

Influencers: un análisis del fenómeno social a partir del Derecho de Consumo y la Protección de Datos Personales

Mauricio J. Garro¹
María Vanessa Zamora²

Resumen

Desde que a principios de los años setenta comenzó el desarrollo regulatorio de las actividades propias de la denominada doctrina de la extimidad, reflejadas en el control del tratamiento automatizado de la data personal, el mundo ha conocido cambios sustanciales tanto en el desarrollo de las tecnologías como en los usos que las mismas han motivado para el crecimiento del consumo masivo de bienes y servicios. Particularmente, luego de la aparición del Big Data y sus derivados, la explosión de las redes sociales en los últimos veinte años, ha ocasionado el surgimiento de una infinidad de nuevos mercados y emprendimientos a partir de las herramientas constituidas de forma voluminosa. El fenómeno de los *influencers* como conducta socioeconómica, no solo resulta de sumo interés en el estudio de este contexto global, sino que importa una serie de riesgos y oportunidades en el enfoque concreto de su mercado meta y, por ende, resulta importante analizar los factores jurídicos correspondientes desde la perspectiva del consumo y el control regulatorio para garantizar la protección de los datos personales.

Palabras clave

Comercio internacional, derechos humanos, derecho del consumidor, derechos de la personalidad, nuevas tecnologías, *big data*, comercio electrónico, privacidad de datos.

Abstract

Since the regulatory development of the activities of the so-called extimacy doctrine began in the early 1970s, reflected in the control of the automated processing of personal data,

1 Abogado, Master en Empresas Internacionales y Comercio Exterior; Master en Derecho de la Empresa (Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra, Barcelona, España); Delegado de Protección de Datos (Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, España). Docente de las Facultades de Ciencias Empresariales, Derecho y Relaciones Internacionales, ULACIT. Correo electrónico: mgarrog872@ulacit.ed.cr

2 Abogada, PhD. en Ciencias Económicas y Administrativas; Máster en Comercio Internacional. Investigadora Instituto de Formación, Capacitación, Asesoría Municipal y Desarrollo Local (IFCMDL). Correo electrónico: mazamorag@uned.ac.cr

the world has known substantial changes both in the development of technologies and in the uses that they have motivated for the growth of the mass consumption of goods and services. Particularly, after the appearance of Big Data and its derivatives, the explosion of social networks in the last twenty years has caused the emergence of an infinity of new markets and ventures from the tools constituted in a voluminous way. The phenomenon of influencers as socioeconomic behavior is not only of great interest in the study of this global context, but also imports a series of risks and opportunities in the specific approach of its target market in the specific approach of your target market and, therefore, it is important to analyze the factors from the perspective of consumption and regulatory control to guarantee the protection of personal data (data privacy).

Keywords

International trade, human rights, consumer law, personality rights, new technologies, big data, electronic commerce, data privacy.

Introducción

El impacto del crecimiento de Internet, junto con los continuos avances tecnológicos, provocaron cambios en la forma en la que las empresas publicitan sus productos. En este sentido, el 63 % de la población mundial son usuarios de Internet y un 58,7 % son usuarios de redes sociales solo en sus celulares, siendo necesario destacar que el crecimiento de las redes sociales y el aumento notable de uso de smartphones y celulares cambiaron de manera rotunda la comunicación de las nuevas generaciones. “Desde hace unos años, las marcas y empresas descubrieron el valor de contar con líderes de opinión en el mundo digital, y empezaron a trabajar con ellos en campañas debido a la pérdida de credibilidad en la publicidad tradicional” (Zuccherino, 2016, p. 213). Por lo anterior, las empresas eligen a estos líderes de opinión para crear lo que se llama marketing boca en boca o marketing del rumor. El comercio electrónico o *e-commerce* no se encuentra ajeno de esta realidad.

La interacción de los agentes sociales en la red genera un efecto en la toma de decisiones que, precisamente para llegar al concepto de *influencer*, se componen de un importante grupo de usuarios (a nivel de un micro-influencer, menos de diez mil; a nivel de un mega-influencer al menos un millón y medio de seguidores). Con esta capacidad de intervención, las marcas y en general las empresas han empezado a idear planes de marketing y publicidad acompañadas de un *influencer* que les sirva incluso como imagen corporativa, de forma que, estas figuras empiezan a consolidarse en el mercado de la publicidad y el marketing. Y, además, surge una figura atípica contractual provisto de ciertas características jurídicas propias.

Se considera que el comercio electrónico o *e-commerce* llegó para quedarse, lo cual se puede afirmar que surgió desde antes de la pandemia, pero que fue la COVID-19 la que se encargó de potenciarlo.

En virtud de lo anterior, por ejemplo, la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica (PROCOMER, 2022) confirmó que para nuestro país el comercio electrónico o *e-commerce* se ha convertido en la solución de muchas empresas para sobreponerse a una crisis económica sin precedentes como la ocasionada por la COVID-19 y, además, ha abierto un sinnúmero de posibilidades para impulsar el posicionamiento de su oferta y diversificar los mercados que pueden alcanzar a través de las exportaciones. El *e-commerce* hace referencia a la compra y venta de bienes o servicios a través de medios electrónicos, tales como plataformas de venta, página web y redes sociales.

