

**EL NEUROMARKETING Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA A PARTIR DE LA
NOCIÓN DE LOS NEURODERECHOS.**

Análisis en el ámbito del neuromarketing en las redes sociales.

LAURA DANIELA RODRÍGUEZ RÍOS

Trabajo de Grado para optar al título de abogado.

Dirigido por Mag. Marlon Iván Maldonado Narváez

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO TUNJA**

2023

DEDICATORIA

Le dedico el resultado de este trabajo a Dios y toda mi familia. Principalmente, a mi madre Graciela, gracias por tu apoyo incondicional a lo largo de mi vida, por la enorme dosis de amor que me das sin pedir nada a cambio, por todo mil y mil gracias Mami te amo. A Lupe por ser mi fiel compañera 24/7 los días de lluvia, los de sol, los buenos y malos, las traspasadas, las madrugadas, contigo infinitos. Ustedes son mis mayores bendiciones y la mayor motivación en mi vida.

También quiero dedicarles este trabajo a mis amigas

Mónica, Karen y Catalina por su amistad, apoyo y motivación en la realización de este trabajo y a lo largo de mi vida, por impulsarme constantemente a cumplir mis sueños. Nunca les dejaré de estar agradecida por esto.

Laura Daniela Rodríguez Ríos

RESUMEN

La interacción digital por medio de plataformas y páginas digitales trae consigo beneficios, tales como una mejor organización, entretenimiento, comunicación *online*, acceso a información, educación continua y formas de trabajo; siendo esta última de gran interés, teniendo en cuenta las dinámicas sociales, económicas y culturales surgidas a partir del año 2020 con base en la emergencia sanitaria por Covid-19. Lo cual modificó la perspectiva de los productores y comerciantes al verse afectados por no poder ofrecer de forma directa, personal-tradicional, la venta de sus bienes y servicios, obligándolos a salir de su zona de confort y buscar nuevas alternativas; en ese contexto, encontraron una excelente solución en el mundo digital, por medio del cual atrajeron clientes a nivel global y no sólo local, ahorrando gastos operativos de venta, desarrollando en ellos una necesidad de educación e innovación en marketing digital; lo que se traduce en un fortalecimiento y una permanencia del *neuromarketing* de aquí en adelante y, de manera inherente, de los neuroderechos.

PALABRAS CLAVE: neuromarketing, neuroderechos, autonomía de la voluntad, identidad mental.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
METODOLOGÍA	7
Será de la utilidad este método a lo largo del desarrollo pues en primera medida se planteó como problema jurídico ¿Es viable en la incorporación de los neuro derechos en la regulación jurídico-colombiana como garantía de protección neuronal a perspectiva de neuro marketing? A partir de este problema, se plantearon diferentes hipótesis de posibles vulneraciones de derechos fundamentales con origen de la recolección, uso y almacenamiento de datos neuronales en redes sociales y la posterior creación de contenido personalizado con estrategias.	7
OBJETIVOS	8
Objetivo general:	8
Objetivos específicos:	8
1. EL NEUROMARKETING Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA A PARTIR DE LA NOCIÓN DE LOS NEURODERECHOS	8
1.1 APROXIMACIONES CONCEPTUALES AL <i>NEUROMARKETING</i> Y LOS NEURODERECHOS.....	10
1.2. MARKETING.....	10
1.3. DERECHO.....	13
1.4. EL NEUROMARKETING PROPIAMENTE DICHO	14
1.5. NEURODERECHOS.....	16
2. INTERRELACIÓN DE LOS NEURODERECHOS Y EL NEUROMARKETING (CASO EN CONCRETO).....	19
2.1. FACEBOOK Y CAMBRIDGE ANALYTICAL	21

2.2. Nuevas prácticas aparejan nuevos problemas	24
2.3. SUCINTO DE HIPÓTESIS FRENTE A LA VULNERACIÓN A DIFERENTES DERECHOS FUNDAMENTALES	26
2.3.1. Derecho a la salud.....	27
2.3.2. Derecho de privacidad	29
2.3.3. Derecho a la igualdad.....	31
2.3.4. Derecho a la información	32
2.3.5. Derecho a la intimidad	34
3. ANÁLISIS DE LA PUBLICIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	37
3.1. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD.....	37
3.2. REGULACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	40
3.2.1 Análisis de regulaciones de Chile y España de neuroderechos	47
3.2. Propuesta hipótesis de implementación de la categoría de neuro-derechos en Colombia de cara a la protección efectiva de los consumidores	49
Conclusiones	55
Referencias.....	57

