

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INFLUENCER THE CIVIL LIABILITY OF THE INFLUENCER

Patricio Alejandro Berreta¹
Universidad San Pablo-Tucumán (USP-T)

Recibido: 30/05/2023 - Aceptado: 18/10/2023

Resumen: El incremento del uso de las redes sociales ha posibilitado que cualquier individuo común pueda convertirse en influencer y, por añadidura, adquirir un gran poder de convencimiento. El proyecto de ley sobre el régimen legal de los influencers, en curso desde el año 2020, considera que la responsabilidad del influencer radica en su capacidad de generar publicidad; por consiguiente, solo responden si violentan derechos de consumidores o atentan contra alguna de las reglas de la publicidad. En este trabajo argumentaré que este abordaje es insuficiente. Es peligroso considerar a la influencia únicamente como una herramienta de marketing. Por el contrario, expondré que es necesario considerar a la influencia como un hecho que puede dar lugar a la responsabilidad civil en sentido amplio. Para desarrollar esta tesis presentaré un esquema de varios casos típicos de daños ocasionados por influencers, que poco o nada tienen que ver con la publicidad, y que deben dar lugar a la función reparadora, más allá de la hermética relación de consumo.

Palabras clave: Influencer – Derecho – Daño – Responsabilidad – Consumidor – Redes sociales – Publicidad – Regulación – Internet – Casos

Abstract: The increase in the use of social media has made it possible for anyone to become an influencer and, consequently, acquire great power of convincing. The bill on the legal regime of influencers, in progress since 2020, considers that the influencer's responsibility lies in their ability to generate publicity; therefore, they only respond if they violate consumer rights or go against any of the advertising rules. In this paper, I will argue that this approach is insufficient. It is dangerous to consider influence only as a marketing tool. On the contrary, I will explain that it is necessary to consider influence as a concept that can give rise to civil liability in a broad sense. To develop this thesis, I will present a diagram of several typical cases of damage caused by influencers, which have little or nothing to do with advertising, and which must give rise to the

¹ pberreta@uspt.edu.ar

repair function, beyond the hermetic relationship of consumption.

Keywords: Influencer – Law – Damage – Liability – Consumer – Social media – Advertising – Regulation – Internet – Cases

I. Introducción

En la actualidad, el nivel de incidencia que tienen los influencers en la sociedad no está siendo debidamente analizado en el debate jurídico. Precisamente, y como veremos en las páginas siguientes, tanto los investigadores como los juristas consideran que el campo de acción del influencer se limita a su capacidad para generar publicidad, por consiguiente, solo responden -en su condición de influencer- si violentan los derechos de los consumidores o atentan contra alguna de las reglas de la publicidad.

Sin embargo, considero que tal apreciación es incompleta porque el influencer, en virtud de su capacidad para influir y modificar el comportamiento, es capaz de ocasionar daños que salen de la esfera de la publicidad, por ejemplo, daños fundados en el fraude a las empresas, en la mentira a los seguidores, en la difamación, la apología del delito, en las recomendaciones de uso, en la generación de estafas, etcétera. Así pues, el objetivo de este artículo es explorar y argumentar la necesidad de establecer un marco legal que aborde la responsabilidad civil de los influencers en una variedad de situaciones y no solo en el contexto de la publicidad.

Lógicamente que para mayor comprensión es necesario definir al influencer. A groso modo y como primera característica, podemos deducir que el influencer es un sujeto que posee la capacidad de influir en el comportamiento. Influir es generar cierto efecto en alguien de manera que actúe de forma distinta.² Dicha influencia puede traducirse en formas de vestir o lucir, la realización de actividades, la utilización de cosas, etcétera. Si bien el término *influencer* puede resultarnos propio de la era digital, lo cierto es que convivimos con estas personalidades desde hace mucho tiempo, por ejemplo, en la década de 1920 la marca Coca Cola utilizaba la figura de Papá Noel o Santa Claus como indicativo de que era bueno tomar esa bebida; Marilyn Monroe fue la protagonista de una campaña de cosmética como símbolo de lo bello; Michael Jordan sería la figura viviente de las bondades de usar las zapatillas *Air*. Vale

² <http://www.rae.es/dpd/influenciar>

decir que la noción de *sentirse influenciado* y el consecuente cambio de actitud y comportamiento, no resulta de una práctica novedosa en la sociedad.

A partir del año 2000, los avances tecnológicos y la explosión de internet, permitieron la gestación de la cultura de los influencers digitales. Tengamos presente que, gracias a internet, cualquier pensamiento puede ser compartido en la red y dejado a disposición de algún interesado, por lo general sin costo alguno (más que el de pagar el servicio de internet local), ya que internet es libre. Así, surgieron los sitios de tipo Blog, donde un sujeto podía contar su experiencia y compartir consejos, trucos, ideas, etc. Acto seguido, comenzaron a construirse comunidades de opinión en torno al tema. Finalmente, aparecieron perfiles que destacaban sobre el resto, generando tendencia, ya sea por su creatividad o credibilidad. Estos serían verdaderos líderes de opinión digitales, los cuales iban incorporando seguidores a medida que se unían más usuarios. Se hace visible una segunda característica: la habilidad de comunicar y vincularse con las personas.

Martínez Medrano afirma que “el influencer es una persona que incursiona en redes sociales de manera activa y cuyo primer objetivo es darse a conocer y generar una red de seguidores. A partir de su fama o reconocimiento, descubre la posibilidad de monetizar las redes sociales y adquirir una nueva fuente de ganancias económicas” (Martínez Medrano, 2020, p.45). Por su parte, Romo Álvarez y Ochoa Herrera (2020) plantean el concepto de modelo significativo aplicable a los influencers asegurando que cualquier persona que sea significativa para otra creará un efecto replicador de conductas, las que pueden ser positivas o negativas.

De los párrafos precedentes podemos arribar a un concepto: *el influencer es un sujeto capaz de influenciar a las personas en las redes sociales a partir de sus habilidades para comunicar y vincularse, generando tendencias que son copiadas por sus seguidores.*

Ahora bien, nuevas formas de comunicación y avances tecnológicos traen aparejadas nuevas formas de negocio. Es aquí donde los influencers capitalizan su poder de llegada gracias a internet. El negocio se compone de dos pilares fundamentales, el primero es la publicidad y el marketing de influencers, que es donde el influencer presta su imagen y/o su canal para determinadas campañas publicitarias, recibiendo una retribución al respecto. El segundo tiene que ver con crecer en la red, es decir, mantener un buen número de visitas y reproducciones en

su canal. Este último punto se explica en el sentido de que las propias redes sociales (Instagram, Youtube, Twitch, etc.) pagan a los influencers de acuerdo al *engagement*³ que estos últimos generan en la gente, comprometiéndolos y manteniéndolos fieles al uso de la aplicación, lo que en la jerga se conoce como *monetizar*.

De ahí que las mieles de este negocio alcanzan cifras muy por encima de los empleos convencionales, por ejemplo, de acuerdo a datos obtenidos del sitio Social Blade⁴ (que desde 2008 rastrea estadísticas en redes sociales), los argentinos Bri Domínguez y Matías Botero, con más de 1 millón de suscriptores cada uno, perciben un promedio mensual de US\$5.000. Por su parte, Jorge Pinarello, creador del canal “Te lo resumo” (6,2 millones de suscriptores) embolsa US\$40.000. Es por ello que, lo que empezó originalmente como un hobby, se vuelve un oficio cada vez más codiciado.

Es importante entender que el incremento de uso y expansión de las redes sociales posibilita que cualquier individuo pueda convertirse en influencer y, por añadidura, adquirir un poder de convencimiento. Aquí es donde se hace visible la falta de reglas claras y el derecho se vuelve caótico ya que, desde hace casi dos décadas, la actividad del influencer bambolea por el ordenamiento jurídico sin ser enmarcada o calificada dentro de algún precepto legal y esto se debe a que los términos *youtuber*, *instagrammer* o *influencer* per se son extraños para el derecho, pero no así para la sociedad.

A partir del art. 19 de la Constitución Nacional,⁵ Argentina suscribe los principios de Ulpiano, en especial el *alterum non laedere* o deber de no dañar al otro. Sin embargo, ese deber en el caso del influencer, no está especificado debido a que la situación es novedosa y a una falta de acción por parte de los juristas. Es menester de los juristas identificar las acciones típicas que podrían ocasionar un daño.

Por ejemplo, muy comunes son en el mundo de las redes los sorteos y, más aún en estos tiempos, las campañas solidarias. Si

³ Término que refiere a que lo que diga el influencer sea valorado por la audiencia para generar un cambio de comportamiento. (<http://laverbenalab.com/que-es-el-engagement-en-redes-sociales/>)

⁴ <http://socialblade.com>

⁵ Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

un influencer fomenta una campaña solidaria, imaginemos el drama que ocasionaría que, luego de recaudados los fondos, por alguna razón, no pueda llevarse a cabo la campaña o simplemente el influencer se quede con el dinero aportado por sus seguidores. En este aspecto, si una persona sufre o produce un daño actuando bajo influencia, ¿Qué cuota de responsabilidad recae en el influencer?

De acuerdo a Ossola (2016), responder significa dar cada uno cuenta de sus actos. En el ámbito de las relaciones jurídicas, el vocablo responsabilidad importa la atribución de un deber jurídico en la cabeza de una persona quien, porque el ordenamiento así lo dispone, debe dar respuesta mediante la realización de una conducta que le es impuesta. Ser responsable, pues, se predica de cualquier sujeto gravado con un deber jurídico determinado: si se *debe*, se es *responsable*. En este orden de ideas, la responsabilidad civil es el conjunto de deberes jurídicos que se imponen a quien ha causado injustamente un daño a otro a fin de repararlo o castigar económicamente la conducta disvaliosa, y también a quien debe evitarlo a fin de impedir que el daño suceda.

Alfredo Orgaz (2004) distingue entre perjuicios jurídicos y perjuicios de hecho argumentando que damnificadas por el acto ilícito (y titulares de la indemnización) son solamente las personas que han sufrido un perjuicio jurídico: éste existe cuando han sido afectados sus derechos, provenientes de la ley o de un contrato, o cuando el acto ilícito ha impedido la adquisición inmediata de un derecho. Por el contrario, “el simple perjuicio de hecho, que resulta de las repercusiones desfavorables del acto ilícito, no basta, porque estas repercusiones son las comunes a todo acto dentro de la vida social: son siempre numerosísimas las personas que sufren o se benefician de hecho por los contragolpes y las irradiaciones de los sucesos desdichados o afortunados ocurridos a otro, y de esto nadie puede válidamente quejarse ni puede ser objeto de reclamación alguna” (Orgaz, 2004, p. 3).