Para esto, la figura del *influencer* ha emergido como un sujeto activo que tiende a influenciar en las decisiones de compra de las personas usuarias de diversos productos, bienes o servicios; es decir se han llegado a convertir en esos voceros sociales a los cuales seguir y en quienes confiar. La duda aquí surge en el hecho, de que si esta capacidad de influir puede llegar tan lejos como para considerar algún grado de afectación en la capacidad de los consumidores de hacer valer sus derechos y proteger sus compras.

Este tema resulta bastante novedoso e innovador, y hasta podría considerarse tabú, pues aún no ha sido ampliamente estudiado en Costa Rica. Por este motivo, es que surge el interés de investigar sobre el tema y profundizar en algunos elementos constitutivos de este tipo de profesional, para asimismo, brindarle al lector alguna orientación en términos del grado de influencia y en el impacto al momento de una decisión de compra, utilizando la vía del comercio electrónico, para así también poder reconocer si emerge alguna luz en cuanto a la implicación de esta población en la defensa de los derechos de los consumidores en Costa Rica.

Aunque es claro que la capacidad de reacción de los *influencers* dependerá del rango de edad del usuario de la red social, no es menos cierto que la economía se mueve en gran parte, gracias a las personas que oscilan entre los 21 y 34 años (*millennials*) de acuerdo con un estudio realizado por la firma holandesa Nielsen en 2016. Tampoco puede perderse de vista que, en el 2014, la Cámara

de Comercio Internacional consideraba que el perfil demográfico de usuarios y consumidores de Internet era mayoritariamente integrado por personas entre los 15 y 34 años, siendo la moda, viajes y electrónica las categorías más demandadas por los compradores en *online* en Colombia, de acuerdo con un estudio de la mencionada institución realizado en el mismo año.

Así, todo parece confirmar que las publicaciones en diferentes redes sociales por parte de los *influencers* pueden significar un riesgo muy alto para el Derecho del consumo, pues no solo puede conllevar a la desconfianza en el consumidor y un cambio en sus patrones de decisión; sino también, pueden tratarse de publicaciones disfrazadas de neutralidad, y en realidad consistir en publicidad disfrazada que obtiene el consumidor sin estar consciente de la misma, constituyéndose en una amenaza a la democratización de la información y al derecho a estar informado. (Miranda, 2019, párr. 6)

Percepción bibliográfica

Ehlers (2017) explica que como consumidores astutos se puede coincidir en que actualmente las audiencias no se conectan con logos, sino con humanos. Continúa diciendo que el contenido que proviene de un *influencer* no abocado a una marca, es auténtico y logra que el consumidor se relacione, permitiendo que la audiencia se conecte con la marca en un nivel identificable. En este sentido, Zuccherino (2016) indica que según un estudio realizado por Deloitte en EE. UU, el 47 % de los *millennials* (nueva generación) son influenciados por lo que consumen en sus redes sociales a la hora de comprar, mientras que en los otros grupos de edades este número gira en torno al 20 % (p. 13). Según Gómez-Nieto (2018):

Es necesario realizar una diferenciación conceptual entre *influencer*, líder de opinión o prescriptor y famoso. Un *influencer* suele conocer el tema del que habla, se le reconoce cierta experiencia y conocimiento del tema mientras que un famoso, como Rafa Nadal, no tiene por qué saber de coches o de seguros de

vida o del hogar. Las marcas utilizan las celebridades y los *influencers* de forma diferente para objetivos diferentes.

Propiamente dicho, el marketing de influencia fusiona las redes sociales como espacios publicitarios con líderes de opinión o los personajes famosos como prescriptores e *influencers*, a los que las marcas dirigen su empréstito comunicativo para llegar a más consumidores potenciales. Las redes sociales se convierten en la piedra angular del *influencer*.

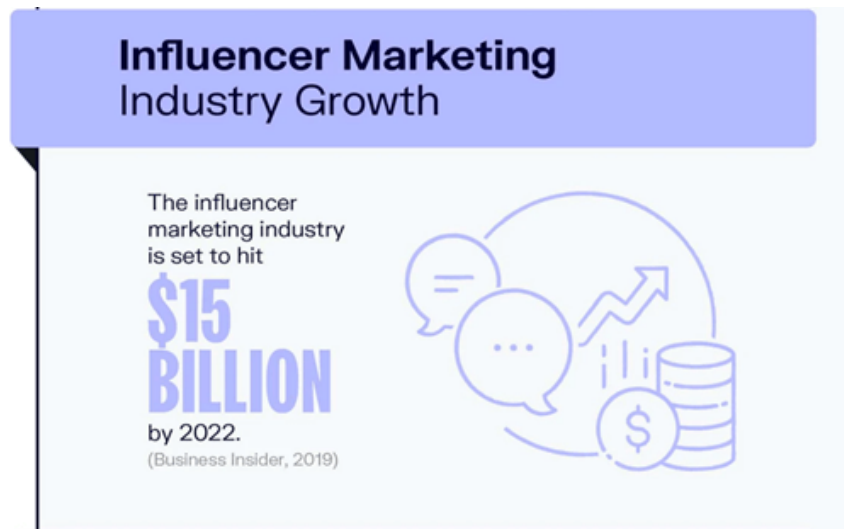
Zuccherino (2016) agrega que “un influenciador generalmente ha construido su comunidad de seguidores de manera natural u orgánica (prescindiendo de pago de pauta publicitaria). Esto genera que su comunidad sea más proclive a reaccionar positivamente (*engagement*) a sus ideas (contenido publicitario)” (p. 215).