INTRODUCCIÓN

La tecnología, desde la época prehistórica, ha permitido al hombre dominar su entorno, satisfaciendo sus necesidades básicas y explorando nuevos límites, complaciendo así su espíritu racional e inventivo, pasando desde el teléfono fijo al celular, así como de una comunicación manuscrita mediante cartas, cuya recepción anteriormente era de meses a una comunicación instantánea mediante mensajes de WhatsApp y *emails*.

En la actualidad, con el desarrollo de los *Smartphone*, el mundo digital se ha configurado como una realidad para todos los seres humanos, incluso para los que se creen apáticos a este, puesto que, diariamente, se crean diversas aplicaciones en ámbitos inimaginables, que no se pueden definir como buenas o malas, debido a que todo depende del uso que se les den.

Imaginarse desear algo y que baste solo con chasquear los dedos para poder obtenerlo al instante, no es una utopía, tampoco es magia; es una realidad prontamente inminente, gracias al capitalismo de datos, brindados por usuarios de las redes sociales, que ingenuamente cooperan con la vulneración de sus propios derechos y, a su vez, contribuyen sin ganancia alguna al enriquecimiento de monstruos comerciales y tecnológicos.

Es imperativo saber, entonces, qué papel desempeñan las redes sociales, el *neuromarketing* y conglomerados comerciales en nuestra vida, si es solo una herramienta de entretenimiento y publicidad, o, por el contrario, ¿el almacenamiento de datos tiene algún tipo de consecuencia?; y de ser así, cuáles son y cómo se puede evitar.

METODOLOGÍA

El método de investigación empleado en la presente monografía es:

1. “Método hipotético-deductivo: Va de lo general a lo particular y consiste en sistematizar el conocimiento existente para, a partir de él, concluir conceptos, principios y leyes aplicables a situaciones desconocidas, pero con las que guardan una relación lógica. Es el método utilizado en las investigaciones dogmático-jurídicas para buscar la solución a problemas jurídicos nuevos a partir del ordenamiento existente que no los ha previsto expresamente. (Guastini, 1999; Prieto, Sanchís 2002; Moreso, 2002)].” (Claudia del Carmen Barrios De la Cruz, 2021)

Será de la utilidad este método a lo largo del desarrollo del trabajo, se planteó como problema jurídico ¿Es viable en la incorporación de los neuro derechos en la regulación jurídico-colombiana como garantía de protección neuronal a perspectiva de neuro marketing? A partir de este problema, se plantearon diferentes hipótesis de posibles vulneraciones de derechos fundamentales con origen de la recolección, uso y almacenamiento de datos neuronales en redes sociales y la posterior creación de contenido personalizado con estrategias.

Durante el transcurso de la investigación se realizó una descripción de diferentes conceptos relacionada con neuro marketing y neuro derecho, usando fuentes primarias y secundarias en la medida en que el trabajo así lo exigió. así mismos se analizó normatividad colombiana, chilena y española, con el objetivo de observar actualmente las regulaciones jurídicas frente al tema.

Todo esto para concluir la viabilidad de la incorporación paulatina de los neuroderechos dentro de la regulación colombiana y en el futuro como garantía de diferentes esferas sociales del ser humano y específicamente en la protección neuronal del neuromarketing en redes sociales.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

Analizar el desarrollo de la protección de los neuroderechos, a partir de la disciplina del *neuromarketing* para la formulación de una propuesta de regulación en Colombia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Estudiar el concepto de *neuromarketing* y neuroderechos, así como la interrelación existente entre estos.
2. Verificar la regulación actual de la recolección de datos en relación con la publicidad que se recibe en Colombia.
3. Proponer una hipótesis de implementación de la categoría de neuro-derechos en Colombia de cara a la protección efectiva de los consumidores.

