un conjunto de criterios y realizan encuestas al respecto para medir la implementación de la convocatoria tanto por parte de los Estados como de las empresas.

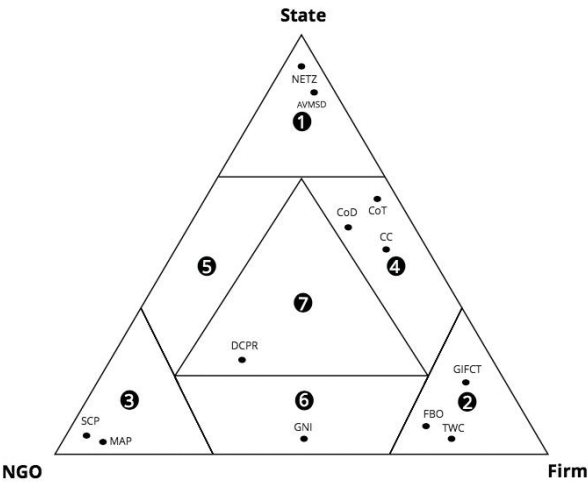
⁵⁹ Sus miembros fundadores fueron Facebook, YouTube, Microsoft y Twitter y se fundó en 2017.

⁶⁰ Global Internet Forum to Counter Terrorism (GIFCT), disponible en: <https://gifct.org/governance>.

Las iniciativas analizadas no son las únicas, sino que el criterio que seguimos fue seleccionar iniciativas que percibimos como de mayor impacto potencial en los debates y discusiones legislativas en la región de América Latina.⁶¹

¿Quién dirige la supervisión?

Hay diferentes actores que son parte del ecosistema de supervisión actual incluyendo actores públicos, privados y mixtos. El Triángulo de Gobernanza de Abbott y Snidal organiza las instituciones reguladoras en términos de los roles que juegan los actores públicos y privados en su creación y gobernanza.⁶² El triángulo está definido por tres grupos de actores: el Estado (en un sentido amplio, incluyendo Gobiernos individuales, así como grupos de Estados u organizaciones internacionales), empresas (que incluye empresas privadas, grupos de empresas y asociaciones empresariales), y organizaciones de la sociedad civil (OSC). Gorwa colocó las iniciativas regulatorias de internet dentro del triángulo de la siguiente manera:



Fuente: R. Gorwa, “Platform Governance Triangle” que describe la realidad de la regulación de contenido de la UE, formulación del propio autor.

⁶¹ La relevancia de las iniciativas en la región está dada por la atención que la sociedad civil, el sector académico y los legisladores les prestan a estos esfuerzos en comunicaciones e iniciativas formales e informales.

⁶² K.W. Abbott; D. Snidal, “The Governance Triangle: Regulatory Standards Institutions and the Shadow of the State, en: W. Mattli; N. Woods, *The Politics of Global Regulation*, Princeton, Princeton University Press, 2009, págs. 49-53, disponible en: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9781400830732.44/html>.

Las iniciativas normativas se distribuyen en el triángulo considerando el papel que juega cada uno de los tres grupos de actores en la supervisión y el control.⁶³ Cuanto mayor sea la participación de cada grupo en la supervisión y control de la iniciativa, más se acercará la iniciativa al vértice que representa a ese grupo.⁶⁴

Las iniciativas regulatorias tradicionales como NetzDG⁶⁵ (o la DMCA, o la GDPR) están en el vértice superior ya que la supervisión la lleva a cabo una autoridad pública (aunque como se muestra a continuación, la supervisión depende en gran medida de los informes de la empresa). En este vértice también se encuadran la nueva regulación RCT y las propuestas de regulación DSA y DMA, ya que el ente regulador estatal será la autoridad de control (de nuevo, desde los borradores, con fuerte dependencia en que las propias empresas informen sobre su propia actividad). No obstante, en algunos casos, la ley obliga a las empresas, a través de sus propios mecanismos, a verificar la implementación de la norma e informar al Estado. Éste es el caso, por ejemplo, de NetzDG, que obliga a las empresas a incluir los datos agregados relacionados con la implementación de la ley en sus informes de transparencia.⁶⁶

El Código de Conducta para Contrarrestar el Discurso de Odio Ilegal en Línea (CDO, por sus siglas en inglés) está en el centro porque su supervisión consiste en un mecanismo de colaboración entre las organizaciones de la sociedad civil y el Estado (la Comisión Europea). El mecanismo no es técnicamente un mecanismo de supervisión, sino más bien una herramienta de prueba: un sistema de “indicadores de confianza” en el que algunas organizaciones “de confianza” se configuran para identificar contenido que viola el código de conducta, reportar violaciones y registrar las reacciones y respuestas de las empresas para luego informar a la Comisión Europea.⁶⁷ El Código de Conducta sobre Desinformación (CCD) también está en el área colaborativa, hacia el margen derecho porque la supervisión es un mecanismo colaborativo que involucra a las

⁶³ *Ibid.* La ubicación no debe interpretarse como una categoría fija ya que varios factores pueden afectar la supervisión de iniciativas y esta herramienta es solo heurística, para realizar un análisis teórico de los mecanismos de control.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ NetzDG, “Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks”, cit.

⁶⁶ Ver Artículo 19, “Germany: the Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks”, 2017.

⁶⁷ Comisión Europea, “The EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online”, cit.

empresas, la Comisión Europea y también prevé un auditor independiente designado por las empresas miembros.

En cuanto a las iniciativas en la base del triángulo, aquellas en las que el papel dominante es el de empresas privadas, la Global Network Initiative (GNI) se colocó en el centro ya que su mecanismo de control (denominado evaluación) involucra a las empresas que forman parte de la iniciativa y a los representantes de la sociedad civil, como al sector académico e inversionistas, mientras que el GIFCT se colocó en el vértice derecho porque la supervisión está a cargo de las empresas firmantes.⁶⁸

Naturaleza jurídica de las obligaciones: vinculante/voluntaria

El triángulo ayuda a inferir la distinción entre iniciativas legalmente vinculantes y voluntarias. Las iniciativas más cercanas al vértice superior del triángulo, y por tanto lideradas por el Estado, han generado obligaciones jurídicas para las empresas y su incumplimiento conlleva responsabilidades jurídicas.⁶⁹

Las iniciativas más alejadas del vértice superior del triángulo son voluntarias. Surgen de acuerdos a los que las empresas suscriben voluntariamente para adherirse a determinadas normas, prácticas o principios en su actividad. Si bien algunos autores defienden, por ejemplo, la aplicabilidad del impedimento legal—o promesa unilateral vinculante—según el cual lo que la empresa prometió explícita y libremente constituiría un compromiso legal vinculante y, por lo tanto, exigible, ésta no parece ser la posición predominante.⁷⁰

⁶⁸ Ver Global Internet Forum to Counter Terrorism (GIFCT), “Preventing Terrorists and Violent Extremists from Exploiting Digital Platforms”, disponible en: <https://gifct.org>. Esta iniciativa fue creada y está dirigida por empresas. Sin embargo, dentro de este marco, establece un consejo consultivo integrado por representantes de la sociedad civil, Gobiernos y organismos internacionales. Ver <https://gifct.org/governance>.

⁶⁹ Por ejemplo, la NetzDG establece multas por incumplimiento, entre otro tipo de sanciones. Ver Artículo 19, “Germany: the Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks”, cit.

⁷⁰ Ver, entre otros, *Barnes v. Yahoo!*, 570 F.3d 1096, 9th Cir., 2009, disponible en: https://scholar.google.com/scholar_case?case=14909212640108844662; y United States District Court Northern District of California, *Yue v. Mao*, 18-1074, disponible en: https://www.govinfo.gov/app/details/USCOURTS-cand-4_18-cv-01074. También, E. Goldman, “Breach of Contract/Promissory Estoppel Claims Bypass Section 230 but Fail Anyways: *Yue v. Miao*”, Tech & Marketing Law Blog, 2019, disponible en: <https://blog.ericgoldman.org/archives/2019/12/breach-of-contract-promissory-estoppel-claims-bypass-section-230-but-fail-anyways-yue-v-miao.htm>; E. Goldman, “Speth on *Barnes v. Yahoo* and 230 as an Affirmative Defense”, Goldman’s Blog, 2009, disponible en: https://blog.ericgoldman.org/archives/2009/05/speth_on_barnes.htm.

Alcance jurisdiccional

Las distintas iniciativas de supervisión varían según el carácter jurisdiccional de la regulación, corregulación o autorregulación. NetzDG, por ejemplo, es una iniciativa eminentemente nacional, alemana, mientras que los Códigos de Conducta sobre Desinformación o Discurso de Odio son iniciativas regionales europeas, donde quienes intervienen como autoridades formales son las instituciones de la Comunidad Europea. Por ejemplo, GNI es una iniciativa global, donde empresas, académicos, sociedad civil e inversores de diferentes nacionalidades y regiones participan y actúan en base a los principios globales acordados (los Principios de GNI sobre Libertad de Expresión y Privacidad).⁷¹ Es probable que el alcance geográfico de las iniciativas gane relevancia a medida que las iniciativas de supervisión y las iniciativas de transparencia obligatoria se multipliquen en todo el mundo, imponiendo diferentes estándares y mecanismos para los mismos actores cuyo negocio depende de la naturaleza interjurisdiccional de sus plataformas.⁷²

Competencia material del órgano de control

Lo que está en juego cuando pensamos en los mecanismos de control es el Estado de derecho, los derechos de los usuarios y de la comunidad en su conjunto. Este Estado de derecho y estos derechos individuales y colectivos pueden ser vulnerados tanto por otros usuarios en el ejercicio de sus actividades en línea como por los intermediarios en la gestión de sus servicios.⁷³ ¿Qué supervisará cada organismo de control o iniciativa de control?

No siempre es fácil hacer una distinción entre actos de terceros y actos de las empresas.⁷⁴ Dos ejemplos: el primero del GDPR, mientras el GDPR regula

⁷¹ Los principios de GNI están disponibles en la página de la iniciativa. En ese momento, la negociación de estos principios fue controvertida y problemática. Ver, por ejemplo, L. Downes, "Why No One Will Join the Global Network Initiative", *Forbes*, 2011, disponible en: <https://www.forbes.com/sites/larrydownes/2011/03/30/why-no-one-will-join-the-global-network-initiative/?sh=7dd70c80d782>. Para una breve historia y descripción de la GNI, consultar M. Samway, *The Global Network Initiative: How Can Companies in the Information and Communications Technology Industry Respect Human Rights? In Business and Human Rights*, Londres, Routledge, 1º ed., 2016.

⁷² Center for Democracy & Technology (CDT), "The Future of Speech Online: Can Transparency Be Mandated by Law?", videoconferencia, 2021.

⁷³ Esta primera distinción ya genera problemas al analizar las iniciativas existentes.

⁷⁴ Ver A. Del Campo, "Teóricamente interesante, facticamente mundano", CELE, 2020, disponible en: <https://observatoriolegislativocele.com/cfk-c-google-teoricamente-interesante-facticamente-mundano>.

el tratamiento de los datos personales, al regular el derecho al olvido está delegando en las empresas la aplicación de la regla sobre terceros.⁷⁵ Un segundo ejemplo es el de la NetzDG: por un lado, establece obligaciones de procedimiento y transparencia de prácticas para las empresas; por otro lado, impone normas sustantivas al discurso de los usuarios (terceros) que estarán sujetas a los procesos y a las prácticas de las empresas, y delega en intermediarios la toma de decisiones y la implementación de medidas correctivas o sancionadoras.⁷⁶

Al monitorear la correcta implementación de la norma, los criterios para evaluar la existencia y eficiencia de los protocolos y procesos para tratar el contenido deben ser diferentes a los criterios utilizados para determinar si esos protocolos debieron o no ser activados (es decir, si el contenido debe de hecho ser clasificado como legal/ilegal).⁷⁷ Expertos en NetzDG explican que la metodología no sería del todo adecuada para verificar ninguno de los dos, como se analizará más adelante.⁷⁸ La DSA, por su parte, parece pretender regular ambos aspectos de la ecuación, estableciendo obligaciones para la empresa frente a su propia conducta y la de sus usuarios.⁷⁹

Por otro lado, el GIFCT, por ejemplo, tiene como objetivo crear estándares y prácticas comunes en la industria para hacer frente a acciones ilícitas o dañinas por parte de terceros.⁸⁰ Y la GNI analiza a las empresas en su propia actividad y cómo reaccionan e interactúan con las demandas estatales de datos y expresión.⁸¹

Mecanismos de supervisión

⁷⁵ GDPR, “Art. 17 GDPR: Right to Erasure (‘Right to Be Forgotten’)”, disponible en: <https://gdpr-info.eu/art-17-gdpr/>; P. Van Cleynenbreugel, “What Should Be Forgotten? Time to Make Sense of Article 17 GDPR from the Point of View of Data Controllers”, Blogdroiteuropeen, 2017, disponible en: <https://blogdroiteuropeen.com/2017/05/25/what-should-be-forgotten-time-to-make-sense-of-article-17-gdpr-from-the-point-of-view-of-data-controllers-by-pieter-van-cleynenbreugel>.

⁷⁶ Ver German Network Enforcement Act (NetzDG), “Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks”, cit.

⁷⁷ H. Tworek; P. Leerssen, “An Analysis of Germany’s NetzDG Law”, cit., donde señalan la insuficiencia de la metodología cuantitativa en cuanto al número de solicitudes y retiros de contenido para evaluar la correcta implementación de la ley. Por otro lado, critican que cuando un mismo contenido implique simultáneamente una violación a la ley y una violación a los términos y condiciones de servicio de la empresa establecidos por autorregulación, estos contenidos serán reportados bajo esta última categoría y no bajo la primera.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Z. Herbert, “General and Specific Monitoring Obligations in the Digital Services Act: Observations Regarding Machine Filters from a Private Lawyer’s Perspective”, Verfassungsblog, 2021, disponible en: <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-07>.

⁸⁰ GIFCT, disponible en: <https://gifct.org/governance>.

⁸¹ GNI, “GNI Principles”, disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/gni-principles>.

De las iniciativas analizadas, tanto vinculantes como no vinculantes, públicas, mixtas o privadas, solo seis contemplan expresamente instancias de control específico. Estos mecanismos incluyen: a) autoevaluaciones o seguimiento interno; b) auditorías o evaluaciones por parte de terceros seleccionados por las empresas signatarias de las iniciativas (GNI, por ejemplo);⁸² c) auditorías externas realizadas por actores no estatales, externos e independientes seleccionados por el Estado u organismo supranacional (como la Comisión Europea), o por la sociedad civil o grupo de empresas que impulsan la iniciativa; o d) supervisión por parte de reguladores estatales (ya sea un Gobierno individual o la Comisión Europea). Finalmente, el CDO establece un mecanismo diferente, ya explicado en apartados anteriores, donde los *trusted flaggers* (marcadores de confianza) son los que prueban el funcionamiento del mecanismo e informan sobre dicho funcionamiento durante 6-8 semanas.⁸³ La tabla no contempla este mecanismo. Diferentes iniciativas optan por diferentes mecanismos.

Cuadro 1. Vigilancia o control

Iniciativa	Existencia de supervisión	Tipo de supervisión
ICT Coalition for Children Online (ICT CCO)	Sí	Externa seleccionada por la iniciativa
Código de Conducta para Combatir el Discurso de Odio Ilegal en Línea	Sí* (no para informes sino para evaluación de iniciativas)	Externa seleccionada por la Comisión Europea
Código de Conducta sobre Desinformación	Sí** (no realizada)	Externa seleccionada por las empresas firmantes
Network Enforcement Act (NetzDG)	Sí	Externa: regulador alemán
Iniciativa de Red Global (GNI)	Sí	Externas seleccionadas por las empresas firmantes

Fuente: desarrollado internamente.

*Esta iniciativa no requiere de la presentación de informes, pero la auditoría se utiliza para evaluar el cumplimiento de los objetivos en ejercicios de seguimiento realizados por una red de organizaciones independientes ubicadas en diferentes países de la UE.

**Si bien el Código de Conducta sobre Desinformación establece que las empresas firmantes seleccionen un auditor independiente para evaluar sus informes y el cumplimiento de los compromisos asumidos, a la fecha las empresas no han seleccionado ningún auditor.

⁸² GNI, "Assessment Reports", disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/company-assessments>.

⁸³ Comisión Europea, "The EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online", cit.

La exigencia de un auditor independiente, ya sea contratado por la empresa o designado externamente, puede ser un aspecto esencial de las iniciativas de autorregulación. Como argumenta el profesor Eric Goldman, la auditoría independiente podría ayudar al ecosistema a superar algunos desafíos difíciles de resolver, incluida la divulgación segura de datos al público o a los reguladores, y puede “aumentar la probabilidad de divulgaciones precisas, porque el auditor se preocupa por su reputación y tendrá aversión al riesgo sobre cualquier posible inexactitud”.⁸⁴

Sin embargo, la mayoría de las iniciativas voluntarias no establecen mecanismos de control independientes. En cambio, las empresas realizan una autoevaluación de su propio cumplimiento (los informes a veces se denominan autoevaluaciones), a menudo integrados en informes de transparencia generados voluntariamente.⁸⁵

La GNI es una excepción entre las iniciativas mixtas y voluntarias, ya que establece un requisito de auditoría y evaluación independiente. Con este mecanismo, auditores independientes, previamente examinados por la GNI, preparan las auditorías de las empresas y presentan sus informes a la junta de GNI, compuesta por empresas, miembros del sector académico, de la sociedad civil e inversores.⁸⁶ La información presentada por las empresas es estrictamente confidencial, por lo que solo algunos extractos y conclusiones generales están disponibles públicamente.⁸⁷ El Código de Conducta sobre Desinformación y la ICT Coalition for Children (Coalición TIC por la Infancia) contemplan la evaluación independiente de los informes que presentan las empresas, pero aún no han implementado el mecanismo.⁸⁸

⁸⁴ E. Goldman, “The Constitutionality of Mandating Editorial Transparency”, 73 *Hastings Law Journal*, vol. 1.203, 2022, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4005647.