Lo que destaca a un influenciador es que su contenido es personal, hace sus propias recomendaciones y, generalmente, tienen libertad a la hora de generar el contenido. En conformidad lo antes expresado, “los influenciadores son profundamente apasionados de sus temas y probablemente saben más acerca de su mercado que hasta la marca misma” (Zuccherino, 2016, p. 217). Las empresas y marcas deben tener en cuenta que “el éxito con nuestras audiencias e influenciadores depende de cuánto estemos dispuestos a arriesgar para ser reconocidos por ellos” (Zuccherino, 2016, p. 217).

¿Qué es un *influencer*?

Insúa (2020) menciona que:

Los *influencers* se podrían definir como aquellas personas con un alto nivel de influencia sobre el público, con un elevado número de seguidores en redes sociales y/o medios de comunicación digitales. Dichas personas interactúan con sus seguidores casi diariamente a través de las redes sociales más destacadas, ya sea Youtube, Twitch, Twitter, Instagram, Tiktok, etc. Gracias a estos miles de seguidores, estos *influencers* cuentan con un tremendo potencial de marketing y *engagement*, pudiendo influir en la decisión de compra de determinados productos o servicios relacionados con el contenido que llevan a cabo. (Insúa, 2020, párr. 5)



Fuente: Insúa (2020).

Segmentación de *influencers* o tipos de *influencers* por sectores

Moreno (2017, como se citó en Gómez-Nieto, 2018), indica que:

Por eso, es necesario saber identificar aquellos *influencers* que, por sus valores, estilo, tono, se asemejen al negocio que se quiere que representen. Respecto a las cualidades debe tener un *influencer*, se destacan las siguientes: el *influencer* debe ser un modelo a seguir, buen comunicador, debe actuar de modo constante, poseer una escucha activa (responder a los seguidores). (p. 150)

En los últimos años el mundo de la publicidad y el marketing ha evolucionado a pasos agigantados, abriendo paso a una nueva estrategia publicitaria que tiene como protagonista la figura del *influencer*.

Protección jurídica del *influencer* y las repercusiones jurídicas de sus actos

El *influencer* es una persona con capacidad de influir en el comportamiento del consumidor de una manera más sutil y cercana que la publicidad a la que se acostumbran las personas consumidoras (Gómez-Nieto, 2018).

No obstante, se ha de tener en cuenta que la velocidad a la que avanza el mundo digital es mucho mayor que aquella a la que se desarrolla la legislación que

lo regula, produciéndose así un vacío legal, ya que es poca la doctrina que se puede encontrar acerca de este tema ... Al desarrollar la mayor parte de su actividad en plataformas digitales, se deben tener en cuenta las normas de la red social en la que se vaya a volcar el contenido, ya que estas tienen una serie de obligaciones legales propias que deben cumplir todas las publicaciones que se realicen en la plataforma; también entran los derechos de los usuarios de Internet y por consiguiente la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (o LSSI) que los regula, además de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Y, dado que el fin de la actividad que desarrollan es publicitario habrá que actuar bajo los preceptos tanto de la Ley General de Publicidad (LGP), como de la Ley de Competencia Desleal (LCD). (Casajuana Abogados, s.f., párr. 3,7)

En Costa Rica, este tema no está tan claramente establecido, el límite de protección sigue estando en el limbo y no queda tan claro cuáles son sus derechos y obligaciones en cuanto a la normativa nacional; dado que también atañe a estos profesionales la Ley de Protección de Datos Personales (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2011), así como temas de garantía de los derechos digitales, la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

Por otra parte, un tema que tampoco ha sido ampliamente es lo que concierne al *feed*, dado que el vacío legal del que “se ha hablado previamente deja a libre elección del *influencer* el carácter del contenido que publica, y de ahí la importancia de delimitar en el contrato los servicios a prestar y las obligaciones recíprocas de las partes, así como la responsabilidad” (Casajuana Abogados, s.f., sección: Feed, párr. 1).