1. EL NEUROMARKETING Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA A PARTIR DE

LANOCIÓN DE LOS NEURODERECHOS

Con el avance de la tecnología, han ido surgiendo también nuevas dinámicas para lograr un aumento del consumo, al igual que la manera como se llega al consumidor propiamente dicho. En este sentido, emerge el *neuromarketing* como una disciplina que busca llegar al pensamiento de las personas y, de esta manera, influir en su consentimiento para la adquisición de nuevos productos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente capítulo se estudia, de manera breve, la conceptualización del significado de neuromarketing y de los neuroderechos; para, posteriormente, desarrollar de manera somera cuál ha sido su popularización y las consecuencias de estas, las cuales pueden poner riesgo la garantía de la protección de los derechos de los consumidores en clave constitucional desde el artículo 78 y en materia civil en lo relativo al 1502, y lo relativo a la protección de datos personales.

Todo lo anterior, para comprender si es o no importante verificar la regulación de neuroderechos en Colombia frente a la recolección, almacenamiento y utilización de neurodatos, para la creación de neuromarketing personalizado y su implicación en la violación de algunos derechos fundamentales.

1.1 APROXIMACIONES CONCEPTUALES AL *NEUROMARKETING* Y LOS NEURODERECHOS

La palabra *neuromarketing* es una expresión compuesta que se acuñó para hacer referencia al desarrollo de la aplicación técnicas propias de la neurociencia cognitiva al campo de la investigación en marketing tradicional (Abad y Bono, 2012). Sin embargo, para una mejor comprensión del concepto, se requiere descomponerla en sus raíces y analizar así su etimología.

En primera instancia, la palabra *neuro* viene de la clase gramatical de sustantivo singular en cuanto a su morfología, se puede descomponer en el lexema “neur-” y el sufijo “-o” lexema “neur”-hace referencia al sistema y se deriva del griego “neuron” que significa “nervio”, el sufijo “-o” indica que se trata de un sustantivo masculino singular en español, el prefijo *neuro* es una palabra de origen griego que significa nervio y que hace referencia al estudio de la neurociencia y al cerebro (Neuromarketing, 2017). La RAE, por su parte, expone que es aquello que está relacionado al nervio o sistema nervioso, lo que la convierte en un prefijo de diversos conceptos encargados de estudiar la relación entre actividades, estímulos y el comportamiento de la mente humana en las diferentes ciencias aplicadas.

1.2. MARKETING

Por su parte, la palabra “Marketing” esta formada por raíces latinas “mercantus” que significa mercado y “capere”, que significa captar. Así las cosas, la morfología del “marketing” es:

- Raíz: mercantus y capere
- Sufijo: -ing que indica el gerundio y se utiliza por formar sustantivos

que denotan acción o proceso

- sufijo et en diminutivo.

A su vez, *marketing* es una palabra que, traducida al español, significa mercadotecnia que tiene su raíz en la palabra mercado que proviene del latín. La RAE (s.f.) lo define como un “conjunto de estrategias empleadas para la comercialización de un producto y para estimular su demanda” (párr. 1).

Su inicio es imposible determinarlo con claridad, puesto que se presume que se viene desarrollando desde el primer intercambio de bienes y servicios; definiéndose a partir de la publicación de “*la práctica de la administración*” de Drucker (1950), la cual brinda las primeras nociones de lo que es y de su importancia al vincular al cliente-empresa de una forma fructífera para ambas partes.

Kotler y Armstrong (2013, citados en Gallegos *et al.*, 2019) definen el *marketing* como “un proceso social y directivo mediante el que los individuos y las organizaciones obtienen lo que necesitan y desean a través de la creación y el intercambio de valor con los demás” (p. 96); en otras palabras, son las estrategias creadas a partir de análisis, dirigidas a la obtención de metas específicas en cuanto al producto o servicio creado para cumplir las expectativas o necesidades de puntos de venta y precio.

Estrategias que tuvieron un avance significativo con la llegada de la tecnología, al revolucionar los canales de comunicación entre proveedores y consumidores. En los años 2000, el

boom del internet y el móvil forjaron el inicio de una nueva forma de enajenación,¹ lo que brindó un espacio de ventas digitales, desempeñando un papel importante para la comercialización de bienes y servicios a través de dispositivos electrónicos con una recepción de información mayor, al llegar a un público más amplio y no restringido a la geografía.

Para el 2010, la mercadotecnia se enfoca principalmente en el comportamiento del consumidor, el producto y la empresa; basados en el estudio que, con anterioridad, realizó Walter Scott sobre el uso de la psicología en la propaganda a través del incentivo para el comportamiento humano esperado; desarrollando así las bases para el estudio de otras teorías del *marketing*, como la teoría del color, teoría de las necesidades y demás.