Entonces, desde la tesis de Orgaz se podría rechazar la pretensión hacia un influencer dado que, y retomando el ejemplo de la campaña solidaria, si asumimos que los seguidores no tienen ninguna obligación de realizar la contribución, ni tampoco la certeza de que el influencer va a cumplir con lo prometido, como no existe una demanda por incumplimiento de sus obligaciones como influencer, nada puede reclamarse a este.

No obstante, si el influencer, por antonomasia, tiene la habilidad de cambiar el comportamiento o impactar en las decisiones de sus seguidores ¿Sería correcto afirmar que no tiene responsabilidad por los daños causados? En otras palabras, ¿es justo concluir que no existen deberes jurídicos del influencer respecto a la sociedad en general? Y si los hubiera, ¿Cuáles son?

Opino que debe existir un derecho de responsabilidad civil del influencer que permita llegar a soluciones justas aplicables a varias típicas situaciones problemáticas de su quehacer. Son notables los daños que la gente sufre por la actividad irresponsable de los influencers, lo que invita a los juristas a pensar posibles *deberes de cuidado* de los influencers. El cometido de este trabajo es identificar esos deberes.

En el año 2020 se presenta en el Congreso de la Nación el *Proyecto de Ley sobre Régimen Legal para Influenciadores o Influencers*, y si bien inicia el camino hacia una regulación, estimo que el compendio normativo propuesto es insuficiente, en tanto tiene por único fin regular la actividad del influencer desde el punto de vista de la publicidad.

En sintonía con el proyecto de ley, la mayor parte de la doctrina analiza al influencer en términos publicitarios, aplicando la ley 24.240⁶ (Defensa del Consumidor) y proponiendo idénticas soluciones a fin de evitar que sus expresiones sean consideradas como publicidad encubierta (revelar la vinculación que tiene con el anunciante, advertir que el contenido difundido es una publicidad comercial y paga, utilizar hashtags, etc.).

De esta manera, Vidal Beros define a los influencers como “personas que tienen la capacidad de influir en el comportamiento de consumidores de manera mucho más incisiva que la publicidad tradicional, y de ahí que los fabricantes y las marcas se fijan en ellos para la promoción de sus productos y servicios” (Vidal Beros, 2021, p. 94). Cruz Matteri puntualiza que “los influencers son personas físicas que, actuando bajo su nombre o un pseudónimo, de forma habitual y en una red social, ostentando un grupo de seguidores directos e indirectos, realizan recomendaciones sobre el consumo de bienes, servicios, tendencias, moda y estilo de vida” (Cruz Matteri, 2022, p. 2). En ese orden de ideas, Gullelmotti asegura que “está comprobado que los influencers suelen marcar

⁶ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

tendencias y son muchas las marcas que los utilizan para promocionar sus productos, por cuanto sus seguidores tienden a adquirir los productos que ellos utilizan o promocionan” (Gullelmotti, 2020, p. 5).

Lo interesante de la doctrina que aboga por el influencer y la publicidad es que dentro de su propio argumento se deduce la posibilidad de estudiar al influencer fuera de la Ley de Defensa del Consumidor. Así, por ejemplo, Vidal Beros, al concluir su presentación, sostiene la necesidad de regular la actividad que, cito “en la actualidad se encuentra bajo la lupa del Derecho marcario, impositivo, de la competencia desleal, del Consumo y a nivel de Derechos Fundamentales” (p.100). Si hablamos de derechos fundamentales, se amplía el campo de repercusión del influencer, yendo más allá de la publicidad. Por su parte, Capucci destaca que “la diferencia entre una expresión de cualquier persona respecto de un bien y una publicidad comercial finca en la finalidad que guía el actuar de quien difunde un contenido. La opinión o el relato de una experiencia busca informar o comunicar un suceso, la publicidad siempre busca dirigir una conducta de consumo” (Capucci, 2018, p. 3). En virtud de ello, en caso de que se trate de una mera opinión desinteresada y no promovida por un anunciante, independientemente de que exista o no un beneficio para el influencer por la actividad realizada, no podrá aplicarse el plexo normativo que ampara al consumidor.

La metodología para esta investigación consistirá en el estudio de casos reales en los que los influencers hayan sido objeto de controversias jurídicas. Esto nos permitirá examinar cómo se aplican las leyes y las regulaciones existentes a situaciones específicas y evaluar la responsabilidad en contextos concretos mediante el análisis de jurisprudencia relevante y revisión de doctrina legal. Además, el análisis casuístico servirá de precedente para establecer estándares que permitan identificar las conductas típicamente irresponsables que podrían causar daños y nos lleven a concluir que la publicidad ilícita es solo la punta del iceberg.

II. *influencers y la publicidad*

La publicidad puede definirse como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes y servicios” (Perez Bustamante, 2014,

p. 695). A su vez, indica la autora que el mensaje publicitario se compone de dos elementos: el objetivo, constituido por la información concreta sobre el bien o servicio; y el subjetivo, identificado con la creatividad y aquello que decora la presentación del bien (p. 696). Ambos elementos buscan persuadir al consumidor sobre la conveniencia de la adquisición.

Según jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial⁷, desde el punto de vista del oferente, la publicidad es un medio para captar clientela y promover sus bienes y servicios; desde el punto de vista del consumidor, la publicidad es el medio de acceso a la información sobre la existencia y característica de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado.

Ahora bien, la expansión del uso de las redes sociales y la caída de la publicidad tradicional, comienza a consolidar al influencer digital como el medio más efectivo para llegar a los consumidores, dando origen al marketing de influencers como aquella forma publicitaria que consiste en que una figura digital avale determinado producto o servicio.

Conforme a un estudio de *Influency*⁸ (plataforma dedicada al marketing y gestión de influencers), aproximadamente 17 millones de argentinos usan Instagram, lo que representa casi el 40% de la población del país, enfocándonos solo en esta red social. Por su parte, *Influencer Marketing Hub*⁹ afirma que en el mundo la mayoría de las marcas poseen un presupuesto destinado exclusivamente al marketing de influencers, lo que dio como resultado en 2022 que la industria registrara un balance de 16.4 mil millones de dólares. A pasos agigantados, los influencers se van convirtiendo en los intermediarios más importantes y esto encuentra su fundamento en que, en la actualidad, las opiniones de los influencers generan mucha más confianza que la promoción directa de las empresas. A partir de ello, el marketing de influencers se traduce en mejor reputación para la marca, como también fidelización de los consumidores. Es menester, entonces, tener criterio al momento de elegir un influencer.

⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial – Sala B. BALBI, MARIA LUCIA c/ ALMUNDO.COM S.R.L. s/ ORDINARIO (Expte. 2810/2018). Sent. Fecha 05/11/2021.

⁸ <http://influency.com/es/recursos/estudios/el-mayor-estudio-de-influencers-de-latinoamerica>

⁹ <http://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report/>

De acuerdo a la consultora *IAB Spain*¹⁰, a la hora de elegir un influencer se tiene en cuenta su tasa de credibilidad (impacto sobre un público real), tasa de alcance real (porcentaje de seguidores por campaña realizada), tasa de engagement (interacciones voluntarias de los seguidores a partir de una campaña), tasa de videos vistos completos (mide el porcentaje de seguidores que han visto el video entero), tasa de retención (mide si un mensaje ha sido percibido de acuerdo a su posicionamiento en el feed), tasa de patrocinio (compara las impresiones realizadas gracias a la campaña respecto a las normales o sin la campaña).

Del acápite anterior se desprende que el tener muchos seguidores no necesariamente es un requisito excluyente para considerarse influencer. En este sentido, numerosos especialistas en marketing digital consideran que solo basta crear contenidos sobre temas que generen intereses, tener la capacidad de retención suficiente a partir de la creatividad y credibilidad, que el mensaje tenga cierta resonancia, es decir, que genere opinión, comentarios, conversaciones, etcétera y, finalmente, que lo que el influencer publica sea valorado por la audiencia de manera tal que sea posible la virtualidad de generar cambios de comportamiento.

En síntesis, la sociedad actual convive con la influencia y las empresas toman nota y actúan en consecuencia. Imaginemos la importancia para un empresario de contar con personas que tienen la destreza de cambiar el comportamiento y las decisiones de compra, ya sea a favor de la propia marca o en contra de la competencia. Sin embargo, los cambios en las dinámicas publicitarias conllevan a nuevas formas de prácticas ilícitas contra los consumidores, por lo que se vuelve necesario afianzar la seguridad al consumidor.

II. 1. *El Proyecto de Ley*

El 30 de junio de 2020 se presenta en el Congreso de la Nación el proyecto de ley¹¹ para comenzar a controlar la actividad de los influencers, el cual consta de 15 artículos anexados a un escrito con fundamentos remarcando la necesidad de la sanción del proyecto.

¹⁰ <http://iabspain.es/estudio/como-lanzar-la-campana-de-influencers-perfecta/>

¹¹ RÉGIMEN LEGAL PARA INFLUENCIADORES O INFLUENCERS EN SERVICIOS PUBLICITARIOS DIGITALES Y EN REDES DE TELECOMUNICACIONES POR VÍA ELECTRÓNICA EXPTE 1358/20. <http://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1358.20/S/PL>

El artículo primero indica “el objeto de la presente ley es regular la actividad del influenciador o influencer en cuanto realiza servicios publicitarios digitales, en las redes de telecomunicaciones por vía electrónica, sus derechos y obligaciones, así como el régimen sancionador aplicable”. Así pues, vemos que el proyecto se enfoca a la protección del consumidor como sujeto vulnerable por la actividad del influencer. No obstante, considero que el proyecto limita al influencer, en tanto no admite otro tipo de accionar más allá de la publicidad digital o bien considera que solo existe un tipo de influencer: el que hace publicidad. Esto, desde mi perspectiva, no aborda completamente la diversidad de actividades que los influencers pueden llevar a cabo. Entonces, no voy a rechazar categóricamente las expresiones propuestas pero sí señalarlas como incompletas, en tanto parten de una relación de género a especie, es decir, si bien es acertado que el influencer realiza publicidad, la publicidad constituye una dimensión de su actividad.

En mi opinión, el legislador yerra al omitir considerar determinadas situaciones de hecho que, por forzadas que parezcan, son muy comunes en la actualidad. Por ejemplo, si un influencer fomenta una campaña solidaria, imaginemos el drama que ocasionaría que, por alguna razón, no pueda llevarse a cabo la campaña o simplemente el influencer se quede con el dinero aportado por sus seguidores. Ahora, pensemos en un influencer que promueve determinada inversión que resulta ser una estafa; que utiliza su canal para insultar o difamar a otro; que alienta al uso de determinados fármacos con desconocimiento de las consecuencias que puede generar en el otro; que vende un perfil que no es o una realidad falsa con el fin de engañar a empresas y/o terceros; O bien, que hace apología del delito, tal como Bruno Aiub, alias *Monark*, que en febrero del 2022 reivindicó el régimen nazi.