A modo de derecho comparado, regulación jurídica de los *influencers* en España

A pesar de que es un tema relativamente novedoso, en España, sí existen leyes que en conjunto cubrirían todas las necesidades regulativas de los *influencers* y de su actividad en el mercado. Para ello, este apartado se completa con dos fuentes confiables, a saber: el *Libro blanco marketing de influencers* del Interactive Advertising Bureau (IAB Spain, 2019); y el *Código*

de Conducta sobre el Uso de Influencers en la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) y Asociación Española de Anunciantes de España (2020). Según Insúa (2020), entre la legislación de aquel país aplicable al tema de los *influencers*, se podrían citar las siguientes normas:

Normativa sobre contratación:

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Normativa aplicable en publicidad:

- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Normativa sobre Internet:

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Normativa sobre consumidores:

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Asimismo, a partir del 1º de enero de 2021, entró en vigor el Código de Conducta sobre el Uso de Influencers en la Publicidad, que consiste en un reglamento de autocontrol que regulará el uso de estos influencers en la publicidad y que seguro afectará en gran medida a este mercado. (sección: Regulación jurídica de los influencers en España, párr. 4)

Particularmente sobre el tema de **Propiedad intelectual e influencers en España**. Insua (2020) ha señalado entre los muchos aspectos que se deben analizar en la actividad de los *influencers* está su relación con los derechos de propiedad intelectual. Siempre que el *influencer* sea el autor de todos sus contenidos, le pertenecerán a él todos los derechos morales y de explotación.

Esta regla, se traslada virtud de los orígenes y el desarrollo del Derecho Continental Europea a los países latinoamericanos, incluyendo por rigor, Costa Rica.

Por otro parte, en el contexto internacional pueden observarse las diferentes fórmulas utilizadas por plataformas o redes:



Al subir Contenido al Servicio, YouTube se granjea una licencia mundial, no exclusiva, gratuita y libre de regalías, transferible para usar dicho Contenido. Con el fin de operar, promocionar y mejorar el Servicio. Misma solución opera en los casos de Instagram y Twitch (Insúa, 2020, párr. 25)

Un vistazo a la normativa norteamericana (FTC) en cuanto a la regulación jurídica de los *influencers*

Según Díez-Estella (2018),

En los Estados Unidos de América, la *Federal Trade Commission* (en adelante, por sus siglas, FTC), o Comisión Federal del Comercio, es la agencia federal que tiene competencia tanto en el ámbito de la protección del consumidor, como en la privacidad (Protección de Datos Personales). Dicho órgano ha publicado una guía de actuación sobre la forma de actuar en el ámbito de los *influencer marketing* (IM) para no incurrir en infracciones legales.

La FTC, establece un principio de publicidad veraz, destacando que las publicaciones y mensajes por *influencers* no pueden ser ni erróneos ni engañosos. A este respecto cabe destacar lo establecido en la Guía mencionada en la Sección 5^a, donde establece que ha de considerarse ilegal cualquier acto engañoso o falso que afecte al comercio; entendiendo por engañoso cualquier acto que suponga una representación que afecte a la decisión de los consumidores con omisión de la información que debiesen obtener estos en circunstancias normales.

Directamente relaciona respecto la Red Social Instagram (señala Díez-Stella), considerando que al incluirse tantos *hashtags* dentro de una misma publicación, el consumidor queda limitado para leer toda la información, por lo que es fácil que la divulgación se esconda dentro de tanto *hashtag*, esto es, no sirve con añadir simplemente el *hashtag* *#publi #publicidad #ad*, etc. (Díez-Stella 2018).

***E-commerce* o comercio electrónico, los derechos del consumidor y la privacidad de los datos**

El *e-commerce* o comercio electrónico hace referencia al “uso de Internet y web para hacer negocios. Dicho de manera más formal, las transacciones comerciales con capacidad digital entre organizaciones e individuos” (Andre, s. f., párr. 1) propiciando la posibilidad de estar conectados. Internet permite que se comparta información con sólo unos “clics”. Se destaca el uso de Internet por parte de los usuarios a la hora de tomar decisiones importantes de su vida, ya sea para comprar un auto, obtener información sobre una escuela o para hacer inversiones financieras (Insúa, 2020).

Por otra parte, el comercio electrónico abarca los procesos de compra y venta que se encuentran apoyados por medios electrónicos, especialmente por medio de los medios digitales desde la Internet; y dado que, el crecimiento mundial del uso de Internet es la clave de la nueva era digital y brinda a las empresas y a los consumidores la posibilidad de estar conectados; la Internet permite que se comparta información con sólo unos “clics”; se destaca el uso de Internet por parte de los usuarios a la hora de tomar decisiones importantes de su vida, ya sea para comprar un auto, obtener información sobre una escuela o para hacer inversiones financieras (Kotler y Gary, 2007).

Si bien sobre este tema se ha hablado muy poco, desde los años 2000 ya se conocía el término de *influencers*, solamente que se les consideraba como descriptores de moda, un concepto quizás no tan socialmente adoptado ni de tendencia, pero desde hace varios años, la figura del *influencer* cobró vida y ha venido a impactar las decisiones de compra de los consumidores. Resta ahora asociar esta capacidad de influencia con el grado de afectación positiva o negativa que como grupo de presión social pueda ejercer sobre la defensa de los derechos del consumidor que efectúa una transacción mediante el comercio electrónico. (Díez, 2018).

Martínez-Caballero y Vázquez-Casco (2008) destacan el rol del prescriptor que: es una persona a la que se considera experta o famosa, de la que se siguen sus consejos o se imitan sus comportamientos. En moda existe toda una maquinaria de creación de iconos como prescriptores; en su mayoría se trata de deportistas, actores/actrices, o personajes de los medios de comunicación o del mundo de la música. Uniendo el nombre de un personaje al de una marca, sea de forma contractual u oficiosa (por amistad, sintonía, etc.), se consigue potenciar la imagen tanto de la marca como del personaje imitación.