⁸⁵ Access Now informó que, hasta julio de 2021, 88 empresas publicaron informes de transparencia. Access Now, “Transparency Reporting Index”, disponible en: <https://www.accessnow.org/transparency-reporting-index>.

⁸⁶ Ver GNI, “About GNI”, disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/about-gni>.

⁸⁷ GNI, “Assessment Reports”, cit.

⁸⁸ Estudio para SMART “Assessment of the Implementation of the Code of Practice on Disinformation”, final report N° 0041, 2019, disponible en: <https://imap-migration.org/narrative/publications/study-assessment-implementation-code-practice-disinformation-final-report>. El estudio fue encargado por la Dirección General de Sociedad de la Información y Medios de Comunicación (DG Connect) de la Comisión Europea, y fue realizado por VVA Economics & Policy con el apoyo de DisinfoLab (2019). Ver también ICT Coalition for Children online: <https://www.ictcoalition.eu>.

Informes, auditorías y otras herramientas

Gran parte de las iniciativas analizadas incluyen obligaciones de transparencia consolidadas a través de la presentación de informes o reuniones de seguimiento. De las iniciativas analizadas, seis requieren la presentación de informes sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos por la empresa: la ICT Coalition for Children, los códigos de conducta, la GNI, el GIFCT y la NetzDG. Las demás iniciativas no establecen un mecanismo de control que requiera la presentación de informes. El Código de Conducta para Combatir el Discurso de Odio Ilegal en línea establece un mecanismo de control que incluye reuniones periódicas entre empresas y un ejercicio de seguimiento por parte de organizaciones ubicadas en diferentes países de la UE, que evalúa el cumplimiento de los compromisos asumidos en el código por parte de las empresas, utilizando una metodología acordada. Esta metodología no está disponible públicamente.⁸⁹ Por su parte, el Código de Desinformación también prevé reuniones periódicas de evaluación entre las empresas firmantes, entre las que podría estar la Comisión Europea.⁹⁰

Informes

En las seis iniciativas que requieren que las empresas presenten informes sobre su implementación, la periodicidad de su presentación varía: tres de ellas exigen informes anuales, una exige informes semestrales y las otras dos no especifican periodicidad. Tres iniciativas hacen que los informes estén disponibles públicamente, sean de fácil acceso y, por lo general, están escritos en inglés, excepto los informes de Twitter sobre el cumplimiento de NetzDG, que solo están disponibles en alemán, mientras que GNI y GIFCT mantienen la confidencialidad de los informes.⁹¹ En virtud del Código de

⁸⁹ Ver Comisión Europea, “Countering Illegal Hate Speech Online #NoPlace4Hate”, 2019, disponible en: <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/54300/en>; Pub Affairs Bruxelles, “EU Code of Conduct against Illegal Hate Speech Online: Results Remain Positive but Progress Slows Down”, 2021, disponible en: <https://www.pubaffairsbruxelles.eu/eu-institution-news/eu-code-of-conduct-against-illegal-hate-speech-online-results-remain-positive-but-progress-slows-down>.

⁹⁰ “EU Code of Practice on Disinformation”, section IV, disponible en https://www.hadopi.fr/sites/default/files/sites/default/files/ckeditor_files/1CodeofPracticeonDisinformation.pdf.

⁹¹ Más sobre ICT Coalition for Children Online, ver, por ejemplo, el informe de Disney, ICT, “Implementation Questionnaire”, disponible en: <https://www.ictcoalition.eu/medias/commitmentcontent/61/file/2019-twdc-ict-coalition-implementation-report.pdf>. Sobre la GNI, “The GNI Principles at Work: Public Report on the Third Cycle of Independent Assessments of GNI Company Members”, 2019, disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/wp->

Conducta Europeo, la Comisión emite informes sobre el cumplimiento, con los datos recopilados sobre la implementación que realizaron las empresas. En el caso de los principios de GNI, la empresa comparte el informe de auditoría con el directorio, donde se discuten y se someten a una evaluación de la implementación progresiva de los principios de GNI a lo largo del tiempo.⁹² La organización publica un informe anual que incluye extractos y resúmenes de algunos informes, las principales conclusiones que surgieron del ejercicio y algunas recomendaciones.⁹³ A continuación se muestra un cuadro que resume la información detallada anteriormente.

Cuadro 2. Informes, frecuencia y publicidad

Iniciativa	Presentación de informes	Frecuencia	Publicidad
ICT Coalition for Children Online	Sí	No establecida	Sí
Código de Conducta para Combatir el Discurso de Odio Ilegal en Línea	Sí*	-	-
Código de Conducta sobre Desinformación**	Sí	Anual	Sí
Ley NetzDG	Sí	Semestral	Sí
Iniciativa de Red Global (GNI)	Sí	Semestral*	No
Global Internet Forum to Counter Terrorism (GIFCT)	Sí	Anual	No
Christchurch Call	No	-	-
Directiva Europea de Protección de Datos Personales (GDPR)	No	-	-
Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Estados Unidos de América	No	-	-

Fuente: desarrollado internamente.

*La Comisión Europea emite informes periódicos sobre la implementación del código que recogen la información proporcionada por los trusted flaggers.

**La GNI realiza sus evaluaciones cada 2 ó 3 años y no está claro en sus documentos cuál debería ser la frecuencia.

content/uploads/2020/04/2018-2019-PAR.pdf. Code of conduct reports on disinformation en Comisión Europea, “The EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online”, cit. Sobre GIFCT, ir a GIFCT, “Annual Report”, 2021, disponible en: <https://gifct.org/wp-content/uploads/2021/12/GIFCT-Annual-Report-2021-PV.pdf>.

⁹² Ver, por ejemplo, el informe del período 2018-2019, GNI, “The GNI Principles at Work”, cit.

⁹³ *Ibíd.*

En general, ya sea que los informes sean públicos o no, parece haber un alto nivel de cumplimiento de la obligación de informar, particularmente cuando la periodicidad está bien establecida. Por otro lado, en el caso de ICT for Children Online, al no estar clara la periodicidad de los informes, es difícil medir el nivel de cumplimiento de la empresa. Algunas han presentado dos o tres informes y otras solo uno.

Cuadro 3. Nivel de cumplimiento (presentación de informes)

Iniciativa	Nivel de cumplimiento (informes)
ICT Coalition for Children Online	Medio*
Código de Conducta sobre Desinformación	Alto
Network Enforcement Act (NetzDG)	Alto
Iniciativa de Red Global (GNI)	Alto
Global Internet Forum to Counter Terrorism (GIFCT)	-

Fuente: desarrollado internamente.

*Periodicidad no especificada en el compromiso.

Como se expresó en los párrafos anteriores, solo cinco de las nueve iniciativas analizadas contemplan que las empresas presenten informes como mecanismo de control. Hay una iniciativa adicional que incluye que el propio mecanismo de supervisión (el código de conducta) publique un informe. En el texto de los compromisos, tres de estas cinco iniciativas también identifican, con mayor o menor detalle, la información que deben incluir estos informes, pero solo la ICT Coalition for Children Online proporciona plantillas a seguir para estos informes. La GNI suministra el conjunto de herramientas de evaluación que se modificó en 2018 para incluir información específica y secciones que los evaluadores deben consultar al preparar sus informes de evaluación.⁹⁴ La falta de plantillas puede deberse a diferentes motivos, pero, en general, desde la literatura especializada, la falta de acuerdo y el exceso de ambigüedad en los términos se encuentran entre las causas más preocupantes.⁹⁵ A continuación se enumeran las iniciativas

⁹⁴ GNI, "GNI Assessment Toolkit", 2021, disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/2021/11/AT2021.pdf>.

⁹⁵ M. MacCarthy, "Transparency Requirements for Digital Social Media Platforms: Recommendations for Policy Makers", Algorithms, 2020.

que requieren informes.

Cuadro 4. Regularidad de los informes

Iniciativa	Información requerida preestablecida	Plantillas
ICT Coalition for Children Online	Sí	Sí
Código de Conducta sobre Desinformación	Sí	No
Network Enforcement Act (NetzDG)	Sí	No
Iniciativa de Red Global (GNI)	Sí*	No
Global Internet Forum to Counter Terrorism (GIFCT)	No	-

Fuente: desarrollado internamente.

*La GNI publica un conjunto de herramientas de evaluación ilustrativo que detalla lo que se espera de las empresas, los auditores y la Junta en la evaluación de las auditorías presentadas.⁹⁶

Si bien existen algunas discusiones sobre si se debe estandarizar la presentación de informes,⁹⁷ en la mayoría de los casos no se especifica la información requerida y no existen plantillas de informes, por lo que es difícil comparar la información presentada por las empresas.⁹⁸ Por ejemplo, en el caso del Código de Conducta sobre Desinformación, la información presentada por Facebook, Twitter, Google y Microsoft sobre “cuentas ficticias o falsas” (en el marco del compromiso de integridad de los servicios) varía de la siguiente manera:

- Todos incluyen las medidas, acciones y herramientas que las plataformas y servicios utilizan para prevenir y combatir las cuentas falsas.
- Solo Facebook y Twitter brindan información sobre la cantidad total de cuentas que fueron desactivadas, y Twitter también incluye la cantidad de informes de cuentas falsas y *spam* que recibieron de los usuarios.
- Ninguna de las empresas incluye datos desagregados por región sobre este tema.

⁹⁶ GNI, “GNI Assessment Toolkit”, cit.

⁹⁷ D. Keller, “Some Humility about Transparency”, Center for Internet and Society at Stanford Law School, 2021, disponible en: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2021/03/some-humility-about-transparency>.

⁹⁸ Ver notas 21, 70, y 75.

Las excepciones son la ICT Coalition for Children Online y la GNI. La ICT CCO proporciona una plantilla con información predeterminada para las empresas que forman parte de la iniciativa. Sin embargo, esto no impide que algunas empresas proporcionen más información que otras. Por ejemplo, tanto Facebook como Google, además de la explicación de la información solicitada, incluyen ejemplos con imágenes y enlaces con información adicional en sus informes, mientras que otras empresas, como Disney, no incluyen información detallada ni imágenes.⁹⁹ Pero incluso cuando estos informes incluyen plantillas, a veces hay discrepancias en cuanto a cómo las diferentes empresas cuentan las instancias de las que informan.¹⁰⁰

La GNI también utiliza preguntas preestablecidas para evaluadores independientes para recopilar información de las empresas. Debido a la metodología y los objetivos de la iniciativa, la información es más cualitativa que cuantitativa, lo que significa que haya divergencia entre la información proporcionada por las empresas. Los informes completos están disponibles solo para la junta, pero no para otros miembros, reguladores estatales o el público en general.¹⁰¹

Reuniones de seguimiento

El Código de Conducta para Combatir el Discurso de Odio Ilegal en línea prevé reuniones de seguimiento entre las empresas firmantes, la Comisión Europea y las organizaciones de la sociedad civil, como mecanismo de control de la iniciativa.¹⁰² El Código de Conducta sobre Desinformación, por su parte, establece que los firmantes se reunirán periódicamente para evaluar los desarrollos en el marco del código, pero no hay información pública sobre dichas reuniones.

En el marco de la GNI, la evaluación de las empresas se lleva a cabo cada dos o tres años, por empresas acreditadas por la junta de GNI, y están sujetas a revisión por parte de la junta durante las reuniones de revisión de la evaluación. El estándar que se toma en cuenta es si la empresa está haciendo esfuerzos de buena fe para implementar los principios de GNI y sus “pautas

⁹⁹ Ver <https://www.ictcoalition.eu/news/news>.

¹⁰⁰ D. Keller, “Some Humility about Transparency”, cit.

¹⁰¹ La poca información disponible públicamente sobre el proceso de GNI y su evaluación podría socavar la credibilidad de sus evaluaciones.

¹⁰² Comisión Europea, “Lucha contra la incitación ilegal al odio en línea: una iniciativa de la Comisión produce continuas mejoras y se suman otras plataformas”, 2018, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_261.

de implementación”. Sólo después de que, durante la reunión de revisión de evaluación, la junta haya revisado el informe y realizara preguntas a los evaluadores y a la empresa, se decide si una empresa participante cumple con ese estándar.¹⁰³

Indicadores para el seguimiento

La Comisión de la Unión Europea en su agenda para una mejor regulación de la Unión Europea (2015) (“Better Regulator for Better Results: an EU Agenda”) da cuenta, entre otras cosas, de la importancia de contar con herramientas específicas para supervisar la correcta y efectiva aplicación de las leyes y evaluar su vigencia y adecuación en el tiempo.¹⁰⁴ La existencia de indicadores objetivos para verificar la correcta implementación de la regulación por parte del regulador es fundamental en este aspecto.¹⁰⁵

¹⁰³ Pautas de implementación de GNI, “Implementation Guidelines”, disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/implementation-guidelines>.

¹⁰⁴ Comisión Europea, “Better Regulation for Better Results: an EU Agenda”, 2015, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52015DC0215>, ver en especial, el punto 3.3. La Comisión reconoce que la regulación tiene un impacto en los países miembros y usuarios, empresas, etc., en múltiples sectores y que los efectos de la regulación son duraderos. *Ibid.*, 1.1: “La legislación debe hacer lo que está previsto que haga, debe ser fácil de aplicar, debe proporcionar seguridad y previsibilidad y debe evitar toda carga superflua. Normas sensatas, realistas, correctamente aplicadas y cumplidas en el conjunto de la UE. Normas que cumplan con su cometido de realizar nuestros objetivos comunes: ni más, ni menos (...). Es preciso además que las políticas de la UE se revisen periódicamente: debemos ser transparentes y rendir cuentas acerca de si estamos cumpliendo nuestros objetivos políticos, acerca de lo que ha funcionado bien y lo que es preciso cambiar” (traducción propia del texto citado en inglés). De ahí que también se comprometan a revisar la efectividad de sus normas y evaluar su impacto o sus modificaciones en el tiempo y regular de la manera menos lesiva e intrusiva bajo los principios de necesidad y proporcionalidad. *Ibid.*, 3.1: unas nuevas directrices integradas para la mejora de la legislación se aplicarán a partir de ahora al trabajo de la Comisión. Asegurarán que los impactos económico, social y medioambiental sigan teniendo en cuenta en pie de igualdad, junto con los derechos fundamentales, en toda labor analítica de la Comisión. Renuevan el empeño de la Comisión de utilizar los mejores datos empíricos y conocimientos científicos disponibles y refuerzan su compromiso de establecer planes claros de seguimiento y aplicación antes de la adopción de medidas. Garantizarán también que mantener la competitividad y el desarrollo sostenible de la UE siga siendo una prioridad en todo lo que hacemos.

¹⁰⁵ Comisión Europea, “Assessment of the Code of Practice on Disinformation: Achievements and Areas for further Improvement”, 6th monitoring round of the Code of Conduct, 2020, disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-code-practice-disinformation-achievements-and-areas-further-improvement>.

Los tipos de indicadores pueden variar dependiendo de la iniciativa o proceso a implementar o medir. Los indicadores pueden ser cuantitativos (por ejemplo, el número de contenidos afectados, procesos implementados, apelaciones recibidas, usuarios afectados, tiempo, etc.); o cualitativos (usabilidad de procesos o sistemas, experiencia de usuario, evaluación de satisfacción, etc.); o una mezcla de ambos. La ausencia de indicadores dificulta la evaluación sustantiva de la iniciativa y su supervisión, particularmente cuando ésta se da mediante auditorías, autoevaluaciones o informes generados por las empresas.¹⁰⁶ Lo mismo podría decirse del consenso y claridad en torno a los conceptos que utiliza la iniciativa en cada uno de sus mandatos.¹⁰⁷

Con respecto al Código de Conducta sobre Desinformación, el Transatlantic Working Group,¹⁰⁸ una comisión que reúne a representantes de medios, del sector académico, sociedad civil y encargados de verificar los datos del foro de múltiples partes interesadas sobre desinformación en línea en respuesta a la consulta de la Comisión Europea, informó que la iniciativa era deficiente, en gran medida debido a la falta de transparencia e indicadores claros (*key performance indicators*).¹⁰⁹ La ausencia de objetivos medibles e indicadores de desempeño fue decisiva para evaluar la efectividad del mecanismo.¹¹⁰ En respuesta a las críticas, la Comisión Europea publicó un plan de acción en el que ordenaba a las empresas a detallar las medidas tomadas en cumplimiento del código y detalló los indicadores cuantitativos que observaría para evaluar la iniciativa: número de cuentas eliminadas por infringir las políticas publicitarias;¹¹¹ sitios web bloqueados por *data scraping* (extracción de datos); anuncios políticos eliminados por falta de transparencia; entradas

¹⁰⁶ Ver H. Tworek; P. Leerssen, "An Analysis of Germany's NetzDG Law", cit.

¹⁰⁷ *Ibid.* Una de las conclusiones de la Comisión es que la iniciativa se beneficiaría con términos mejor definidos. La falta de consenso en torno a definiciones clave (como publicidad, contenido orgánico, etc.) socava la implementación y evaluación de la iniciativa.