Por otro lado, el proyecto menciona que regulará los derechos y obligaciones del influencer. No obstante, en ningún artículo se menciona derecho alguno para los influencers, sino tan solo obligaciones: Artículo 6° - Principios; Artículo 7° - Requisitos; Artículo 8° - Obligaciones del anunciante; Artículo 9° - Remuneración (inscripción en la AFIP); Artículo 10° - Publicidad ilícita; Artículo 11° - Prohibiciones y Restricciones; Artículo 12° - Sanciones. Los tres artículos restantes refieren a la autoridad de aplicación, reglamentación en el plazo de 180 días y comunicación al Poder Ejecutivo.

Los artículos segundo y tercero establecen el ámbito de aplicación y los alcances del proyecto. De acuerdo al artículo segundo, queda comprendido por la ley todo influencer que realice servicios de publicidad digital que tenga domicilio legal o residencia continua de al menos 2 años en el territorio nacional. Luego, en el artículo tercero, se amplía el ámbito de aplicación a los influencers con domicilio o residencia en otro Estado *cuando los servicios que ofrezcan se hagan mediante un establecimiento situado en Argentina*. En este punto no se comprende si la norma busca alcanzar al empresario/anunciante que utiliza un influencer extranjero o al influencer extranjero que tiene ¿establecimientos en el país? Sin perjuicio de la confusión que genera la terminología empleada y la difícil aplicación de la ley en esas condiciones, es evidente que el legislador desconoce del funcionamiento de la red de internet.

Al llegar al artículo cuarto se enuncian una serie de definiciones (Influencers; Publicidad digital; Servicios de publicidad digital; Anunciante o beneficiario), con algunas concuerdo parcialmente, otras me veo obligado a criticar. Por ejemplo, a la hora de definir al influencer, el legislador afirma que son personas que *“poseen un número importante de seguidores o suscriptores...”* Esta aseveración, por un lado, deja fuera del alcance de la ley a todos aquellos que tengan pocos seguidores y siembra la duda sobre ¿cuánto es un número importante de seguidores? ¿Diez mil? ¿Cien mil? ¿Un millón?; por otro lado, más aún en vistas de publicidad o marketing digital, ya analizamos que lo excluyente para ser considerado influencer no es el número de seguidores sino el impacto que se genera en la audiencia a la cual va dirigida el mensaje. Ciertamente el número de seguidores tendrá su importancia en ese impacto, pero no sería un aspecto relevante y marginal como sí lo es el engagement. Continúa la definición sosteniendo que *“son sujetos verificados por la red social...”* vale decir que, si una cuenta tiene, en sintonía con la ley, un número importante de seguidores pero que no se encuentra verificada, ya sea porque no cumple con los requisitos de verificación, es una cuenta falsa o bien porque la misma red social no posee sistema de verificación de cuentas, de producirse un daño, el damnificado no encontraría amparo en la presente ley.

Otra mención merece el artículo noveno, el cual refiere a la remuneración indicando que los influencers que perciban tal paga deberán estar inscriptos en AFIP y desde ya, hace que el proyecto pierda seriedad. La norma tiene tintes de irrisoria, en primer lugar, porque el término *remuneración* refiere a una suma de dinero percibida en forma periódica por un trabajador.

El artículo supone que el influencer es empleado del empresario, anunciante o beneficiario de la publicidad, cuando en realidad, en estos casos, la retribución que recibe el influencer por su servicio se da en forma de canjes de productos o, en su lugar, en pagos únicos de acuerdo a la campaña y al tipo de actividad que se realiza, como bien menciona el proyecto en el Artículo 5º - Prácticas de comunicación: unboxings¹², sorteos, videos, fotos, etcétera. En segundo lugar, al enfocarse en la recaudación para las arcas del Estado, se nubla la finalidad protectora del proyecto.

Sin el menor interés de entrar en discusiones políticas o ideológicas, en el escrito de presentación del proyecto el legislador hace hincapié en el importante ingreso que generan los influencers con su actividad justificando la necesidad de la legislación ya que, cito *“En muchos casos las marcas generan trabajo remunerado sujeto a reglas fiscales, y en otros la publicidad se realiza a través de la entrega de productos de la marca y con ello evitar cuestiones fiscales”*. Desde mi lugar, considero que tal planteo es impropio del debate que aparenta perseguir el proyecto y deberá ser, en tal caso, motivo de otra discusión.

La meta del proyecto es el evidente interés por combatir la publicidad ilícita, en sus modalidades de abusiva y engañosa.¹³ El instituto de la publicidad engañosa aparece cuando los oferentes atraen a los consumidores a sus bienes y servicios mediante engaños, implicando una interferencia a la autonomía de su decisión. A su vez, el elemento definitorio de la publicidad engañosa es su aptitud para producir en el consumidor una idea equivocada del producto o del servicio que se le ofrece.

Tal es el criterio adoptado en el ya mencionado fallo *Balbi c/almundo.com* (2021), donde nos indican que el daño al derecho de los consumidores a adoptar decisiones libres e informadas es tan grave que se tutela sobre no solamente las

¹² Término que refiere a mostrarse en video desempaquetando distintos productos. (<https://canalceros.es/que-es-unboxing/>)

¹³ ARTÍCULO 10º.- Publicidad ilícita: La publicidad comercial digital realizada por los influenciadores o influencers, será ilícita cuando asuma la modalidad de abusiva y engañosa. La publicidad es abusiva cuando se ofende, favoreciendo la discriminación por género, racial, social, política e induce a actividades antisociales, criminales o ilegales, incita a la violencia y atenta contra la dignidad de las personas. La publicidad es engañosa cuando a través de ella se induce al error sobre el producto, en los precios, características y/o cualidades, situación que se alcanza por vía de acción o de omisión.

publicidades que induzcan al error sino también las que puedan inducir al error, vale decir que no es necesario que un error se haya efectivamente padecido. La publicidad es engañosa cuando es objetivamente idónea para producir en el consumidor una falsa creencia, inducirlo a un dato equivocado, e inclinarlo a una elección económicamente perjudicial para él.

Es importante detenerse en estas líneas: “*decisiones libres e informadas*”, aspecto que no menciona el Artículo 10° - Publicidad Ilícita, sino que se limita a definir qué entiende por publicidad ilícita, ¿no hubiese sido conveniente agregarlo en el artículo de definiciones?, de cualquier manera, de la oración indicada resulta que la información permite la existencia de un acto en libertad, es decir “un consumidor adecuadamente informado, consciente de las verdaderas características del producto que se le ofrece y de las condiciones de la operación comercial que debe realizar, tendrá la posibilidad de efectuar elecciones de consumo sustentadas en sus reales necesidades, adquiriendo productos y servicios verdaderamente útiles, adecuados a sus expectativas, necesidades y posibilidades económicas” (Rusconi, 2009, p.194).

En lo que respecta a la modalidad abusiva de la publicidad, el factor característico es que se encuentre en pugna la dignidad y la integridad de las personas en función de contenidos que atenten contra el género, posturas religiosas, políticas, sociales, étnicas, etcétera o que induzcan al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. En tal sentido, amplia y vasta es la normativa existente para combatir tales prácticas: Constitución de la Nación Argentina artículos 42, 75 inc. 22; Código Civil y Comercial de la Nación artículos 1097, 1098, 1101 inc. c); Ley 24.240 – Defensa del Consumidor artículo 8 bis; Ley 26.522 – Servicios de Comunicación Audiovisual artículos 70, 71, 81 inc. i) Ley 26.485 – Ley de protección integral a las mujeres artículo 6 inc. f). Tenga presente el lector que las menciones son simplemente enunciativas. En este sentido, el proyecto no trae nada novedoso ni soluciones específicas, empero, si el carácter engañoso adopta nuevas modalidades, redundar sobre cuestiones ya debatidas y reguladas genera un contexto de confusión e incertidumbre.

¿Qué es lo que sí puede deducirse de las ideas del legislador? El proyecto traslada las disposiciones de la Federal Trade Commission (FTC)¹⁴, agencia encargada de la defensa de los derechos de los consumidores en Estados Unidos, la cual marcó

¹⁴ <http://www.ftc.gov/es/guia-para-negocios/divulgaciones-101-para-influenciadores-de-los-medios-sociales>

el camino en materia de influencers y publicidad. En virtud de ello, los influencers tienen que cumplir una serie de requisitos a la hora de publicitar, por ejemplo, utilizar la etiqueta o hashtag en forma clara y visible que diga #PublicidadPaga; Mencionar claramente al beneficiario de la publicidad digital; Identificar de manera clara todas las comunicaciones publicitarias digitales de productos que puedan presentar inconvenientes para niños, niñas y adolescentes. En caso de incumplimiento, se aplican las sanciones de apercibimiento, retiro del anuncio, orden de rectificación y multas.

Todo lo arriba expuesto me lleva a concluir que el proyecto plantea una regulación a medias, cargada de dudas, no solo respecto a la regulación que persigue, sino que, además, no contempla la amplia repercusión del accionar del influencer tanto para la sociedad como para el derecho. En definitiva, la vaguedad e inconsistencias del proyecto de ley hicieron que en su presentación se pierda una oportunidad de poner reglas claras a la actividad del influencer.

III. Scamfluencers

La pandemia Covid-19 produjo un traslado masivo de la población al entorno digital, acrecentando la realización de distintas actividades de manera remota. En ese contexto, las condiciones estaban dadas para que un influencer, mediante un ardid, inicie negocios poco fiables, llevando a los seguidores a perder sus ahorros. Veamos en qué consistía el negocio en cuestión.

Este negocio de “*trabajo de ranqueo de productos*”, como lo llamaron los influencers, se implementaba en diferentes niveles de acuerdo al capital invertido y al número de personas referidas, y dependiendo de los mismos, resultaban las ganancias que se obtenían (si ingresaban personas, ellas generarían dinero por uno, a la vez que necesitan de más personas para que generen dinero por ellas). Advertirá el lector, que estamos a las claras de un sistema Ponzi o piramidal, el cual consiste básicamente en atraer a inversores para pagar, con los fondos de los inversores nuevos, a los inversores anteriores.

Entre esos influencers, aparece @MericaOk, quien fue de las que más elogió la aplicación y hasta aseguró que era un negocio legal. Incluso afirmó haber investigado a fondo la plataforma y que estaba generando muchísimo dinero en poco tiempo. Más adelante contaría en sus videos que los representantes de la App se comunicaron con ella con el objetivo de abrir una sede en

Argentina, de la cual sería la directora regional. En otra de sus publicaciones, menciona el alquiler de oficinas, seguido de la organización de una fiesta de inauguración. Todo contribuiría a que se multiplique la cantidad de personas que ingresaron al negocio gracias a @Mericaok.

Sin embargo, días previos a la inauguración, la aplicación dejó de funcionar con normalidad, los retiros de dinero se congelaron, no había mensajes ni respuestas de los responsables de la empresa. En este punto, los influencers intentaron dar tranquilidad indicando que los retiros estaban retrasados por cuestiones bancarias o que la aplicación y la página web se encontraban en mantenimiento, pero, con el correr de las horas, se supo que eso no era verdad.