Actualmente, estos grupos de referencia se han extendido a las redes sociales, donde las personas siguen a determinados usuarios como deportistas e *influencers* para ver qué usan, y de *celebrities*, de esta manera se genera así un deseo de imitarlos. Díaz-Soloaga (2016) tam-

bién recalca el papel de los líderes de opinión y los prescriptores. No necesariamente estas personas tienen que ser *celebrities*, por lo tanto, un líder de opinión puede ser un profesional reconocido con prestigio. La voz del líder es escuchada y su opinión es valorada y se destaca su carisma, su experiencia y la sinceridad. Dentro de los prescriptores, los *bloggers* ocupan un papel fundamental. No obstante, la importancia de lo recientemente indicado, la presente investigación no ahondará ni se centrará en el tema de los blogueros o *bloggers*.

Resulta interesante indicar en este momento de la investigación, que, según lo analizado, “con el paso del tiempo, el *e-commerce* en la moda ha ido creciendo y es muy frecuente hoy en día que, tanto marcas nacionales e internacionales, posean una tienda *online* en donde se pueden efectuar las compras. Pese al crecimiento de esta plataforma nueva para efectuar negocios, es notorio que todavía se tenga cierta resistencia debido a la inseguridad que le provoca a muchos comprar en línea. Otro factor que afecta específicamente a la industria es la preferencia de la tienda física a la establecida *online* ya que brinda la posibilidad de probarse el producto en el momento y poder ver su confección” (Cáceres et al., 2017).

Sobre la protección de datos en materia de comercio electrónico y de los derechos del consumidor, así como el derecho al no repudio o el derecho a la oposición ante la negativa de decisiones automatizadas individuales en materia de comercio electrónico y derechos del consumidor

Según Quirós-Fonseca (2021),

los medios digitales facilitan a las empresas la obtención de información personal exacta sobre sus usuarios, lo cual, a la vez, beneficia la creación de estrategias efectivas para promover el consumo ... Sin embargo, las campañas publicitarias digitales encuentran su límite en la protección de datos del consumidor, con la cual tienen una estrecha relación, esto ya que es común el almacenamiento y tratamiento de datos de los usuarios para la elaboración de planes de comunicación ... estas prácticas podrían ser contrarias al ordenamiento jurídico costarricense, e inclusive a marcos regulatorios internacionales. Dentro de este grupo de normas no es posible encontrar una ley especial

en materia de publicidad y medios de comunicación electrónicos; sin embargo, son aplicables la ley número 8968, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales y su Reglamento, la cual hace especial énfasis en la protección del Derecho a la autodeterminación informativa, la ley número 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento, en donde se establece, de forma detallada, los derechos atinentes al consumidor en campañas promocionales; ambas normas aunadas a la legislación general, como el Código Civil, el Código de Comercio y la Constitución Política. (p. 3)

Sobre la protección de datos

El derecho a la intimidad abarca la protección de la vida privada para impedir intervenciones arbitrarias, incluso las del propio Estado. En la Unión Europea y desde el año 2002, es considerado propiamente, un derecho humano. Existe un debate sobre la concepción de la protección de los datos de carácter personal como un componente del derecho a la intimidad. Al respecto debe decirse que el fuero del derecho a la intimidad reside particularmente en ese ámbito interno de la persona. La “extimidad” propiamente dicha refiere al control de los datos. A esa externalidad originada desde principios de finales de los años sesenta cuando se dispuso el tratamiento automatizado de la información, a través de los primeros semiconductores. Allí es donde comenzamos a hablar de protección de datos.

Manifiesta García (2007) que gracias a las nuevas tecnologías el almacenamiento de los datos personales se ha convertido en una práctica habitual; por ello, el derecho a la intimidad ha redireccionado su ámbito de aplicación para facultar a los individuos a rechazar invasiones a su privacidad y a controlar el acceso a sus informaciones. Así, los estados tienen el deber de brindar las herramientas para que los civiles protejan sus datos personales.

Lo que menciona el autor, se conoce como autodeterminación informativa, es el principio constitucional desarrollado por el Tribunal Federal Constitucional de la República Federal

Alemana en el año 1983, y que por propia naturaleza constituye el nacimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales. Hablar de autodeterminación informativa, es hablar de protección de datos y viceversa.

Entonces, es necesario recordar el deber de información de los anunciantes y comerciantes. Este deber, según Saavedra (2012), no solo aplica en cuanto a la oferta publicitaria, sino que, también, cubre el tratamiento que se da a los datos suministrados por los consumidores. La mencionada obligación se vincula con el principio de veracidad que es parte del derecho del consumidor y que, según Salinas (1995), busca la transparencia en las ofertas y apertura la posibilidad de que un consumidor acceda, por sus propios medios, a conocimientos respecto de su elección de compra.

