

# ¿Son los riesgos los nuevos derechos? Peligros de los enfoques basados en el riesgo para la regulación del discurso

Agustina Del Campo, Nicolás Zara y Ramiro Álvarez Ugarte

---

*Febrero 2025*

---

Agustina Del Campo, Nicolás Zara, y Ramiro Álvarez Ugarte, "¿Son los riesgos los nuevos derechos? Peligros de los enfoques basados en el riesgo para la regulación del discurso", Artículo de investigación No. 64 (ESP), Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), Buenos Aires (2025)

## ¿Son los riesgos los nuevos derechos? Peligros de los enfoques basados en el riesgo para la regulación del discurso\*

*Agustina Del Campo<sup>†</sup>, Nicolás Zara<sup>‡</sup> y Ramiro Álvarez Ugarte<sup>§</sup>*

February 25, 2025

[Publicado originalmente en inglés, como Del Campo, A.; Zara, N.; Ugarte, R. Á., «Are Risks the New Rights? The Perils of Risk-based Approaches to Speech Regulation», J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L., vol. 16, 2025, págs. 238-251.]

### Abstract

Este artículo analiza el enfoque basado en los riesgos de la Ley de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés) de la Unión Europea. Al adoptar estándares abiertos en lugar de normas específicas, y al imponer a los actores privados amplias obligaciones de identificación y reducción de riesgos, la DSA impulsa una forma de corregulación de carácter gerencial. Esto supone un cambio de paradigma en la regulación de las plataformas que ya ha influenciado otras propuestas regulatorias a nivel global. Este artículo sostiene que este viraje tiene consecuencias desde la perspectiva del papel de los derechos humanos en la gobernanza de internet. Sostenemos que el enfoque tiene problemas específicos cuando se analiza según el test tripartito que los tribunales superiores de diferentes países usan para evaluar las limitaciones a la libertad de expresión. Además, argumentamos que desplaza a los derechos del centro de la gobernanza de internet y puede generar una lógica de “cumplimiento simbólico” que termina por debilitar aún más

---

\* Este artículo es el resultado de varios meses de diálogo con el equipo de CELE. Queremos agradecer a Matías González por sus ideas y valiosos comentarios sobre versiones preliminares de este trabajo. También nos beneficiamos enormemente de las conversaciones con Rachel Griffin, Joan Barata y Alexander Hohlfeld, así como de nuestra participación en el European Rights & Risks Forum [Foro Europeo sobre Derechos y Riesgos] organizado por la Global Network Initiative y el Digital Trust and Safety Partnership en junio de 2024, el Curso de Verano sobre Regulación Europea de Plataformas organizado por el Instituto de Derecho de la Información (IViR) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam en julio de 2024, y nuestra participación en el Grupo de Coordinación de la Sociedad Civil para la DSA liderado por CDT Europe. Los autores extienden un agradecimiento especial a los profesores Aleksandra Kuczerawy (KU Leuven) y Joris van Hoboken (UvA), así como a los participantes en el seminario celebrado en CiTiP (KU Leuven) en diciembre de 2024, por sus perspectivas críticas sobre una versión anterior de este artículo. Los errores que persistan son de nuestra exclusiva responsabilidad.

† CELE/UP. [adelcampoiso@gmail.com](mailto:adelcampoiso@gmail.com)

‡ CELE/UP. [nicolaszaracele@gmail.com](mailto:nicolaszaracele@gmail.com)

§ CELE/UP. [ramiroau@gmail.com](mailto:ramiroau@gmail.com)

el papel de los derechos en dicha gobernanza. Finalmente, el artículo identifica oportunidades para abordar o mitigar los desafíos señalados, particularmente en una fase de ejecución que aún se muestra bastante abierta a este tipo de esfuerzos.

## Introducción

Las propuestas regulatorias para las plataformas en línea que gestionan el discurso en internet han adoptado un enfoque basado en los riesgos que prioriza el concepto de riesgo. La adopción de este enfoque por parte de importantes órganos normativos y organizaciones del ámbito tecnológico constituye una innovación digna de estudio. Este fenómeno se produjo en el contexto de dos cambios paradigmáticos más amplios en materia de enfoques regulatorios. En primer lugar, el sector tecnológico ha estado migrando lenta pero sostenidamente de un paradigma de autorregulación hacia uno de regulación.<sup>1</sup> En segundo lugar, las tendencias en materia regulatoria han evolucionado desde el enfoque de “comando y control” hacia formas de regulación propias de la “nueva gobernanza”,<sup>2</sup> que dependen en gran medida de procesos informales de creación normativa<sup>3</sup> y de un diálogo continuo entre reguladores y sujetos regulados.

La Ley de Servicios Digitales europea (DSA)<sup>4</sup> fue la primera regulación formal en adoptar un enfoque basado en los riesgos para la gobernanza de la expresión. La Ley define una serie de riesgos sistémicos que las plataformas en línea de muy gran tamaño (VLOPs) y los motores de búsqueda de muy gran tamaño (VLOSEs) deben evaluar, incluyendo la difusión de contenido ilegal y

---

<sup>1</sup> Monroe Price and Stefaan Verhulst, ‘The Concept of Self-Regulation and the Internet’ in J Waltermann and M Machill (eds), *Protecting our children on the Internet. Towards a new culture of responsibility* (Bertelsmann Foundation Publishers 2000).

<sup>2</sup> Julile Cohen and Ari Waldman, ‘Introduction: Framing Regulatory Managerialism as an Object of Study and Strategic Displacement’ (2023) 86 *Law and Contemporary Problems* i <<https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol86/iss3/10>>; Christopher T Marsden, *Internet Co-Regulation. European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace* (Cambridge University Press 2011); Chris Marsden, Trisha Meyer and Ian Brown, ‘Platform Values and Democratic Elections: How Can the Law Regulate Digital Disinformation?’ (2020) 36 *Computer Law & Security Review* 1 <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736491930384X>> accessed 17 August 2020.

<sup>3</sup> Robert Gorwa, ‘The Platform Governance Triangle: Conceptualising the Informal Regulation of Online Content’ (2019) 8 *Internet Policy Review* <<https://policyreview.info/articles/analysis/platform-governance-triangle-conceptualising-informal-regulation-online-content>> accessed 25 August 2020.

<sup>4</sup> European Commission, Digital Services Act 2020 [2020/0361 (COD)].

otros impactos negativos de sus servicios sobre los derechos fundamentales, los procesos democráticos, la salud pública, los menores, el bienestar físico y mental de cualquier persona y la violencia de género.<sup>5</sup> Las plataformas deben realizar sus propias evaluaciones de riesgos. Tras los hallazgos, deben adoptar estrategias de reducción de riesgos, actuar con la debida diligencia en las medidas que adopten, someterse a auditorías externas anuales que evalúen su cumplimiento<sup>6</sup> y aprender del proceso.<sup>7</sup> Además, la DSA faculta a los reguladores a supervisar, aplicar medidas y sancionar a estas empresas por incumplimiento o cumplimiento deficiente a través de diferentes medios.<sup>8</sup> El enfoque de la DSA ha sido replicado desde entonces por la UNESCO en sus directrices de regulación de plataformas de 2023.<sup>9</sup> Más recientemente respaldado por la ONU en el marco del Pacto Digital Global,<sup>10</sup> por la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea<sup>11</sup> y, parcialmente, en otras leyes nacionales.<sup>12</sup>

El enfoque basado en riesgos no es nuevo y se remonta genealógicamente a experiencias previas y tendencias regulatorias. Primero apareció en el ámbito del derecho ambiental, la protección del consumidor y los servicios financieros, y con el tiempo se convirtió en un “régimen” jurídico específico: una forma particular de conectar y gestionar ciertos derechos y obligaciones legales para alcanzar determinados objetivos. Lo singular de estas iteraciones de enfoques basados en riesgos es que, al aplicarse a plataformas de contenido, implican la clasificación del contenido y la expresión. Y ahí reside el problema.

La clasificación de contenidos ha sido una herramienta fundamental para la protección de la libertad de expresión en el derecho internacional de los derechos humanos. Los tratados internacionales permiten que el Estado solo pueda restringir legítimamente ciertos tipos de discurso. Determinar claramente qué contenido es legal y cuál no lo es resulta clave para la teoría y la práctica de la

---

<sup>5</sup> Ibid, pars. 80-84.

<sup>6</sup> Ibid, art. 37.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid 2.

<sup>9</sup> UNESCO, ‘Guidance for Regulating Digital Platforms. Safeguarding Freedom of Expression and Access to Information Through a Multistakeholder Approach’ (UNESO 2023) Final version.

<sup>10</sup> GDC, ‘Global Digital Compact’ (United Nations General Assembly 2024) A/79/L.2.

<sup>11</sup> Artificial Intelligence Act 2024 (OJ L).

<sup>12</sup> Online Safety Act 2023 2023 (2023 c 50); David Lametti, Online Harms Act (Canada) 2024 [C-63]; Richard Blumenthal and Marsha Blackburn, Kids Online Safety Act 2024 [S. 1409].

libertad de expresión, ya que el Estado solo puede restringir el contenido que se considera ilegal, ya sea porque menoscaba los derechos de otros o porque afecta un interés social importante, tal como lo establecen, por ejemplo, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) o el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Las restricciones estatales a la libertad de expresión deben superar un análisis de legalidad, interés legítimo, necesidad y proporcionalidad conforme a los estándares más exigentes. Las regulaciones basadas en riesgos para las plataformas de contenido no solo permiten, sino que exigen la creación de nuevas categorías de discurso que se sitúan en un punto intermedio con respecto a la distinción binaria entre lo que es legal y lo que no lo es. También piden a las plataformas y motores de búsqueda que gestionen los riesgos y aumentan el número de tipos de contenido que serán controlados indirectamente por el Estado.