Con la estafa evidenciada, la influencer trató de excusarse argumentando que ella misma también había sido una víctima. Fue a partir de la presión y reproche que recibió de las personas que habían confiado en ella que se expresó con frases desafortunadas como: “*nadie los obligó a meter el dinero*”, tratando de desligarse de responsabilidad y claramente culpando a sus seguidores por los daños patrimoniales que sufrieron.

La coyuntura en cuestión escapa del supuesto velo protector del Régimen Legal para Influencers, ya que no estamos ante una práctica publicitaria definida sino ante una influencer que menciona que está involucrándose en un negocio para invertir por internet y luego procede a explicar su funcionamiento. No se describe o exalta la presencia de una marca, menos aún se la etiqueta; no se revelan productos, ni tampoco, a priori, se vislumbra una contraprestación entre influencer y anunciante.

Lo que tenemos es una persona que, valiéndose de la confianza de sus seguidores, los motivó para que ingresen en una *scam*¹⁵, que causaría perjuicios financieros a estos últimos y réditos económicos a la influencer. Una suerte de enriquecimiento sin causa pero que no encuentra su amparo sustantivo dentro del cuerpo normativo nacional. Resulta imprescindible, entonces, encontrar soluciones al respecto.

III. 1. La *misrepresentation*

Para el análisis del caso propongo introducir un concepto del derecho anglosajón, denominado *misrepresentation*. De acuerdo a este ordenamiento, las manifestaciones previas a la celebración de un contrato se llaman *representations*. Cuando estas son

¹⁵ Término que refiere a estafas por medios electrónicos. (<https://softwarelab.org/es/que-es-estafa/>)

falsas, reciben el nombre de misrepresentations (Turner, 2014, p. 173). En nuestro vocablo, es asimilable a “tergiversar”, en tanto si alguien “tergiversa” una situación lo que hace es dar una incorrecta o inexacta apreciación de la misma. Retomando, se infiere que la misrepresentation es la información precontractual falsa que lleva a una de las partes a suscribir un contrato.

Evidentemente el concepto no se encuentra incorporado en la legislación argentina, pero sería comparable con los vicios de los actos jurídicos, entendidos de acuerdo a Borda (2014) como aquellas manifestaciones que afectan la conformidad de las voluntades que no son otorgadas de forma libre y, por consiguiente, se usan para obtener el consentimiento del otro. Dentro de estos, es quizás el error el que más podría verse relacionado con la misrepresentation. Sin embargo, como veremos más adelante, la misrepresentation también puede ejercerse en forma dolosa.

Al tratarse de una noción que puede ser fácilmente confundible con las distintas formas de expresión resulta menester determinar qué requisitos debe tener la misrepresentation.

De acuerdo al libro “*Unlocking Contract Law*” de Chris Turner (2014), los elementos característicos de una misrepresentation son:

- 1) La existencia de una declaración material de hecho, la cual puede ser escrita, oral o inclusive puede tratarse de una conducta, realizada por una de las partes de un contrato hacia la otra parte, durante las negociaciones que conducen a la formación del contrato.
- 2) Esta declaración debe referirse a hechos sustanciales del contrato, suficientes para influir en la decisión. Vale decir, que estaba destinada a operar (y operó) como un incentivo para que el otro celebre el contrato. Cabe aclarar, que la declaración no debe tratarse de una obligación vinculante en virtud del contrato, ya que, en tal sentido, constituiría una garantía del contrato y la acción correspondiente sería por incumplimiento del mismo. La relevancia de la manifestación recae en su carácter de factor determinante de la decisión, pero no la razón por la que se firma el contrato.
- 3) Finalmente, que la declaración no sea cierta o, al menos, sea incorrecta.

Agrega Ewan McKendrick (2012) que la misrepresentation, además, en primer lugar debe ser inequívoca, ya que una declaración ambigua no suele dar lugar a una acción por falsedad de la declaración, salvo en el caso de que tal ambigüedad tenga la intención de transmitir un significado que sabe que no es cierto y la parte a la que se hace la declaración la entiende razonablemente en el sentido que no es cierto. En segundo lugar, hace énfasis en que la declaración debe ser “de hecho”, como carácter distintivo de la misrepresentation, que sirve para diferenciarla, por ejemplo, de una promesa, tal que ésta última es un compromiso de hacer o no hacer algo, mientras que la declaración (o representation) se limita a afirmar existencia de un determinado estado de cosas que es verdadera o falsa. La declaración invita a confiar en ella, pero no constituye un compromiso de llevar a cabo ese estado de cosas.

Asimismo, la obra de Turner (2014) distingue tres tipos de misrepresentation: la inocente, la fraudulenta y la negligente. La primera es la declaración que se hace de buena fe y creyendo que es verdadera cuando en realidad es falsa; la segunda ocurre cuando la declaración es formulada deliberadamente o a sabiendas de su falsedad, en forma descuidada, para engañar a alguien a ser parte de un acuerdo que lo va a perjudicar; la tercera se produce cuando la declaración se realiza de manera imprudente, sin tener en cuenta los hechos reales, es decir, no se produce una mentira directa, sino que se hace una declaración sin tener razones suficientes para creer que es verdadera, sea por falta de conocimiento o habilidad. La diferencia recae en la falta de atención o cuidado, que no es lo mismo que la temeridad o malicia con la que se realiza la misrepresentation fraudulenta.

Volviendo al caso en estudio, se verifica la concurrencia de los requisitos, en tanto: 1) La influencer, a través de sus redes sociales, incita a sus seguidores a invertir en la plataforma (Declaración material de hecho); 2) La plataforma la había hecho ganar muchísimo dinero, se encontraba en plena expansión, con intenciones de abrir una sede en Argentina y la influencer sería la directora regional (Suficiente para influir en la decisión); 3) La plataforma se trataba, en realidad, de una estafa piramidal (De carácter falso o incorrecto).

La situación parece amoldarse a una misrepresentation negligente donde, si bien no correspondería exigirle a la influencer conocimientos en materia de inversiones digitales, empero ésta debe tener el debido cuidado respecto a la información que decide brindar a sus seguidores.

Lord Denning, ex miembro del Tribunal Supremo del Reino Unido, afirma que “si una persona, que tiene o profesa tener conocimientos o habilidades especiales, hace una representación en virtud de los mismos a otro, con la intención de inducir a celebrar un contrato, tiene la obligación de emplear un cuidado razonable para que la declaración sea correcta. Si, por negligencia, da un consejo erróneo, una información engañosa o expresa una opinión errónea, motivando así a la otra parte a celebrar un contrato, es responsable” (Turner, ob. Cit., p.185).

En estos casos, por aplicación del precedente *Hedley Byrne*, es posible reclamar la indemnización por daños, la cual se calcula según las consecuencias previsibles ocasionadas por la declaración negligente. A su vez, concluye el autor (2014) que, al igual que en todos los tipos de misrepresentation, es admisible la anulación del contrato con arreglo a las normas de la equidad.

III. 2. Vinculación con el derecho argentino

Con el daño consumado, la influencer no puede pretender liberarse de responsabilidad con argumentos como “*la gente se metió porque quiso (...) yo cuento mi experiencia (...) es responsabilidad de cada uno*”, porque, por un lado, como se mencionó, tiene la obligación de velar por el contenido que sube a su canal. Por otro lado, y retomando nuestro ordenamiento jurídico, afirmar la existencia de errores tampoco resulta un justificante válido: ya lo decía el Código Civil de Vélez Sarsfield¹⁶, estableciendo que el error de hecho no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable. Actualmente, el Art. 265 del Código Civil y Comercial de la Nación¹⁷ (en adelante CCyCN), expresamente ordena que “el error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad”. Completa el Art. 266 afirmando que “el error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de la persona, tiempo y lugar”.

¹⁶ Art. 929. El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable.

¹⁷ Ley 26.994

En este orden de ideas, resulta significativo remitirse al fallo *Sivak Federico Ariel c/ United Airlines Inc.* (2021)¹⁸ donde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sentenció que lo que importa es determinar si la persona afectada por la declaración del que yerra estuvo o no en condiciones de percibir que el emisor se había equivocado. Asimismo, el consumidor promedio raramente tiene acceso a la información necesaria para poder dilucidar con cierta precisión cuándo una determinada declaración deviene en error.

Desde luego le corresponderá probar al que invoca el daño la existencia del mismo y la vinculación con la influencer. Al haberse eliminado los videos donde la influencer habla de la aplicación, como también la aplicación en sí, puede ser determinante la prueba de conversaciones privadas mediante correos electrónicos, WhatsApp, mensajes directos de Instagram, Twitter, etcétera, mientras que para medir la cuantía necesariamente deberán existir comprobantes de depósitos y/o transferencias bancarias.

El corolario de lo expuesto en este capítulo reside en que el influencer (en su rol como tal) tiene la obligación de ser responsable y no aventurarse en cuestiones que le generen dudas o que no tenga conocimiento, puesto que, ante todo, pone en tela de juicio su credibilidad, tan valiosa en este ámbito. Si promueve un negocio que resultó ser falso o, dicho en términos digitales, un scam, tendrá que responder por los eventuales perjuicios causados.

IV. Falsos Influencers

IV. 1. Influencers y el fraude

En el apogeo de la industria del influencer surge la oportunidad de vivir de ella con la necesaria prisa por crecer en las redes de influencia. Ahora bien, ¿Es fácil ser influencer? Depende. ¿Es fácil tener muchos seguidores? La respuesta es rotundamente sí. La primera aseveración se justifica en el hecho de que oficiar de influencer dependerá de muchos factores como el talento, el carisma, la creatividad, la credibilidad, la dedicación, el trabajo, el esfuerzo e inclusive la suerte. El segundo caso encuentra su justificación en la simple compra de seguidores. ¿Cómo funciona este mecanismo? En la actualidad,

¹⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial – Sala B. SIVAK FEDERICO ARIEL C/ UNITED AIRLINES INC. S/ ORDINARIO” (Expte. 14064/2018). Sent. Fecha 20/10/21.

existen numerosas páginas web dedicadas a este negocio, basta con hacer una búsqueda en Google como “comprar seguidores”. Una vez elegida una página confiable, se puede seleccionar cuantos seguidores queremos comprar (naturalmente el presupuesto será distinto según la cantidad), colocar los datos de nuestra cuenta y pagar. Automáticamente los seguidores se sumarán a nuestra red social.

A su vez, estos nuevos seguidores pueden adoptar la modalidad de *Pods*¹⁹, es decir, grupos de personas que colaboran en forma recíproca para aumentar sus estadísticas, sin el menor interés en el contenido de la cuenta. También, pueden tratarse de programas informáticos que simulan el comportamiento humano, conocidos en la jerga como *bots*²⁰. Más aún, existen las *granjas de bots*, que consisten en una determinada habitación donde se instalan gran cantidad de dispositivos que representan perfiles falsos. Estos dispositivos están conectados por cable a un ordenador central, que ejecuta las órdenes de compra recibidas, todo ello comandado por una sola persona.