Dado lo anterior, el *marketing* es una disciplina de estudio de la cual se desprenden acciones, estrategias y tipos de *marketing* específicos; utilizados con base en cada cliente o producto ya sus necesidades, para lo cual es importante distinguir el *marketing* de la publicidad, ya que se tienden a confundir por concluir en fines comunes, pero se debe entender que la publicidad es una acción que se desprende del *marketing* y no como un igual.

Dentro de los tipos de *marketing*, se destaca el digital, el cual utiliza todas estas estrategias y acciones, concretamente a través de internet, siendo una de las mejores herramientas en cuanto a resultados, operando mediante un análisis de necesidades a partir de algoritmos, creaciones de

¹ Si bien después del proyecto Arpa net empieza a desarrollarse el internet y con la aparición de los primeros navegadores se dieron también importantes avances en el comercio electrónico que llevaron a la formulación de la Ley Modelo Cnudmi de 1996 sobre comercio electrónico, para los efectos de la presente investigación nos centraremos principalmente en lo relativo a la tendencia del *neuromarketing* que usa como plataforma a las redes sociales, la cual empieza a consolidarse a partir del boom de las mismas a inicios del presente siglo.

contenido de valor para las distintas etapas de compra, creación de comunidades *online* a partir del posicionamiento de una marca y la publicidad reiterante en las diferentes redes (Selman, 2017).

1.3. DERECHO

Ahora, para definir derecho, se encuentra que el término proviene del latín *directus*, que significa lo que es recto o rígido. Por su parte, la RAE (s.f.) lo entiende como lo justo o legítimo. El origen del derecho se encuentra desde dos perspectivas; la primera, en cuanto al derecho como norma que regula las relaciones humanas (derecho objetivo) o como la facultad de hacer o exigir algo (derecho subjetivo), intentando explicar estas dos perspectivas por varias líneas de pensamiento, como lo son la escolástica; la cual atribuye su origen en la divinidad, considerando a Dios como causa primera de este, encontrando que existe la ley divina y la ley natural, pudiendo evidenciar en esta última el derecho civil emanado de la legislación humana.

Otra perspectiva en cuanto al origen del derecho es la expuesta por Hobbes y Rousseau, quienes encuentran en el contrato social el origen del derecho; partiendo de que existe un estado pre-social, el cual se superó gracias a la voluntad humana y contradiciendo la anterior teoría. Kant considera que el origen del derecho no se encuentra en la voluntad humana, sino en la naturaleza racional del hombre; es decir, en su razón, siendo la base del derecho el respeto a la libertad (Bazo, 1934).

En cuanto a los “Derechos” autores como Immanuel Kant los evalúa como principios morales que se basan en la razón y la universalidad, los derechos son los deberes que los individuos

tienen para sí y para el resto de las personas ponderando derechos como la Autonomía, la dignidad y el respeto. (León, 2022) .

Por su parte para Thomas Hobbes, los derechos yacen de desistimiento de algunas libertades como canje de protecciones y seguridades que proporciona un estado soberano en el contrato social. Para John Locke los derechos son ese conjunto de garantías inherentes e imprescriptibles al ser humano y previos al desarrollo como sociedad (Díaz, 2019)

1.4. EL NEUROMARKETING PROPIAMENTE DICHO

Algunos autores intentan definir el *neuromarketing*, desde el punto en que el *marketing* y latecnología se unieron. Así las cosas, Canales Ronda (2013), considera que fue Jerry Zaltman, uno de los primeros en aproximarse al tema a finales de la década de los 90 proponiendo la unión de tecnología e imagen cerebral con el *marketing*, dando así lugar al primer departamento de *neuromarketing*.

Ahora bien y en un análisis más hacia la definición del concepto, el *neuromarketing* se entiende de diversas formas, tales como: disciplina, sistema de investigación, ciencia y herramienta. De tales conceptos, se resaltan dos definiciones, siendo la primera la brindada por Montoya (2014) quien señala que “es la disciplina que relaciona el *marketing* y el comportamiento del consumidor mediante las neurociencias aplicando los resultados a la estrategia de marketing” (p. 12).