La sección segunda analiza los antecedentes de la tendencia actual hacia la regulación basada en riesgos, destacando el uso del riesgo como concepto en diferentes instituciones jurídicas y el surgimiento, en la década de 1970, de un enfoque gerencial de la regulación. La DSA combina ambos elementos. La tercera sección se detiene en las razones por las cuales los estados han recurrido a un enfoque basado en los riesgos para el sector tecnológico. La cuarta sección sostiene que regular el discurso de la manera en la que lo hace la DSA plantea desafíos y concesiones únicos para la libertad de expresión. En particular, analizamos las diferencias entre los riesgos bajo los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PRNU) y aquellos conforme a la DSA. También consideramos la tensión de este último enfoque con el famoso test tripartito que es utilizado por muchos tribunales para analizar la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión. Creemos que el enfoque basado en los riesgos pone los derechos en un segundo plano en la gobernanza de internet y puede crear una lógica de “cumplimiento simbólico” que debilita aún más el papel de los derechos en este ámbito. Finalmente, el artículo identifica oportunidades para abordar o mitigar los desafíos señalados, particularmente en una fase de ejecución que aún se muestra bastante abierta a este tipo de esfuerzos.

## Regulación basada en los riesgos: una breve historia

La regulación basada en los riesgos no es nueva. Se ha utilizado en el pasado en regulaciones ambientales y financieras,<sup>13</sup> entre otras. Sin embargo, su adopción por parte de la Unión Europea en el ámbito de la tecnología y la gobernanza de internet<sup>14</sup> ha influido en otras propuestas regulatorias a nivel internacional,<sup>15</sup> regional<sup>16</sup> e incluso nacional.<sup>17</sup>

En efecto, el riesgo es un concepto utilizado en el derecho de múltiples maneras, a veces implícitamente como razón para adoptar una norma que regula la conducta con el fin de prevenir un evento indeseable o para determinar quién debe asumir sus costos. Esto es lo que sucede cuando el derecho recurre al concepto de riesgo para distribuir deberes generales, como el deber de cuidado o de la obligación de realizar evaluaciones de riesgo por parte de quienes llevan a cabo actividades riesgosas, o para imponer reglas precisas, como la exigencia de usar el cinturón de seguridad al conducir o los requisitos especiales para el transporte de residuos peligrosos. El riesgo también existe cuando el derecho identifica a los responsables si se producen daños jurídicamente resarcibles.<sup>18</sup> El legislador realiza un ejercicio de ponderación entre los costos de la prevención del riesgo o de evitarlo y la magnitud de los daños que se producirían para determinar cuáles serán jurídicamente resarcibles y qué riesgos de daño deben gestionarse, ya que no todos los daños deben ser reparados por el derecho. Por ejemplo, los riesgos emocionales inherentes a las relaciones interpersonales no son resarcibles jurídicamente, pero los riesgos financieros en ocasiones sí lo son. Además, no todos los riesgos deben gestionarse jurídicamente; por lo tanto, uno puede ser periodista sin la formación adecuada, pero no puede ser abogado o médico sin un título universitario. Desde una perspectiva jurídica, el riesgo está profundamente imbuido de normatividad.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> Cohen and Waldman (n 2).

<sup>14</sup> European Commission Digital Services Act (n 4).

<sup>15</sup> GDC (n 10).

<sup>16</sup> Artificial Intelligence Act.

<sup>17</sup> Online Safety Act 2023; David Lametti Online Harms Act (Canada) (n 12); Richard Blumenthal and Marsha Blackburn Kids Online Safety Act (n 12).

<sup>18</sup> François Ewald, 'Insurance and Risk' in Graham Burchell, Colin Gordon and Peter Miller (eds), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality* (University of Chicago Press 1991) 201 ("Insurance and the law of responsibility are two techniques which bear on the same object").

<sup>19</sup> Ortwin Renn and Andreas Klinke, 'Risk Governance: Concept and Application to Technological Risk'

El derecho también invoca el riesgo de manera más explícita como algo que debe gestionarse y con el propósito de crear valor a partir de cosas que, sin el derecho, no tendrían ninguno. François Ewald dijo que, desde el punto de vista legal, el riesgo es una forma particular de manejar ciertos eventos que pueden afectar a un grupo de personas o, más precisamente, a los bienes o capitales que poseen o representan las personas en una comunidad, es decir, una población. Nada es un riesgo en sí mismo; no hay riesgo en la realidad. Sin embargo, por otro lado, cualquier cosa puede ser un riesgo; todo depende de cómo se analice el peligro, de cómo se considere el evento.<sup>20</sup> Identificar un riesgo es el primer paso de su funcionamiento como mecanismo jurídico. Una vez que el riesgo se ha identificado, evaluado y valorado, puede distribuirse y lo que antes era una razón para no ir a algún lugar se convierte en parte del proceso de planificación que nos llevará allí. El contrato de seguro marítimo es un buen ejemplo de este mecanismo en acción. La posibilidad de un naufragio tiene un peso considerable en la mente de un comerciante antes de cargar un barco con mercancías valiosas. ¿Qué sucedería si el buque naufragara en un inesperado mar embravecido? El contrato de seguro distribuye esos riesgos y crea incentivos para los viajes marítimos y el transporte de mercancías.<sup>21</sup>

En términos generales, el funcionamiento del derecho en materia de riesgo es el siguiente: identificación de un riesgo, del agente responsable de su gestión, del comportamiento que se espera seguir o evitar y de la responsabilidad por el daño eventual. Esta es la esencia de cómo el riesgo opera como mecanismo jurídico para distribuir los costos potenciales implícitos en las actividades humanas y crear incentivos para actividades consideradas beneficiosas.

Los sistemas jurídicos pueden identificar, evaluar y gestionar riesgos de manera diferente según el tema, la complejidad de las cuestiones involucradas o los incentivos o desincentivos que busquen generar. Los modelos tradicionales de formulación democrática de normas defienden un enfoque de comando y control. En este enfoque, las normas se crean mediante deliberación pública y la conducta prohibida o esperada está claramente definida y prescrita. En la dé-

---

in Adam Burgess, Alberto Alemanno and Jens Zinn (eds), *Routledge Handbook of Risk Studies* (Routledge 2019).

<sup>20</sup> Ewald (n 18) 199.

<sup>21</sup> Ibid 199–200.

cada de 1970, “comenzó a emerger un nuevo clima regulatorio”,<sup>22</sup> escéptico de la capacidad de los gobiernos por sí solos para identificar y evaluar riesgos resarcibles y regular en consecuencia. Este nuevo clima decía que el Estado debería usar ciertos métodos y técnicas para manejar los procesos de producción capitalista en su manera de regular.<sup>23</sup> Rechazaba el modelo de comando y control y prefería “modos relativamente informales de formulación de políticas y ejecución (enforcement)... y su énfasis en la delegación de autoridad regulatoria a socios y delegados del sector privado”.<sup>24</sup> Según este enfoque, que Cohen y Waldman denominan “gerencialismo regulatorio”, las obligaciones generales de proceso son diseñadas por el legislador o el órgano administrativo, y la conducta prescrita se sustituye por directrices, buenas prácticas, certificaciones de cumplimiento y negociación.<sup>25</sup>

Quienes están sujetos a la regulación constituyen una parte esencial de los procesos del gerencialismo regulatorio. Algunos sostienen que este enfoque es especialmente adecuado para entornos en constante cambio: es “flexible, ágil, receptivo a las prioridades de las partes interesadas y se adapta bien a una economía compleja y en constante evolución”.<sup>26</sup> También es útil para hacer frente a graves asimetrías de información. Quienes critican estas técnicas consideran que las corporaciones pueden fácilmente cooptarlas para perseguir sus propios intereses a expensas del interés público.<sup>27</sup> Sostienen que las corporaciones pueden desarrollar enfoques de cumplimiento meramente formales que rinden tributo retórico a los valores que se promueven, pero no producen cambio real alguno en el mundo.<sup>28</sup> Recientemente hemos sido testigos del desarrollo y la expansión de este enfoque gerencial en diferentes esferas de la gobernanza, incluida la gobernanza corporativa. El Estado promueve prácticas de autorregulación dentro de ciertos ámbitos, pero bajo su guía y supervisión.<sup>29</sup> Impone obligaciones al sector privado para que divulgue información y busca aprovechar esta trans-

---

<sup>22</sup> Michael Power, *The Audit Society: Rituals of Verification* (Subsequent edition, OUP Oxford 1999) 52.

<sup>23</sup> Cohen and Waldman (n 2).

<sup>24</sup> Ibid, i.

<sup>25</sup> Ibid, iv-v.

<sup>26</sup> Ibid, i.

<sup>27</sup> Ibid, vi-vii.

<sup>28</sup> Lauren B Edelman, *Working Law: Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights* (Illustrated edition, University of Chicago Press 2016).

<sup>29</sup> Marsden (n 2); Marsden, Meyer and Brown (n 2).



parencia obligatoria para diversos fines públicos. Los marcos de autorregulación y corregulación fomentan la participación activa de quienes son regulados, así como la evolución de las obligaciones y las interpretaciones de la conducta esperada a lo largo de la vigencia de la regulación.<sup>30</sup> El riesgo es una pieza esencial del enfoque de gestión. Es lo que las autoridades pueden identificar y señalar claramente como relevante para la acción, incluso cuando no cuenten con el conocimiento, la información o los incentivos necesarios para actuar sobre él de la manera más eficiente.