Sobre las decisiones individuales automatizadas

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores indica que:

Se considera que se elaboran perfiles cuando sus aspectos personales son evaluados para elaborar predicciones sobre su persona, incluso si no se toman decisiones, por ejemplo, si una empresa u organización evalúa sus características (como la edad, el sexo, la altura) o le incluye en una categoría, significa que se está elaborando un perfil sobre usted; Únicamente se toman decisiones automatizadas cuando se toman decisiones sobre usted por medios tecnológicos sin la intervención humana; incluso pueden tomarse sin la elaboración de perfiles. (Comisión Europea, s.f.a, párr. 1)

Igualmente, en la Unión Europea, el Reglamento de Protección de Datos del Parlamento Europeo y del Consejo (Comisión Europea, s.f.b) dispone que la persona tiene derecho a

no ser objeto de una decisión basada únicamente en medios automatizados, si la decisión le produce efectos jurídicos o le afecta significativamente de modo similar. Una decisión tiene efectos jurídicos cuando sus derechos jurídicos se ven afectados (como su derecho de voto). Además, el tratamiento puede afectarle significativamente si ejerce una influencia en sus circunstancias, comportamiento o preferencias.

Según Comisión Europea (s.f.a), el anteriormente citado reglamento, prevé situaciones relativas a elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas, como práctica habitual en muchos sectores: bancario y financiero, el fiscal y la sanidad.

Puede ser más eficiente, pero es menos transparente y puede limitar su elección. Aunque, como norma general, puede que alguien no sea objeto de una decisión basada exclusivamente en un tratamiento automatizado, este tipo de decisión puede estar permitida excepcionalmente si una ley concreta permite el uso de algoritmos y prevé las garantías adecuadas. Las decisiones exclusivamente automatizadas también están permitidas en los casos siguientes:

- la decisión es necesaria (es decir, no debe haber ninguna otra manera de lograr el mismo objetivo) para celebrar o ejecutar un contrato con usted,
- usted ha dado su consentimiento explícito.

En ambos casos, la decisión adoptada debe garantizar sus derechos y libertades aplicando las garantías adecuadas. La empresa u organización debe, como mínimo, informarle de su derecho a obtener intervención humana y establecer los requisitos de procedimiento obligatorios; además, la empresa u organización deberá permitirle expresar su punto de vista e informarle de que puede impugnar la decisión. Las decisiones basadas en algoritmos no pueden utilizar categorías especiales de datos, a menos que usted haya dado su consentimiento o que el proceso esté permitido por la legislación de la UE o nacional. (Comisión Europea, s.f.a, párr. 4)

Discusión

El tema principal de este artículo versa sobre la responsabilidad del consumidor y de las personas con influencia digital, en términos de cuán avanzado este o no la normativa y qué tan informados estén estos sobre sus derechos y deberes, en temas tan actuales como la protección de sus datos personales, el consentimiento informado, los contratos de adhesión, las políticas de privacidad, entre otros.

En este sentido, partiendo de la premisa de que la sociedad actual puede ser calificada como una sociedad del espectáculo, en la que la opinión se superpone al ser e incluso al tener, es posible hablar del sesgo existente en la sociedad de la información (Internet), especialmente en las redes sociales; lo que lleva a considerar temas de responsabilidad civil del consumidor y la existencia o no de responsabilidad de los *influencers* digitales por daños en los productos o servicios anunciados por ellos.

La relevancia de la investigación es notoria, crucial y actual, considerando el momento de hiper conexión en que se desenvuelve el mundo actual, en el que los digital *influencer* comienzan a dictar el estándar de consumo para los consumidores y/o usuarios.

La investigación ayuda a reconocer que no obstante lo anterior, y la presión social y hasta comercial, los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa; dadas las dos figuras que se encuentran prestadoras de servicios: el proveedor de servicio de Internet, encargado de disponer un espacio en su servidor para alojar los contenidos que son colgados por los proveedores de contenido y el proveedor de contenidos, persona física o jurídica que produce o publica información en Internet, utilizando recursos propios o valiéndose de los suministrados por cualquier proveedor de acceso al servicio. Entonces, la responsabilidad de estos prestadores de servicios puede ser de tipo civil o penal, cuando con la publicación de un contenido vulnera alguna de los derechos fundamentales siguientes (Código Penal, Ley 8968 de la Protección de Datos Personales, entre otros).

Debe recordarse también la existencia de acuerdos de confidencialidad, políticas de privacidad, derechos de autor, derechos de imagen, consentimientos informados y contratos; sobre todo cuando se considera que se puede dar la vulneración del derecho a la imagen o a la intimidad personal y familiar; entendiéndose este como el derecho a la intimidad personal y familiar entra en conflicto con el derecho a la libertad de expresión o de información que debe ser resuelto mediante el examen de la trascendencia e importancia con la que se vean afectados.

Asimismo, en este mismo orden de ideas, se debe reconocer que el derecho a la libertad de información tiene una protección jurídica especial cuando trata de personalidades públicas, o cuya información sea de carácter e interés público, dado que esto resulta relevante para formar la opinión de la sociedad, sea proporcional al interés público, y esté justificado por los usos sociales.