No cabe duda que las redes sociales son conscientes de estas prácticas. Sin embargo, dado que es prácticamente imposible controlar todo lo que existe en la red, adoptan medidas tendientes a la autorregulación de los usuarios. Por ejemplo, advirtiendo que serán eliminadas las cuentas que registren aumentos bruscos en sus métricas o el uso de aplicaciones de terceros.²¹ La medida vuelve a la tarea un poco más difícil, pero no la hace imposible, porque 1) se puede aumentar los seguidores en forma paulatina y así no ser detectados y 2) siempre existirá una aplicación nueva con las mismas funciones.

Se preguntará el lector de qué sirve comprar seguidores, y la razón es que los seguidores son uno de los principales elementos para *monetizar*, es decir, sacarle un beneficio económico al contenido que se sube, al tiempo que, con la compra de seguidores, la persona adquiere notoriedad en las redes sociales despertando el interés de las empresas a invertir en ese canal. Este fenómeno se conoce como fraude de influencers y ocurre cuando una persona crea la ilusión de que un usuario sea un

¹⁹ Término que refiere a grupo de usuarios que convienen en comentar y dar “Me gusta” a las publicaciones creadas por los otros miembros con el objetivo de lograr un crecimiento mutuo. (<https://sproutsocial.com/es/glossary/instagram-pod/>)

²⁰ https://www.cisa.gov/sites/default/files/publications/social-media-bots-infographic-set-spanish_508.pdf

²¹ <http://facebook.com/help/instagram>

influencer real, sin tener una influencia en dicha red social o entre su audiencia.

A partir del año 2019 es cuando comienza a prestarse atención a estas cuestiones luego del caso de la influencer @arii. Esta persona se asoció con una empresa para el lanzamiento de su propia marca de ropa, donde el atractivo fueron los 2.6 millones de seguidores que la influencer ostentaba en Instagram. Con tal popularidad la campaña debería tener un éxito asegurado pero el resultado fue desastroso: la influencer logró vender solo 20 camisetas, cifra inferior al 0,001% de sus seguidores.

Más allá de que los seguidores no son clientes de los influencers en el marco de un modelo de negocios, tales situaciones ponen en duda la fidelidad de los seguidores y, asimismo, justifican la afirmación que el elemento distintivo y excluyente del influencer es el engagement y no el número de seguidores, yerro garrafal del proyecto de ley. Ser influencer no significa conseguir muchos “me gusta” sino poder motivar al seguidor.

El camino corto en estos casos de perjuicios ocasionados por fraude de influencers es responsabilizar al empresario, que seducido por las cifras del falso influencer, no ha sido lo suficientemente diligente en el estudio de la cuenta y en determinar si los seguidores son reales. Desde mi lugar, considero que tal criterio podría aplicarse a una empresa que cuenta con los medios para disponer de un área especializada en el marketing de influencers. Ahora bien, el hecho que los influencers que se dedican al comportamiento fraudulento están constantemente desarrollando formas para innovar en tales prácticas, sumado a una actividad sin reglas claras, hace dable pensar que, para una pequeña empresa con escasos recursos, resulta difícil definir a buenas y a primeras cuál cuenta es real y cuál no. Por consiguiente, esta pequeña empresa perjudicada podría responsabilizar al falso influencer y demandar una indemnización.

Indemnizar al empresario no implica asumir que las personas no son capaces de entender un sistema informático, sino que, dadas las complejidades de las cuestiones involucradas, existe ignorancia respecto a las nuevas costumbres tecnológicas impuestas por el mercado actual. En este sentido, -y no se asuste el lector con estas líneas- la parte débil de la relación contractual es el empresario en contrapartida con un profesional experto (el influencer) con evidente superioridad técnica. Insisto, pensemos

en un pequeño emprendimiento y no una multinacional, para ser gráfico, imaginemos a mi tía que decide crear una cuenta de Instagram para vender sweaters tejidos a crochet y no, por ejemplo, en *Lacoste*.

Bien pues, analicemos la cuestión del hecho de la víctima. El CCyCN en su Art. 1729 establece “la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.”, a raíz del mismo, la víctima pierde su derecho a ser indemnizado si ha participado en su propio daño.

El empresario lógicamente interviene en la producción del daño con su voluntad de contratar con el falso influencer, pero no por ello debemos hacer la vista gorda ante la comisión de un ilícito. Si es así, el mismo criterio deberíamos aplicar cuando se produce un *phishing*²², es decir, cuando alguien suministra voluntariamente sus datos y luego es víctima de una estafa, no puede pretender soluciones de parte de la justicia. Sin embargo, y bienvenido sea, los tribunales han tomado en cuenta de la frecuencia con la que se producen tales prácticas y la consecuente necesidad de un marco protector a los damnificados porque el derecho debe adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad. En tal sentido, se determinó que para que la intervención de la víctima sea considerada como un eximente de responsabilidad tiene que ser la causa del daño y no una condición de este²³.

De acuerdo a Federico Ossola, “se trate del deudor de una obligación, o de un hecho dañoso no justificado, la determinación de la autoría material se rige por las normas generales establecidas para la relación causal, y en función de la teoría de la Causalidad Adecuada²⁴. En el art. 1749 del CCyC

²² <http://www.argentina.gob.ar/justicia/convosenlaweb/situaciones/phishing>

²³ “entonces podemos señalar que la facilitación de los datos fue condición del hecho dañoso, pero no causa. La causa no es cualquier condición sino aquella que según el curso normal y ordinario de las cosas es idónea para producir un resultado debiendo regularmente producirlo”. Juzgado Civil y Comercial n°19 de La Plata – Expte. Suarez Daniel Ricardo c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ nulidad de contrato, 07/10/2020.

²⁴ La Causalidad Adecuada se determina mediante un pronóstico objetivo-retrospectivo, realizado por el juez, que consiste en determinar ex post facto la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes, formulándose ello en abstracto, y no en concreto, mediante las reglas de la

derechamente se señala que *es responsable directo* quien *incumple* una obligación u *ocasiona* un daño no justificado” (Ossola, 2016, p.271). En nuestro caso, la causa del daño resulta del incumplimiento del influencer que, mediante un ardid para beneficiarse a costa del patrimonio del empresario, le hace creer a este último que su marca está siendo expuesta a una gran cantidad de usuarios, cuando realmente se trata de sistemas informáticos y no de posibles compradores.

Puede discutirse que hay una decisión de la víctima de permanecer en la ignorancia, en tanto existen distintas señales de alerta sobre una posible cuenta falsa. Por ejemplo, la mala calidad de las fotos, videos, historias, que la audiencia del influencer no tiene nada que ver con este, o realiza comentarios muy genéricos, etcétera. Sin embargo, como se indicó al principio, se trata de un examen que no todos pueden realizar, y dependerá de cada caso en particular. En tal caso, podría admitirse un supuesto de concurrencia de culpas en el hecho dañoso que daría lugar a una reducción de la indemnización, pero de ninguna manera la culpa exclusiva de la víctima.

Sería razonable si llama la atención del lector los párrafos precedentes, a la luz de la ley 24.240, pensar en un empresario víctima resulta disparatado. No obstante, creo que, si bien la jurisprudencia y la generalidad de los casos afirma al consumidor como la posición débil frente al empresario, y en efecto la ley se llama *Defensa del Consumidor*, la naturaleza de la misma no radica en la protección omnímoda al consumidor, sino en la equiparación de la asimetría original entre los contratantes.

Según Daniel Vitolo (2015), el derecho del consumidor encuentra su fundamento, entre otras razones, a) en la relación de poder - económico, financiero y social- que se presenta entre quien produce bienes o presta servicios en forma masiva y quien individualmente los consume o utiliza; b) en la información que se posee respecto del producto o servicio a ser provisto. Ciertamente no es posible ni pretendo aplicar la LDC en estos casos, pero sí el principio en el que se inspira y siempre dando especial relevancia a las condiciones particulares de la víctima. En este orden de ideas, no resulta aventurado considerar que el empresario, siempre visto como el abusivo desde la LDC, en los casos que involucran a influencers puede resultar el abusado.

experiencia (lo que supone la existencia de casos anteriores). (Ossola, ob. Cit., p. 84).

IV. 2. *Influencers y la mentira a los seguidores*

¿Qué ocurre cuando la víctima del engaño no es un empresario sino los propios seguidores?

En el año 2013, una mujer australiana conocida como Belle Gibson decidió contarle al mundo, mediante su página de blog, su historia de superación. La muchacha había sido diagnosticada con un cáncer múltiple (sangre, bazo, cerebro, útero e hígado) y, luego de que los médicos le habían estimado solo cuatro meses de vida, un buen día curó su condición mediante cambios en su alimentación.

La situación no tardó en causar fascinación, y la joven se convirtió en un referente para los enfermos que, conmovidos por su historia, hicieron que su fama creciera exponencialmente.

A partir de ello, la influencer (recurso literario porque el término aún no estaba consolidado) dio a conocer su proceso de curación con la creación de una aplicación de recetas y la publicación del libro *The Whole Pantry*. En el mismo, relataba cómo, tras el fracaso de numerosos e incansables tratamientos médicos, encontró su salvación en las terapias naturales, la limpieza del colon, la eliminación del gluten y los lácteos, alimentación de origen vegetal, el consumo periódico de jugos, entre otros. Básicamente se trataba de una dieta que ayudaba a curar el cáncer, en donde la prueba de que sus consejos funcionaban estaba en ella misma. Además, promovió distintas acciones caritativas, asegurando que parte de los beneficios obtenidos por la venta de su libro serían donados a distintas organizaciones sin fines de lucro, así como también a causas particulares.

Lógicamente, la afirmación de que no se necesitan medicamentos para controlar la enfermedad despertó el interés de los medios periodísticos y comenzaron a surgir preguntas: ¿Qué médicos trataron su enfermedad? ¿En qué hospital? ¿Cómo hizo para solventar el tratamiento? ¿Cuál era su historia clínica? En consecuencia, en el año 2015 un medio local publicaría que no había registros de que se hubieran realizado las donaciones prometidas, pero sí se habían detectado compras de criptomonedas y artículos de lujo. Finalmente, en una entrevista realizada en el año 2016, la mujer admitiría que nunca estuvo enferma.

Por este motivo el Directorio de Asuntos del Consumidor del Estado de Victoria, Australia²⁵, iniciaría una demanda contra Belle Gibson por infracciones a la Ley Australiana del Consumidor y Comercio Justo. Como resultado, la justicia australiana condenaría a la influencer al pago de una multa de 400.000 dólares australianos por publicidad engañosa, desmesurada, falta de representación, silencio y no revelación.