### **La tecnología como un riesgo a gestionar**

Hasta qué punto el flujo de información en internet debe ser libre o regulado, o hasta qué punto los actos de expresión individuales deben ser protegidos o limitados, parecen cuestiones de vital importancia en una sociedad democrática comprometida con los valores del autogobierno.<sup>31</sup> Antes de la DSA, no había ningún precedente de aplicación del modelo de gestión a la gobernanza de plataformas a través de leyes nacionales, donde se aplicaran normas de responsabilidad civil o leyes de inmunidad por contenido publicado por terceros.<sup>32</sup> Estas normas estaban diseñadas para promover y proteger internet como un medio de distribución de la expresión de manera descentralizada, bajo los principios de neutralidad y anticensura.<sup>33</sup> Sin embargo, el enfoque inicial de inmunidad, diseñado para liberar a la industria de los posibles costes judiciales, eliminó algunas de esas cuestiones clave del debate jurídico. En su lugar, creó un mecanismo de compensación de gobernanza paralegal que volvía a las corporaciones receptivas a las demandas del gobierno y la sociedad civil. El Estado ofrecía inmunidad, pero esperaba colaboración a cambio.<sup>34</sup> Los funcionarios públicos y las organizaciones de la sociedad civil (OSC) se

---

<sup>30</sup> Benoît Frydman, Ludovic Hennebel and Gregory Lewkowicz, 'Co-regulation and the Rule of Law' in Eric Brousseau, Meryem Marzouki and Cécile Méadel (eds), *Governance, Regulation and Powers on the Internet* (Illustrated edition, Cambridge University Press 2012).

<sup>31</sup> Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government* (Harper & Brothers Publishers 1948).

<sup>32</sup> Agustina Del Campo and others, 'Mirando Al Sur. Hacia Nuevos Consensos Regionales En Materia de Responsabilidad de Intermediarios y Moderación de Contenidos En Internet' (AlSur 2021).

<sup>33</sup> Communications Decency Act 1996 (USC); Directiva 2000/31/CE 2000.

<sup>34</sup> Jeff Kosseff, *The Twenty-Six Words That Created the Internet* (Cornell University Press 2019) 2.

acostumbraron a solicitar a las empresas que actuaran de forma “voluntaria”. En ocasiones, esas solicitudes iban más allá de lo que el Estado podía lograr mediante métodos formales de creación de normas.

Al menos desde mediados de la década de 2010, las normas de inmunidad han sido objeto de críticas, y los llamados a modificarlas se han intensificado. La creciente preocupación por el efecto de internet en la democracia parece haber provocado este cambio de rumbo. Gobernar internet se convirtió en un sistema arriesgado, especialmente a partir de 2016, el año del Brexit, Trump y el plebiscito por la paz en Colombia, que marcaron el comienzo de la alarma por la desinformación y de una era de reacción contra las grandes empresas tecnológicas (techlash).<sup>35</sup> Las medidas de resistencia regulatoria como la *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* en Alemania en 2017<sup>36</sup> y la *Loi Avia* en Francia en 2020<sup>37</sup> se encuentran entre los primeros esfuerzos regulatorios contra el statu quo. La DSA es, en muchos sentidos, un producto de estos acontecimientos.

Sin embargo, la expresión en línea siempre ha generado preocupaciones que van más allá de la distinción tradicional entre contenido legal e ilegal. El volumen de contenido producido diariamente en internet es sin precedentes, al igual que su velocidad de propagación o el hecho de que, en principio, el contenido permanezca disponible indefinidamente. Las preocupaciones sobre posibles nuevos daños derivados de algunas de las posibilidades estructurales de internet han ido en aumento y han captado la atención tanto de los reguladores como de la sociedad civil. Por ejemplo, ¿puede un contenido que sería perfectamente legal de forma aislada volverse perjudicial al acumularse? ¿Puede su permanencia en internet ser una fuente de agravios susceptibles de reparación?.<sup>38</sup> Estas preguntas ponen en relieve nuevos tipos de daños potenciales que las leyes tradicionales de libertad de expresión no abordan, ni a nivel local, ni

---

<sup>35</sup> Robert D Atkinson and others, ‘A Policymaker’s Guide to the “Techlash” — What It Is and Why It’s a Threat to Growth and Progress’ (Information Technology & Innovation Foundation 2019) <<https://itif.org/publications/2019/10/28/policymakers-guide-techlash/>> accessed 22 August 2022.

<sup>36</sup> *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* 2017 (BGBI).

<sup>37</sup> *Loi No. 2020-766 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet* 2020 (JORF).

<sup>38</sup> Agustina Del Campo, ‘Volume, Speed, and Accessibility as Autonomous Harms: Can Modern Legal Systems Deal With Harmful but Legal Content? - New Digital Dilemmas: Resisting Autocrats, Navigating Geopolitics, Confronting Platforms - Carnegie Endowment for International Peace’ (*Carnegie Endowment for Democracy*, 29 November 2023) <<https://carnegieendowment.org/2023/11/29/volume-speed-and-accessibility-as-autonomous-harms-can-modern-legal-systems-deal-with-harmful-but-legal-content-pub-91082>> accessed 11 January 2024.

regional o internacional. Evelyn Douek explicó por primera vez la dificultad de evaluar el cumplimiento de una plataforma con la libertad de expresión sobre la base de contenido por contenido, como propone tradicionalmente el derecho internacional de los derechos humanos. Postuló que, dado el volumen y la escala del contenido dentro de las plataformas, la moderación de contenido podría evaluarse de forma masiva. El cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos podría medirse sobre la base de indicadores agregados. Los Estados o las propias empresas podrían determinar qué porcentaje de error se consideraría aceptable y el cumplimiento por parte de las plataformas podría guiarse por la probabilidad y la proporcionalidad.<sup>39</sup> Sostuvo que este cambio era necesario para crear un sistema de moderación de contenido que fuera escalable, flexible, adaptable al entorno siempre cambiante del discurso en línea y capaz de tratar los errores en las decisiones de moderación de contenido como algo inevitable. Más recientemente, Robert Post ha argumentado que “la escala de internet produce formas de daño que quizá se caractericen mejor como estocásticas. Anteriormente, nos preguntábamos si actos de expresión particulares podían causar un daño particular. Internet ha vuelto este tipo de pregunta casi obsoleta. El discurso que se distribuye simultáneamente a miles de millones de personas puede producir daños de maneras que no pueden conceptualizarse significativamente a través del lente de la causalidad discreta. Necesitaremos, en cambio, pensar en términos de probabilidad estadística del daño”.<sup>40</sup> Advierte, sin embargo, que en la actualidad “carecemos de cualquier marco jurídico capaz de evaluar daños estocásticos sin que terminen sobrerregulando drásticamente el discurso”.<sup>41</sup> En muchos aspectos, el enfoque basado en riesgos adoptado en la DSA, y en otras disposiciones posteriores, ha construido su legitimidad sobre la necesidad de enfrentar los nuevos problemas que genera la tecnología y ofrecer un camino a seguir.

El enfoque basado en riesgos que ahora sigue la regulación formal se había impuesto antes a las empresas a través del enfoque voluntario y de derecho blando (soft law) de los Principios Rectores de las Naciones Unidas (PRNU)

---

<sup>39</sup> Evelyn Douek, ‘Governing Online Speech: From “Posts-As-Trumps” to Proportionality and Probability’ [2020] SSRN Electronic Journal <<https://www.ssrn.com/abstract=3679607>> accessed 23 April 2022.

<sup>40</sup> Robert Post, ‘The Internet, Democracy and Misinformation’ 8 <<https://papers.ssrn.com/abstract=4545891>> accessed 4 November 2024.

<sup>41</sup> Ibid.

sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Se suponía que este modelo “internalizaría” los compromisos de las empresas con los derechos humanos,<sup>42</sup> ya que no se podían imponer externamente mediante el derecho duro (hard law) debido al estancamiento de la ONU en la cuestión de las empresas transnacionales y los derechos humanos. El riesgo desempeñó un papel fundamental en su diseño. De acuerdo con los PRNU, las corporaciones se comprometen a identificar riesgos para los derechos humanos, así como a monitorear y evaluar sus acciones<sup>43</sup> para adoptar “medidas adecuadas para su prevención, mitigación y, cuando corresponda, reparación”.<sup>44</sup> Las corporaciones utilizaron procesos de evaluaciones de impacto, que son métodos diseñados para ayudar a tomar mejores decisiones sobre sus operaciones y su impacto. Estos procesos se usaban especialmente en el área del derecho ambiental<sup>45</sup> y se comenzaron a aplicar a los derechos humanos.<sup>46</sup> Como consecuencia, surgió toda una industria de consultores, expertos y conocimiento. El campo de las empresas y los derechos humanos produjo el cuadro profesional que la gestión regulatoria necesitaba para operar en la industria de las plataformas de contenido.

En resumen, la nueva generación de regulación de plataformas adopta un modelo de gestión y corregulación. En este modelo, el riesgo desempeña el papel fundamental de cerrar la brecha entre la voluntad estatal de abordar ciertos daños —algunos deficientemente identificados y actualmente no resarcibles jurídicamente— y la indispensable colaboración de aquellas corporaciones que se encuentran en posición de abordarlos. En esta evolución, la identificación de internet como un riesgo cumple un rol explicativo fundamental. Sin embargo, este giro hacia un modelo de gestión y procedimiento no es una ruptura total

<sup>42</sup> James Harrison, ‘Human Rights Measurement: Reflections on the Current Practice and Future Potential of Human Rights Impact Assessment’ (2011) 3 Journal of Human Rights Practice 162, 108 <<https://academic.oup.com/jhrp/article/3/2/162/2188745>> accessed 14 May 2020.

<sup>43</sup> John 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 2008) A/HRC/8/5, párr. 25.

<sup>44</sup> John 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 2011) HR/PUB/11/04, principio 11.

<sup>45</sup> John Glasson, *Introduction to Environmental Impact Assessment* (Taylor & Francis Ltd 1998).

<sup>46</sup> Desirée Abrahams and others, ‘Guide to Human Rights Impact Assessment and Management’ (International Business Leaders Forum, International Finance Corporation & el Global Compact de las Naciones Unidas 2010).

con el pasado, sino una evolución, debido a dos factores: la dependencia de la trayectoria (path dependency) de los mecanismos informales de gobernanza permitidos por las antiguas normas sobre responsabilidad de los intermediarios y el marco de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PRNU).