Surge la necesidad -que no llegó al alcance de esta investigación- de preguntarse qué sucede cuando la responsabilidad no pueda individualizarse, y entonces se considerará qué se podría reclamar por responsabilidad solidaria, así como también pensar en temas de suplantación de identidad en cuentas falsas o *fake* cuentas, tan comunes en nuestra cotidianeidad.

Lo que sí es cierto el hecho de que, el rápido crecimiento de estos *influencers* y su intromisión en el mercado digital casi siempre ha tomado a la legislación 'fuera de juego', no existiendo una normativa específica que adapte y regule la actividad profesional que desempeñan estas personas a través de las redes sociales. Para ello, es posible aprovechar para Costa Rica lo ya expuesto e implementado por el derecho comparado tanto en España como lo estipulado en la normativa norteamericana.

Por otra parte, la particularidad que atañe a los *influencers* es que estos viven de su imagen y de las fotografías que suben a sus redes sociales. Por ello, es normal que deben llegar a acuerdos sobre la cesión de sus derechos de imagen con las marcas con las que trabajen, para que puedan tener el control de lo que se hace o no con sus fotos. Es lógico pensar que en un contrato de cesión de derechos de imagen el *influencer* autoriza a un tercero a utilizar su imagen a título gratuito o a cambio de una contraprestación económica, quedando claro que es por un tiempo determinado y que podrá ser revocable, en cualquier caso.

En suma, podría decirse que este nuevo campo de acción se encuentra aún en proceso de consolidación a nivel legal en su rama comercial, corporativa, contractual, civil y de protección de datos y de los derechos del consumidor. Lo anterior, inevitablemente, puede producir inseguridad jurídica y descontento en los usuarios, ya que la gran mayoría desconocen los posibles escenarios que podrían llegarse a dar, y no hay una ley o doctrina suficiente a la que atenerse. Simplemente no existe integración normativa. Por ello, es siempre recomendable para los *influencers* buscar el apoyo de profesionales del derecho con el fin de proteger sus intereses y poder desarrollar su carrera profesional sin percances, contratiempos o demandas.

Conclusiones

La presente investigación partió de la existencia de un presunto vacío normativo en el ordenamiento jurídico. Si bien las publicaciones de los *influencers* constituyen una práctica cada vez más recurrente en Costa Rica, actualmente no hay una normativa específica ni existen pronunciamientos por parte de una entidad oficial que definan los parámetros de conducta de los *influencers* digitales respecto de este tipo de publicaciones, o que delimiten el alcance de su responsabilidad, ya sea contractual, civil, comercial, de protección de datos, etc.

De ahí que el objetivo de la presente investigación haya consistido en presentar con la mayor precisión posible, la situación actual en cuanto a la protección jurídica de los *influencers* y el comportamiento provocado en las personas usuarias del comercio electrónico al momento de reclamar sus derechos como consumidores de bienes, productos y servicios en cuanto a protección de datos, el no repudio o el derecho a la oposición ante la negativa de decisiones automatizadas individuales.

Lo anterior puede al menos apoyar la tesis para establecer si los regímenes normativos existentes sobre publicidad, derecho de autor y marcas son aplicables a los *influencers* digitales, o si será necesario regular la temática mediante un cuerpo normativo independiente. En este orden de ideas, aun cuando en el ordenamiento jurídico costarricense actual no existe una regulación explícita sobre las actuaciones publicitarias de los *influencers*, sí hay un marco general sobre responsabilidad civil extracontractual que les resulta aplicable siempre que se cumplan todos sus presupuestos; a la vez, que dicho marco general abarca una normatividad específica sobre publicidad, derecho de autor y marcas.

Dicho lo anterior, se reconoce que, en caso de que un *influencer* incumpla dicha normatividad, será responsable frente al consumidor o frente al titular de derechos de propiedad intelectual, según sea el caso. En lo que al alcance general del derecho de autor y marcas se refiere, dado que el contenido tiene una naturaleza claramente publicitaria, los *influencers* también deberían evitar incluir materiales protegidos por el derecho de autor o cualquier elemento de una marca registrada, a menos que cuenten con la respectiva autorización para su manejo por parte de los titulares de esos derechos.

En todo caso, una alternativa para prescindir de dicha autorización es que la obra ya esté en el dominio o acceso público, caso en el cual el *influencer* deberá respetar los derechos morales del autor. Así las cosas, en caso de que un *influencer* digital incluya en su contenido un material protegido por el derecho de autor o marcas sin la debida autorización, procederán las acciones penales y civiles respectivas.

Por otra parte, en materia de derecho de consumo, por interpretación analógica sobre publicidad en el tema de *influencers*, deberá respetar todo tipo de cláusula, política de privacidad, protección de datos personales, contrato, confidencialidad o comunicación al ofertar un producto. En tal sentido, el *influencer* digital debe cumplir con los lineamientos del cuerpo normativo, que a su vez busca que el consumidor pueda tomar una decisión de consumo informada y ajustada a la realidad.