¹⁰⁸ P.H. Chase, "The EU Code of Practice on Disinformation", cit.

¹⁰⁹ Comisión Europea, "The 2022 Code of Practice on Disinformation", disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

¹¹⁰ *Ibid.* "Como se describe en el *feedback* y comentarios escritos anteriores de la *sounding board*, el 'código de prácticas' presentado por el grupo de trabajo no contiene un enfoque común, ni compromisos claros y significativos, objetivos medibles o KPI, por lo tanto, no hay posibilidad de monitorear el proceso, y no hay herramientas de cumplimiento o aplicación: de ninguna manera se trata de autorregulación y, por lo tanto, las plataformas, a pesar de sus esfuerzos, no han entregado un código de conducta" (traducción propia del texto citado en inglés).

¹¹¹ Comisión Europea, "Report on the Implementation of the Communication 'Tackling Online Disinformation: a European Approach'", 2018, disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/report-implementation-communication-tackling-online-disinformation-european-approach>.

en el repositorio; y cuentas identificadas como falsas.¹¹² A pesar del esfuerzo inicial, la comisión encargada de evaluar la iniciativa para la Comisión Europea concluyó, más de un año después, que los indicadores insuficientes combinados con la terminología ambigua y poco clara del acuerdo hacían deficiente su implementación e imposible su control.¹¹³

Sobre el Código de Conducta para Contrarrestar el Discurso de Odio Ilegal en Línea, Barbora Bukovská señaló que el único criterio adoptado por la Comisión Europea parece ser la velocidad y la cantidad de acciones de eliminación de contenido.¹¹⁴ Añade que esta metodología difícilmente puede considerarse un indicador de éxito. La variación en los números, en su opinión, podría explicarse de diferentes maneras, como ser el creciente consenso entre las empresas y las organizaciones colaboradoras sobre qué tipos de discurso deben eliminarse, que se atribuye a diferentes variables: que los alertadores hayan mejorado la comprensión de qué tipos de contenido son mejor recibidos por las empresas y promuevan esos recursos sobre otros; que las empresas hayan cedido en muestra de buena fe e impugnen menos la naturaleza del contenido; o que las condiciones de servicio hayan cambiado con el tiempo.¹¹⁵ En consecuencia, la autora afirma que la única conclusión cualitativa que se pudo extraer de los cuatro informes de seguimiento fue que “ha habido un aumento constante de la eliminación de contenido de ‘discurso de odio’—tal como se define de manera vaga y amplia en el código de conducta—dentro del período de tiempo específico basado en solicitudes

¹¹² P.H. Chase, “The EU Code of Practice on Disinformation”, cit.

¹¹³ Comisión Europea, “Assessment of the Code of Practice on Disinformation”, cit.

¹¹⁴ B. Bukovská, “The European Commission’s Code of Conduct for Countering Illegal Hate Speech Online”, cit., pág. 9.

¹¹⁵ *Ibid.*, pág. 9. En cuarto lugar, el único criterio de “éxito” presentado por la Comisión Europea en los informes de seguimiento parece ser la velocidad y el número de remociones. Como se señaló anteriormente, el informe más reciente de 2019 comenta sobre la mejora de las tasas de eliminación y afirma que solo el 28,3% del contenido informado permaneció en línea, mientras que “esto representa un pequeño aumento en comparación con el 70% de hace un año”. Sin embargo, la tasa de remociones difícilmente puede considerarse un indicador de “éxito”; todo lo que muestra es el aumento del consenso entre las empresas de TI y las organizaciones colaboradoras sobre qué contenido debe eliminarse. Esto se puede interpretar de varias maneras. Por ejemplo, podría mostrar que las organizaciones de *flagging* comprenden mejor (aunque el informe no proporciona información sobre cómo) las políticas de las empresas de TI y qué contenido podría no ser aceptable según las normas comunitarias respectivas. Alternativamente, puede indicar que las empresas de TI simplemente decidieron responder positivamente a más solicitudes para mostrar buena voluntad y afán de cumplir con el ejercicio. Otra posible interpretación es que, con el tiempo, las empresas de TI cambiaron sus prácticas de moderación de contenido y evaluaron el contenido de manera diferente en comparación con hace unos años.

de organizaciones específicas con una metodología no especificada”.¹¹⁶

Desde el lanzamiento del código, la Comisión Europea ha publicado seis informes sobre su aplicación.¹¹⁷ Estos informes presentan los resultados de los ejercicios de seguimiento que se realizan cada año (durante un periodo de seis a siete semanas en cada caso), en los que organizaciones con sede en diferentes Estados miembros de la Unión Europea aplican una metodología común y notifican a las empresas sobre supuestos casos de expresión ilegal en línea y registran el tiempo y nivel de respuesta.¹¹⁸ El número de organizaciones participantes varía en cada ejercicio.¹¹⁹ Los informes elaborados por la Comisión Europea presentan diversas dificultades a la hora de analizar las características y la eficacia de este mecanismo de control.¹²⁰ Por un lado, los informes no incluyen información sobre la metodología utilizada por las organizaciones para denunciar contenidos ilegales a las empresas, ni para evaluar la moderación de contenidos que llevan a cabo.¹²¹ Tampoco se incluye información sobre los análisis que realizan las empresas para aceptar o rechazar

¹¹⁶ *Ibid.* “En general, la única conclusión cualitativa de los cuatro informes de seguimiento es que ha habido un aumento constante de las eliminaciones del contenido del ‘discurso de odio’, tal como se define vaga y ampliamente en el código de conducta, dentro del tiempo específico basado en solicitudes de organizaciones específicas basadas en una metodología no especificada. En general, los informes de seguimiento brindan muy poca información sobre la eficacia real del sistema del código de conducta y el impacto que tiene en la protección de los grupos en riesgo de discriminación y odio y en la garantía de que se protege el derecho a la libertad de expresión” (traducción propia del texto citado en inglés).

¹¹⁷ Informes consultados disponibles en Comisión Europea, “The EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online”, cit.

¹¹⁸ Ver los informes publicados y las fichas técnicas en Comisión Europea, “The EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online”, cit.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Comisión Europea, “Assessment of the Code of Practice on Disinformation”, cit. “El SWD destaca que, para garantizar una aplicación completa y coherente entre las partes interesadas y los Estados miembros, el código debe mejorarse aún más en varias áreas proporcionando definiciones compartidas, procedimientos más claros, compromisos más precisos y completos, así como indicadores clave de rendimiento (KPI) transparentes y un seguimiento adecuado. La participación debe ampliarse para incluir a otras partes interesadas relevantes, en particular del sector de la publicidad” (traducción propia del texto citado en inglés).

¹²¹ B. Bukovská, “The European Commission’s Code of Conduct for Countering Illegal Hate Speech Online”, cit., pág. 8. No es posible identificar a partir de los informes si el contenido denunciado resulta de la evaluación de las organizaciones sobre el cumplimiento de la legislación penal local o de las normas comunitarias de las empresas, ni se revela si los denunciantes reciben alguna capacitación sobre los estándares aplicables sobre libertad de expresión y la necesidad de equilibrar la eliminación de contenidos con este derecho.

zar recomendaciones de contenidos marcados como ilegales por *flaggers*.¹²²

Por otro lado, los informes solo brindan información sobre las respuestas que las empresas dan a las solicitudes realizadas por las organizaciones en el marco del ejercicio de seguimiento en el plazo preestablecido. No incluyen información sobre las empresas que moderan el contenido con regularidad o cómo las empresas han cambiado sus prácticas comerciales para implementar el código de conducta, cómo las empresas evalúan las solicitudes de eliminación de contenido o cómo explican su decisión de rechazar o aceptar dichas solicitudes.¹²³

Heidi Tworek y Paddy Leerssen hacen la misma crítica respecto a la aplicación de la NetzDG. Según estos autores, queda claro a partir de los dos primeros períodos informados que una gran parte de la implementación de la ley se hizo mediante la aplicación de los términos y las condiciones del servicio y no mediante la aplicación de la ley misma.¹²⁴ En muchos casos, las empresas establecieron un sistema de revisión dual en respuesta a estas iniciativas: primero revisan la compatibilidad del contenido detectado o denunciado con sus propios términos y condiciones de servicio; luego, si el contenido no viola las Condiciones de Servicio, aplican el análisis de la ley correspondiente. Solo estos casos se reportan como casos de aplicación de la ley.¹²⁵

Finalmente, los únicos criterios para medir el éxito de la iniciativa son la velocidad de las empresas en la eliminación de contenidos ilegales y la cantidad de contenidos eliminados. La mayoría de las críticas y las preocupaciones sobre la NetzDG están en línea con esto y se relacionan con el riesgo de eliminación excesiva o bloqueo excesivo de contenido, lo que afecta el derecho a la libertad de expresión.¹²⁶ El Gobierno alemán se opone a esto alegando que las multas por incumplimiento de la ley solo aplican a los casos de incumplimiento de bloqueo o eliminación de contenido cuando se trata de un incumplimiento sistémico por parte de la plataforma, y no

¹²² V. Jourová, “How the Code of Conduct Helped Countering Illegal Hate Speech Online”, Comisión Europea, 2019, disponible en: http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2019/02/hatespeech_infographic.pdf.

¹²³ Ver B. Bukovská, “The European Commission’s Code of Conduct for Countering Illegal Hate Speech Online”, cit., págs. 7-10.

¹²⁴ H. Tworek; P. Leerssen, “An Analysis of Germany’s NetzDG Law”, cit.

¹²⁵ Ver H. Tworek; P. Leerssen, “An Analysis of Germany’s NetzDG Law”, cit. Ver también Access Now, “Joint Statement of the Digital Services Act Human Rights Alliance”, 2021, disponible en: https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2021/10/Digital_Services_Act_Human_Rights_Alliance_Statement.pdf.

¹²⁶ Ver nota 4. B. Knight, “Germany Implements New Internet Hate Speech Crackdown”, DW, 2018, disponible en: <https://www.dw.com/en/germany-implements-new-Internet-hate-speech-crackdown/a-41991590>.

para casos individuales.¹²⁷ Sin embargo, no está claro cómo las autoridades determinan qué califica como sistémico.¹²⁸

Por su parte, la DSA crea, por ejemplo, obligaciones de gestión de riesgos y de debida diligencia, pero como señalaron varias organizaciones, no establece lineamientos para la organización, procedimiento o contenido de dichos procesos.¹²⁹ Tampoco establecen criterios claros para la adopción de medidas de mitigación de riesgos, que contempla el texto de la iniciativa.¹³⁰

La GNI parece diferente de los casos anteriores en que la metodología y los indicadores de evaluación se llevan a cabo exclusivamente en torno a datos cualitativos, no cuantitativos, y en procesos en lugar de resultados.¹³¹ Como primer paso, la membresía en la GNI implica la adopción de los principios de GNI sobre libertad de expresión y privacidad.¹³² Estos principios se basan en los principales documentos de derechos humanos, incluidos los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Además de los principios, la GNI ha definido lineamientos para su implementación acordados por todos sus miembros.¹³³ Estos lineamientos sirven para instruir a las empresas en la implementación y establecer una serie de acciones concretas que las empresas integrantes se comprometen a realizar.¹³⁴ El kit de herramientas de evaluación detalla el proceso que

¹²⁷ Unterrichtung durch die Bundesregierung, “Bericht der Bundesregierung zur Evaluierung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes”, 2020, disponible en: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/226/1922610.pdf>.

¹²⁸ W. Echikson; O. Knodt, “Germany’s NetzDG: a Key Test for Combatting Online Hate”, CEPS Policy Insight, 2018.

¹²⁹ Access Now, “Joint Statement of the Digital Services Act Human Rights Alliance”, cit. “Las plataformas también deben implementar medidas de mitigación de riesgos que sean razonables, proporcionadas y efectivas. No existe ningún requisito en el texto que diga que dichas medidas deban ser ‘necesarias’ y no existen normas vigentes para tales evaluaciones de riesgos. Depende de las plataformas decidir qué medidas de mitigación tomar. Las disposiciones pertinentes no exigen una evaluación del impacto sobre derechos humanos y fomentan establecer códigos de conducta. El papel de la sociedad civil en todo esto no está claro” (traducción propia del texto citado en inglés).

¹³⁰ Ver, por ejemplo, E. Pírková, “Where the EU’s DSA Is Heading: and Where It Needs to Go”, Access Now, 2021, disponible en: <https://www.accessnow.org/where-the-dsa-is-heading>; J. Jaurisch, “The DSA Draft: Ambitious Rules, Weak Enforcement Mechanisms”, policy brief, 2021, disponible en: <https://www.interface-eu.org/publications/dsa-draft-ambitious-rules-weak-enforcement-mechanisms>.

¹³¹ GNI, “GNI Assessment Toolkit”, cit.

¹³² GNI, “GNI Principles”, cit.

¹³³ GNI, “Implementation Guidelines”, cit.

¹³⁴ *Ibid.* 1.2 Estas pautas de implementación brindan más detalles sobre cómo las empresas participantes pondrán en práctica los principios. El propósito de este documento es:

1. Describir un conjunto de acciones mediante las cuales una empresa demostraría

deben seguir los evaluadores y las preguntas que deben responder en todas las evaluaciones.¹³⁵ Ninguna de estas preguntas persigue datos cuantitativos sino cualitativos y en términos generales referidos a procesos, y la relevancia de los principios de GNI y los derechos a la privacidad y la libertad de expresión en el gobierno de la empresa. Por lo tanto, algunas de las preguntas apuntan a comprender quién implementa los principios de GNI dentro de la empresa y cómo; la relevancia de este equipo, y cómo se comunica e interactúa con los distintos equipos de productos y regionales, así como su interacción con la dirección ejecutiva y el directorio de accionistas de cada empresa; cómo se capacita a toda la organización en el cumplimiento de los principios; los procesos de debida diligencia y evaluaciones de impacto en derechos humanos; cómo se articulan estos procesos, etc.¹³⁶ Además de la evaluación en torno a la gobernanza y los procesos, las empresas deben incluir en la evaluación una serie de casos que muestren el funcionamiento de dichos procesos, las buenas prácticas establecidas y los desafíos que enfrentaron.¹³⁷ La naturaleza confidencial del proceso de evaluación hace que estos intercambios sean particularmente valiosos cuando incluyen no solo historias de éxito sino también ejemplos de fallas o problemas. La evaluación guiada por el conjunto de herramientas permite criterios uniformes y comparables igualmente aplicables a las diferentes empresas y procesos que coexisten dentro de la GNI: empresas que ofrecen una gama de productos y servicios que están sujetos a evaluación, incluidos equipos de telecomunicaciones, servicios de redes móviles, redes sociales plataformas de medios, motores de búsqueda y redes de entrega de contenido.

El papel del evaluador es particularmente relevante y, por lo tanto, en el marco de la GNI, los evaluadores acreditados para realizar las evaluaciones deben ser aprobados por la Junta de GNI en función de la capacidad demostrada y la experiencia en derechos humanos.¹³⁸

Finalmente, los criterios de evaluación de la GNI brindan un punto de partida radicalmente diferente al de otras iniciativas regulatorias o de supervisión.¹³⁹ La evaluación de GNI determina si la empresa está haciendo esfuerzos

que está implementando los principios con mejoras a lo largo del tiempo.

2. Proporcionar a las empresas dirección y orientación sobre cómo implementar los principios.

¹³⁵ GNI, “GNI Assessment Toolkit”, cit., anexo I.

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.* Ver el marco de evaluación de casos en el anexo II.

¹³⁸ GNI, “Assessment Reports”, cit.

¹³⁹ *Ibíd.* “El propósito de la evaluación es permitir que la junta de GNI determine si cada empresa miembro está ‘haciendo esfuerzos de buena fe para implementar los principios

de buena fe para lograr una implementación continua y mejorada de los principios de GNI a lo largo del tiempo.¹⁴⁰ Hay varios aspectos a destacar aquí, pero quizás el principal sea la naturaleza progresiva del estándar de “mejora en el tiempo”. Si la empresa siempre cumple o no con los principios no es el objetivo de la evaluación; en muchos casos, los principios no piden ni señalan resultados concretos, sino que crean mandatos procesales: medidas de debida diligencia o implementación de estudios de impacto en los derechos humanos cuando la situación lo amerite de acuerdo con los principios.¹⁴¹ Lo que GNI como organización evalúa es si las empresas pueden mostrar esfuerzos de buena fe para implementar los principios de GNI a lo largo del tiempo.

Las obligaciones de diligencia debida y las evaluaciones de impacto se han integrado en los principios de GNI desde el principio. Se espera que las empresas indiquen qué tipo de procedimientos implementaron para realizar estos ejercicios de diligencia debida, qué procesos adoptaron, en qué circunstancias realizan estas evaluaciones y qué procesos están implementados para aplicar recomendaciones o lecciones aprendidas de dichos ejercicios. Los casos concretos no se evalúan excepto a través de “estudios de casos” seleccionados por la empresa y, en algunos casos, sugeridos por los miembros de los grupos no empresariales, para mostrar cómo funcionan realmente esos procesos y prácticas.¹⁴²

Una propuesta de modelo de corregulación

La dificultad de establecer mecanismos de supervisión eficientes y eficaces se evidencia de múltiples formas a lo largo de este documento. La mayoría de los mecanismos descritos hasta ahora para alinear procesos no son claros y carecen de estructura, estándares e indicadores para evaluar su implementación y cumplimiento. La mayoría de ellos se centra casi exclusivamente en datos cuantitativos en lugar de datos cualitativos, carecen de verificación independiente y son complejos desde el punto de vista metodológico para proporcionar una supervisión adecuada del cumplimiento de las empresas con las normas o los compromisos sustantivos y los estándares de libertad de expresión. Evaluar el cumplimiento es difícil y oneroso y, en su mayor parte, ineficaz.