### **Los riesgos del enfoque basado en riesgos aplicado al discurso**

Si bien los enfoques basados en riesgos no son nuevos y el modelo basado en riesgos toma prestado lenguaje y procesos de documentos existentes de derecho blando en materia de derechos humanos, el sistema de gestión de riesgos en la DSA plantea nuevos desafíos. Comparada con los PRNU, la DSA amplía el alcance de los riesgos que las empresas deben mitigar. Bajo la DSA, la vulneración de derechos fundamentales es solo un riesgo a ser abordado entre muchos otros. Además, la DSA adopta un enfoque de hard law que invoca el poder coercitivo del Estado. Dado que está diseñada a medida para plataformas de contenido, se ocupa principalmente de contenido publicado por terceros y, por lo tanto, debe ser examinada a la luz de los estándares de libertad de expresión. Finalmente, la DSA también expande el discurso a ser gobernado al exigir a las empresas que tomen medidas sobre discurso que, según los principios de derechos humanos, no puede ser regulado por el Estado. Como resultado de estos factores combinados, los derechos humanos pierden centralidad y desaparecen en el enfoque basado en riesgos de la DSA.

### **Diferencias entre los PRNU y la DSA**

A diferencia de los PRNU, que se centran exclusivamente en los riesgos relacionados con los derechos humanos, la DSA trata los efectos adversos sobre los derechos humanos como un riesgo más entre muchos.<sup>47</sup> Esta expansión hacia afuera es consecuente, ya que los derechos humanos constituyen un marco que cumple una función más bien restrictiva. Los PRNU no apuntan a cualquier

---

<sup>47</sup> Rachel Griffin, 'What Do We Talk about When We Talk about Risk? Risk Politics in the EU's Digital Services Act - DSA Observatory' (*DSA Observatory*, 31 July 2024) <<https://dsa-observatory.eu/2024/07/31/what-do-we-talk-about-when-we-talk-about-risk-risk-politics-in-the-eus-digital-services-act/>> accessed 5 November 2024; European Commission Digital Services Act (n 4), artículo 34.1(b).

conducta dañina que las empresas puedan producir, sino solo a aquellas que puedan vulnerar derechos humanos. El derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo, exige que ciertos daños sean tolerados en las sociedades democráticas. Por lo tanto, no toda vulneración del derecho a la privacidad o del derecho al honor, por ejemplo, puede ser jurídicamente resarcible. Las restricciones a la libertad de expresión son ilegítimas a menos que sean necesarias, proporcionadas y estén bien definidas en la ley, incluso si la expresión en cuestión pudiera haber causado un daño.<sup>48</sup> Este test estándar se ha establecido mediante una práctica compartida. Esta práctica ha producido un corpus de normas, jurisprudencia, precedentes y reglas que define y distingue los daños jurídicamente resarcibles de los que no lo son. Por lo tanto, limita los tipos de riesgos de daño que las empresas deben abordar bajo estas normas. La expansión de los “riesgos” que promueve la DSA es menos estricta, porque los daños que se deben reducir son más imprecisos, no están ligados a ninguna ley específica y se basan en fundamentos menos claros. La ley, por ejemplo, exige que los auditores tengan experiencia en gestión de riesgos en general;<sup>49</sup> también se espera experiencia con respecto a “los riesgos sistémicos sociales mencionados en el artículo 34”.<sup>50</sup> Cabe destacar, aunque no es sorprendente, que no se exige experiencia en el campo de los derechos humanos. Esto resulta especialmente significativo dada la falta de normas o puntos de referencia que el acto delegado proporciona sobre auditorías independientes,<sup>51</sup> la centralidad de los auditores en la infraestructura de supervisión de la DSA<sup>52</sup> y cómo los resultados de las auditorías pueden informar la supervisión regulatoria.<sup>53</sup>

Los PRNU son un instrumento de derecho blando que las empresas pueden

<sup>48</sup> CIDH, ‘Marco Jurídico Interamericano Del Derecho a La Libertad de Expresión’ (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009) OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09, párr. 67.

<sup>49</sup> European Commission Digital Services Act (n 4), artículo 37.3.

<sup>50</sup> Commission Delegated Regulation (EU) 2024/436 of 20 October 2023 supplementing Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council, by laying down rules on the performance of audits for very large online platforms and very large online search engines 2023, considerando 9.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Giovanni De Gregorio and Oreste Pollicino, ‘Auditing Platforms under the Digital Services Act’ [2024] Verfassungsblog <<https://verfassungsblog.de/dsa-auditors-content-moderation-platform-regulation/>> accessed 25 November 2024.

<sup>53</sup> Commission Delegated Regulation (EU) 2024/436 of 20 October 2023 supplementing Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council, by laying down rules on the performance of audits for very large online platforms and very large online search engines, considerando 1.



optar voluntariamente por cumplir y que carecen de mecanismos formales de ejecución. Surgieron como una forma de abordar la compleja cuestión de las empresas y los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas, atravesada por un desacuerdo generalizado entre los países que producían empresas transnacionales (el Norte) y aquellos que las recibían (el Sur). Los PRNU fueron la salida de ese estancamiento, y su propósito era lidiar con industrias de uso intensivo de recursos con profundo impacto social y ambiental en el terreno, como las industrias extractivas.<sup>54</sup> Partían del supuesto de que el principal riesgo para los derechos humanos provenía de los Estados, pero las empresas transnacionales podían en ocasiones vulnerarlos o contribuir a su vulneración. Su propósito era cerrar la brecha de gobernanza “creada por la globalización: entre el alcance y el impacto de las fuerzas y actores económicos, y la capacidad de las sociedades para gestionar sus consecuencias adversas. Estas brechas de gobernanza crean un entorno permisivo para los actos ilícitos de empresas de todo tipo sin un adecuado régimen de sanciones o reparaciones”.<sup>55</sup> La DSA aborda un problema similar, pero con un instrumento jurídico de mayor alcance y poder coercitivo. A diferencia de los PRNU, la DSA es derecho duro y prevé mecanismos de ejecución, sanciones y penalizaciones contra las empresas que incumplan sus mandatos. La diferencia se vuelve particularmente significativa cuando se trata de plataformas de contenido y de un marco abierto de “riesgos” como el discutido anteriormente.

Finalmente, la DSA está diseñada para lidiar con empresas que facilitan o producen contenido dentro de la arquitectura descentralizada de internet. Se dirige a una industria en particular y articula explícitamente el nuevo paradigma: que el discurso en línea genera riesgos que deben gestionarse, mitigarse, o de lo contrario habrá consecuencias. Y si bien los PRNU están enfocados en obligaciones de derechos humanos, la narrativa<sup>56</sup> que cuenta la DSA no es la de los derechos, sino una centrada en riesgos: en su enfoque de riesgos y daños, las preocupaciones sobre los derechos humanos están presentes, pero solo como un riesgo más entre muchos. Incluso cuando la DSA incorpora salvaguardas de derechos humanos en su texto, si no se toman en serio, podrían terminar legitimando ac-

---

<sup>54</sup> Ramiro Álvarez Ugarte and Laura Krauer, ‘ICT and Human Rights: Towards a Conceptual Framework of Human Rights Impact Assessments’ (Centro de Estudios para la Libertad de Expresión 2020).

<sup>55</sup> Ruggie (n 43), párr. 3.

<sup>56</sup> Robert Cover, ‘Foreword: Nomos and Narrative’ (1983) 97 Harvard Law Review 4.

ciones estatales violatorias de derechos humanos (por ejemplo, las protecciones insuficientes del artículo 9 contra las órdenes estatales ilegítimas).

Además, la DSA no reconoce al Estado como un riesgo para la protección de los derechos humanos. La transparencia obligatoria es una de las medidas más celebradas adoptadas por la DSA, al igual que el acceso de los investigadores a los datos. Sin embargo, cada medida procedimental incorporada en la DSA está directamente vinculada a lo que se considera relevante para abordar los riesgos identificados en el artículo 34. Existen debates en curso sobre la posibilidad de que agentes estatales interactúen con las empresas en calidad de alertadores confiables (*trusted flaggers*), sin que exista obligación alguna de informar sobre las posibles correlaciones que esto pueda generar. El marco normativo tiende a oscurecer, en lugar de esclarecer, la cuestión de la censura dirigida por el Estado.

En el centro de la DSA se encuentra un derecho considerado fundamental para el funcionamiento de las sociedades democráticas: el derecho a la libertad de expresión. A diferencia de las industrias extractivas que contaminan el medioambiente o ejercen violencia sobre las poblaciones locales, las empresas transnacionales objeto de la DSA se dedican a facilitar las comunicaciones entre individuos. Se trata de una actividad económica, pero estrechamente vinculada al ejercicio de los derechos fundamentales de sus usuarios.

### ***Ampliando la expresión que se debe gobernar***

La correlación entre las expresiones generalmente mal vistas por la sociedad y aquellas consideradas ilegales conforme a la ley no es perfecta. Como regla general, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho constitucional, o en ambos, todo discurso está protegido por el derecho a la libertad de expresión, con muy pocas excepciones. Esto deja muchas expresiones ofensivas, desagradables e impactantes aún protegidas por la ley. Estas expresiones se conocen comúnmente como discurso “lícito pero atroz” o “dañino pero legal”. Estas categorías han surgido por la preocupación sobre cómo ciertas expresiones en internet afectan a las sociedades democráticas. El enfoque basado en riesgos que adopta la DSA le permite expandir su control sobre estas nuevas categorías de discurso.

Bajo las leyes tradicionales de responsabilidad de intermediarios, cada



plataforma tenía la discrecionalidad y el incentivo para abordar el problema del contenido “perjudicial pero legal” según su propio criterio mediante la aplicación de sus condiciones de servicio, sin preocuparse por la posible responsabilidad derivada de la eliminación insuficiente o excesiva de contenido. Esta estructura consagraba a las plataformas como soberanas digitales, censoras privadas y nuevas reguladoras del discurso.<sup>57</sup> La DSA desafía este modelo e insta un sistema de gobernanza de contenido para abordar los problemas planteados por la expresión lícita pero inapropiada en línea.