Por su parte y como segunda definición importante, respecto del *neuromarketing* como

sistema de investigación, este es conceptualizado como:

“La aplicación de técnicas que pertenecen a las neurociencias, por medio del estudio de los efectos que la publicidad y las asociaciones a la marca producen en el cerebro humano con el fin de poder llegar a predecir el comportamiento del consumidor” (Puromarketing.com, 2007, citado por González, 2014, p. 2)

Examinadas las definiciones, se deduce que el *neuromarketing* es una interdisciplina, un sistema de investigación, una ciencia y una herramienta, que tiene como objetivo la venta de diferentes productos o servicios, a partir de estímulos creados, como lo es la publicidad personalizada con base al análisis de bases de datos y su inferencia en los diferentes comportamientos del ser humano.

Según Assaf (2012) esta disciplina se centra en determinar las áreas del cerebro que están involucradas en los procesos de selección del cliente, como analizar su comportamiento, cuando se decanta por una marca o cuando elige entre uno y otro producto. Como asimila los mensajes que recibe a través de la publicidad que envían constantemente las empresas.

Para la suscrita en cuanto al concepto del neuromarketing, es una interdisciplina basada en definiciones de extra-disciplina como la brindada por el autor Edgar Morin en cual plantea que para que exista una interdisciplina es necesario varias disciplinas complejas se unan buscando una comprensión más integrada de los mismos, (Morin, 1997) como lo son las ciencias exactas del estudio del cerebro y el marketing, dando como resultado la neurociencia del consumo, por medio de la cual se busca comprender la relación entre el consumidor y el comportamiento de compra mediante diferentes estímulos visuales auditivos, mediante tecnologías de escaneo cerebral

como los son las resonancias magnéticas electroencefalograma, eye tracking, galvanic skin, obteniendo neuro datos que se analizan y servirán de base para crear diferentes estrategias para la comercialización de diferentes bienes y servicios, aclarando que el neuromarketing no es una forma de manipulación ,únicamente se enfoca en el análisis de procesos mentales y emocionales.

Al indagar en la legislación colombiana sobre la definición del concepto de *neuromarketing*, se encuentra que actualmente este no ha sido regulado de manera particular, por tanto, no hay una definición normativa del mismo ni una regulación. Al respecto, se considera necesario que se regule y defina el mismo en la normatividad vigente, con el fin de brindar a los diversos consumidores y usuarios, con las concepciones y procesos claros ante una posible vulneración de derechos, ya que, hoy por hoy, el *neuromarketing* es usado en múltiples espacios, más aún los medios digitales.

Queda entonces la duda de si existen consecuencias para los consumidores digitales frente a la publicidad creada a partir de la captación de datos, puesto que el *neuromarketing* tiene responsabilidad moral y ética, en cuanto al manejo de información mental por el tipo de contenido que se maneja y su uso.

1.5. NEURODERECHOS

Frente a los neuro derechos, cabe mencionar que es un término reciente que ha alcanzado gran popularidad en los últimos años con base en los avances tecnológicos y como fórmula de preventiva actual y futura. Para Borbón et. al (2020) estos son un nuevo marco normativo internacional de derechos humanos, que protegen el cerebro, así como su actividad en la medida

que se produzcan avances en neuro tecnología para establecer un marco jurídico y ético que limite las nuevas tecnologías.

De una manera más concreta, Ienca y Adorno (citados por Txetxu Ausín, 2020) proponen los neuroderechos como si de nuevos derechos humanos se tratara, con el fin de proteger los estados mentales de posibles intromisiones y manipulaciones. Definición compartida a su vez por Cáceres *et al.* (2021), quienes también conciben los neuroderechos y sus tipos, como “una nueva y más reciente formulación de Derechos Humanos que hacen referencia al cerebro-mente de las personas” (p. 65). Otras definiciones o aseveraciones acerca de los neuroderechos para tener en cuenta son las siguientes:

Tabla 1. Aproximación al concepto de neuroderechos desde la doctrina especializada.