En este marco, la Iniciativa de Red Global parece destacarse como un

de GNI con mejoras a lo largo del tiempo” (traducción propia del texto citado en inglés).

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ GNI, “GNI Principles”, cit.

¹⁴² *Ibíd.* Ver el marco de evaluación de casos en el anexo II.

modelo virtuoso, aunque exclusivamente dentro del ámbito de la autorregulación, y limitado en su alcance actual. Entre las virtudes del modelo se encuentra una revisión experta e independiente; la existencia de criterios e indicadores, principalmente cualitativos, que permiten evaluar y comparar procesos entre una amplia gama de empresas que ofrecen servicios y productos radicalmente diferentes; un enfoque en los procesos de la empresa en lugar de los resultados y un estándar progresivo de cumplimiento a lo largo del tiempo; y la naturaleza global, no estatal y de múltiples partes interesadas de la iniciativa (que también puede contarse como una desventaja). Aun así, la iniciativa es exclusivamente autorreguladora, voluntaria y se basa en los principios de GNI, que fueron negociados por las empresas para centrarse únicamente en las demandas gubernamentales de bloqueo de datos o contenido. La naturaleza progresiva de los estándares puede percibirse como un límite blando y demasiado accesible para abordar las preocupaciones actuales sobre el gobierno y la conducta de las empresas tecnológicas. La iniciativa se basa en las premisas de confianza entre los diferentes grupos que forman parte de la GNI y la estricta confidencialidad, esto que dificulta la capacidad de la iniciativa para compartir conocimientos concretos sobre los hallazgos y los matices dentro de cada evaluación, lo que afecta su legitimidad como mecanismo de supervisión dentro del ecosistema más amplio. Finalmente, los costos asociados con esta iniciativa, en particular para los miembros de la sociedad civil y del sector académico (que ofrecen su tiempo como voluntarios), pero también para las empresas y los inversores, son significativos, especialmente porque las obligaciones de informar están aumentando.

Si bien los modelos que vimos hasta ahora son defectuosos, por diferentes razones, hay virtudes dentro de todos y cada uno de ellos. La naturaleza vinculante de la supervisión por mandato legal difícilmente puede interpretarse dentro de un mecanismo de autorregulación. Y la confianza desarrollada entre los miembros de un mecanismo de autorregulación y control voluntario difícilmente puede prosperar dentro de un mecanismo dirigido por el Estado, donde la confidencialidad suele chocar de una forma u otra con los principios estatales de acceso a la información y rendición de cuentas.

Además, como argumenta Gorwa:

Los esquemas de establecimiento de estándares regulatorios de múltiples partes interesadas han proliferado en otras industrias porque a menudo son los mejores entre muchas malas opciones (Gasser, Budish y Myers West, 2015). Si bien pueden ser fáciles de rechazar por ser

“blandos” o “no vinculantes”, la literatura de ciencia política sobre gobernanza transnacional muestra que tales esquemas son una parte vital de la caja de herramientas regulatorias corporativas y pueden ayudarnos a comprender las relaciones complejas de disputa y negociación entre diferentes preferencias de los actores.¹⁴³

Un enfoque de corregulación que vincule a las empresas a una supervisión legítima, experta e independiente de sus procesos y prácticas, que hayan elegido (aunque bajo la amenaza de supervisión estatal), centrándose en indicadores cualitativos en lugar de cuantitativos, podría servir para múltiples y valiosos propósitos:

- 1) Desarrollar más los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos y su implementación: como argumentan las profesoras Cossette Creamer y Beth Simmons, “el proceso de informe y revisión es un diálogo, no un examen y ciertamente no un juicio. Es una oportunidad para que los Estados aprendan sobre las mejores prácticas de implementación o métodos más eficientes y efectivos para mejorar los resultados de los tratados. Cuando la revisión y el diálogo van junto con el autoinforme, surgen oportunidades para que las élites estatales e internacionales ‘aprendan más sobre la posición y las perspectivas, los deseos y las limitaciones de otros’. Aprender exactamente cómo implementar las obligaciones del tratado es, por lo tanto, una explicación muy plausible de la correlación entre la actividad de informes acumulativos y las mejoras en los derechos”.¹⁴⁴ Aunque su trabajo se centró en las obligaciones de autoinforme en virtud de los sistemas de tratados internacionales de derechos humanos, la observación puede muy bien aplicarse aquí. De hecho, al introducir el tema, citan la experiencia de la Sección 1.502 de la *Ley Dodd-Frank* de Estados Unidos, “que obligaba a las empresas a revelar anualmente si obtuvieron ciertos minerales de minas controladas por grupos armados en el Congo”.¹⁴⁵ Como explican las autoras, “sin embargo, este requisito de información tan criticado generó dinámicas potencialmente interesantes.

¹⁴³ R. Gorwa, “The Platform Governance Triangle”, cit.

¹⁴⁴ C.D. Creamer; B.A. Simmons, “The Proof Is in the Process: Self-Reporting under International Human Rights Treaties”, Faculty Scholarship at Penn Law, N° 2.145, 2020, disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2145.

¹⁴⁵ *Ibid.* Cita a *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub. L. N° 111-203, 124, § 929-Z, 124 Stat. 1376, 1871, 2010 (codified at 15 U.S.C. § 78o).

Algunas empresas comenzaron a investigar la procedencia de sus insumos minerales, lo que incentivó la implementación de modelos de gobierno corporativo que aumentaron la viabilidad de rastrear el abastecimiento de minerales. Se adoptaron modelos de diligencia debida de la cadena de suministro para reemplazar los informes poco esclarecedores de las empresas individuales. Los auditores externos desarrollaron una capacidad para certificar ciertas fuentes como ‘libres de conflicto’ (...). Lo que es más importante aún, las empresas estaban innovando incluso en sus comienzos, a menudo de mala gana, la tarea de autoinformar”.¹⁴⁶ Un enfoque de corregulación que exija el autoinforme y la evaluación realizados por las partes interesadas técnicas e independientes podría eventualmente conducir a la adopción de mejores y más fuertes políticas y prácticas dirigidas a proteger y promover los derechos humanos dentro de las empresas tecnológicas más allá de los mínimos indispensables que cualquier legislación orientada a objetivos podría imponer.¹⁴⁷

- 2) Contribuir y complementar los esfuerzos y los requisitos de transparencia: los requisitos de transparencia y las obligaciones actuales se centran principalmente, como muestra este documento, en datos cualitativos, basados en resultados reales. Los procesos que conducen a resultados medibles no se analizan actualmente con fines de transparencia, aunque la principal contribución de los UNGP al panorama de los derechos humanos, en relación con las empresas, se centró en los procesos de diligencia debida en lugar de los resultados.¹⁴⁸
- 3) Unificar los estándares de rendición de cuentas para los servicios transnacionales: las reglas unificadas son de vital importancia para desarrollar servicios transnacionales. Es por eso que tenemos una convención para el comercio internacional de bienes o un acuerdo sobre derecho internacional privado y reglas para determinar cuándo los tribunales tienen jurisdicción y qué ley deben aplicar. Es imperativo contar con mecanismos globales capaces de desarrollar estándares y objetivos técnicos coherentes, sólidos y unificados para las empresas de internet en su implementación de los estándares de derechos humanos.

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ D. de Felice, “Business and Human Rights Indicators to Measure the Corporate Responsibility to Respect: Challenges and Opportunities”, *Human Rights Quarterly*, vol. 37, N° 2, 2015, págs. 511-555 2015, disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/ForumSession4/Felice.pdf>.

- 4) Nivelar el campo de juego entre Estados con diferentes grados de poder geopolítico de regulación: diferentes Estados tienen diferentes facultades para imponer obligaciones o jurisdicción sobre empresas transnacionales. Hacer valer la jurisdicción sobre las empresas transnacionales no es fácil y no siempre es posible. Diferentes normas legales determinan la capacidad de un Estado para reclamar la jurisdicción sobre un determinado caso o persona. También debe existir la capacidad para implementar o ejecutar cuantas normas o sentencias surjan de los tribunales o congresos internos. Un mecanismo de supervisión técnica internacional e independiente podría contribuir a nivelar el campo de juego para los Estados con menor capacidad de regulación geopolítica.
- 5) En algunos casos, la rendición de cuentas democrática se ha enfrentado a los mecanismos internacionales. Sin embargo, la delegación estatal voluntaria (lograda democráticamente) de ciertos atributos de supervisión en tribunales internacionales y mecanismos de supervisión no solo no es inaudita, sino que es el estándar común para la mayoría de los países del mundo, al menos en el campo de los derechos humanos.

La GNI podría servir como un posible modelo para iniciativas de correulación, aunque por supuesto no el único. De hecho, en 2013 un senador de los Estados Unidos presentó una iniciativa al Congreso de ese país para imponer a las empresas que operan en jurisdicciones que restringen internet el deber de crear y presentar informes sobre debida diligencia y análisis de impactos en los derechos humanos; y propuso que las empresas que pudieran demostrar una buena reputación en iniciativas como la GNI estén exentas de estas nuevas obligaciones de presentación de informes.¹⁴⁹ La regulación de internet y las preocupaciones sobre la industria de la tecnología son mucho más complejas hoy que en 2013. El alcance de la supervisión y la evaluación, así como los requisitos o las condiciones para que las iniciativas se consideren legítimas según los estándares exigidos por el Estado, probablemente deberían ser diferentes. Aun así, la idea de la autorregulación obligatoria podría ser una alternativa interesante que amerita mayor discusión y la debida consideración.

Finalmente, un enfoque de correulación como el que propongo sería necesariamente complementario con otras iniciativas y mecanismos que probablemente necesiten ser creados o revisados. Los mecanismos estatales para hacer frente a los contenidos ilegales en la era digital, por ejemplo,

¹⁴⁹ Ver 113th Congress, "H.R.491: Global Online Freedom Act of 2013", 2014, disponible en: <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/491>.

requieren revisiones significativas. Siguen existiendo serios desafíos para el acceso a la justicia en diferentes países del mundo que solo se han agravado en la era digital. Los mecanismos interestatales como los tratados de asistencia jurídica mutua (TAJM) necesitan revisiones en lugar de parches o mecanismos informales para eludirlos.

Conclusiones

Existe un acuerdo internacional sobre que los derechos humanos aplican tanto en línea como fuera de línea, y existe un consenso cada vez mayor de que las empresas de internet (particularmente) deben ser reguladas y supervisadas para garantizar dichos estándares. Sin embargo, no hay acuerdos sobre cómo debería ser esa supervisión.

En medio de crecientes demandas sociales y escándalos relacionados con la tecnología de la información y la comunicación, algunas de las principales iniciativas regulatorias y corregulatorias que se pusieron en marcha para ejercer la supervisión de las empresas de internet han resultado ineficaces o no han sido debidamente evaluadas. Si bien se reconoce y exige la cooperación, en forma de informes, transparencia, etc., los mecanismos previstos carecen de especificidad, y de la capacidad de adaptarse a los avances tecnológicos en constante cambio que afectan a las partes supervisadas o a los indicadores acordados para facilitar una adecuada evaluación del cumplimiento.

Las iniciativas de autorregulación hasta el momento no han tenido mejor suerte. Si bien se han realizado mejoras significativas en los informes de transparencia, tanto los solicitados por el Estado como los provenientes de las acciones de las empresas, los informes no son auditados y la confianza en estas empresas es mínima. Citando a Gorwa:

Parte del desafío de las iniciativas para establecer estándares es que realmente requieren colaboración: lo que aprendimos es que es poco probable que las iniciativas que están dominadas por una sola clase de actores den lugar a una reforma significativa (Fransen & Kolk, 2007). Los esquemas de un solo actor, ya sea que solo involucren a ONG o empresas, a menudo tienen un éxito limitado a largo plazo, ya que no hacen concesiones entre las partes interesadas ni aportan la combinación correcta de competencias para realmente marcar la diferencia.¹⁵⁰

¹⁵⁰ R. Gorwa, "The Platform Governance Triangle", cit.

Ante la proliferación de iniciativas para fiscalizar a las empresas de internet en varios aspectos, la propuesta de un mecanismo de corregulación, basado en estándares técnicos, liderado por actores independientes, capaz de generar indicadores cualitativos de progreso y enfocado en los procesos podría reportar beneficios significativos y complementar otras iniciativas de transparencia muy necesarias. Si bien éste no es (ni debe ser) el único modelo a adoptar, establecer un modelo que permita evaluar la gobernanza y los procedimientos de las empresas TIC en materia de protección y promoción de los derechos humanos (no solo en el ámbito reducido de la GNI sino también en otros) proporcionaría una base muy necesaria para otras iniciativas que buscan una mejor rendición de cuentas. Las iniciativas que puedan surgir en torno a prácticas concretas podrían nutrirse y reconocerse como complementarias para que el modelo sea efectivamente sostenible.

El debate sobre la DSA en Europa. Una mirada desde el Sur Global¹

Entusiasmo, expectativa e incertidumbre: la participación del CELE en la DSA and Platform Regulation Conference en los Países Bajos²

Desde el 17 de febrero de 2024 se encuentra en vigor la totalidad de disposiciones de la Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea (DSA, por sus siglas en inglés). La DSA es la directiva europea que regula a los intermediarios y plataformas en línea—redes sociales, tiendas de aplicaciones, plataformas de compras en línea, etcétera—y les impone una serie de obligaciones, con el objetivo de crear un espacio digital más seguro en el que se protejan los derechos fundamentales de todos los usuarios. Se trata de una regulación novedosa, que propone un cambio de paradigma respecto del modelo preponderante hasta el momento, y que es fuente—por igual—de grandes esperanzas y temores.

En este contexto, los días 15 y 16 de febrero, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam, Países Bajos, se celebró la DSA and Platform Regulation Conference. La conferencia, coorganizada por el DSA Observatory del Institute for Information Law (IViR) de la Universidad

¹ Este trabajo reúne tres contribuciones realizadas en el marco de la participación de investigadores del CELE en conferencias llevadas a cabo en Europa a comienzos de 2024: la conferencia sobre *The Promise and Perils of Human Rights for Governing Digital Platforms*, convocada por la Global Transformations and Governance Challenges Initiative de la Facultad de Derecho de la Universidad Leiden University (La Haya, 18 y 19 de enero de 2024) y la *Platform Regulation Conference*, convocada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam (Ámsterdam, 15 y 16 de febrero de 2024). Ambas participaciones permitieron presentar el trabajo del CELE en relación a la DSA y generaron las contribuciones que presentamos a continuación.

² Por Nicolás Zara. Originalmente publicado en el Blog del Observatorio Legislativo del CELE el 15 de febrero de 2024, disponible en: <https://observatoriolegislativocele.com/el-cele-participara-en-la-dsa-and-platform-regulation-conference-en-los-paises-bajos>.

de Ámsterdam, la Digital Transformation of Decision-Making Initiative de la Facultad de Derecho de Ámsterdam y el Digital Legal Lab de las universidades de Ámsterdam, Tilburg, Radboud y Maastricht. Contó con la presencia de académicos, reguladores, representantes de la sociedad civil y otros expertos en materia de regulación de plataformas. Del CELE participó el investigador Nicolás Zara, quien presentó un trabajo en progreso acerca de los desafíos en materia de libertad de expresión generados por el volumen, la velocidad y la permanencia de los contenidos en su circulación en internet.

Poniendo la DSA en marcha

La mayoría de los más de 40 trabajos presentados en la conferencia lidiaron con los desafíos en la puesta en marcha de los aspectos más novedosos de la DSA, tales como el análisis de riesgos sistémicos y las medidas de mitigación de esos riesgos que las plataformas y motores de búsqueda más grandes deben llevar adelante (artículos 34 y 35 de la DSA), el sistema anual de auditorías y los mandatos de transparencia. Son aspectos centrales de la regulación y tienen un alto potencial de modificar prácticas empresariales y producir efectos sistémicos en el ecosistema global de comunicaciones digitales.

En ese contexto, el control del cumplimiento de las disposiciones de la DSA fue un eje nodal de atención. La DSA propone un sistema complejo que divide el control estatal de su cumplimiento en dos niveles: la Comisión Europea, por un lado, y las autoridades nacionales de los Estados parte de la Unión (los llamados *digital services coordinators*), por el otro. Algunas plataformas—identificadas especialmente por su tamaño—deberán someterse a auditorías anuales que controlarán el cumplimiento de sus obligaciones. Una implementación exitosa requerirá de consistencia y coordinación entre las autoridades nacionales y la Comisión, e incluso de los auditores entre sí.

El clima del encuentro fue de colaboración e intercambio al interior de un ecosistema con dos objetivos comunes: entender los distintos aspectos de la DSA y “hacerla funcionar”. El rol preponderante de la academia en este esquema y la centralidad del acceso a datos para actividades de investigación fueron un tema recurrente. Este último punto ha sido una prioridad del CELE durante el último año. En efecto, el CELE fue una de las pocas organizaciones del sur global con presencia en la conferencia.