Como podemos ver, la cuestión se encara de lleno desde el marco de las reglas de protección al consumidor debido a que la influencer se vio involucrada en la promoción y venta de productos y servicios para obtener beneficios económicos, en este sentido, sería posible la aplicación de nuestro proyecto de ley de Régimen Legal para Influenciadores. Pero dejemos los productos de lado y traigamos el caso a nuestros días, donde el simple flujo de reproducciones e interacciones de seguidores en redes sociales es suficiente para monetizar. En otras palabras, la influencer con el hecho de contar su historia a sus más de trescientos mil seguidores, ya podría generar ganancias.

Si a este escenario le añadimos el pedido de donaciones para supuestos fines caritativos, que no van a llevarse a cabo, surge un claro aprovechamiento de la buena fe de los seguidores. En este contexto ¿qué defensas tiene disponible el seguidor? Desde la Ley de Defensa al Consumidor evidentemente no, mucho menos con el proyecto de ley. Una posible solución sería equiparar la situación a un contrato de donación, pero nos enfrentamos a dos principales interrogantes: el primero tiene que ver con la forma de los contratos de donación; el segundo con el hecho que el seguidor realizó una donación a sabiendas de que el receptor no se trataba de una entidad oficial o autorizada para percibir donaciones.

Bien pues, ¿Qué es una donación? Para Alejandro Borda “la donación es uno de esos conceptos tan fáciles de comprender en su esencia como difíciles de delinear en sus contornos precisos” (Borda, 2016, p. 817) en alusión a la liberalidad con la que se realiza el acto, muchas veces sin consideración de sus implicancias jurídicas.

Lo cierto es que, en toda donación, se distinguen tres aspectos necesariamente relevantes: 1) el animus donandi, es decir, la intención de realizar la donación; 2) la gratuidad, la

²⁵ Director of Consumer Affairs Victoria v Gibson [2017] FCA 24

cual implica que la entrega de la cosa debe realizarse sin compensación para el donante; 3) la aceptación por el donatario. En este sentido, de acuerdo al art. 1552 del CCyCN, las donaciones de cosas inmuebles, de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias, deben realizarse por escritura pública lo que implica necesariamente la aceptación expresa del donatario. En otras situaciones, basta con la tradición y la aceptación puede ser expresa o tácita. Según Curá “al no haber entrega de la cosa no se puede probar la existencia de la donación manual de cosas muebles o títulos al portador, incluyendo el dinero entre las primeras. Pero si la entrega ha sido hecha, la donación pudo hacerse en forma verbal o sin forma alguna. La tradición la perfecciona” (Curá, 2016, tomo 5, p. 66). Así pues, despejamos la primera duda respecto a la forma de las donaciones y, por consiguiente, el influencer que recibe una donación puede configurarse dentro de este tipo de contrato.

Con respecto a la segunda problemática, es decir, si se pretende atribuir culpa al seguidor por haber realizado la donación a una entidad sin autorización estatal, Guillermo Borda (2017) propone un análisis de los artículos, 194 y concordantes del CCyCN. En virtud de ello, se deduce que si la donación tiene por objeto fundar la entidad, ésta última está expresamente autorizada a percibir y, asimismo, de tratarse de una entidad en formación pero que todavía no tiene existencia legal, la autorización tiene efectos retroactivos al momento de la fundación, por lo que la entidad puede recibir donaciones antes de estar inscripta. Lo expuesto nos permite entonces seguir dentro de la órbita del contrato de donación.

Sumado a este análisis, es importante tener en cuenta que el uso de cuestiones socialmente sensibles es un factor determinante para activar el comportamiento humano. Ejemplo de ello fue lo ocurrido en Argentina a principios de 2022, cuando se produjo un tremendo incendio forestal en la provincia de Corrientes. En ese contexto, el influencer *Santi Maratea* convocó por sus redes a una campaña solidaria para colaborar con camiones hidrantes a los bomberos y suministros para combatir el fuego. El chico logró reunir la suma de 183 millones de pesos, los cuales los destinó -aunque nunca publicó una rendición de cuentas- a los fines mencionados.

No obstante, al igual que para el caso de Belle Gibson, considero muy probable que los seguidores no hubiesen realizado las donaciones de no mediar un relato o situación triste y dolorosa, que genere empatía y se manifieste en solidaridad.

En el caso argentino el influencer cumplió, finalmente el fuego cesó, los bomberos ganaron la batalla y la sociedad estaba contenta, pero ¿qué hubiese ocurrido si no cumplía con lo prometido y se quedaba con el dinero?

Le propongo al lector hacer el siguiente ejercicio: imaginemos que usted regala 30 pelotas de una marca de primer nivel para que practiquen los jóvenes de un club de barrio, pero luego descubre que las pelotas nunca se utilizaron; o contribuye a la instalación de agua potable en una villa miseria y ésta nunca se realiza; o bien otorga una donación de 3.000 kits sanitarios destinados al personal del hospital local y luego descubrimos que, en lugar de ser utilizados para combatir el Covid-19, estos kits están siendo vendidos en la farmacia frente al hospital. Y bien, ¿Cómo se sentiría? Me atrevo a arriesgar que cuanto menos desilusionado, decepcionado y hasta un poco timado. Entonces, si bien como regla la solidaridad real es aquella que se manifiesta en forma desinteresada, es decir, ayudando/cooperando/contribuyendo sin esperar recibir una retribución a cambio, también es cierto que existe un interés en que el aporte solidario del individuo sirva a los fines para cual aportó, de lo contrario no lo haría.

Siguiendo estas ideas -y dentro del contrato de donación- podemos asemejar la cuestión a una donación con cargo, la cual se define como aquella que se realiza “estableciendo una condición en interés del donante o de un tercero, consistente en el empleo o el destino que debe darse a la cosa donada, así como en una prestación cuyo cumplimiento se ha impuesto el donatario” (Curá, 2016, ob. Cit., p. 72). A la postre de ello, el Código Civil y Comercial de la Nación, indica que el simple incumplimiento del cargo es condición suficiente para revocar la donación.²⁶

Asimismo, en comunión con el artículo, tal criterio ya había sido aplicado con anterioridad por la Cámara en lo Civil y Comercial Común de la provincia de Tucumán en el año 2006²⁷ indicando que "la revocación de la donación se refiere a una convención válida pero que puede quedar sin efecto por las causas que taxativamente la ley admite: inejecución de cargos y condiciones, ingratitud y, si así se hubiere pactado, por

²⁶ARTÍCULO 1570.- Incumplimiento de los cargos. La donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos.

²⁷ CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL COMUN DE TUCUMAN – SALA 3 s/ESPECIALES, sent. N°532, 28/12/2006

supernacencia de hijos al donante...En consecuencia, tiénese como punto de partida que la donación aparece como un acto jurídico formalmente válido, pero se pretende que pierda virtualidad jurídica por los hechos y circunstancias denunciadas en el escrito de demanda”.

En resumen, el cargo es una obligación de dar, hacer o no hacer para el influencer que debe cumplir como condición de la donación, lo que se traduce como un vínculo jurídico exigible. Luego, ante el incumplimiento del cargo, por aplicación del Art. 1563 del Código, el influencer responderá con la cosa donada o su valor, y en ese marco, el artículo también protege al donatario (el influencer) que pudo no medir las consecuencias de asumir la obligación de cumplir los cargos.

Desde mi tesis, considero que lo expuesto debe ser el piso, más no el límite de la vía de reparación dado el carácter de personalidad pública del influencer y su posible obrar malintencionado. Vale decir, por un lado, gracias a la monetización de sus redes, el influencer pudo haber generado un rédito inclusive superior a lo que percibió gracias a las donaciones; por otro lado, el abuso de la buena fe de los seguidores no debe ser tomado a la ligera.

De la obra de Borda (2007) resulta que el principio de buena fe se refiere a actuar con honestidad y sinceridad, cumpliendo con los compromisos asumidos y aceptando las consecuencias de las propias acciones. Es una norma socialmente aceptada que establece un comportamiento ético y justo. Entonces, ¿Qué clase de sociedad seríamos si no se puede confiar ni siquiera en las obras de caridad?

Si el influencer miente intencionalmente para su beneficio personal, y peor aún, valiéndose de cuestiones sensibles para la sociedad, es menester que exista una atribución de responsabilidad, con la consecuente vía de reclamo y sanciones ejemplificadoras que tengan el potencial de inducir un cambio de conducta.

V. influencers al ataque

Las difamaciones son prácticas muy comunes en el mundo de las redes sociales. Estas acciones consisten en el insulto -muchas veces disfrazado de opinión- al otro o la difusión de información falsa, utilizando las redes de usuarios. En otros términos, la difamación puede manifestarse como calumnia, a partir de la

acusación falsa de comisión de un delito; o como injuria, la cual se comete cuando se deshonra, desacredita o menosprecia a otra persona. En este sentido, habida cuenta de que muchas personas no saben diferenciar entre una información falsa y una real, no hay mejor vehículo para promover una campaña agravante que un influencer, sujeto por antonomasia dotado de credibilidad.

Según señala Bura Peralta (2019), la facilidad y rapidez con la que accedemos a los medios tecnológicos puede llevarnos a actuar imprudentemente, ya que los mensajes y opiniones en redes sociales se publican constantemente y en cualquier momento, sin que se reflexione sobre su impacto en la opinión pública. En nuestra obsesión por la inmediatez, a menudo pensamos en los efectos de nuestras publicaciones en nuestro círculo de contactos, pero no consideramos cómo pueden afectar a bienes jurídicos como la dignidad o el honor de las personas. Como resultado, opiniones, comentarios, críticas y rumores que en el pasado se limitaban a un pequeño grupo de personas ahora se difunden rápidamente por las redes sociales, lo que puede afectar negativamente la imagen de las personas, uno de sus principales activos intangibles.

Así pues, cobijados en la libertad de expresión, muchas veces los influencers atentan contra otros derechos personalísimos de igual rango jerárquico, pero más allá del correspondiente análisis que cabe para la libertad de expresión, es importante destacar que la condición de influencer tiene la fuerza suficiente para convencer al seguidor de actuar en razón a las afirmaciones de aquél. Vale decir que frecuentemente los influencers se manifiestan sin considerar las consecuencias que pueden generar en las víctimas, a mi criterio, mucho más graves que una difamación proveniente de un particular.