En virtud de la protección al consumidor, tendrá que aclarar en el contenido publicado en Instagram o cualquier red social, de ser el caso, que tiene una relación con el proveedor del o directamente con el producto. Por su parte, es importante recordar que los regímenes de responsabilidad aplicables a los *influencers* digitales no son excluyentes entre sí. De esta manera, una misma actuación publicitaria de un *influencer* digital que sea contraria a lo establecido o que violente cualquier derecho u obligación podrá generar el inicio de un proceso de responsabilidad civil extracontractual, y a la vez generar responsabilidad en materia de derecho del consumo, comercial, en cuanto a derechos del consumidor y/o hasta de propiedad intelectual.

Posiblemente, el presente artículo pueda suscitar nuevas interrogantes que ojalá también sean resueltas oportunamente; como por ejemplo si el *influencer* digital recomienda a sus seguidores sin recibir ningún beneficio del proveedor ni tener relación alguna con la marca, ¿se puede incluir este tipo de información en su contenido sin ningún tipo de exigencia, aun si con dicha información se está induciendo a una audiencia a tomar una explícita y determinada decisión de consumo y, consecuentemente, generará con ello un beneficio para el comerciante del producto?

Asimismo, surge la interrogante de si este contenido promovido por el *influencer* digital podría entenderse como publicitario por el que lo produce, o si estaría respaldado por el ejercicio de la libertad de expresión, entre otras más, en contextos tan variantes y evolutivos, propiciados, promovidos y generados a partir de las dinámicas y funcionalidades tan dinámicas e interactivas de las redes sociales y el comercio electrónico.

Referencias

Andre, R. (s. f.). *Glosario de Administración de Riesgos de Negocios (Unidad 1)*. Chegg. <https://www.chegg.com/flashcards/glosario-de-administracion-de-riesgos-de-negocios-unidad-1-f12bb032-d225-414d-b199-f4b7507598d0/deck>

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2011). *Ley 8968. Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=70975&nValor3=85989
- Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) y Asociación Española de Anunciantes de España. (2020). *Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad*. <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>
- Cáceres, G., Perea da Silva, T., Vásquez, M., y Torres, M. G. (2017). *El impacto de los Influencers de Instagram en la decisión de compra de indumentaria de los jóvenes*. Fundación Universidad Argentina de la Empresa.
- Casajuana Abogados. (s.f.). ¿Quién protege a los influencers? <https://www.jlcasajuanaabogados.com/asesoria-legal-startups/quien-protege-a-los-influencers/>
- Díaz-Soloaga, P. (2016). Comunicación y gestión de marcas de moda. *Arte, Individuo y Sociedad*, 28(3), 623. http://dx.doi.org/10.5209/rev_ARIS.2016.v28.n3.49145
- Díez-Estella F. (15 de mayo de 2018). *El régimen jurídico de los “influencers”*. LinkedIn. <https://www.linkedin.com/pulse/aspectos-legales-tener-en-cuenta-las-colaboraciones-con-fernando-d%C3%ADez/?originalSubdomain=es>
- Ehlers, K. (2017). *2017: the year of the Influencer*. Forbes. <https://www.forbes.com/sites/forbesagencycouncil/2017/02/23/2017-the-year-of-the-influencer/?sh=5eb39c122d19>
- Gómez-Nieto, B. (2018). El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa. *Methaodos. Revista de ciencias sociales*, 6(1), 149-156. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.212>

- Insúa, R. (24 de diciembre de 2020). *Influencers: aproximación a su régimen jurídico*. ADefinitivas. <https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/influencers-aproximacion-a-su-regimen-juridico/>
- Interactive Advertising Bureau Spain. (2019). *Libro blanco marketing de influencers*. IAB. <https://iabspain.es/estudio/libro-blanco-de-marketing-de-influencers/>
- Gobierno de España. (12 de julio de 2002). *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>
- Kotler, P. y Gary, A. (2007). *Marketing, versión para Latinoamérica* (11ª. ed.). Pearson Educación.
- Martínez-Caballero, E., y Vázquez-Casco A. (2008). *Marketing de la moda* (1ª. Ed.). ESIC.
- Miranda, N. (26 de marzo de 2019). “*Influencers*”: ¿Una amenaza para los derechos del consumidor? Blog de Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercio-electronico/influencers-una-amenaza-para-los-derechos-del-consumidor/>
- Comisión Europea. (s.f.a). ¿Puedo estar sujeto a decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles? https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/rights-citizens/my-rights/can-i-be-subject-automated-individual-decision-making-including-profiling_es
- Comisión Europea. (s.f.b). ¿Qué rige el Reglamento general de protección de datos («RGPD»)? Recuperado el 20 de marzo de 2023 de https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/what-does-general-data-protection-regulation-gdpr-govern_es
- Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica. (3 de febrero de 2022). *La esencia de Costa Rica a un clic de la exportación*. <https://www.procomer.com/exportador/programas/e-commerce/>

Quirós-Fonseca, M. (2021). La protección de datos del consumidor en las campañas publicitarias digitales y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense. *Revista Derecho en Sociedad de la ULACIT*, 15(2), 1-26. <https://www.ulacit.ac.cr/wp-content/uploads/Revista-Derecho-en-Sociedad-15-2.pdf>

Zuccherino, S. (2016). *Social media marketing: la revolución de los negocios y la comunicación digital* (1ª. ed.). Temas Grupo Editorial.