DSA, hora cero: incertidumbre sobre el futuro cercano

La DSA es un esquema regulatorio muy ambicioso que comprende una multiplicidad de aspectos de la existencia de las plataformas intermediarias de internet. Durante la conferencia distintos panelistas dieron respuestas muy diversas frente a la pregunta acerca de qué significaría para ellos que la DSA “tuviera éxito”. Su implementación ofrece un camino desafiante hacia el futuro. Es de esperar que el impacto de la regulación no sea inmediato. La propia dinámica de su ejecución está más concebida como un “diálogo regulatorio” sostenido en el tiempo que como un sistema que delimite claramente estándares y puntos de partida y llegada. La ejecución de la DSA—repiten los reguladores como un mantra—no es un sprint, sino una maratón.

Nadie parece saber cómo lucirá internet en la Unión Europea luego de dos o cinco años de vigencia de la DSA. No es seguro que todos los Estados miembros de la Unión Europea tengan la capacidad técnica y la decisión política que parece tener la Comisión Europea para llevar adelante el proyecto de la DSA. Tampoco es posible afirmar que el vigor inicial de la Comisión Europea se sostenga en el tiempo. Con las elecciones del Parlamento europeo programadas para junio de este año, el panorama podría cambiar pronto.

Existen riesgos asociados a cada uno de los elementos más importantes de la DSA. El sistema de análisis y mitigación de riesgos puede ser usado para silenciar contenido perfectamente legal y de interés público, preocupación que ya ha sido señalada por algunas organizaciones. No está claro si este “giro procedimental” de la DSA, que mira a la moderación de contenidos en forma sistémica y centrada en los procesos de las compañías, es conciliable con estándares internacionales en materia de libertad de expresión. Las nuevas obligaciones de transparencia para las empresas corren el riesgo de ser utilizadas por las plataformas para hacer *transparency washing*: revelar parte de la forma en la que actúan y algunos procesos internos para legitimarlos sin que otros aspectos, acaso centrales, de su modelo de negocios sean cuestionados.

Con un texto que sorprende por su extensión—y, en algunos pasajes, por su vaguedad—, objetivos extremadamente ambiciosos, una implementación compleja y segmentada en distintos niveles, dudas respecto de aspectos sustantivos y provisiones aún sin reglamentar, la capacidad de la DSA de hacer de internet un lugar más seguro y respetuoso de los derechos humanos aún luce como una incógnita. Sus probabilidades de éxito y de conformar las enormes expectativas depositadas en ella están sujetas a la acción coordinada de un ecosistema de agentes y factores que aún se encuentran en formación. Lo más importante aún está por venir.

Seminario en Leiden: entre la crítica y el rescate del discurso de derechos humanos para la gobernanza de internet³

El CELE participó de una conferencia organizada por el Global Transformations and Governance Challenges Initiative de la Universidad de Leiden, en los Países Bajos, el 18 y 19 de enero de 2024. Allí presenté un trabajo sobre desafíos y límites de la medición de impacto en derechos humanos que las empresas realizan como un “mecanismo procedimental” para asegurarse que sus servicios respetan a los derechos humanos. El encuentro de dos días estuvo ordenado con base en una agenda construida mediante la vinculación de la idea de los derechos humanos con diversos ejes relevantes, tales como economía global de las plataformas, procesos de movilización política, *accountability*, derechos económicos y sociales, moderación de contenidos, y diversas concepciones (“cambiantes”) sobre los derechos humanos. Del encuentro participaron Barrie Sander, Rachel Griffin, Molly Land, Serena Natile, Petros Terzis, Suruchi Mazumdar, Moritz Schramm, Natalie Sedacca, Gavin Sullivan, y Stefania Di Stefano—entre otros muchos colegas—.

Si bien los paneles abordaron temas diversos, una idea que cruzó a las distintas exposiciones—y que marca una tendencia creciente de investigación en todo el mundo—es que los derechos humanos, como concepto legal e ideología política, son relativamente insuficientes para lidiar con los desafíos que plantean nuestros ecosistemas de comunicación digitales. Se trata de una línea de indagación crítica que aquí me gustaría enmarcar en una línea de investigación más amplia y en la que se inserta—creemos—nuestro trabajo sobre el uso de estudios de impacto en derechos humanos en el sector de la tecnología.

En efecto, la discusión sobre el rol de los derechos humanos en la gobernanza tecnológica es parte del debate—más amplio—sobre la relación entre las empresas y los derechos humanos. En la segunda mitad del siglo XX, el sistema de Naciones Unidas se vio bloqueado por un desacuerdo profundo entre países centrales y periféricos sobre la forma de abordar la cuestión de las obligaciones de las empresas transnacionales (TNC, por sus siglas en inglés) respecto de los derechos humanos. Mientras que los primeros favorecían que fuesen los Estados los responsables primarios de las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos,

³ Por Ramiro Álvarez Ugarte. Publicado originalmente el 18 de marzo de 2024 en el Blog del Observatorio Legislativo del CELE, disponible en: <https://observatoriolegislativocele.com/seminario-en-leiden-entre-la-critica-y-el-rescate-del-discurso-de-derechos-humanos-para-la-gobernanza-de-internet>.

los segundos sostenían que la importancia y el poder de las corporaciones transnacionales justificaban imponer sobre ellas obligaciones directas a través de un tratado internacional específico. La falta de acuerdo entre los Estados productores de TNC y los receptores derivaron en una salida diagonal impulsada bajo el mandato de Kofi Annan como secretario general, y bajo el liderazgo de John Ruggie. Éste fue el esquema de los principios guía que establece que las empresas tienen la “responsabilidad” de respetar los derechos humanos y propone un sistema de “internalización” de estas reglas básicamente voluntario.

El esquema fue prontamente criticado por insuficiente, y defendido en términos de “lo posible”. Esta historia es interesante en sí misma porque revela, a la vez, la promesa y los límites del discurso de derechos humanos para abordar cuestiones de poder. En el primer sentido, el discurso de los derechos humanos ofrece un repertorio conceptual conocido al que estamos acostumbrados, útil para “nombrar injusticias” y plantear demandas de todo tipo, fácilmente legible por cualquier persona que es interpelada por él. Esto les da a los derechos humanos un valor fundamental como marco conceptual y de referencia, como discurso, como lenguaje, y como recurso en términos sociológicos y políticos. En el segundo sentido, sin embargo, los derechos humanos parecen no ser suficientes para lidiar con cuestiones distributivas (tanto materiales como de poder). Es en esta línea que emergió el discurso crítico de los derechos humanos, que es—también—parte de la larga tradición de estudios críticos del derecho que subrayan supuestos límites liberales y reformistas del cambio social que descansa en el derecho como herramienta o campo de batalla.

Era previsible el impacto de esta larga discusión en la gobernanza de internet. Durante muchos años, el discurso de los derechos humanos ofreció un punto obvio de referencia normativa que permitía contrarrestar y limitar el alcance de otros discursos que se planteaban en foros internacionales de gobernanza, como el de la seguridad—nacional y la vinculada a la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo—, el de la eficiencia, o el del comercio. En esos contextos de disputa normativa y de globalización regulatoria, el discurso de los derechos humanos ofreció un contradiscurso útil para restringir, limitar, o combatir la influencia de otras narrativas en el diseño de la internet del futuro. Uno de los ejes de la discusión de Leiden que aquí comentamos fue precisamente la discusión sobre los límites de ese discurso y la forma de abordar el desafío que los mismos plantean.

En este sentido se abren, al menos, dos grandes posibilidades que también siguen la trayectoria de discusiones pasadas en los estudios críticos del derecho. Una posibilidad es retomar la agenda de “crítica inmanente” y volver a insistir

sobre la insuficiencia del discurso de derechos para lidiar con cuestiones sistémicas y redistributivas. Parece ser un momento oportuno para esta empresa porque existe un creciente consenso global sobre la necesidad de recortar el poder de las grandes empresas de tecnología a través de nuevas regulaciones. Los esquemas más novedosos para gobernar a las empresas de internet parecen privilegiar una aproximación al fenómeno a regular basada en los riesgos que ciertas actividades o servicios generan, lo que pone a los derechos en un lugar relevante pero secundario. Además, en los últimos años la perspectiva crítica del derecho se ha revitalizado a través del llamado “movimiento de derecho y economía política”. Se trata de una interesante corriente intelectual en la que se insertan muchos de los trabajos discutidos en Leiden, que busca subrayar la importancia del derecho para la determinación de las condiciones materiales de la sociedad. En ese contexto, el derecho cumple un rol fundamental para determinar cómo internet es gobernada (cómo se rige, cómo crece, cómo se desarrolla, etcétera) pero éste no se agota en los derechos humanos.

Otra posibilidad es avanzar en esa dirección pero rescatando a los derechos humanos de una crítica implacable que no tiene—necesariamente—que derivar en una renuncia a ellos. Esta labor, en la que también se enmarcan muchas de las contribuciones al seminario de Liden, puede hacerse de muchas maneras, pero una que parece especialmente urgente es recuperar el valor político de los derechos humanos (como recurso, como piso desde donde discutir, como pieza necesaria del engranaje regulatorio) pero también reivindicar su rol jurídico. En el primer sentido, toca recordar que los derechos humanos no son (solamente) principios morales que nos dicen cómo debemos tratarnos unos a otros sino valores políticos compartidos globalmente a la luz de los aprendizajes del siglo XX. Si bien ese consenso es—y siempre fue—endebles, reivindicarlo es una poderosa herramienta política. En el segundo sentido, los derechos humanos son también parte del derecho internacional, una rama relevante de él. Como conceptos jurídicos, implican obligaciones, remedios, mecanismos de queja y de *enforcement*. Esta doble reivindicación tiene el potencial de dar vida a discusiones anquilosadas que llevan décadas y—la vez—devolverles a los derechos humanos el filo crítico que históricamente tuvo la reivindicación de derechos en el marco de políticas contenciosas.

Tanto la perspectiva crítica como la rescatista pueden convivir perfectamente. De hecho, es difícil imaginar cómo una mirada que busque revitalizar al discurso de los derechos humanos puede lograr avances significativos si carece de una mirada crítica que evalúe las causas de las limitaciones de los derechos humanos. El trabajo del CELE sobre el uso de los estudios de impacto en materia de derechos humanos por parte de las empresas tecnológicas va en esa dirección.

De la ley indicativa a la ley dura: evaluaciones del impacto en los derechos humanos en la era de la Ley de Servicios Digitales

Durante más de diez años, las empresas de tecnología han utilizado evaluaciones de impacto en los derechos humanos (EIDH) para navegar en las turbias aguas de las violaciones transnacionales de derechos humanos. Se trata de procedimientos cuidadosamente diseñados para informar la toma de decisiones dentro de las empresas. Su objetivo es identificar acciones apropiadas para evitar, prevenir y mitigar los daños a los derechos humanos que puedan preverse o imaginarse. Se han convertido en una herramienta esencial de autogobierno corporativo bajo el marco voluntario de empresas y derechos humanos construido en torno a los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

Pero como herramienta de gestión de riesgos, las EIDH están ahora estrechamente relacionadas con regulaciones como la Ley de Servicios Digitales, la Ley de Seguridad en Línea del Reino Unido e incluso el borrador cero del Pacto Digital Mundial de las Naciones Unidas. En este breve ensayo, sostengo que la frágil conexión con la ley que la práctica ha mostrado hasta ahora ha sido la fuente de una debilidad estructural. También sostengo que la influencia ejercida por las nuevas regulaciones puede conducir a una alineación más estrecha entre las EIDH y los procesos legales, fortaleciendo potencialmente su impacto.

Las EIDH y una brecha fundamental con la ley

La débil conexión con la ley de los HRIA y los HRDD puede atribuirse a los PRNU. Su mayor pecado puede presentarse en los siguientes términos: al basarse en un compromiso voluntario que ignora la estrecha relación entre el capital y los Estados, el esquema renuncia explícitamente a las herramientas de coerción asociadas con la ley como instrumento de gobierno. Al alentar una autorregulación impulsada por la presión de los pares y la presión desde arriba, los principios rectores siguen los pasos de los códigos de conducta voluntarios corporativos que surgieron en la década de 1970, como las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE y la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales de la OIT, empresas multinacionales y política social. La teoría del cambio detrás de este mecanismo es que los empresarios normativos lograrían que las grandes empresas se comprometieran con ciertos estándares de comportamiento, los competidores más pequeños los seguirían y se produciría un cambio sistémico en toda la industria (teóricamente) impulsado por las

fuerzas del mercado. Sin embargo, este enfoque en la ONU fue una segunda mejor opción que surgió solo después de que los Estados no lograron ponerse de acuerdo sobre la respuesta a la cuestión de las corporaciones y los derechos humanos. Mientras que durante años muchos países receptores de las empresas transnacionales (ETN) buscaron un tratado que les impusiera la obligación de respetar los derechos humanos, los países que producen las ETN lo bloquearon con éxito. El marco voluntario fue la solución a este problema propuesta por el ex secretario general de la ONU, Kofi Annan.

Las EIDH son explícitamente parte de un mecanismo de derecho indicativo que surgió de la imposibilidad de contar con un derecho vinculante. Y la práctica se ha visto afectada, hasta ahora, por la concepción ambigua del derecho que subyace a toda la empresa, donde los derechos humanos son una premisa central pero no son obligatorios en el sentido en que lo son las normas jurídicas. Esto puede explicarse por verdades generalmente aceptadas sobre el derecho internacional: las principales fuentes del derecho internacional de los derechos humanos son los tratados y estos son firmados por Estados soberanos (y, por lo tanto, solo los Estados son parte de esos acuerdos), a los Estados se les confía la responsabilidad principal para respetar los derechos reconocidos a través de los tratados, las empresas transnacionales no son, por definición, criaturas del derecho internacional sino de las naciones soberanas que las incorporan, la noción de que todas las corporaciones deben respetar las leyes de la nación donde operan, etcétera. Teniendo en cuenta estas limitaciones, el marco voluntario de los PRNU es mejor que nada.

Y, sin embargo, los derechos humanos son leyes estrictas en el sentido de que están universalmente reconocidos, deben ser respetados por los Estados, pueden ser ejecutados directamente por los tribunales en muchos países del mundo y, en algunas jurisdicciones, son obligatorios tanto para el Estado como para las personas naturales y personas jurídicas por igual. Desde este punto de vista, el lugar de las empresas transnacionales dentro del marco jurídico internacional se convierte en un tecnicismo: el desafío que plantean no es una cuestión de derechos, sino de remedios. La gente tiene esos derechos, la cuestión es cómo hacerlos cumplir. Esta perspectiva ofrece una mejor base para el enfoque voluntario de los PRNU, porque sin una concepción jurídica sólida de los derechos, la responsabilidad de las empresas hacia ellos se vuelve infundada. Sin embargo, la ambigüedad inherente al proyecto UNGP tiene sus costos. Las corporaciones no perciben los derechos humanos de la misma manera que lo hacen con el derecho corporativo, las regulaciones antimonopolio o de valores. Más bien, ven los derechos humanos como un marco dentro del cual se pueden implementar ciertas técnicas de gobernanza.

Gubernamentalidad, innovación y la imitación de la forma jurídica⁴

Las EIDH y la debida diligencia en materia de derechos humanos se pueden comprender mejor si las analizamos a través de un marco analítico de gubernamentalidad, lo que significa “explorar los mecanismos a menudo sutiles e intrincados de los medios de dirección liberales e indirectos”. Desde este punto de vista, las EIDH y la debida diligencia en materia de derechos humanos (DDDH) son parte de una red de nuevas y complejas técnicas de gobernanza en las que los marcos regulatorios tradicionales y los enfoques de gestión de arriba hacia abajo dan paso a estrategias más adaptables, negociadas e impulsadas por el diálogo. Las EIDH y la DDDH son parte de ellas debido a los métodos que utilizan (análisis basados en riesgos, monitoreo y medición, evaluación y aprendizaje iterativo) y porque han sido adoptadas después del suave impulso de organismos internacionales (por ejemplo, el PRNU) o pares (como la Iniciativa de Red Global en el sector tecnológico).

Esta perspectiva es productiva para pensar tanto en los límites de estas prácticas como en su potencial evolución. Mi sugerencia aquí es que mejorar las EIDH podría implicar fomentar una comprensión jurídica más sólida de los derechos humanos y alinear la práctica más estrechamente con los principios fundamentales del proceso legal. Las nuevas regulaciones pueden impulsar la práctica en esta dirección.

De hecho, la DSA, la Ley de Seguridad en Línea del Reino Unido y el borrador cero del Pacto Mundial de las Naciones Unidas adoptan enfoques de gobernanza digital basados en el riesgo y exigen evaluar el impacto sobre los derechos de las operaciones de las empresas de tecnología. Debido a que la DSA y la Ley de Seguridad en Línea del Reino Unido son leyes estrictas, los HRIA pueden convertirse en parte de los mecanismos a través de los cuales las empresas cumplen con esas leyes. Si eso sucediera, el diálogo normativo que se producirá entre reguladores y corporaciones probablemente moldeará la práctica y la acercará a algún tipo de cumplimiento jurídico. Las EIDH también pueden ser moldeadas por sus profesionales, quienes pueden aprovechar la flexibilidad de la herramienta.

Consideremos, por ejemplo, la evaluación posterior desarrollada por BSR para Meta sobre la crisis palestino-israelí de mayo de 2021. Este tipo de análisis reduce el nivel de abstracción en el que a menudo se llevan a cabo

⁴ Por Ramiro Álvarez Ugarte. Publicado originalmente el 20 de junio de 2024 en Tech Policy Press, disponible en: <https://www.techpolicy.press/from-soft-law-to-hard-law-human-rights-impact-assessments-in-the-digital-services-act-era>.

las EIDH y acerca la práctica a la ley, imitando la orientación retrospectiva del proceso legal. Esto—la imitación de la forma jurídica—no tiene precedentes en el sector tecnológico, que está plagado de conceptos y narrativas legales para abordar las decisiones de moderación de contenidos (revisiones, apelaciones, informes de transparencia, etcétera). Y podría ser una fuente de cambio y evolución, impulsada tanto por la influencia de las regulaciones emergentes como por la flexibilidad de la que disfrutaban los profesionales dentro del marco de la gubernamentalidad.