El enfoque basado en riesgos se presenta como útil para esta iniciativa porque permite al Estado moldear las prácticas de moderación de contenido al intervenir principalmente en los procesos. Esto otorga a cada plataforma la tan necesaria flexibilidad para adaptar sus intervenciones a los riesgos específicos derivados de sus operaciones. En el modelo de la DSA, no es el legislador quien identifica el tipo de contenido legal pero perjudicial que quieren que las plataformas prohíban. Una ley así muy probablemente violaría las garantías de libertad de expresión. Son las plataformas las que deben identificar, evaluar y mitigar los riesgos específicos que generan sus funcionalidades o el uso de sus servicios. Sin embargo, los riesgos que las plataformas deben tener en cuenta están delineados por el legislador, principalmente en el artículo 34. Adicionalmente, la DSA prescribe algunas de las medidas que podrían adoptarse para reducir esos riesgos.<sup>58</sup> Si bien no existen mandatos explícitos para eliminar ciertas categorías de contenido, el aumento de los riesgos que las empresas deben mitigar más allá de aquellos identificados en el derecho internacional de los derechos humanos, expande las categorías de discurso que se regulan. La lista no es exhaustiva, por lo que las empresas pueden implementar medidas de mitigación diferentes e innovadoras que excedan aquellas incluidas en la ley.

En lugar de imponer métricas u objetivos rígidos, la DSA procura alentar a las plataformas y motores de búsqueda a ‘reflexionar’ sobre los riesgos que potencialmente generan.<sup>59</sup> Se presenta como un enfoque integral que evita

---

<sup>57</sup> Kate Klonick, ‘The New Governors: The People, Rules, And Processes Governing Online Speech’ (2018) 131 Harvard Law Review 73; Jack M Balkin, ‘Old-School/New-School Speech Regulation’ (2014) 127 Harvard Law Review 2296 <<https://www.jstor.org/stable/23742038>> accessed 10 March 2023.

<sup>58</sup> European Commission Digital Services Act (n 4), artículo 35.

<sup>59</sup> Evelyn Douek, ‘The Siren Call Of Content Moderation Formalism’ in Lee Bollinger and Geoffrey Stone (eds), *Social Media, Freedom of Speech, and the Future of our Democracy* (Oxford University Press 2022).

trazar límites claros o establecer normas rígidas que obliguen la eliminación de contenido más allá de aquel que es ilegal. Sin embargo, el artículo 35 sugiere (aunque no de manera prescriptiva) la rápida eliminación del discurso de odio y la ciberviolencia como una medida eficaz y deseable de reducción de riesgos.<sup>60</sup> Los Códigos de Conducta sobre Desinformación y Discurso de Odio también brindan sugerencias concretas, como la desmonetización, el filtrado, el bloqueo o la desindexación de contenido perjudicial pero legal. Al mantener la inmunidad de las plataformas por el contenido publicado por terceros, la DSA protege a las empresas de la responsabilidad que pudiera derivarse de sus ‘errores’ en la moderación de contenido.

La DSA ha sido presentada como una ley que se ocupa fundamentalmente de procesos. Obliga a las empresas a ofrecer una serie de sistemas de apelación y mecanismos de queja. Estos están diseñados para garantizar que se respeten los derechos de los creadores de contenido y de sus audiencias, y que las condiciones de servicio se les apliquen de forma consistente.<sup>61</sup> La ley incluye diversas obligaciones de divulgación de información, como informes de transparencia, auditorías independientes y acceso a datos para investigadores, con el fin de hacer posible la rendición de cuentas de las plataformas. La incorporación de estas obligaciones procesales ha sido considerada un aporte significativo y muy valorado en los debates sobre la gobernanza de las plataformas.

Sin embargo, la DSA no solo regula procesos, sino que también aborda cuestiones sustantivas. Los riesgos sistémicos que identifica obligan a las corporaciones a evaluar la naturaleza del contenido y a actuar sobre discursos legalmente protegidos. También obliga a las empresas a evaluar sus propias herramientas y mecanismos para distribuir y organizar el discurso legalmente protegido. Se podría argumentar que la DSA solo genera obligaciones con respecto a las acciones de las propias empresas, en lugar de las de los productores de contenido, pero los sistemas de las VLOPs y los VLOSEs están directamente diseñados para presentar, distribuir y curar contenido. Tanto la generación como la distribución de contenido son partes esenciales de las leyes y estándares de libertad de expresión

---

<sup>60</sup> European Commission Digital Services Act (n 4), artículo 35.

<sup>61</sup> Pietro Ortolani, “If You Build It, They Will Come”. The DSA “Procedure Before Substance” Approach’ in Joris van Hoboken and others (eds), *Putting the Digital Services Act Into Practice: Enforcement, Access to Justice, and Global Implications* (1st edn, Verfassungsblog gGmbH 2023); European Commission Digital Services Act (n 4), artículo 21.

ampliamente establecidos en todo el mundo. En las democracias que funcionan correctamente, limitar el alcance de un periódico fijando por ley su precio de venta o restringiendo el número de ejemplares que se pueden imprimir de un determinado libro o revista sería tan inconstitucional como censurarlo.

### ***Riesgos sistémicos y cumplimiento con los estándares de derechos humanos en materia de libertad de expresión***

La voluntad es relevante cuando intervienen actores no estatales, especialmente en lo que respecta al discurso. Por ejemplo, una plataforma de microblogging para y por dueños de cachorros podría establecer una regla que especifique “solo fotos de cachorros” sin suscitar preocupaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, si fuera impuesta por el Estado, la regla desencadenaría un mayor escrutinio fundado en derechos humanos, considerándola una posible vulneración de la libertad de expresión. La naturaleza del derecho afectado también es importante. Los derechos patrimoniales, por ejemplo, suelen ser más sencillos de limitar que aquellos considerados esenciales para el óptimo funcionamiento de las instituciones democráticas. Los tribunales constitucionales suelen mostrar una mayor deferencia hacia el legislador cuando este afecta los primeros que cuando incide sobre los segundos.

La DSA procura navegar estas importantes distinciones. Por un lado, otorga a las corporaciones un amplio margen para gestionar sus servicios como consideren oportuno; solo deben ser conscientes de, y gestionar, una serie de riesgos vagos que el legislador europeo identificó como “sistémicos”. No regula los derechos patrimoniales de las corporaciones (esa es tarea de la Ley de Mercados Digitales), pero tampoco pretende regular los derechos relativos al discurso. La DSA dice centrarse en los procesos más que en la sustancia. Sin embargo, la naturaleza de las empresas reguladas restringe los derechos de expresión. Cuestiones tan diversas como la desinformación y la información errónea, la venta de productos ilegales, las estafas en línea, la interferencia electoral, el discurso de odio y la discriminación, y el contenido que promueve el terrorismo incluyen, de manera bastante obvia, una dimensión de libertad de expresión que exige que evaluemos cuidadosamente si las restricciones basadas en el interés del Estado por combatir estos daños son necesarias en una sociedad democrática.<sup>62</sup> Si

---

<sup>62</sup> Tarlach McGonagle and Onur Andreotti, *Freedom of Expression and Defamation* (Council of Europe 2016)

la acción de una empresa sobre el contenido publicado por otras personas está directamente relacionada con un mandato del estado, esa restricción debería ser evaluada según el test tripartito. Y la distancia entre la acción y lo exigido — una distancia establecida intencionalmente— no resiste bien este análisis. El artículo 53(3) de la Carta Europea, directamente citado por la DSA, establece que los derechos que contiene se interpreten a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos.

**El principio de legalidad** — Toda restricción a la libertad de expresión debe estar prescrita por la ley. De acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cualquier restricción a la libertad de expresión debe estar “formulada con la suficiente precisión para permitir que el ciudadano pueda regular su conducta: debe ser capaz —si es necesario, con el asesoramiento adecuado— de prever, en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que una determinada acción pueda conllevar”.<sup>63</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adopta un estándar similar.<sup>64</sup> Las leyes que restringen la libertad de expresión “no [deben] conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación”.<sup>65</sup>

Sin embargo, la precisión jurídica absoluta no es la norma: “la experiencia demuestra que esto es inalcanzable”, y “si bien la certeza es muy deseable, puede traer consigo una rigidez excesiva y la ley debe poder adaptarse a las circunstancias cambiantes. En consecuencia, muchas leyes se formulan inevitablemente en términos que, en mayor o menor medida, son vagos y cuya interpretación y aplicación son cuestiones de práctica”.<sup>66</sup> En la actualidad, y a falta de una orientación adecuada por parte de la Comisión Europea, sigue sin estar claro cuál es el contenido de riesgo que las plataformas y los motores de búsqueda deben identificar y reducir para cumplir con sus obligaciones derivadas de los artículos 34 y 35 de la DSA.

---

12.

<sup>63</sup> *The Sunday Times v the United Kingdom (no 1)* [1979] ECtHR 6538/74, párr. 49.

<sup>64</sup> HRC, ‘General Comment No. 34 on Article 19 of the ICCPR’ (Human Rights Council 2011) CCPR/C/GC/34, párr. 25.

<sup>65</sup> Ibid; HRC, ‘General Comment No. 27 on Article 12 of the ICCPR’ (Human Rights Council 1999) CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, párr. 13.

<sup>66</sup> *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)* (n 63), párr. 49.