“Las frases pueden herir su sensibilidad, pero si limitamos nuestras críticas limitamos nuestra inteligencia” había afirmado el influencer cordobés *el Presto* en el año 2020, luego de atacar verbalmente a diversas personalidades de la política argentina, principalmente a Cristina Fernández de Kirchner²⁸. Específicamente, en contexto con el debate por la reforma judicial, el joven se dirigió a la ex mandataria tuiteando: *“Vos no vas a salir viva de este estallido social. Vas a ser la primera - junto con tus crías políticas- en pagar todo el daño que causaron. Te queda poco tiempo”* y siguiendo con sus

²⁸ Cristina Fernández de Kirchner es una política y abogada argentina, presidenta de la Nación Argentina entre el 10 de diciembre de 2007 y el 9 de diciembre de 2015. Desde el 10 de diciembre de 2019 se desempeña como vicepresidenta de la Nación Argentina.

exacerbaciones digitales, vaticinó un estallido social, convocó a asistir a la marcha en protesta de la reforma, agregando que con “*los progres*” no se debate sino se los aniquila, aunque luego aclaró que se refirió a aniquilar políticamente, siguió con frases del tipo “*Haga patria, mate un chorro*”, motivos por los cuales fue imputado y llevado a juicio por los delitos de amenazas e incitación a la violencia colectiva.

Sustanciado el proceso, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba²⁹ consideraría que “no puede soslayarse la capacidad del imputado Prestofelippo de “influcidar” en la voluntad de otras personas toda vez que el nombrado es un periodista con mucha actividad y presencia en las redes sociales donde ha recogido el seguimiento de miles de adhesiones a sus postulados.” añadiendo como prueba de ello la constancia de diferentes mensajes agresivos que recibió la abogada denunciante. En definitiva, el Tribunal resolvió sobreseer al influenciar del delito de amenazas y condenarlo por el segundo cargo, debiendo cumplir con prisión preventiva y embargo.

Desde mi lugar, coincido ampliamente con el análisis de la Cámara, en tanto, independientemente del carácter violento de las expresiones, es determinante el rol de influenciar, el cual *el Presto* no podía desconocer, y su consecuente facultad de cambiar el comportamiento de quien lo sigue. Si bien no está en manos del influenciar velar por tal comportamiento, a sabiendas de su poder de influencia, es necesario el debido cuidado de lo que se decide difundir.

En otra oportunidad, el muchacho publicó un video en su canal de YouTube dedicado Alberto Fernández³⁰ y dirigiéndose en forma peyorativa a su esposa, Fabiola Yañez. En el clip, mientras el influencer comenta el currículum de la primera dama, se observa una foto de ella en ropa interior, y expresa una serie de comentarios despectivos y machistas cuestionando su patrimonio y asociándola con la prostitución. Por consiguiente, fue denunciado por violencia de género, hostigamiento y discriminación.

²⁹ Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba- Sala B, 12/10/21, Expte. PRESTOFELIPPO, Eduardo Miguel s/ Amenazas e incitación a la violencia colectiva

³⁰ Alberto Ángel Fernández es un abogado, profesor, y político argentino, presidente de la Nación Argentina desde el 10 de diciembre de 2019.

En las horas previas al juicio, se volvió *trending topic*³¹ en Twitter el hashtag #LiberenAlPresto. El día de la audiencia, el joven, además de comparecer disfrazado y con un megáfono, convocó a sus seguidores a que realicen una murga en la puerta de los tribunales. Finalmente, se condenó al influencer a cumplir con arresto domiciliario, una perimetral de 200 metros respecto a la primera dama durante un año y a realizar un taller de violencia de género.

Si bien podría parecer irrelevante hablar de cuestiones penales dentro de una tesis de derecho civil, la existencia de una condena abre la puerta a obtener una sentencia favorable en un proceso civil, de conformidad al artículo 1776 del CCyCN³². En este sentido, siguiendo el artículo 1771, de verificarse la existencia de dolo o culpa grave, el influencer responderá por los daños causados.

Ahora bien, atendiendo a que el caso propuesto involucra a personas públicas, el lector podría dudar del planteo en este capítulo, por lo que, con intención de asimilar que cualquier ciudadano está potencialmente expuesto al agravio de un influencer, a continuación se hace mención de casos donde la relación se da influencer-particular.

En 2018, la influencer @Brillibae sin realizar formalmente una denuncia, publicó un video en el que acusaba a un muchacho cordobés de haberla violado, lo que en las redes se conoce como "escrache". Consecuentemente, el joven fue víctima de insultos y agresiones en su perfil de Instagram, a la vez que en su día a día padeció desplantes, rechazos y pérdida de ofertas laborales.

En el año 2019, Martin Cirio, alias la *Faraona* encabezó una sucesión de ataques a través de sus redes sociales hacia su ex pareja, a quien no mencionó explícitamente, pero utilizó términos (v.gr. "el Chompiras") que los seguidores podían fácilmente comprender. Tal es así, que el particular enfatiza sobre las dimensiones que habían tomado las publicaciones del influencer que, además de ventilar cuestiones personales, derivaron en la recepción de mensajes hostiles en su teléfono personal.

³¹ Término que hace referencia a un tema del momento o que está en tendencia. (<https://www.arimetrics.com/glosario-digital/trending-topic>)

³² ARTÍCULO 1776.- Condena penal. La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado.

En agosto del 2022, el influencer español Borja Escalona, molesto porque un restaurante se negó a darle comida gratis -por canje a cambio de una reseña-, mediante un *Instagram Live* (video en vivo en Instagram) incentivó a sus seguidores a que expresen comentarios negativos sobre la comida, los precios, la atención y demás cuestiones pertinentes al lugar.

Independientemente de la particularidad de cada caso, vemos que, mediante la persuasión, los influencers consiguen perjudicar a aquellos contra quienes tienen algún tipo de conflicto, ya que el seguidor cree en el descrédito impartido por el influencer y actúa en consecuencia. Es por ello que considero que, si el influencer tiene la entidad para establecerse como una fuente de información confiable, inclusive equiparable a alguien que practica el periodismo, debe tener un manejo ético y cuidadoso de la información y no pretender valerse de la libertad de expresión como “comodín” para no responder.

V. 1. Influencers y la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión, es decir, el derecho que tiene cualquier ser humano de expresar y difundir sus ideas con total libertad y por cualquier medio, se encuentra tutelado en la Constitución Nacional (arts. 14, 32), en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Asimismo, con respecto al uso de internet y redes sociales, la aplicabilidad de aquellas garantías rige expresamente en la Ley de Servicio de Internet (Ley 26.032) y el Decreto 1279/97. Estas normativas indican que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social.

Tamaño protección se funda en la subsistencia de los regímenes democráticos, ya que la libertad de expresión permite estar suficientemente informado, siendo esto una condición esencial para la formación de la opinión pública y el debate en una sociedad democrática, la construcción de los gremios, los partidos políticos, las agrupaciones culturales y/o científicas, etcétera. En definitiva, una sociedad se ve enriquecida y goza

plenamente de sus libertades cuanto más noticias, ideas y opiniones se expresan y difunden, en consonancia, la Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que *“una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre”*³³.

Sin embargo, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y exento del régimen estatal, puesto que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Independientemente de su jerarquía constitucional, la facultad de utilización de la libertad de expresión, no habilita a avasallar los demás derechos que también forman parte del engranaje que sostiene a las formas democráticas.

En definitiva, todo se sustenta en la preservación del orden público, el cual según Ossola & Pizarro (2015) resulta de un conjunto de principios de orden superior vinculados con aspectos políticos, económicos, morales y a veces religiosos. Estos principios son considerados esenciales por la sociedad para mantener su estructura y su existencia. En resumen, se trata de principios fundamentales íntimamente ligados a la organización social establecida.

Vale decir que un influencer tiene derecho a expresarse libremente y publicar a su antojo en sus redes sociales, siempre y cuando sus opiniones, pensamientos o ideas no colisionen con otros derechos igualmente protegidos, tales como el honor, la imagen, la intimidad, la dignidad, etcétera.

Ahora bien, analicemos la importancia del derecho al honor. En palabras de Rivera, el honor es la "dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma"(Rivera, 2004, p. 121). En este sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal³⁴ sostuvo que pocos bienes espirituales tienen tanta trascendencia para el hombre como el honor. Hablar de honor importa hacer referencia a la valoración integral de la persona en todas sus proyecciones individuales y sociales. Esa valoración puede asumir diferentes aspectos, que llevan a la doctrina dominante a distinguir un concepto subjetivo y otro objetivo del honor. El concepto subjetivo es el aprecio a la propia dignidad, un estado de conciencia individual, un sentimiento de autovaloración justificable en el hombre. El concepto objetivo, se refiere a la valoración que otros hacen de la personalidad

³³ <http://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/53980>

³⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal - Sala H, B. C. N. C/ V. V. y otro S/ Daños y Perjuicios. Fecha sent. 29/12/21

ético-social de un sujeto; importa referirse a la mala fama, a la estima y al respeto que el sujeto puede merecer frente a terceros. De la fama de una persona dependen sus posibilidades de éxito, pues si es socialmente sospechada o tenida por deshonesto, sufre una minoración de sus posibilidades objetivas, con inevitables secuelas espirituales y patrimoniales.

Así pues, al tratarse de prerrogativas con la misma importancia y rango jerárquico, cambian los parámetros de valoración respecto a la robusta protección a la libertad de expresión, debiendo hacerse un análisis restrictivo en cada caso en particular para establecer qué derecho debe prevalecer por sobre el otro.

La merma del honor a expensas de la libertad irrestricta de otro se configura como un daño moral. En palabras de Ossola, “el daño moral o extrapatrimonial, es la modificación disvaliosa del espíritu de una persona, como consecuencia de la lesión a un interés extrapatrimonial, que reposa sobre un derecho de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial y que se traduce en un modo de estar de la persona distinto producto de ese hecho lesivo y anímicamente perjudicial” (Ossola, 2017, p. 3).

Entonces, teniendo en cuenta que el dolor humano es apreciable económicamente, en materia de responsabilidad civil, la conducta que desacredita o deshonra, genera obligación de indemnizar, de conformidad al 1738³⁵ y 1770³⁶.

En este aspecto, el criterio de nuestros tribunales es que no es necesario acreditar pruebas del perjuicio al honor, ya que este “se infiere a partir de la calidad objetiva de la ofensa en correlación con las circunstancias particulares de la víctima”³⁷. Es decir, el daño es una consecuencia necesaria de la conducta

³⁵ ARTÍCULO 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

³⁶ ARTÍCULO 1770.- Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Lescano, Roberto Jorge c/ Hardy, Marcos Armando. Fecha Sent. 17/02/04

difamatoria, por lo tanto, la demostración del comportamiento injurioso es prueba suficiente de la existencia del daño y habilita la vía de la indemnización.

Naturalmente, estará en la voluntad de los magistrados cuantificar la indemnización, pero no debe de omitirse el poder de alcance del influencer. En este orden de ideas, Facundo Malaureille Peltzer (2011) sostiene que, si los daños se provocan como consecuencia de una publicación on line, y en tanto el contenido subido a internet es de dificultosa -o imposible- bajada de ese medio, estos pueden ser muy grandes para la víctima. Es esta cuestión que los jueces deben ponderar, porque la viralización puede ser muy dañosa e irreversible para la identidad de la víctima.