AUTOR	NEURODERECHO	ANÁLISIS
DE ASÍS	"Los Neuro derechos son definidos como "Nuevos derechos humanos que protegen la privacidad e integridad mental y psíquica, tanto consciente como inconsciente, de las personas del uso abusivo de neuro tecnologías" (Asís, 2022) (art. 2 del proyecto de Ley)	De Asís resalta a los neuroderechos como derechos humanos frente a avances tecnológicos.
MORA	"El neuroderecho se entendió directamente como la reflexión sobre la forma y el alcance en que múltiples facetas de la comprensión, producción y aplicación del derecho se verán afectadas por el estudio	Mora entiende los neuroderechos aludiendo a la protección de datos obtenidos a partir de la mente.

	empírico del cerebro en la medida en que éste se considera parte central de la explicación de la conducta" (Narváez, 2014, p. 128)	
MARTÍN	"Los neuro derechos, pueden ser entendidos como el marco legal surgido para la protección de los derechos humanos que se ven vulnerados con la aplicación de las técnicas de Neuro tecnología confluyendo disciplinas basadas en la inteligencia artificial y la neurociencia" (Martín, 2021)	A la vista de Martín, se evidencia una perspectiva, al igual que Asís, enfocada en la creación de derechos humanos, desde un marco legal.

Fuente. Elaboración propia.

De los autores mencionados, se infiere la importancia de los neuroderechos para la protección legal de la información mental, a través de la incorporación de un derecho humano, frente al todo futuro riesgo de la interacción de la humanidad y la ciencia con los alcances de los avances tecnológicos.

Siendo esta la premisa para la creación de los neuroderechos en sus diferentes sistemas jurídicos, que, si bien no son vinculantes integrarlos de carácter inmediato, sí es importante paulatinamente procurar la incorporación de estos.

Desde una óptica personal, los neuro derechos son otra interdisciplina que vincula los conocimientos del derecho y las neurociencias, no es otra rama del derecho, si no una perspectiva

o enfoque que se aplica a un análisis del derecho ,para de esa forma contribuir entre cualquier régimen jurídico, una nueva regulación de libertades de información cerebral que son la extensión de otros derechos fundamentales como la autonomía, la intimidad y la dignidad humana en un campo de acción específicamente delimitado por el cerebro.

Ahora definir que no es un neuro derecho es de dificultosa delimitación entendiendo que como seres humanos racionales todo tiene su origen y final en la mente y el cerebro, por lo cual cualquier tipo de agravio en contra de la integridad de este ya sea por medio de tecnologías o no va en contra de estos derechos y es que esta clase de derechos aborda diferentes aspectos más allá de la tecnología como la protección a cualquier manipulación y el libre desarrollo del cerebro.

2. INTERRELACIÓN DE LOS NEURODERECHOS Y EL NEUROMARKETING (CASO EN CONCRETO)

Para comprender la interacción entre los neuro datos, las redes sociales y el *neuromarketing*, es necesario explicar cómo funcionan como cualquier otra empresa, las aplicaciones ejercen prácticas propias de la competencia económica y el sistema capitalista, siendo la primera y más común, la visualización de publicidad masiva a través de la web.²

En la actualidad, el internet es uno de los canales más eficaces, si se desea vender un bien

² Uno de estos casos son los términos de uso de Redes Sociales, tales como Facebook, que indican: "... al usarlos Productos de Facebook que se incluyen en estas Condiciones, aceptas que podamos mostrarte anuncios de las empresas y organizaciones que nos pagan por promocionarse dentro y fuera de los Productos de las empresas de Facebook. Usamos tus datos personales, como la información sobre tu actividad y tus intereses, para mostrarte aquella publicidad que pueda resultarte más relevante. Nuestro sistema publicitario se ha diseñado pensando en la protección de la privacidad. Esto quiere decir que podemos mostrarte anuncios relevantes y útiles sin revelar tu identidad a los anunciantes." (Meta, Centro de privacidad, s.f.).

o servicio, por la cantidad de usuarios registrados y el uso diario por parte de estos en plataformas digitales, que, aunado con sus interacciones, permiten analizar un patrón de comportamientos, preferencias junto con las de amigos, creando una base de datos demográfica. “Proporcionamos a los anunciantes datos demográficos generales e información sobre interés” (Facebook, s.f.), permitiendo que la publicidad llegue a una población específica con mayor probabilidad de compra (Kemeny, 2014). Registrando todo tipo de información como:

Direcciones IP que utilizamos para calcular tu ubicación general. Además, nos permiten determinar tu ubicación específica si es necesario para proteger tu seguridad o la de terceros. Tu actividad y la de otras personas en nuestros Productos, como los registros de visitas y los eventos. Información que nos proporcionas directamente, como cuando introduces tu ciudad actual en tu perfil o proporcionas tu dirección en Marketplace. (Meta, Política de privacidad, s.f.).