Quienes defienden el enfoque basado en riesgos en la DSA distinguen entre la claridad necesaria para restringir directamente el discurso y aquella requerida para exigir responsabilidad a las empresas por los daños generados por el discurso. Sostienen que la falta de claridad en las categorías de riesgos enumeradas en el artículo 34 y la ausencia de definiciones específicas de los riesgos podrían ser características, y no errores, del enfoque basado en riesgos en la DSA.<sup>67</sup> Introducen un nivel de flexibilidad que permite a las VLOPs, a las VLOSEs y a la Comisión Europea, iniciar un proceso iterativo en el que puedan fijar conjuntamente objetivos en función de sus crecientes capacidades y basarse en hallazgos previos. Esperan que esto fomente una suerte de diálogo regulatorio en el que el progreso se alcance de manera gradual. Por lo tanto, favorecen un marco flexible que responda mejor a la rápida y cambiante actividad del sector, lo que podría invalidar los sistemas más rígidos con normas estáticas y límites claros.<sup>68</sup>

Sin embargo, la DSA se ocupa de daños causados por categorías de expresión definidas en términos amplios y que son distribuidas, organizadas y curadas por empresas. Mientras haya personas que se expresen, existirán riesgos para el bienestar, la salud, la seguridad e incluso el disfrute de algunos derechos humanos tal como los concibe la DSA. Las plataformas no pueden mitigar completamente estos riesgos sin cesar sus operaciones por completo. Surgen entonces cuestiones complejas. ¿Cuánto de cada riesgo podría razonablemente permanecer sin reducir y cuáles son las métricas relevantes que deben utilizarse para cada uno? ¿Son las métricas igual de eficaces para encapsular estos riesgos que aquellas utilizadas para medir la aptitud del agua para el consumo humano? La expresión humana es inherentemente compleja: surgirán tensiones en torno al equilibrio adecuado entre la libertad de expresión y los intereses contrapuestos, la protección contra ciertos riesgos e incluso la frustración de los derechos humanos de terceros, o entre diferentes interpretaciones de la libertad de expresión, cuya adopción conduciría inevitablemente a resultados distintos.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Zohar Efroni, 'The Digital Services Act: Risk-Based Regulation of Online Platforms' [2021] *Internet Policy Review* <<https://policyreview.info/articles/news/digital-services-act-risk-based-regulation-online-platforms/1606>> accessed 24 November 2024.

<sup>68</sup> Justin Hurwitz, 'Regulation as Partnership' (2019) 3 *Journal of Law and Innovation* 1; Tim Wu, 'Agency Threats' (2011) 60 *Duke Law Journal* 1841 <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/duklr60&id=1857&div=&collection=>>>; Stuart Brotman, 'Communications Policy-Making at the FCC: Past Practices, Future Direction' (1988) 7 *Cardozo Arts & Ent LJ* 55.

<sup>69</sup> Ramiro Álvarez Ugarte, 'From Soft Law to Hard Law: Human Rights Impact Assessments in the Digital

El componente “sistémico” de los riesgos, ya en la fase inicial de implementación de la DSA, plantea desafíos adicionales. Aún no está claro si los aspectos sistémicos se refieren a los sistemas dentro de una sola empresa, a un grupo de empresas similares que juntas conforman un sistema, a un conjunto más amplio de empresas que incluye a los proveedores de hardware y software y sus consumidores, o a una interpretación incluso más amplia, como en el sistema formado por los medios y los agentes cuya interacción constituye una esfera pública habermasiana.<sup>70</sup>

Consultar la literatura sobre servicios financieros, de donde proviene la idea de “riesgo sistémico”, no resulta útil (ni la inspiración es prometedora, considerando el éxito de la regulación financiera para prevenir abusos y daños). Broughton Micova y Calef, tras analizar los mercados financieros, sugirieron que “la naturaleza sistémica del riesgo no solo se refiere al número de usuarios afectados por algún daño, sino que también se deriva de la forma en que los servicios de muy gran tamaño funcionan como espacios públicos y del potencial de efectos sobre los sistemas públicos debido a la escala y el papel de los servicios designados como VLOP y VLOSE”.<sup>71</sup> Sin embargo, este concepto sigue siendo una “categoría notablemente amplia” en el contexto de la DSA.<sup>72</sup> El artículo 34 no ofrece una definición y los investigadores discrepan al respecto.<sup>73</sup> Como señala Griffin, “existen profundos conflictos ideológicos y políticos sobre la naturaleza de estos conceptos esencialmente controvertidos”.<sup>74</sup> La ardua tarea de definir “interpretaciones específicas de cada área de riesgo sobre cómo se ve un fallo o la crisis sistémica y qué efectos contribuyen a ellos” aún está por

---

Services Act Era | TechPolicy.Press’ (*Tech Policy Press*, 20 June 2024) <<https://techpolicy.press/from-soft-law-to-hard-law-human-rights-impact-assessments-in-the-digital-services-act-era>> accessed 29 October 2024.

<sup>70</sup> Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (The MIT Press 1991).

<sup>71</sup> Sally Broughton Micova and Andrea Calef, ‘Elements for Effective Systemic Risk Assessment Under the DSA’ [2023] SSRN Electronic Journal 49 <<https://www.ssrn.com/abstract=4512640>> accessed 25 November 2024.

<sup>72</sup> Paddy Leerssen, ‘Outside the Black Box: From Algorithmic Transparency to Platform Observability in the Digital Services Act’ (2024) 4 Weizenbaum Journal of the Digital Society 24 <[https://ojs.weizenbaum-institut.de/index.php/wjds/article/view/4\\_2\\_3](https://ojs.weizenbaum-institut.de/index.php/wjds/article/view/4_2_3)> accessed 3 August 2024.

<sup>73</sup> Oliver Marsh, ‘Researching Systemic Risks Under the Digital Services Act’ (*Algorithm Watch*, 26 July 2024) <<https://algorithmwatch.org/en/researching-systemic-risks-under-the-digital-services-act/>> accessed 5 November 2024.

<sup>74</sup> Griffin (n 47).



delante.<sup>75</sup>

Si bien un enfoque flexible hacia la evolución de las tecnologías ofrece ventajas evidentes, la imprecisión de las categorías existentes otorga tanto a las empresas como a la Comisión Europea un amplio margen de discrecionalidad, que es precisamente lo que el principio de legalidad pretendía prevenir. Existe, por lo tanto, una tensión fundamental entre el enfoque basado en riesgos, tal como está definido en términos amplios en la DSA, y las reglas inamovibles y establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para evaluar las restricciones a la libertad de expresión. Esta tensión deberá resolverse en el futuro, ya sea insistiendo en la necesidad de claridad y precisión, o flexibilizando el principio de legalidad.

**El objetivo legítimo** — Esta es probablemente la parte más sencilla de superar del test tripartito para la DSA. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige que las limitaciones se justifiquen para poder alcanzar un fin legítimo y establece cuáles pueden ser esos objetivos legítimos. El TEDH ha sostenido reiteradamente que el artículo 10.2 ofrece poco margen para restringir la expresión política o el debate sobre cuestiones de interés público.<sup>76</sup> Sin embargo, el Tribunal también ha mostrado deferencia hacia el tipo de argumentos que los Estados suelen esgrimir para justificar medidas restrictivas. El requisito de que el Estado las justifique conforme a un “objetivo legítimo” ha sido a menudo fácil de satisfacer.<sup>77</sup>

Los daños derivados del discurso son reales, efectivos y, en muchos casos, graves. El impacto de la tecnología en el discurso público y en la sociedad en su conjunto sin duda merece atención. Las empresas tecnológicas deben rendir cuentas por el daño jurídicamente reparable que producen o al que contribuyen. Los Estados están autorizados a abordar dichos daños y a restringir la libertad de expresión cuando sea necesario, pero, en ese proceso, también están obligados a respetar este test tripartito. A su manera problemática (como se discutió en la

---

<sup>75</sup> Broughton Micova and Calef (n 71) 50.

<sup>76</sup> *Castells v España* [1992] Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11798/85; *Wingrove v United Kingdom* [1996] European Court of Human Rights 17419/90, HUDOC.

<sup>77</sup> Lorna Woods, ‘Freedom of Expression in the European Union’ (2006) 12 European Public Law 371, 376 <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Public+Law/12.3/EURO2006026>> accessed 5 November 2024.



sección anterior), la DSA ha invocado un conjunto de fines que, sin duda, son legítimos. Por lo tanto, pasamos rápidamente al siguiente paso del análisis.

**El test de necesidad y proporcionalidad** — Para ser compatibles con la Convención Europea de Derechos Humanos, las restricciones deben ser “necesarias en una sociedad democrática” y proporcionadas, lo que significa que deben corresponder a una necesidad social apremiante y ser proporcionadas a los fines legítimos perseguidos.<sup>78</sup> En el marco de la Convención, la proporcionalidad exige que las restricciones se adopten por los medios menos restrictivos para alcanzar los objetivos perseguidos por la regulación.<sup>79</sup> En el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la proporcionalidad requiere que las medidas no sean excesivamente amplias y que constituyan “el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado”.<sup>80</sup> Deben “guardar proporción con el interés que debe protegerse”.<sup>81</sup> Este principio debe respetarse tanto en la ley que establece la restricción como en los casos concretos en los que se aplica.<sup>82</sup>

La DSA establece que las evaluaciones de riesgos deben ser “proporcionadas a los riesgos sistémicos, teniendo en cuenta su gravedad y probabilidad”.<sup>83</sup> Y las medidas de reducción de riesgos también deben ser “proporcionadas”.<sup>84</sup> Sin embargo, en comparación con los estándares internacionales examinados, el marco de la DSA modifica la proporcionalidad en algunos aspectos relevantes. En primer lugar, al exigir que las obligaciones de los artículos 34 y 35 se cumplan de manera proporcionada a los riesgos identificados y notificados, la DSA se aparta de la concepción de la proporcionalidad propia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho europeo de los derechos fundamentales. Según las normas internacionales, la proporcionalidad contiene una dimensión objetiva, que exige utilizar los medios menos restrictivos posibles en cada ocasión. En virtud del artículo 35 de la

---

<sup>78</sup> McGonagle and Andreotti (n 62) 12.

<sup>79</sup> *Axel Springer Se And Rtl Television Gmbh V Germany* [2017] European Court of Human Rights 51405/12, HUDOC; *Perinçek v Switzerland [GC]* [2015] European Court of Human Rights 27510/08, HUDOC.

<sup>80</sup> HRC (n 64), párr. 34.

<sup>81</sup> Ibid, párr. 34.

<sup>82</sup> Ibid, párr. 34.

<sup>83</sup> European Commission Digital Services Act (n 4), artículo 34.

<sup>84</sup> Ibid, artículo 35.