La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal insiste en la función preventiva de la responsabilidad civil, proponiendo una instancia jurisdiccional anticipatoria para los casos de difamación.³⁸ Desde mi entendimiento, lo que se procura con el carácter preventivo es evitar el “fuego cruzado”, es decir, la aparición de agresiones por parte del ofendido a modo de venganza, como así también el descenso de nivel de diálogo y la escalada del conflicto. No obstante, pensar que una persona puede combatir en una suerte de guerra de ofensas contra un influencer parece una pelea de David y Goliat.

Considero que una instancia preventiva es un camino posible más no la solución suficiente, dada la calidad personal de los participantes. No se trata de un insulto de un particular a otro que, a lo sumo, podría llegar a expandirse dentro de la ciudad, sino que la magnitud de la ofensa promovida por un influencer hace que esta se reproduzca cientos y miles de veces, llegando inclusive a ser de imposible eliminación de la red. A mi criterio, es con sanciones ejemplificadoras cuando se logra la verdadera prevención, compeliendo a la sociedad de influencers a no incurrir en afectaciones al honor.

En conclusión, vemos que es palpable el medio con el que cuentan los influencers para manifestarse cuando están en contra de algo o alguien. Estas manifestaciones, independientemente si son producto de una información falsa o no, tienen consecuencias negativas inmediatas para la víctima del ataque difamatorio, especialmente provenientes del séquito del influencer, pudiendo producir no solamente un perjuicio moral

³⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil-Sala J, K. A. P. c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios. Fecha Sent. 31/08/2012.

sino también, uno material, si el desprestigio o la deshonra del afectado determina la frustración de beneficios económicos esperados, por ejemplo, pérdida de un contrato o de una oferta laboral.

Esto me hace pensar que si una persona es agredida por un influencer, valga la redundancia en su condición de tal, tiene que encontrar una respuesta rápida en una normativa clara, y no pescando por el ordenamiento jurídico en busca de soluciones de aplicación por analogía. Quizás la oportunidad la tuvimos con la presentación del proyecto de ley, pero el legislador optó por omitir expresarse sobre las cuestiones referidas al honor.

VI. Conclusión

A lo largo de este estudio hemos abordado los objetivos establecidos al inicio de la investigación. Se tomó como punto de partida reconocer que los influencers gozan del poder de la influencia, el cual puede manifestarse como fuente confiable de información, modelos de comportamiento, generación de tendencias, consejos y usos. Como lo que dice el influencer se presume cierto, será recreado y repetido por los seguidores.

En virtud del poder de influencia, se están produciendo cambios significativos en la construcción de la identidad y los referentes de las personas, lo que lleva a que las figuras tradicionales como los padres, los expertos y los educadores sean reemplazados por influencers. Naturalmente, son los menores los que otorgan mayor credibilidad a los mensajes del influencer y, por lo tanto, los más vulnerables.

Entonces abordamos otro de nuestros objetivos: aceptar que no es suficiente, e incluso es peligroso, considerar a la influencia como una simple herramienta de marketing de consumo puesto que la misma se consolida como un motor de cambio cultural, de comportamiento social y de las apreciaciones de lo bueno y lo malo.

Como vimos, ser influencer genera réditos mucho mayores que un oficio convencional, lo que ciertamente causa un impacto en la sociedad: lograr convertirse en influencer se volvió una aspiración. En suma, el ecosistema en conjunto (redes sociales – influencers- empresas – seguidores) es un negocio que fomenta el crecimiento económico. No obstante, para que pueda seguir creciendo tiene que existir una exigencia, aunque sea mínima, de ética y sentido común.

Cada vez son más los países que se hacen eco de la cuestión - de hecho, en 2023 el gobierno francés abrió a consulta pública la regulación de los influencers³⁹, pero pocos se atreven a salir de la órbita relación de consumo y plantean soluciones en términos de profesionalización de los creadores de contenido; otros optan por un sistema de autocontrol de lo que se comparte y la adhesión voluntaria a sellos de calidad, etcétera.

En esta investigación brindé un extenso análisis para entender insuficiente a la pareja influencer-seguidor como una relación de consumo; por otro lado, considero que toda pretensión a una regulación voluntaria no será materializada por el influencer si no media una retribución, porque como dije y sostengo, esto es un negocio. Aquí está el meollo del asunto: no hay que controlar el contenido de los influencers, sino su manera de hacer negocios. El influencer debe aprender a gestionar su poder y popularidad, y ser consciente de que el contenido que genera afecta a la sociedad para que la repercusión de sus dichos no sea negativa.

La metodología de esta investigación se basó en el estudio de casos reales en los que los influencers se vieron involucrados en controversias jurídicas. Este enfoque nos permitió examinar cómo se aplican las leyes y regulaciones existentes a situaciones específicas, lo que resultó esencial para evaluar la responsabilidad en contextos concretos.

¿Qué hubiese ocurrido si Camila Melo advertía que el negocio era riesgoso?; ¿si @arii aclaraba que sus seguidores eran bots?; ¿si Belle Gibson confesaba su mentira?; ¿si Presto evitaba las agresiones?; Me aventuro a responder que el porcentaje de daños hubiese sido significativamente menor.

Respecto al daño, como se mencionó en la introducción, la Constitución Nacional afianza las expresiones de Ulpiano (el alterum non laedere o deber de no dañar al otro), desde donde cabría responsabilizar a los influencers. Sin embargo, el daño sólo se verifica ante la lesión de un derecho subjetivo tutelado por el ordenamiento jurídico. Vale decir que, si el concepto de daño para su funcionamiento necesita remitirse a una prohibición específica, el principio constitucional alterum non laedere no opera autónomamente, sino que necesita de un sistema de ilícitos tipificados.

En este trabajo hemos desarrollado un catálogo de tipos de daños. Propusimos los siguientes: el fraude de seguidores; la

³⁹ <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/influencers-en-la-mira-francia-busca-regular-las-actividades-economicas-en-redes-sociales.phtml>

recomendación de prácticas nocivas para la salud; la promoción de negocios poco fiables; el engaño y la mentira a los seguidores; los insultos y las ofensas deliberadas.

Dicho esto, hay que recordar que la problemática recae en que la vida en las redes sociales, por sí misma, es una fuente muy dinámica de daños, por lo que la pretensión de un catálogo de comportamientos vedados resultaría dificultosa. Con todo, creo que los casos propuestos en esta tesis pueden servir de precedente para comenzar a componer una tipología de deberes, y actualizarla cuando corresponda.

En definitiva, el derecho de daños es un proceso de construcción y reforma continuo, independientemente de las codificaciones. Por lo tanto, si se adopta una idea de responsabilidad civil del influencer, la función reparadora del daño puede realizarse mediante modelos de comportamiento ajustados a la evolución social y cultural. En otras palabras, nada impide que, si el influencer ocasiona un daño, pueda darse lugar al resarcimiento, solo será cuestión de asumir el desafío.

Por último, soy consciente de lo dificultoso de pretender un control en un espacio donde todos hacemos uso de la autonomía de la voluntad de manera casi irrestricta, no obstante, no debe perderse de vista que las voluntades individuales son objeto de condiciones y límites impuestos por la ley. En un medio donde todo es susceptible de modificarse con un clic, si lo aceptamos como el terreno común - ¿y por qué no principal? - de las nuevas generaciones, podemos hacer uso del código ético con el que nos manejamos en nuestra vida cotidiana y extrapolarlo a internet y a las redes sociales. A fin de cuentas, el deber de no dañar a otro, sumado a la buena fe y las buenas costumbres no son otra cosa que las normas morales que rigen en el medio social donde conviven las costumbres de la comunidad.

Desde este lugar no es mi intención ponerme en el rol del legislador, pero si este trabajo ha logrado que el lector se plantee la duda sobre la existencia del daño provocado por los influencers más allá de la hermética relación de consumo, considero que mi investigación ha sido suficiente.

VII. Bibliografía

- Azar, A. & Ossola, F. (2019). Daño resarcible, intereses y consecuencias resarcibles. Interpretación del proyecto de modificación del Código Civil y Comercial en la concepción del daño resarcible. SJA.
- Borda, A. (2016). Derecho civil: contratos. La Ley.
- Borda, G. (2017). Derecho civil: parte general, La Ley.
- Bura Peralta (2019). Calumnias e injurias en redes sociales: construyendo las herramientas argumentales y jurídicas para proteger nuestra identidad digital. elDial.
- Capucci, S. A. (2018). Los influencers y su impacto en la publicidad comercial.
- Cruz Matteri, J. I. (2021). Influencers y relación de consumo: Su responsabilidad en el Derecho del Consumidor. SAIJ.
- Curá, J. M. (2016). Código Civil y Comercial de la Nación comentado. La Ley.
- De Lorenzo, M. F. (2007). El daño y las causas de justificación. LA LEY2000-C.
- DIVULGACIONES 101 para influenciadores de los medios sociales (2009). COMISION FEDERAL DE COMERCIO.
- Gullelmotti, G. (2020). Información y publicidad. El caso Nu skin. La Ley.
- Malaureille Peltzer, F. (2011). Derecho a la intimidad de los famosos y no tanto ¿Hay culpa de la víctima? elDial.com.
- Martínez Medrano, G. (2020). La comunicación publicitaria de ‘influencers’ en redes sociales. Análisis de la regulación en el Derecho Comparado y panorama en Argentina. Revista electrónica del departamento de derecho económico y empresarial. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. (2020) Año III, Número 4.
- McKendrick, E. (2012). Contract Law: Text, Cases, and Materials, quinta edición, Oxford.
- Orgaz, A. (2004). El damnificado indirecto. PÁGINAS DE AYER.
- Orgaz, A. (2007). Las causas de justificación. RCyS2007.

- Orgaz, A. (2007). Los actos ilícitos de omisión. RCyS2005.
- Orgaz, A. (2009). Los límites de la autonomía de la voluntad. LA LEY64.
- Ossola, F. & Pizarro, R. (2015). Orden público en la responsabilidad civil. LA LEY.
- Ossola, F. A. (2016). Responsabilidad Civil. AbeledoPerrot.
- Ossola, F. A. (2015). Responsabilidad por daños causados por actos involuntarios en el Código Civil y Comercial. RCyS2015-IV.
- Ossola, F. (2017). El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño. Dificultades y propuestas. La Ley.
- Pérez Bustamante, L. (2014). Derecho Social de Consumo, 2da. Edición actualizada, págs. 695, ed. La Ley.
- Rivera, J. C. (2004). Instituciones de Derecho Civil, Parte General, 3ra. ed. AbeledoPerrot.
- Romo Alvarez, M & Ochoa Herrera, V. (2020). Los influencers y su impacto en el comportamiento de compra en los millennials.
- Rusconi, D. (2009). Manual de Derecho del Consumidor. Abeledo Perrot.
- Turner, C. (2014). Unlocking Contract Law, cuarta edición, Routledge.
- Vidal Beros, C. (2021). Influencers y Derecho de la Competencia.