Marcando así un patrón, para determinar cómo opera el usuario y anteponiéndose a cómo va a actuar, información riesgosa bajo la posibilidad de manipulación psicológica de individuos y masas que, de manera imperceptible, se entrelaza en la cotidianidad, siendo entonces la segunda forma de monetización la adquisición y análisis de datos, y, a su vez, la más importante y riesgosa.

Puesto que, si se emplean la recolección y análisis de datos con la venta de publicidad en busca de un mismo fin, el ser humano reduce a la voluntad del tercero, quien es el sujeto que paga para la obtención de la información y el manejo de esta; entonces, se minimiza la autodeterminación del usuario/persona convirtiéndolo en un avatar con voz, pero sin voto, perdiendo identidad y reducido a cumplir acciones como propias con autorización de terceros.

2.1. FACEBOOK Y CAMBRIDGE ANALYTICAL

Un ejemplo de esta injerencia es el caso Facebook y Cambridge Analytical (Atkinson-Abutridy, 2022), el cual tuvo relevancia a nivel mundial por las implicaciones de este. Cambridge Analytical, fundada en el 2013 por Alexander Nix, es una empresa enfocada en el análisis de datos, para el desarrollo de marcas y políticos.

Para el caso específico, Cambridge Analytical logra influir en el comportamiento de las personas en medio de las elecciones presidenciales de Estados Unidos del 2016 a favor del expresidente Donald Trump, a partir de la compra y análisis de una base de datos creada y vendida por el profesor Aleksandr Kogan, distribuida en el año 2013 a través de la plataforma Facebook como un test de personalidad para fines académicos.

Desarrollada por 265.000 usuarios de la plataforma, los cuales consintieron acceder a su información personal y a su red de amigos, sin que se requiera el consentimiento de estos últimos. Así las cosas, el test en mención llegó a obtener información de los “Me gusta” y los mensajes privados de más del 15 % de la población estadounidense, la cual se obtuvo para diferentes usos.

La base de datos adquirida de Kogan, fungió como un arma psicológica para determinar e influenciar dichas elecciones, concluyendo en el desarrollo de publicidad personalizada, a partir de los gustos y miedos de cada individuo; así mismo, en la creación y divulgación de noticias falsas, compartidas en redes sociales, blogs y otros medios. Generando temas de controversia acerca de los comicios electorales y teniendo como resultado el triunfo del presidente cuadragésimo quinto de los Estados Unidos: Donald Trump (2017-2021).

Tiempo después, en el año 2018, Christopher Wylie (Wylie, 2020), exanalista de la empresa Cambridge Analytical, aseguró que la información obtenida de Kogan y Facebook, fue uno de los ítems para el triunfo de Trump en la presidencia.

Wylie (citado por BBC Mundo, 2018) afirma que “Si empiezas a deformar la percepción de los votantes sin su consentimiento, esa es una violación básica de su autonomía para tomar decisiones libres, porque están votando en función de las cosas que creen que son reales, pero no necesariamente lo son”

Fue así que se formó uno de los mayores escándalos para Facebook, el cual duró un poco más de un año en investigaciones, y concluyó con la condena por la Comisión Federal de Comercio de EE. UU. por el tratamiento indebido de datos de más cincuenta millones de usuarios de esta red social, lo que obligó a la plataforma a comprometerse a realizar cambios en la misma. En la actualidad, siempre que Facebook lance una nueva función, que utilicen datos o modifiquen la forma de usar los mismos, deben documentar los riesgos y la mitigación de estos.

Puesto que, para el caso Cambridge Analytical, Facebook tuvo conocimiento de que Kogan, un año atrás, había vendido la información, sin que ejerciera oposición alguna, aun cuando las políticas internas de Facebook en cuanto a recolección de datos prohíben y prohibían la venta y transferencia de información a fuentes externas.