Mi intuición es que los profesionales podrían adoptar esta estrategia si la encuentran útil dentro de la política corporativa interna. Los equipos encargados de desarrollar políticas de derechos humanos no son los tomadores de decisiones más poderosos dentro de las empresas. Acercar lo que hacen a la ley, aunque sea por imitación, puede fortalecer su posición por el capital simbólico asociado al campo. Las EIDH y la DDDH podrían volverse más jurídicas y, por tanto, menos gubernamentales. Al alinear la práctica más estrechamente con una concepción sólida del derecho de los derechos humanos y al acercar la práctica al derecho como campo social, las EIDH y la DDDH pueden finalmente obtener los dientes que tan desesperadamente necesitan y que el marco voluntario de empresas y derechos humanos no logra proporcionar.

Presentación del CELE sobre el proyecto de ley Reglamento Delegado sobre los informes de transparencia (reglas detalladas y modelos de informe) en el marco de la DSA

Agustina Del Campo¹

El Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) es un centro de investigación académica afiliado a la Universidad de Palermo en Argentina. El centro brinda análisis técnicos y legales sobre cuestiones que afectan este derecho fundamental y, desde 2012, se enfoca en la libertad de expresión en internet como área de investigación específica. El CELE es una voz líder en la promoción y la protección de la libertad de expresión a nivel nacional, regional e internacional.

Esta presentación fue desarrollada en respuesta a la consulta sobre el proyecto de ley del Reglamento Delegado,² que establece las obligaciones de transparencia en los informes de los proveedores de servicios intermediarios y plataformas en línea, conforme a la Ley de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés). El objetivo es contribuir a los esfuerzos de la Comisión Europea en la implementación de estas obligaciones, poniendo especial énfasis en la libertad de expresión. Se centra en tres aspectos de los modelos de informe y brinda sugerencias concretas sobre la uniformidad y la coherencia de los informes en distintas plataformas; los desafíos planteados por las categorías de contenido de los modelos; y el equilibrio entre la información cuantitativa y cualitativa solicitada. Una mejor comprensión del contexto en el que se toman las decisiones será esencial para una implementación adecuada de la DSA y para el desarrollo

¹ Directora del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE).

² Comisión Europea, “Digital Services Act: Transparency Reports (Detailed Rules and Templates)”, disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14027-Digital-Services-Act-transparency-reports-detailed-rules-and-templates-_en.

de la infraestructura social necesaria para su éxito.³

Como afirmó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Handyside vs. el Reino Unido*, la libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada persona. En la era digital, no se puede lograr una democracia saludable sin garantizar la libertad de expresión en línea. La transparencia y el acceso a la información, como los que fomenta esta ley, son fundamentales para proteger y promover la libertad de expresión. La transparencia obligatoria debe ser necesaria y proporcional y, al exigir información o transparencia, la Comisión Europea debería garantizar que la información se solicite objetivamente y con fines legítimos y específicos conforme a la ley. Promover informes de transparencia sesgados, descontextualizados o incompletos podría amenazar la comprensión del impacto de la tecnología en la sociedad y dar lugar a restricciones innecesarias o desproporcionadas a la libertad de expresión para todos los usuarios de la plataforma, de maneras incompatibles con las normas internacionales de libertad de expresión y acceso a la información.

Uniformidad y consistencia

Actualmente, uno de los principales desafíos con los informes de transparencia que las empresas publican voluntariamente es que no son legibles por máquina, no son comparables entre sí y no necesariamente cubren los mismos períodos. Las razones de esta incompatibilidad son diversas e incluyen, entre otras, el uso de los mismos términos para referirse a cosas diferentes (por ejemplo, cómo cada empresa define una unidad de contenido para fines de cuantificación o lo que entienden por discurso de odio), las diferentes condiciones de servicio, los distintos servicios ofrecidos y las percepciones dispares de sus propias obligaciones. El Reglamento Delegado brinda una orientación muy necesaria y obligaciones comunes que las empresas deben cumplir en la elaboración de dichos informes, aunque, como se menciona más adelante, todavía hay mucho para mejorar y desafíos que hasta el momento no se han abordado. El Reglamento Delegado debería aspirar, en primer lugar, a garantizar que los informes sean legibles por máquina y estén estructurados de manera que se puedan comparar los

³ M. Husovec, “Will the DSA Work? On Money and Effort”, Verfassungsblog, disponible en: <https://verfassungsblog.de/dsa-money-effort>.

informes emitidos por distintas empresas.

Además, el anexo II del proyecto debería incluir instrucciones aún más precisas sobre los métodos que todas las plataformas deberían seguir para el recuento y la presentación de informes, y, eventualmente, limitar el alcance de dichos informes a lo que la Comisión Europea considere relevante para los fines de aplicación de la DSA. Por ejemplo, debería existir un procedimiento uniforme, común a todas las plataformas, para definir los “casos” para el recuento y la presentación de informes. Como han señalado en el pasado académicos y organizaciones de la sociedad civil,⁴ un “caso” o un contenido puede ser definido de manera diferente por distintas empresas (es decir, el mismo contenido reportado en dos plataformas de la misma empresa; o un solo informe que incluya más de un contenido individual). Del mismo modo, surgirán casos en los que alguna orden o notificación incluya diferentes URL donde se replique exactamente el mismo contenido (es decir, una imagen presuntamente infractora puede ser publicada 100 veces por 100 cuentas diferentes).⁵ Además, debería existir una forma uniforme de contabilizar y reportar los casos en los que un mismo elemento es marcado varias veces (por diferentes usuarios que lo reportan o *flaggers*) como ilegal o como incompatible con las condiciones de servicio. Algunas plataformas podrían reportar dicho aviso o eliminación como un único caso, mientras que otras podrían decidir reportarlo como múltiples casos.

La coherencia intertemporal también es fundamental: los modelos deben diseñarse de manera que permitan la comparación entre los informes emitidos en distintos años. Estos requisitos son coherentes con el objetivo de la DSA de garantizar el acceso a datos pertinentes para los investigadores independientes.

Categorías de contenido problemático a efectos de transparencia

En virtud del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁶ (en adelante, CEDH), toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, que incluye la libertad de tener opiniones y de recibir o comunicar

⁴ D. Keller, “Some Humility about Transparency”, Center for Internet and Society at Stanford Law School, 2021, disponible en: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2021/03/some-humility-about-transparency>.

⁵ “Content Transparency Logistics”, disponible en: https://docs.google.com/document/d/1tkZB3Hh73o9OzZzf6qMI8eN_elX8fnRkUowzKxHURdk/edit?tab=t.0.

⁶ European Court of Human Rights; Council of Europe, “European Convention on Human Rights”, disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG.

información e ideas sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Estas libertades solo pueden restringirse legítimamente si se cumple con el test tripartito de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Las restricciones deben estar prescritas por la ley y ser necesarias en una sociedad democrática. También deben ser proporcionales y estar en consonancia con fines y propósitos legítimos. En virtud del artículo 1º de la Convención Europea, los Estados tienen el deber de respetar y garantizar los derechos allí reconocidos a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ (en adelante, ICCPR, por sus siglas en inglés) brinda protecciones similares.

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho europeo de los derechos humanos exigen que los Estados diferencien entre contenido ilegal y contenido permitido. Según el requisito de legalidad, el discurso restringido debe estar identificado de forma clara e inequívoca en una ley. Por lo tanto, cuando los Estados exigen que se evalúe, identifique y se tomen medidas al respecto, existen diferencias en cuanto a lo que un Estado miembro puede esperar que hagan las empresas con respecto al discurso ilegal en contraste con el discurso legalmente protegido. Además, los Estados tienen prohibido restringir el discurso, ya sea directamente o a través de terceros, de formas incompatibles con el artículo 10 de la CEDH y el artículo 19 del ICCPR. Combinar las categorías de discurso ilegal con las de discurso legal, pero generalmente prohibido por las plataformas en línea, puede generar confusión y llevar a una posible tergiversación, especialmente cuando los indicadores son solo cuantitativos y agregados, en lugar de cualitativos y contextualizados. Asimismo, esta confusión promueve la ambigüedad y genera incentivos para la eliminación excesiva de contenido legal.

La distinción entre contenido legal e ilegal también contribuye a diferenciar quiénes deben presentar los informes a las empresas y cómo deben gestionar estas solicitudes de acción. Los representantes del Estado solo pueden actuar en caso de contenido ilegal y siguiendo el debido proceso. Los modelos actuales se podrían mejorar si tuvieran más detalles en cuanto al origen de las denuncias, en particular después de la importante distinción entre el discurso legal e ilegal. La distinción y la transparencia sobre esta información generarían los incentivos adecuados para que las empresas respeten los derechos humanos y luchan contra los posibles abusos del

⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), "International Covenant on Civil and Political Rights", disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf>.

Estado cuando los detecten, de conformidad con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos.⁸

En los casos en que la legislación indica que un determinado contenido es ilegal en algunos países y legal en otros, sería útil saber si se elimina por completo el contenido y si se toman medidas más proporcionales, como restricciones basadas en la geolocalización de los usuarios. Un mayor nivel de detalle podría contribuir a una mejor comprensión y contextualización de la información presentada.

En cuanto a la pestaña 5, que implica la moderación de contenidos en la que las empresas participan por “iniciativa propia”, dicha actividad puede llevarse a cabo tanto de conformidad con las normas legales como con las condiciones de servicio de la plataforma. Ambos aspectos deberían separarse, y se podría solicitar información cualitativa adicional para complementar estos datos. Esto incentivaría a las empresas a que adopten estándares internacionales de libertad de expresión en sus prácticas de moderación de contenido.

Es particularmente importante determinar cómo las empresas gestionan el contenido y los riesgos asociados a él. Esta gestión está guiada por diversos intereses de las empresas, que incluyen, entre otros, el tipo de servicio que desean ofrecer, la actividad de los usuarios que buscan fomentar, el potencial comercial, así como la presión de la sociedad civil y la presión oficial y no oficial del Estado. Para fomentar un mejor cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos internacionales en línea, incluida la libertad de expresión y la privacidad, la transparencia debe contribuir a una mejor comprensión de las interacciones entre las fuerzas públicas y privadas en juego. Además, en un análisis predominantemente cuantitativo de la información, es aún más importante contextualizar las cifras para determinar fácilmente cuánto corresponde a la acción de las empresas y el mercado y cuánto a la influencia del Estado en la gestión de contenidos. Esto también será clave para entender si la DSA está cumpliendo los objetivos para los que fue creada y si permitiría los ajustes y revisiones necesarios.

En la pestaña 3, “Órdenes de los Estados miembros”, donde se proporciona información en virtud del artículo 15(1)(a), sería importante separar aún más las solicitudes emitidas por autoridades judiciales de aquellas originadas en otros organismos (como las autoridades administrativas) e informar, en cada una de estas categorías, el porcentaje de cumplimiento

⁸ OHCHR, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

por parte de las empresas. Se podría ampliar las opciones de informe más allá de “cumplido” o “no cumplido”, y agregar otras categorías de cumplimiento parcial o calificado. En la pestaña 4, “Avisos”, se debería realizar un desglose adicional en función de dos criterios: si el emisor del aviso es un agente estatal o no, y si se trata de un alertador (*flagger*) confiable o no. Por lo tanto, el modelo podría incluir cuatro categorías: 1) notificaciones o avisos ordinarios recibidos en virtud del artículo 16 de agentes no estatales; 2) avisos ordinarios recibidos en virtud del artículo 16 de agentes estatales; 3) avisos recibidos de alertadores de confianza que son agentes estatales; y 4) avisos recibidos por alertadores de confianza no estatales.

Desglosar por Estado miembro será esencial en todo el informe para supervisar y hacer cumplir la DSA a nivel nacional. El contenido ilegal y el contenido incompatible con las condiciones de servicio de las plataformas deben desagregarse.

Indicadores cualitativos y cuantitativos

Si bien se reconoce el valor de los indicadores cuantitativos, es fundamental lograr un equilibrio adecuado entre estos y los cualitativos. Los modelos propuestos se inclinan mucho más hacia la cantidad que hacia la calidad. Las cifras agregadas y a gran escala a menudo no permiten comprender claramente cómo las acciones de las empresas afectan la libertad de expresión o si contribuyen proporcionalmente a garantizar otros derechos.

Necesidad de mayor detalle en los datos e indicadores cuantitativos

Los datos cuantitativos deben recopilarse siguiendo estándares cualitativos y las categorías deben ser más detalladas para proporcionar representaciones más precisas de la conducta de los usuarios, de las empresas y de los Estados en la gestión de contenido de las plataformas. Por ejemplo, la información total sobre la cantidad de contenido reportado en una plataforma puede ser útil para evaluar el volumen del flujo de contenido y el tamaño de la muestra que se está analizando; sin embargo, aporta poco sobre los problemas de contenido específicos que enfrenta la plataforma. De manera similar, solicitar informes de contenido general o eliminaciones por categoría de contenido sin ningún calificador adicional puede servir para definir la muestra, pero no para evaluar la acción específica de la empresa con respecto a ese contenido.

Ofrecer mayor detalle en las categorías puede ayudar a identificar y distinguir prácticas y normas empresariales erróneas o incorrectas. En las pestañas 3 y 4, por ejemplo, los modelos podrían exigir a las plataformas que cualifiquen aún más los datos estableciendo el porcentaje de contenido reportado o moderado que involucre a figuras públicas, especialmente políticos y funcionarios públicos. Esto abarca tanto el contenido subido por ellos como el contenido subido por terceros sobre ellos. Las plataformas más pequeñas deberían al menos poder desagregar los datos vinculados a cuentas verificadas relacionados con funcionarios públicos o instituciones estatales cuando cuenten con tales mecanismos. La Comisión Europea también podría fomentar la inclusión de una categoría adicional de “contenido reportado o eliminado en circunstancias especiales”, como protestas o elecciones. Y se les debería brindar la oportunidad de explicarlo.

También es necesario un mayor nivel de detalle para comprender la defensa de los contenidos o los casos en los que la empresa resuelve en contra de la parte denunciante. Es necesario conocer las razones que hay detrás de las decisiones de moderación de contenidos para entender cómo las plataformas interpretan y aplican la ley. Si bien se publican los motivos de todas las restricciones aplicadas a contenidos ilegales o incompatibles, no se hace pública ninguna información en relación con aquellas situaciones en las que las empresas reciben solicitudes o avisos sobre presuntas ilegalidades y deciden dejar el contenido en línea. La información sobre las solicitudes o los avisos que son rechazados, desestimados por la empresa o apelados por el usuario y posteriormente restablecidos por la empresa, podría clasificarse mejor en función de los motivos de la decisión o proporcionar algún espacio en la plantilla de informe para que las empresas expliquen y contextualicen sus cifras agregadas. Por último, el número de decisiones de moderación de contenidos en las pestañas 4 y 5 que han sido impugnadas por los usuarios finales debe estar disponible de acuerdo con el artículo 24(1)(a) de la DSA. Esta información se solicita debidamente en la pestaña 6 del modelo. Sin embargo, para una mejor comprensión de cómo funcionan los sistemas de moderación de contenidos y cómo se están aplicando la ley y las propias normas de la plataforma, esta información debería presentarse desglosada por categoría de contenido también en esta pestaña.

Aunque las diferencias no sean tan marcadas, también surgirán matices en cuanto al alcance de las prohibiciones de contenido, las definiciones legales y las interpretaciones judiciales de las categorías de expresiones y conductas no protegidas. La ley no es uniforme en todos los Estados de la Unión Europea y, como resultado, diferentes conjuntos de conductas y expresiones son ile-

gales en diferentes países. En consecuencia, las empresas deberían informar si estas diferencias se tienen en cuenta al recibir solicitudes de acción de las autoridades nacionales y si el personal encargado de procesar estas solicitudes recibe formación en la legislación local para superar esta dificultad.

Una descripción de los sistemas automatizados de moderación de contenidos y una declaración de su tasa de error son aspectos de gran relevancia. Sin embargo, sería útil proporcionar más información sobre estos sistemas. Por ejemplo, si están capacitados para aplicar el test tripartito o para reconocer y tratar de manera especial la información de interés público, como aquella de o sobre funcionarios públicos. También sería relevante saber si pueden aplicar diferentes estándares en casos específicos, distinguir la sátira del discurso veraz, diferenciar amenazas reales de hipérboles o identificar la incitación en situaciones donde no es probable que surja una acción ilegal inminente. Finalmente, sería importante evaluar su precisión en estos contextos.

Por último, aunque no esté establecido por la ley, en los casos de las pestañas 3 y 4, CELE sugiere que se incentive a los Estados miembros y a la Comisión Europea a recopilar y publicar sus propios informes de transparencia, reportando el número de órdenes y solicitudes que han realizado en virtud de los artículos 9 y 10 de la DSA, para que puedan contrastarse con los incluidos en los informes de transparencia de las empresas, de manera similar a lo que los alertadores de confianza están obligados a hacer en virtud del artículo 22(3) de la DSA.