DSA, las medidas de mitigación deben ser “proporcionadas” a los riesgos. Por lo tanto, cuanto mayor sea el riesgo (autoevaluado), más estrictas pueden ser las medidas de mitigación admisibles. En segundo lugar, la DSA externaliza la determinación de la proporcionalidad de las medidas de mitigación a las VLOPs/VLOSEs sin más orientación que la de afirmar, de forma redundante, que deben cumplir con sus obligaciones de evaluación y reducción de riesgos de forma proporcionada a los riesgos identificados. En tercer lugar, en vez de evaluar la proporcionalidad de cada decisión que afecta a la expresión (cada modificación de las condiciones de servicio, cada eliminación, cada degradación, etc.), examina la conducta de las plataformas en su totalidad. Esto dificulta enormemente la supervisión de la proporcionalidad de las decisiones de moderación de contenido de las plataformas fuera de los mecanismos internos de reclamaciones y de las entidades de resolución extrajudicial de litigios previstos en los artículos 20 y 21.<sup>85</sup> Las instrucciones establecidas en los artículos 13 y 14 del Acto Delegado sobre auditorías independientes están redactadas en términos generales y carecen de la granularidad y los matices necesarios para evaluar la proporcionalidad. Aunque las instrucciones exigen que los auditores evalúen la proporcionalidad, la razonabilidad y la eficacia, los indicadores identificados solo abordan esta última. No hay propuestas de indicadores para medir la proporcionalidad o la razonabilidad en relación con otros derechos humanos. Esta falta de indicadores concretos permite que los auditores trabajen con puntos de referencia radicalmente diferentes, por lo que las evaluaciones del desempeño de distintas VLOPs o VLOSEs podrían no ser comparables, incluso cuando algunas de ellas pudieran ser hasta cierto punto similares en sus funcionalidades.

Para ser justos, establecer parámetros de referencia a priori como solución única no sería necesariamente una idea mejor, ya que ello menoscabaría la capacidad de los auditores para contemplar los riesgos inherentes a plataformas de distinta naturaleza. Tiene sentido conformarse con expectativas más realistas en relación con el tipo de control que los auditores pueden ejercer sobre las plataformas. Quizá las auditorías sean útiles para determinar solo un aspecto de la proporcionalidad: si la narrativa presentada por las plataformas tiene sentido, es decir, si las medidas elegidas son efectivas frente al riesgo específico que

---

<sup>85</sup> Ibid, artículos 20 y 21.

pretendían mitigar y “reflejan la gravedad del riesgo para la sociedad y para los usuarios de la plataforma identificado por esta”.<sup>86</sup> Sin embargo, el proceso de auditoría parece inadecuado para evaluar si las medidas se encontraban entre los medios menos restrictivos para perseguir los mismos objetivos de política. Esto se ve agravado por el hecho de que el cumplimiento de los códigos de conducta voluntarios también se evalúa en las auditorías, conforme al artículo 37(1)(b).

### **Los incentivos en el sistema de gestión de riesgos de la DSA**

Toda legislación genera incentivos. Las leyes de inmunidad que marcaron la generación anterior de regulaciones de plataformas crearon incentivos para la autorregulación y el desarrollo de condiciones de servicio y de prácticas y técnicas de moderación de contenido cada vez más complejas. La DSA genera algunos incentivos problemáticos en relación con la moderación de contenido, los cuales ya hemos desarrollado. Sin embargo, puede tener otros impactos potencialmente igual de problemáticos que deben abordarse y monitorearse de cerca durante su implementación. El enfoque de la DSA que se basa en riesgos ha recibido críticas similares a las que se han hecho a otras regulaciones de procesos, que en muchos casos no han logrado provocar cambios reales y han causado decepción.<sup>87</sup> Nos gustaría centrarnos en dos cuestiones: la descentralización de los derechos que genera el enfoque basado en riesgos y el riesgo de “cumplimiento simbólico”.

**Los derechos pasan a un segundo plano** Detrás de toda decisión estatal relativa a una determinación jurídica del riesgo subyace la cuestión de qué es suficientemente seguro, lo que implica un juicio normativo o moral sobre la aceptabilidad del riesgo y la carga tolerable que quienes producen riesgos pueden imponer a otros.<sup>88</sup> La forma en la que los Estados evalúan este umbral de tolerancia “ofrece indicios sobre qué tipo de imágenes mentales están presentes y qué juicios morales guían las percepciones y elecciones de las personas” en ese

---

<sup>86</sup> Jeff Allen and Abigail Lawson, ‘On Risk Assessment and Mitigation for Algorithmic Systems’ (Integrity Institute 2024) 52–53 <<https://integrityinstitute.org/news/institute-news/risk-assessment>> accessed 25 November 2024.

<sup>87</sup> Nikolas Rose and Peter Miller, ‘Political Power Beyond the State: Problematics of Government’ (1992) 43 *The British Journal of Sociology* 173 <<https://www.jstor.org/stable/591464>> accessed 18 March 2024.

<sup>88</sup> Renn and Klinke (n 19) 209.

estado.<sup>89</sup> Interpretar los artículos 34 y 35 de la DSA bajo esta luz nos permite comprender la importancia relativa otorgada a los derechos fundamentales y humanos en comparación con otros riesgos generados por las grandes plataformas de internet. Consideramos que el resultado es insatisfactorio.

En efecto, la DSA modifica el marco de la regulación de plataformas. Los mandatos de identificación, evaluación y reducción de riesgos dentro de la DSA buscan alcanzar un equilibrio entre los intereses contrapuestos y a menudo contradictorios que intervienen en la gobernanza de las plataformas, como la innovación, los intereses comerciales, la protección de derechos y la protección de intereses estatales. Adopta una postura flexible para permitir la operación de distintos tipos de plataformas y el desarrollo de diferentes enfoques y modelos de negocio. La premisa del gerencialismo regulatorio es que las empresas poseen la pericia y el conocimiento que los reguladores no tienen. Es esta asimetría informativa lo que la flexibilidad normativa pretende superar.

Esta reformulación, sin embargo, no exime a las normas resultantes del escrutinio en materia de derechos humanos y fundamentales. De Gregorio sostiene que el enfoque basado en riesgos impulsado por la UE en la DSA (también en el Reglamento General de Protección de Datos y en la Ley de IA) no solo puede coexistir, sino que también está íntimamente conectado con un enfoque basado en los derechos.<sup>90</sup> Sin embargo, según esta interpretación, los riesgos sustituirían a los derechos como el criterio principal para evaluar todos los otros aspectos de la ley. Esto relega los derechos a un segundo plano: se convierten en una categoría de riesgo, como muestra el artículo 34. Los derechos asumen una nueva función: quedan “integrados” en el análisis de riesgos y se pueden “gestionar” o medir utilizando las mismas categorías analíticas.

Este cambio implica una reestructuración de las prioridades políticas. El enfoque basado en riesgos de la DSA resta importancia al análisis de derechos humanos y reemplaza la evaluación de proporcionalidad, que evalúa las regulaciones estatales de acuerdo a estrictos requisitos que las justifiquen, por un proceso de evaluación de riesgos, en el que los derechos son solo un interés más

---

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> Giovanni De Gregorio, ‘How Does Digital Constitutionalism Reframe the Discourse on Rights and Powers?’ (*Ada Lovelace Institute*, 7 December 2022) <<https://www.adalovelaceinstitute.org/blog/digital-constitutionalism-rights-powers/>> accessed 12 November 2024.

a tener en cuenta junto con otros intereses y preocupaciones contrapuestos. En este ejercicio, los derechos ya no ocupan una posición preferente. Con cuantiosas multas a la vista,<sup>91</sup> las empresas tienen incentivos, en el marco de la DSA, para inclinarse hacia la reducción excesiva; simplemente no pueden permitirse el lujo de reducir los riesgos de forma insuficiente y ser declaradas incumplidoras. En términos de gestión de riesgos, los riesgos legales de la reducción insuficiente son mucho mayores que los de la alternativa. Parece más seguro sobreestimar los riesgos que sobreestimar los derechos. Los auditores no serán de gran ayuda, ya que es poco probable que dispongan de la información necesaria para cuestionar a las empresas en sus propias evaluaciones de riesgos. Las auditorías quizás solo puedan mostrarnos si las medidas de mitigación adoptadas por las empresas son eficaces para abordar los riesgos declarados en sus informes de riesgo. No hemos visto ninguna investigación o solicitud de información abierta sobre la base de que una empresa se haya excedido en la protección de la salud pública o el discurso cívico, y tampoco prevemos que las haya. En última instancia, unas condiciones de servicio más restrictivas pueden atribuirse a políticas más estrictas de las empresas y, al ser privadas y voluntarias, pueden considerarse independientes de sus obligaciones legales.

Los reguladores tienen cierta capacidad para prevenir que esto ocurra. Si la DSA propone un diálogo regulatorio de cara al futuro, los reguladores podrían oponerse a las empresas que sobreestiman los riesgos. No es un escenario completamente imposible, pero parece improbable considerando los factores políticos e ideológicos actuales, incluyendo la centralidad de los riesgos y la vulneración de derechos, la ausencia del Estado como actor potencialmente amenazante en el panorama de la DSA y la falta de preocupación por la eliminación excesiva. Estos factores limitan las posibles soluciones a este problema a los sistemas de apelación de las plataformas, los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos y la aplicación privada de la DSA, impulsada por creadores de contenido individuales o su público.

**Los derechos como meras formalidades** Las tendencias hacia la “gerencialización” [managerialization] y “procedimentalización” de los derechos humanos a través de regulaciones que establecen obligaciones de debida diligencia

---

<sup>91</sup> European Commission Digital Services Act (n 4), artículos 74, 76.

plantean nuevos desafíos. Uno de ellos está vinculado a los Principios Rectores de la ONU como antecedente de la DSA, un enfoque que ha demostrado ser limitado y que introduce una “distorsión” en la idea misma de los derechos humanos como instituciones jurídicas. En muchos sentidos, en el marco de los Principios Rectores, los derechos humanos se ven privados de algunas de sus características esencialmente jurídicas, como los “mecanismos de cumplimiento, la responsabilidad y las sanciones”.<sup>92</sup> Si bien la DSA reintroduce el derecho, persisten las deficiencias previamente identificadas.