Estudios de casos

Es de suma importancia fomentar el uso de datos cualitativos y estudios de casos para interpretar las cifras proporcionadas en el análisis cuantitativo. También se podría incluir un enfoque de “estudios de casos”, siguiendo el kit de herramientas de evaluación de GNI o “GNI Assessment Toolkit”.⁹ Se podría pedir a las empresas que realicen evaluaciones posteriores de sus procesos, no en términos generales y amplios, sino cómo funcionaron en contextos específicos, “tal como se aplicaron” a problemas concretos. Las empresas deberían tener cierta libertad para elegir los casos que decidan destacar, pero estos deberían ser relevantes para la implementación de la DSA y abarcar una amplia muestra de problemas que la plataforma aborda rutinariamente en sus procesos de moderación.

⁹ Global Network Initiative (GNI), “GNI Assessment Toolkit”, 2018, disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/2019/11/GNI-Assessment-Toolkit.pdf>.

La transparencia exigida por la Comisión Europea debe complementar cualquier obligación de transparencia privada

La DSA establece que los requisitos de transparencia deben ser proporcionales al impacto social que tienen las empresas y a su tipo y tamaño. Las obligaciones de diligencia debida de las plataformas en línea de muy gran tamaño (VLOP) y de los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (VLOSE) están sujetas a los más altos estándares como resultado de su impacto social. Si bien los criterios citados con más frecuencia para evaluar el impacto han sido el tamaño del mercado y la base de usuarios, estos criterios se deberán informar y posiblemente cambiar precisamente a medida que la información y las prácticas de transparencia de las empresas comiencen a fluir.

La transparencia obligatoria, especialmente la transparencia impuesta por el Estado, debe cumplir con los estándares de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Dado que las obligaciones de transparencia se imponen a las plataformas en función de su impacto social, la proporcionalidad debería servir como una herramienta para agravar ciertas obligaciones de las VLOP y VLOSE cuando sea necesario, en lugar de ser un factor atenuante para las empresas más pequeñas, enfocándose después en los aspectos de necesidad de la prueba.

Uno de los mayores desafíos para controlar las plataformas de internet es la falta de una comprensión adecuada de su impacto en la sociedad. La tecnología evoluciona rápidamente y aún no se conocen plenamente sus impactos sociales. El acceso a datos para los investigadores, que la DSA pretende garantizar, es un paso fundamental en esa dirección. Este acceso alimentaría el proceso de investigación profesional independiente y revisado por pares que es necesario para llenar los vacíos de conocimiento generados por la velocidad de la evolución, la adopción y el cambio tecnológicos; los desafíos de la investigación empírica a escala global; y la distribución desigual de los recursos disponibles para la investigación intensiva en recursos entre el norte y el sur global. Las iniciativas de transparencia sin duda contribuirán con información y datos para facilitar esa comprensión. Los funcionarios de la Comisión Europea han expresado la intención de establecer un diálogo regulatorio entre los numerosos actores involucrados y beneficiados por la DSA, incluidos los *flaggers* de confianza, la sociedad civil y los investigadores. También debería ser transparente cómo cambia con el tiempo la evaluación del impacto de las empresas y la tecnología, y cómo los distintos elementos de la implementación de la DSA contribuyen a ese cambio.

Conclusiones

Celebramos la iniciativa de la Comisión Europea de abrir este proyecto de ley para recibir observaciones y consideramos que es una oportunidad única para profundizar en el análisis de las obligaciones de transparencia con el fin de proteger y promover mejor la libertad de expresión. Esto es especialmente pertinente cuando se trata de mandatos de transparencia sobre la implementación de las normas que regulan la expresión.

Si bien creemos que la transparencia es de suma importancia para la aplicación y la supervisión exitosas de la DSA, queremos enfatizar que la transparencia obligatoria también debe cumplir con los estándares de legalidad, necesidad y proporcionalidad, establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, y destacamos la necesidad de una mayor precisión y distinciones en ciertos aspectos de los modelos de informes propuestos que plantean desafíos especialmente importantes para la libertad de expresión. Estos principios deberían guiar a la Comisión Europea al elaborar los modelos y al hacer cumplir las disposiciones de la DSA.

El proceso de presentación de informes de transparencia se beneficiaría de la adopción de estas recomendaciones:

- 1) Fomentar informes legibles por máquina y comparables, lo que contribuiría a brindar uniformidad y coherencia cuando sea necesario, en particular en lo que respecta al procedimiento, como el uso de una metodología unificada para el recuento y la presentación de informes, que son esenciales para cualquier análisis significativo de los informes de transparencia.
- 2) Distinguir y separar las categorías de contenido ilegal del legal pero dañino a efectos de denuncia.
- 3) Distinguir y separar las acciones impulsadas por el Estado de las dirigidas por la empresa o los usuarios. Con este fin, el modelo podría beneficiarse de una mayor precisión en las obligaciones de presentación de informes con respecto a quién reporta el contenido y cómo se tratan los distintos informes en función de cómo se originaron (privados o dirigidos por el Estado).
- 4) Los datos cuantitativos deben contextualizarse más. Las empresas deben contar con oportunidades, dentro de los mismos modelos de informes, para calificar y explicar los datos cuando sea necesario.
- 5) Los indicadores cualitativos deberían informar las categorías cuantitativas. Las empresas deberían informar, cuando sea posible, si el contenido denunciado o sobre el que se actuó involucraba a fun-

cionarios públicos o al interés público y si existían circunstancias especiales en torno a las denuncias o las eliminaciones (elecciones, disturbios sociales, etc.).

- 6) Un enfoque de “estudios de casos” podría ser un complemento significativo para los datos cualitativos ya solicitados en el informe, y permitiría al público obtener una comprensión de primera mano de cómo funcionan los criterios abstractos de moderación de contenidos cuando se aplican a situaciones concretas.
- 7) La información obtenida de los informes de transparencia puede ser clave para evaluar el impacto social de las plataformas, facilitando la adopción de políticas más efectivas y adaptadas. La transparencia proactiva de la Comisión Europea sobre cómo evolucionan su comprensión e interpretación de la DSA a lo largo del tiempo es fundamental para garantizar la eficacia del diálogo regulatorio que se busca establecer.

Convocatoria de presentación de artículos sobre gobernanza global de la IA

Oficina del Enviado del Secretario General de las Naciones Unidas para la Tecnología

Introducción

El Centro de Estudios sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) es un centro de investigación global con sede en Argentina y afiliado a la Universidad de Palermo. El Centro trabaja para promover y fortalecer la protección de la libertad de expresión a través de investigaciones innovadoras, capaces de influir y transformar el debate público sobre cuestiones clave de política y el desarrollo de capacidades.

En los últimos años ha crecido la preocupación sobre la inteligencia artificial y sus impactos en la sociedad. Los esfuerzos para abordar estos desafíos se han centrado principalmente en la tecnología en sí. Creemos que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) debería cambiar la perspectiva y replantear esta conversación desde un enfoque basado en los derechos. En esta presentación se hará primero un breve resumen de las perspectivas actuales y luego se propondrá que la ONU adopte un enfoque estratégico basado en los derechos humanos para la gobernanza de la IA.

Enfoques actuales de la gobernanza de la IA

En los últimos años se han presentado varias iniciativas en torno a la gobernanza de la inteligencia artificial. Estas difieren en naturaleza y alcance: algunas son recomendaciones internacionales, otras son proyectos de ley o normas promulgadas. Entre las más importantes se encuentran la Global Partnership on AI (GPAI) (Alianza Global sobre Inteligencia Artificial)

(2018), el “Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión en materia de IA” (2018), las “Recomendaciones de la OCDE sobre IA” (2019), las “Recomendaciones de la UNESCO sobre la ética de la IA” (2020), la Ley de IA de la Unión Europea (2021), la Artificial Intelligence and Data Act de Canadá (Ley de Inteligencia Artificial y Datos) (2022), la Declaración de Derechos sobre IA (2022), el proceso de IA del G7 en Hiroshima (2023) y las “Medidas administrativas provisionales de China para los servicios de inteligencia artificial generativa” (2023). La mayoría de estas iniciativas tienen algo en común: abordan la IA como una tecnología singular y cohesiva que debe gobernarse de forma independiente de los demás problemas que plantea. El informe de David Kaye puede citarse como excepción.

El informe del relator especial de 2018 fue uno de los primeros intentos de abordar los desafíos y oportunidades que plantea la inteligencia artificial para la libertad de expresión en línea. Ese documento se centra específicamente en la libertad de expresión y, más concretamente, en el uso de la IA en las redes sociales y los motores de búsqueda. La GPAI es una iniciativa creada por el G7 también en 2018, de múltiples partes interesadas, que reúne a Estados, la sociedad civil, la industria y el mundo académico para unir fuerzas frente a los desafíos que plantea la IA. A diferencia del informe, la GPAI se enfoca en la IA como tecnología, en lugar de en los impactos de la IA sobre un derecho humano concreto. Prevé la creación de grupos de trabajo sobre IA responsable, gobernanza de datos, futuro del trabajo e innovación y comercialización, lo que permite adoptar enfoques más matizados sobre la propia tecnología. Adhiere a las directrices y a las recomendaciones de la OCDE y la OCDE alberga la secretaría de la GPAI.¹

Las “Recomendaciones de la OCDE sobre IA” adoptan un enfoque amplio y orientado a la industria en materia de IA, que exige transparencia y explicabilidad, así como valores centrados en el ser humano, equidad, solidez, seguridad y protección. Las “Recomendaciones de la UNESCO sobre la ética de la IA” siguen esta tendencia y enuncian los valores y los principios que deberían regir la IA, incluyendo la protección de los derechos humanos, el medio ambiente y el ecosistema, la diversidad y la inclusión y la promoción de una sociedad justa e interconectada. Los principios incluyen: proporcionalidad y no causar daño, equidad y no discriminación, seguridad y protección, sostenibilidad, derecho a la privacidad y protección de datos,

¹ OECD Artificial Intelligence Policy Observatory (OECD.AI), disponible en: <https://oecd.ai/en>.

supervisión y determinación humanas, transparencia y explicabilidad, responsabilidad y rendición de cuentas, alfabetización y colaboración de múltiples partes interesadas. De manera similar, la Declaración de Derechos sobre IA, creada por la Oficina para Políticas de Ciencia y Tecnológica de la Casa Blanca de los Estados Unidos, proporciona directrices para el diseño y uso responsable de la inteligencia artificial. Estas directrices incluyen cinco principios: sistemas seguros y efectivos, protección contra la discriminación de los algoritmos, privacidad de los datos, notificación y explicación, evaluación por un ser humano y proceso de corrección en caso de fallo de la IA (*fallback*). Por último, el proceso de IA del G7 de Hiroshima adopta un enfoque similar y desarrolla un conjunto de principios sobre gobernanza, interoperabilidad y confiabilidad de la IA. Los debates actuales también podrían incluir la protección de los derechos de propiedad intelectual, la transparencia y la desinformación. Los miembros del G7 trabajan en estrecha colaboración con la OCDE y la GPAI.

La Ley de IA de la Unión Europea de 2021 (basada en el libro blanco sobre IA de la Comisión Europea) propone una legislación horizontal para regular la IA desde un enfoque precautorio basado en los riesgos. Las normas buscan garantizar que la IA se desarrolle y se utilice en Europa de acuerdo con los derechos y valores de la Unión Europea, incluyendo la supervisión humana, la seguridad, la privacidad, la transparencia, la no discriminación y el bienestar social y medioambiental. La propuesta de la Unión Europea identifica diferentes tipos de riesgos como riesgos inaceptables, riesgos altos y riesgos limitados. Se espera que la Ley de IA sea adoptada para finales de 2023. La AIDA de Canadá, aún no redactada, parece que tendrá un enfoque similar.

Por otra parte, China ha promulgado las “medidas para la gestión de servicios de inteligencia artificial generativa” que entraron en vigor el 15 de agosto de 2023. Estas medidas imponen una variedad de responsabilidades a los proveedores de servicios de IA generativa relacionadas con aspectos como la gobernanza de la IA, los requisitos de datos de entrenamiento, la seguridad, los estándares de etiquetado y rotulado, la moderación de contenido, los protocolos de protección de datos y la salvaguarda de los derechos de los usuarios relacionados con la privacidad y la propiedad intelectual.

La proliferación de iniciativas sobre IA refleja una creciente preocupación por esta tecnología y una percepción de falta de normas existentes para abordarla. La mayoría de estas propuestas tratan la IA como un desarrollo industrial. Estos enfoques compartidos por toda la industria pueden ser útiles como estándares profesionales e industriales conscientes de la importancia del cuidado y de la precaución, así como de las oportunidades y de los riesgos

que pueden surgir de los avances científicos. Sin embargo, estos enfoques de toda la industria ofrecen pocas pautas para una implementación matizada de las tecnologías de IA existentes. Si bien se ocupan de la ética de la industria, presentan deficiencias importantes que abordar y dar cuenta adecuadamente de las oportunidades y de los desafíos que plantea la IA en relación con derechos humanos específicos. Si bien establecer principios que guíen el desarrollo y el progreso de la IA es necesario e importante, no sustituye la necesidad de un análisis matizado y basado en los derechos humanos de las oportunidades y los desafíos concretos que plantea la implementación de la IA en diferentes sectores. Aunque los principios que rigen la tecnología pueden ser los mismos, el uso de la IA para los automóviles autónomos es muy diferente al uso de la IA para la toma de decisiones judiciales o para la moderación de contenido privado. Tres usos e implicaciones muy diferentes de la misma tecnología.

Las iniciativas que abordan la IA como un desarrollo tecnológico o científico tienden a girar en torno a la ética y a enfocarse casi exclusivamente en los riesgos. La adopción de un enfoque similar al de la industria podría poner en peligro el valor del marco de derechos humanos como guía en el desarrollo y la implementación de estas tecnologías.

Proponemos que el secretario general de las Naciones Unidas y su enviado para la tecnología adopten un enfoque diferente, teniendo en cuenta su experiencia específica y su posible impacto en las políticas estatales a nivel mundial. Las normas y las prácticas de derechos humanos ofrecen directrices y perspectivas valiosas para la creación de principios normativos que rijan el desarrollo de la tecnología. Las normas internacionales son vinculantes tanto para los Gobiernos como para las empresas. Los derechos humanos ofrecen un discurso y una práctica compartidos que se han ido gestando durante décadas, y la ONU ha invertido mucho en su desarrollo y adopción a nivel nacional hasta la fecha.

Si bien puede haber otras organizaciones mejor posicionadas para desarrollar pautas éticas para la industria de la IA, la ONU se encuentra en una posición única para elaborar estándares concretos y orientados a los derechos humanos para el desarrollo, la regulación y la implementación de la IA. La compleja arquitectura de los órganos de tratados de la ONU, los expertos mundiales en derechos humanos y la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos le otorgan a la ONU una ventaja significativa y una trayectoria particularmente sólida para guiar tanto el desarrollo como la regulación de estas nuevas tecnologías, de acuerdo con sus estándares históricos.

Esta presentación sostiene que cualquier esfuerzo o mecanismo de gobernanza de la IA por parte de las Naciones Unidas debería basarse en

el marco de derechos humanos existente de las Naciones Unidas. Debería tener en cuenta cómo se hacen cumplir los diferentes derechos y cómo se desarrollan doctrinal y jurisprudencialmente para interactuar entre sí, a menudo en tensiones que plantean serios desafíos, pero que, en última instancia, fomentan la creatividad.

Una propuesta estratégica para la gobernanza de la IA: enfoque detallado de la IA desde una perspectiva de derechos humanos

En vez de un marco ético para guiar a la industria o un enfoque centrado en los riesgos de la tecnología, la ONU debería impulsar un marco legal más detallado y específico en términos de derechos. Para analizar los impactos positivos y negativos de la IA, la iniciativa debería enfocarse en los derechos humanos, no en los riesgos.

La IA plantea riesgos y oportunidades potenciales para el desarrollo humano. Abordar la IA desde una perspectiva basada en los derechos contribuiría a identificar mejor las posibles implicaciones positivas y negativas de la IA para la sociedad. Un problema común en los enfoques de la IA que abarcan a toda la industria es que suponen que existe una única fuente de riesgo potencial y un único camino para encontrar la solución. Sostenemos que la IA plantea desafíos diferentes según el campo en el que se implemente. Por ejemplo, los impactos que la IA puede tener sobre el derecho a la libertad de expresión no son los mismos que los que puede tener sobre el derecho de los civiles a estar protegidos contra ataques no tripulados en virtud del derecho internacional humanitario. Incluso si pudiéramos acordar un mandato de transparencia horizontal, esas obligaciones serían bastante diferentes para los sistemas de armas autónomas que para un chatbot de gran tamaño basado en un modelo de lenguaje.

La IA, tal como se la define o deja de definir hoy, abarca muchas cosas que, aunque están conectadas, no son exactamente lo mismo. Y cosas distintas reciben un trato diferente en el ámbito legal, político, económico e industrial. El enfoque basado en los riesgos a menudo no se ocupa de esas diferencias y matices. La creación de una jerarquía fija de riesgos (es decir, con algunos que son admisibles y otros que son inaceptables) independientemente de dónde o cómo se use o implemente la IA puede crear distorsiones y abusos. Esto puede conducir a áreas de protección insuficiente o excesiva en diferentes campos con un impacto significativo en los derechos humanos.

Además, un enfoque basado en el riesgo enmarca el tema desde una perspectiva centrada en el problema (por ejemplo, la desinformación). Este

enfoque requiere un consenso sobre los diagnósticos y los problemas existentes, así como que esos problemas tengan elementos en común en todo el espectro. Creemos que eso en la actualidad no existe. Existen importantes vacíos en nuestra evidencia y comprensión sobre cómo la tecnología impacta el comportamiento humano.² Además, hay diferencias significativas en la manera en que se entienden los riesgos generados por la tecnología entre distintos países, especialmente entre regiones. El enfoque basado en riesgos no reconoce los derechos humanos como el marco central, sino que no los tiene en cuenta hasta la etapa final o incluso puede conducir a resultados contradictorios con los derechos humanos. Por ejemplo, la desinformación es un tema que se ha vinculado a la IA y es una preocupación en esta área. Algunas propuestas sugieren añadir marcas de agua o embeber metadatos que indiquen la autoría del contenido generado por IA como una forma efectiva de combatir los *deepfakes* y la desinformación. Si bien la solución puede ser viable y ética desde una perspectiva tecnológica e industrial, no cuestiona si es proporcional o incluso necesaria y no reconoce el impacto que tal medida tendría en el anonimato o la privacidad. Generalmente, son aquellos que están más cerca de los temas en cuestión quienes pueden identificar mejor los nuevos desafíos y los compromisos que suponen la IA y su regulación.

Proceso: creación de un foro o diálogo global con diferentes áreas temáticas bajo los auspicios de las Naciones Unidas

La visión sustantiva presentada en la sección anterior podría ponerse en práctica mediante la creación de mecanismos de coordinación y diálogo entre los foros ya existentes de derechos humanos de las Naciones Unidas. La infraestructura de derechos humanos de las Naciones Unidas (es decir, la Unesco, el sistema de relatores, los grupos de trabajo temáticos, etc.) también podría y debería aprovecharse para este propósito. De ese modo se garantizaría incluso cierta continuidad del proceso, coherencia de los productos generados y se proporcionaría la estructura para actualizar o hacer un seguimiento cuando fuera necesario. Además, evitaría que las voces de los expertos temáticos globales designados por las Naciones Unidas fueran silenciadas o eliminadas por completo en consultas anónimas, similares a

² CELE, “Fake News on the Internet: Actions and Reactions of Three Platforms”, 2021, disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2021/cele/papers/Fake-news-on-the-Internet-2021.pdf.

referéndums, donde la cantidad puede prevalecer y eclipsar la calidad, en pos de resultados que no se ajustan a las normas internacionales de derechos humanos. Las Naciones Unidas, como organización global, está en una posición única para liderar un diálogo mundial y convocar a sus propios expertos internacionales en derechos humanos para discutir y analizar las implicaciones de la IA para los derechos humanos y la sociedad.

Si se crea un nuevo foro, consideramos que debería desarrollarse por vías o áreas temáticas (*tracks*). Las experiencias pasadas y comparadas podrían ayudar a dar forma a ese esfuerzo. Estructuras como el G20 o la ICANN pueden aportar prácticas recomendables y no recomendables (*best and worst practices*), además de valiosas lecciones aprendidas, incluso si sus propósitos son diferentes. Un aspecto interesante es que ambas proponen un enfoque basado en áreas temáticas. El modelo del G20 está organizado en áreas temáticas que luego se dividen en grupos de trabajo más específicos dentro de cada área. Por su parte, ICANN tiene una estructura de organizaciones de apoyo basadas en temas para desarrollar políticas, que a su vez están sujetas a las recomendaciones de comisiones asesoras que representan a múltiples partes interesadas e intereses. ICANN también cuenta con un proceso público de consulta para la toma de decisiones que garantiza la participación de todos los grupos interesados o afectados dentro de su estructura (incluida una comisión asesora que representa a los usuarios finales).³

Conclusión

Existe una creciente preocupación por los desafíos y los riesgos que la IA podría plantear para diversos valores y derechos. Hasta ahora ha predominado una fuerte tendencia a tratar de abordar estos desafíos potenciales mediante la regulación o el intento de enmarcar la tecnología en sí. Creemos que los principios éticos generales deben guiar el desarrollo de la IA. Sin embargo, los nuevos esfuerzos de la ONU deberían aprovechar la experiencia y las fortalezas existentes y proporcionar las tan necesarias pautas y estándares para el uso y la implementación de esta tecnología desde una perspectiva de los derechos humanos. Creemos y recomendamos que la ONU debería adoptar un enfoque centrado en los derechos humanos, en lugar del enfoque centrado en el ser humano que, según la documentación

³ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), "What Does ICANN Do?", disponible en: <https://www.icann.org/resources/pages/what-2012-02-25-en>.

y los debates existentes, parece estar fuertemente enfocado en los riesgos en lugar de los derechos.

Si se adopta un nuevo proceso de IA, se podrían construir áreas temáticas o *tracks* en torno a derechos específicos y deberían estar dirigidas por expertos de las Naciones Unidas. Sus voces deben ser escuchadas y valoradas a la hora de diseñar el nuevo foro y deberían contar con un rol jerárquico para liderar y enmarcar la conversación, así como para identificar los límites que podrían impedir la adopción de recomendaciones y conclusiones. Una estructura como esta también garantizaría que todas las normas básicas e interrelacionadas de derechos humanos se incorporen al propio diseño. Cada área temática podría tener grupos de trabajo específicos que dialoguen entre sí. Por ejemplo, podría haber un área temática sobre libertad de expresión e IA y un grupo de trabajo, dentro de esta *track*, sobre moderación de contenidos e IA. Este modelo también podría y debería permitir la participación de otros actores relevantes, como los Estados, la sociedad civil, el mundo académico y el sector privado. Ya existen prácticas recomendables y no recomendables para garantizar una participación significativa dentro de las Naciones Unidas, así como en otros espacios, que deberían tenerse en cuenta.

Glosario de Términos de confianza y seguridad

Presentación de CELE

La presente consulta tiene como objetivo solicitar comentarios sobre el Glossary of Trust and Safety Terms (Glosario de Términos de Confianza y Seguridad), en el contexto de una “disciplina” en crecimiento. Los términos definidos en el documento, por lo tanto, son útiles para evaluar el estado de dicha disciplina, qué consideran los profesionales y los investigadores que trabajan en ella respecto al alcance del enfoque, qué se incluye y qué queda fuera de este campo de investigación y práctica relativamente nuevo. Por lo tanto, abordamos la tarea por delante con una mente abierta, pero con preguntas que consideramos útiles compartir, para fomentar la autorreflexión que los pedidos de comentarios buscan promover.

Nuestro primer comentario general sería que no estamos seguros de qué significa *confianza y seguridad*. Tomando el documento como punto de partida, se define como una *disciplina* a una forma en que los investigadores generalmente describimos un campo de estudio, donde se comparten inquietudes, abordamos problemas similares, planteamos preguntas y nos acercamos al tema desde diferentes perspectivas metodológicas, etcétera. Desde ese punto de vista, la definición que ofrece el documento sobre *confianza y seguridad* es útil. Se define en la página 8 como:

El campo y las prácticas empleadas por los servicios digitales para gestionar riesgos relacionados con el contenido y la conducta de los usuarios y otros, mitigar el abuso en línea u otras formas de abuso facilitadas por la tecnología, abogar por los derechos de los usuarios y proteger la seguridad de la marca. En la práctica, la obra de Trust & Safety generalmente se compone de una variedad de elementos interdisciplinarios, incluyendo la definición de políticas, moderación de contenido, aplicación de reglas y apelaciones, investigaciones de incidentes, respuestas de las autoridades del orden público, gestión

comunitaria y soporte de productos. Desde aproximadamente 2005, se ha convertido en una profesión distinta, con varias organizaciones profesionales (como DTSP y la Trust & Safety Professional Association [Asociación Profesional de Confianza y Seguridad]) que han surgido desde 2020 enfocadas en las funciones de confianza y seguridad.

Desde este punto de vista, *confianza y seguridad* no parece ser una disciplina en el sentido académico de la palabra: es, más bien, una forma de agrupar ciertas prácticas dentro de las empresas privadas que actúan como intermediarias en el flujo de información que ocurre a través de internet. Estamos de acuerdo con esto, pero nos gustaría señalar que definirlo como una disciplina puede proyectar la idea equivocada de que existe un amplio consenso sobre las inquietudes compartidas, los problemas que deben abordarse, etc. No estamos seguros de que ese sea el caso. En particular, nos gustaría destacar ciertos puntos de conflicto que se encuentran en la definición, donde el desacuerdo es generalizado.

Por ejemplo, no existe un acuerdo sobre qué se considera un riesgo para los usuarios de internet. Si bien algunos pueden juzgar que estar expuesto a discursos de odio es un daño que supone un riesgo (para el bienestar del usuario expuesto a dicho contenido), otros pueden considerar que la falta de exposición a ese contenido es riesgosa (porque, por ejemplo, el discurso que no se ve no puede ser refutado, porque un fenómeno de espiral de silencio puede pasar desapercibido si se reprime una forma de discurso, y así sucesivamente). Del mismo modo, la idea de que *confianza y seguridad* promueve los derechos de los usuarios asume que existe un acuerdo sobre cuáles son esos derechos, pero ése no es el caso. Si bien algunos pueden sentir que tienen derecho a una plataforma que les ofrezca un espacio seguro para expresar sus opiniones y leer las de los demás, otros pueden creer sinceramente que tienen derecho a ofender a otras personas (incluso a través de opiniones impactantes, escandalosas y perturbadoras, siguiendo el lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos). Ambas concepciones de los derechos en juego en *confianza y seguridad* son incompatibles entre sí. ¿Qué concepción adopta este campo de estudio? Las respuestas de las autoridades del orden también deben evaluarse normativamente dependiendo del sector que realice la solicitud (jueces, agencias administrativas, etc.) y el contexto de Estado de derecho en el que operen los agentes del orden (democracias plenas, democracias débiles, regímenes híbridos, Estados autoritarios, etc.). ¿Cómo se consideran estas diferencias en el campo de estudio? Finalmente, ¿qué significa realmente la seguridad de la marca? ¿Es

que las marcas no quieren verse vinculadas a discursos problemáticos o controvertidos, discursos de odio o discriminatorios, o a todo lo anterior? ¿Qué prerrogativas tienen las marcas para influir en la forma en que las empresas de redes sociales moderan el contenido? ¿Qué prerrogativas deberían tener?

Este desacuerdo generalizado debería ser el núcleo de la reflexión impulsada por los profesionales e investigadores en un campo que parece estar emergiendo. A partir de estos, se podrían delinear las preocupaciones y preguntas fundamentales compartidas que construyen una disciplina autónoma. Con ese espíritu, destacamos ciertas definiciones que consideramos particularmente problemáticas.

En la página 4, las normas de la comunidad, la moderación de la comunidad y la moderación de contenido se definen de la siguiente manera.

Normas de la comunidad. El conjunto de condiciones y limitaciones que regulan el uso de un servicio digital que un usuario debe aceptar como condición de uso. Generalmente, están redactadas en un lenguaje simple y concreto (en comparación con el lenguaje legal utilizado en las condiciones de servicio). También se llama “Política de uso aceptable” o “Políticas de contenido”.

Moderación de la comunidad. Un método de moderación de contenido por el cual los usuarios de un sitio o servicio (a diferencia de los administradores del sitio, empleados o contratistas de la empresa) juegan un papel significativo en la revisión y la implementación de acciones de moderación sobre el contenido generado por los usuarios. La moderación de la comunidad puede ser un método para hacer cumplir las normas generales de la comunidad en todo el sitio, o reglas o directrices más específicas de una parte de un servicio que los propios usuarios han escrito de forma independiente. La moderación de la comunidad tiene sus orígenes en la cultura en los primeros foros en línea y es una de las formas más antiguas de moderación de contenido en internet.

Moderación de contenido. El acto de revisar contenido generado por los usuarios para detectar, identificar o abordar informes sobre contenido o conductas que puedan violar las leyes aplicables o las políticas de contenido o las condiciones de servicio de un servicio digital. Los sistemas de moderación de contenido suelen depender de alguna combinación de humanos y máquinas para analizar el contenido u otra actividad en línea, donde la automatización ejecuta tareas más simples a gran escala y los humanos se centran en temas que requieren atención a los matices y al contexto. Las respuestas a las violaciones de la política de un servicio pueden incluir la desactivación del acceso al contenido, la suspensión de la cuenta de forma temporal o permanente, la reducción de la distribución en los motores de

búsqueda o recomendación, y otras intervenciones de seguridad, como las identificadas en la sección III a continuación.

Sostenemos que estas dos últimas distinguen entre dos formas diferentes de moderación, una en las que la comunidad participa y otra en la que esa participación no está necesariamente presente (la primera, presumiblemente, abarca la segunda, ya que es solo una forma específica de moderación de contenido). Entendemos la distinción, pero sugerimos que se introduzca un matiz similar para distinguir entre las normas de la comunidad definidas por la propia comunidad de aquellos conjuntos de “condiciones y limitaciones” establecidas por los funcionarios de la empresa. Somos conscientes de que las empresas de internet suelen referirse a las normas de la comunidad para hablar de las reglas y principios establecidos por la empresa, pero esto, en nuestra opinión, malinterpreta la rica textura del concepto de “comunidad” dentro de internet. En ese sentido, las normas de la comunidad deberían distinguirse mejor de las condiciones de servicio.

En la página 5, el glosario define “contenido explícito” de la siguiente manera: contenido en línea que describe o muestra cosas de naturaleza íntima. Dependiendo del contexto cultural, esto puede incluir desnudez, partes del cuerpo que generalmente no se exponen en público, material sexualmente explícito o representaciones de actos sexuales. A veces se usa indistintamente junto con contenido “adulto”, “íntimo” o “NSFW” (*not safe for work*, es decir, “no seguro para el trabajo”), y también puede incluir contenido ofensivo, gráfico o violento, o estar asociado con contenido o comercio relacionado con juegos de azar, sexo, procedimientos cosméticos, o el uso recreativo de drogas.

Argumentamos que esta definición no resolvería el problema de Facebook con respecto a los pezones (por ejemplo, ¿cómo distinguimos entre material sexualmente explícito y una campaña para crear conciencia sobre el cáncer de mama?). Ésta es una limitación que podría resolverse en la definición.

En la página 6, el derecho al olvido se define de la siguiente manera: el derecho al olvido se refiere al derecho de las personas a solicitar que los servicios en línea eliminen cierto contenido relacionado con ellos. Por ejemplo, esto puede incluir la solicitud de borrar los datos personales de un individuo y puede aplicarse cuando un motor de búsqueda devuelve información que es inexacta o irrelevante, y la publicación de dicha información no es de interés público. El concepto se basa en la preocupación de que un solo evento, registrado en línea, pueda imponer consecuencias excesivamente punitivas para la reputación de una persona, indefinidamente, si no existe un mecanismo para reconsiderarlo y eliminarlo. El derecho fue reconocido

por primera vez en un fallo de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y luego fue codificado como un “derecho a la eliminación” con la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) en 2018. Desde entonces, se ha reconocido un derecho a la eliminación en otras jurisdicciones, incluidas Argentina, Rusia y Filipinas.

Observamos que es un error objetivo afirmar que el derecho al olvido ha sido reconocido en Argentina. Fue reconocido a través de un fallo de un tribunal de apelaciones que luego fue revocado por la Corte Suprema.

En la página 9, el documento define *brigading* de la siguiente manera: actividad masiva en línea coordinada para afectar un contenido, o una cuenta, o toda una comunidad o foro, por ejemplo, mediante la votación positiva o negativa de una publicación para afectar su distribución, el reporte masivo (generalmente falso) de una cuenta por abuso con el objetivo de que el proveedor de servicios la suspenda, o inundar un negocio con buenas o malas críticas.

Consideramos que sería útil definir con más precisión qué significa “coordinación” en el contexto de la definición. ¿Incluye la coordinación espontánea, como cuando muchas personas comienzan a hacer lo mismo que otras personas están haciendo al mismo tiempo, o se requiere algún grado de intención, planificación u organización para cumplir con la definición? Creemos que el punto es importante porque, en general, las plataformas deberían mostrar mucha más tolerancia hacia lo primero que hacia lo segundo.

En la página 14, el documento define a un *troll* como un “usuario que intencionalmente provoca hostilidad o confusión en línea”. Creemos que la definición de *troll* no refleja el uso común del término (una persona que es algo molesta o que expresa argumentos válidos de manera irritante generalmente se la conoce como *troll*, pero no tiene el deseo de provocar hostilidad o crear confusión). Al mismo tiempo, el concepto de hostilidad debería estar definido en sí mismo, para distinguirlo de la crítica.

Finalmente, en las páginas 11 y 14, la *disinformation* (desinformación) y la *misinformation* (información errónea) se definen de la siguiente manera:

Disinformation o desinformación. Información falsa que se difunde intencionalmente y de manera maliciosa para crear confusión, fomentar la desconfianza y potencialmente socavar las instituciones políticas y sociales.

Misinformation o información errónea. Información falsa que se difunde de manera no intencional y generalmente sin malicia, pero que puede, no obstante, inducir al error o aumentar la probabilidad de daño a las personas (comparar con *disinformation*).

Consideramos que estas definiciones plantean algunos problemas. En primer lugar, determinar la “falsedad” de una afirmación parece ser una

tarea muy difícil que, si se lleva a cabo de manera incorrecta, puede tener consecuencias drásticamente adversas para la apertura del debate público. El segundo punto es que, si la desinformación se distingue de la información errónea en que la primera es intencional, mientras que la segunda no lo es, entonces, la información errónea no debe estar incluida en la sección de “abusos” del documento. De lo contrario, una gran cantidad de contenidos podrían estar sujetos a la eliminación o marcado solo porque el contenido del discurso que transmiten se considera “falso” por quien toma las decisiones, lo que podría amenazar la fuerza del debate público.