Uno de los desafíos que aún quedan por delante, y que quienes están a cargo de implementar la DSA deberían considerar cuidadosamente, es el riesgo que Lauren Edelman denominó de “cumplimiento simbólico”: cuando las corporaciones aprovechan los derechos reconocidos en leyes y otras regulaciones como oportunidades para desarrollar medidas ritualistas pero ineficaces, tales como asignar recursos, crear cargos y elaborar procedimientos que, en última instancia, no logran producir un cambio de conducta significativo.<sup>93</sup> En estos procesos, ciertos actores dentro de las corporaciones adquieren poder, pero su impacto en la toma de decisiones corporativas es, en el mejor de los casos, limitado.<sup>94</sup>

El hecho de que los enfoques de gestión de riesgos se estén convirtiendo, bajo el peso de la DSA, en una forma de derecho imperativo plantea una serie de interrogantes que permanecerán abiertos a medida que las organizaciones cumplan y se adapten al diálogo regulatorio que promete la ley. Por ejemplo, es probable que la flexibilidad de las evaluaciones de riesgo en el marco de los Principios Rectores de la ONU se pierda bajo la presión de las regulaciones reales que las empresas deberán cumplir (y no tendrá sentido que estas desarrollen procedimientos de evaluación de riesgo diferentes). El derecho escrito termi-

---

<sup>92</sup> Ramiro Álvarez Ugarte, ‘Bad Cover Versions of Law. Inescapable Challenges and Some Opportunities for Measuring Human Rights Impacts of Corporate Conduct in the ICT Sector’ (2024) preprint, under review.

<sup>93</sup> Edelman (n 28).

<sup>94</sup> John W Meyer and Brian Rowan, ‘Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony’ (1977) 83 *American Journal of Sociology* 340 <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/226550>> accessed 10 September 2024; Tricia Olsen and others, ‘Human Rights in the Oil and Gas Industry: When Are Policies and Practices Enough to Prevent Abuse?’ (2022) 61 *Business & Society* 1512 <<https://doi.org/10.1177/00076503211017435>> accessed 11 September 2024.

nará imponiéndose sobre las prácticas corporativas voluntarias.<sup>95</sup> Muchas empresas que desarrollaron APIs [Interfaz de Programación de Aplicaciones] para fomentar servicios de desarrolladores, por ejemplo, las cerraron bajo el peso del GDPR. ¿Podría ocurrir algo similar bajo la DSA? Es probable que las empresas creen nuevos cargos y ajusten su organización a las nuevas leyes. También trabajarán bajo un modelo de cumplimiento normativo.<sup>96</sup> Sin embargo, esto podría ser solo simbólico si se atribuye a la investigación previa una función predictiva. Esto convertirá los derechos humanos en meras formalidades que deben seguir en un ejercicio de cumplimiento. El hecho de que aparezcan en una posición algo secundaria frente a la primacía de los riesgos en la DSA agrava la situación, y el carácter imperativo de la ley no parece capaz de impedir que esta dinámica se desarrolle.<sup>97</sup>

## Conclusión

La primera generación de regulaciones de internet, un modelo que tenía como pilar la inmunidad absoluta para las empresas de internet, nos condujo a una crisis. Se está desarrollando un nuevo modelo, cuyo ejemplo más destacado es la DSA. Las exigencias son mayores para las VLOPs y los VLOSEs. Si bien conservan su inmunidad condicionada, ahora están sujetas a un nuevo conjunto de exigencias de diligencia debida y transparencia que puede hacerlas responsables en caso de incumplimiento. La Unión Europea está liderando este nuevo experimento de exigir a las empresas que rindan cuentas por las consecuencias de sus actividades. Esta nueva regulación generó un debate complejo y necesario sobre cómo podría ser la rendición de cuentas de las empresas tecnológicas y cómo podría hacerse efectiva. También sacó a la comunidad multisectorial del estancamiento de la gobernanza de plataformas y nos obligó a analizar y generar

---

<sup>95</sup> European Commission Digital Services Act (n 4), artículo 41.1.

<sup>96</sup> Daphne Keller, 'The Rise of the Compliant Speech Platform' (*Lawfare*, 16 October 2024) <<https://www.lawfaremedia.org/article/the-rise-of-the-compliant-speech-platform>> accessed 5 November 2024.

<sup>97</sup> Caroline Omari Lichuma, 'Mandatory Human Rights Due Diligence (mHRDD) Laws Caught Between Rituals and Ritualism: The Forms and Limits of Business Authority in the Global Governance of Business and Human Rights' [2024] *Business and Human Rights Journal* 1 <<https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/mandatory-human-rights-due-diligence-mhrdd-laws-caught-between-rituals-and-ritualism-the-forms-and-limits-of-business-authority-in-the-global-governance-of-business-and-human-rights/E8578EFE441CA76E61E461B0F2045A6D#fn3>> accessed 5 November 2024.



consenso para la adopción de nuevos términos técnicos y estándares para esta industria. La DSA, por lo tanto, ya ha sido eficaz en muchos sentidos.

Sin embargo, durante la etapa de implementación, es necesario interpretar y desarrollar el significado de los nuevos términos. Se identificarán las mejores prácticas del sector y los informes de evaluación de riesgos obligatorios proporcionarán, idealmente, información más detallada sobre las estructuras y prácticas de moderación y curación de contenido dentro de las empresas. La atención mundial estará puesta en Europa para comprobar si el modelo cumple lo que promete.

Este trabajo ha intentado abordar una serie de interrogantes abiertos e identificar tensiones inherentes al enfoque basado en riesgos adoptado por la DSA que podrían obstaculizar su eficacia y tener un impacto más amplio en la concepción del derecho a la libertad de expresión en Europa y otros países. Si bien algunos de los desafíos identificados podrían resolverse durante la implementación o mediante litigios, otros probablemente no. Sin embargo, estos últimos pueden ser importantes en la medida en la que la DSA se convierta, voluntaria o inadvertidamente, en un modelo para los documentos internacionales de soft law y legislación comparada.

Como analizamos, este enfoque no es la consecuencia lógica de aplicar los Principios Rectores de la ONU al sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, ni es totalmente coherente con los estándares internacionales de derechos humanos en materia de libertad de expresión. Relega los derechos a un segundo plano y los sustituye por el análisis de riesgos y las nuevas técnicas de gobernanza asociadas a este concepto. Los derechos humanos pasan a formar parte de los procesos de evaluación de riesgos, lo que minimiza su importancia y eficacia, al tiempo que utiliza su lenguaje y terminología para legitimar el nuevo paradigma.

Las etapas de ejecución de la DSA, sin embargo, ofrecen oportunidades para devolver los derechos al centro y hacer que este nuevo paradigma funcione. En primer lugar, la Comisión Europea debería emitir directrices que delimiten el alcance de las obligaciones de diligencia debida de las empresas en virtud de los artículos 34 y 35 de la DSA. Por otro lado, e incluso en ausencia de estas, al evaluar los riesgos relacionados con el contenido que se derivan de sus operaciones, las VLOPs y los VLOSEs deberían desarrollar los términos abiertos y las obliga-

ciones genéricas, vinculándolos a los marcos jurídicos existentes. Por ejemplo, la interpretación de “violencia de género” y “protección de menores” debería vincularse al texto de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y a la de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, así como a todo el corpus de soft law y hard law derivado de los tratados pertinentes de los sistemas internacional y europeo de protección de los derechos humanos, y a la interpretación y aplicación a casos concretos por parte de los tribunales y comités competentes. Además, independientemente de su ausencia en el artículo 34, las empresas deberían identificar y evaluar, si corresponde, cualquier riesgo derivado de la acción estatal, incluidas las órdenes de eliminación y los intentos más sutiles de “jawboning”, en sus informes conforme a la DSA.

Desde una perspectiva de libertad de expresión, la expansión indirecta del discurso que debe ser regulado por el Estado es incompatible con los estándares internacionales aceptados. Bajo el peso de los riesgos sistémicos, el contenido perfectamente legal queda sometido a los mecanismos indirectos de gobernanza del discurso de la DSA. La DSA permite al Estado alcanzar, mediante el enfoque basado en riesgos, lo que no podría hacer legítimamente mediante una forma de regulación más directa y tradicional. Si bien el enfoque basado en riesgos para la regulación de las VLOPs y VLOSEs responde a nuevas fuentes potenciales de daño, abordar cuidadosamente el volumen, la velocidad y la permanencia como fuentes posiblemente independientes de daño jurídicamente reparable podría ser un primer paso en la dirección correcta.<sup>98</sup> Hasta ahora, el volumen, la velocidad y la permanencia se han tratado de manera indirecta por los Estados, y las leyes actuales no los consideran como fuentes independientes de daño, sino como elementos para determinar los recursos legales. Discutir abiertamente estas cuestiones permitirá un diálogo más sincero y productivo dentro de la comunidad de gobernanza de plataformas. Sin embargo, esto llevará a la necesidad de repensar, como dice Post, algunos fundamentos de la libertad de expresión, como la causalidad, por ejemplo.

Una buena política democrática, en cada uno de los estados de la Unión, deberá centrarse en el grado en el que la DSA cumple su doble promesa de libertad y seguridad. De lo contrario, prevemos un considerable rechazo, impul-

---

<sup>98</sup> Del Campo (n 38).

sado principalmente por ciudadanos y particulares preocupados. Si bien es prematuro, podemos imaginar un futuro en el que la DSA incorpore obligaciones tanto para los Estados como para las empresas, especialmente salvaguardas para prevenir abusos de los mecanismos de aplicación de la ley y la identificación específica de las acciones estatales que contribuyen a los “riesgos sistémicos” que las empresas deben abordar. Además, restringir los riesgos de la DSA a los propuestos en el marco de los derechos humanos, acercándola así a los Principios Rectores de la ONU, probablemente haría que toda la iniciativa fuera más limitada y viable.