Dicha situación deja entrever la incapacidad que Facebook tiene para controlar el manejo

dedatos sensibles en las plataformas por terceros colaboradores, y el valor de la información frente al resultado de las decisiones que toma el sujeto de acuerdo con lo que está viendo en plataformas y/o páginas digitales.³

Dada la anterior situación, se encuentra que el manejo de los datos recolectados en las diversas redes sociales y en general en plataforma digitales e internet pueden al ser mal manejados tener consecuencias inimaginables en todos los campos de la vida diaria, pero que representan un interés económico hoy en día muy grande, por lo anterior; es necesario reflexionar sobre la relación entre estos es el equilibrio ético de los avances tecnológicos y el respeto por los derechos a los datos producidos por la mente.

Lo anterior, estableciendo mediante normas claras que protejan de manera estricta la privacidad, la autonomía y la dignidad humana de cualquier persona, pero principalmente los neonatos, los cuales nacen en una generación tecnológica en su generalidad. Por lo tanto, siendo los mayores usuarios de medios tecnológicos, plataformas digitales y consumidores la publicidad, convirtiéndolos en los más vulnerables en cuanto a las estrategias y tácticas de neuromarketing debido a su corto desarrollo emocional, físico y cognitivo en tan temprana edad.

Siendo necesario ante esta realidad, que las empresas tecnológicas tengan un consentimiento informado para los usuarios/consumidores que conlleve a que la persona pueda entender de manera clara que sus datos neuronales están siendo captados, analizados y utilizados

³ Ferrer y Sánchez (2013) señalan que hay conceptos que en la actualidad reclaman total atención como “open” o “data”. Tales conceptos conllevan a que los datos de las personas cada vez sean más públicos. Invadiendo cada vez más la esfera personal de los consumidores y convirtiéndolos en un producto que se comercializa entre empresarios para vendernos nuevos productos.

para fines netamente publicitarios, esto garantizando que la privacidad de la información personal y mental no se utilice de forma inapropiada o evita publicidad no deseada.

En conclusión, la protección legal de los consumidores en relación con los neuro derechos y el neuromarketing es primordial para asegurar un balance entre empresas con usuarios/consumidores, asegurando garantizar los derechos de los consumidores de uso de prácticas deshonestas, promoviendo la salud física y psicológica, privacidad mental y la dignidad de los consumidores/usuarios.

2.2. NUEVAS PRÁCTICAS APAREJAN NUEVOS PROBLEMAS

Hablamos entonces de fórmulas matemáticas (algoritmos) que tienen como fin predecir el pensamiento humano, pero no son exactos, que se pueden equivocar, que se basan en tendencias emergentes y que discriminan a una minoría que no logran calcular. Pero que usan como verdades absolutas para determinar el comportamiento de las personas.

Un estudio realizado por Konsinki (citado por Grassegger, 2017) sobre la aplicación de un programa ~~análisis~~ ^{análisis} concluyó que a partir de 68 likes (me gusta) de un usuario de Facebook, era posible determinar su tono de piel con un 95% de exactitud. Inclusive podrían obtenerse resultados con una gran exactitud, como sería el caso de su orientación sexual, con un 88% de precisión, o su ideología política. De hecho, el estudio de la referencia logró demostrar datos como el nivel de inteligencia, la afiliación religiosa, y la mayor o menor propensión al consumo de licor, cigarrillos u otras drogas ilícitas. Dichos resultados permitieron obtener otras conclusiones, como si la

persona analizada provenía de un hogar de padres divorciados.

Llama la atención como a través de algo que parece inofensivo se tuvo información más precisa de la que podría dar inclusive un compañero de trabajo o los amigos de una persona, inclusive algunos familiares. Llegando a la conclusión que el algoritmo podría llegar a conocernos mejor que nosotros mismos (Grassegger, 2017).

Lo anterior permite inferir la precisión y alcance de las bases de datos, con el riesgo palpable de lo que genera: el almacenamiento de la información, su análisis y la creación de valoraciones personales automatizadas. Situación inquietante si se tiene en cuenta que no se habla de cualquier tipo de dato, sino de una categoría especial de los datos sensibles, y que en la actualidad no cuentan con ningún tipo de prebenda, siendo imperativo que los neuroderechos no solo sean concebidos en otros derechos en cuanto a tecnologías invasivas; sino que tengan una clasificación aparte al resto de derechos fundamentales y las leyes existentes, que no brinden el uso de la programación para mostrarnos “lo que queremos incluso antes de que lo queramos”.

Protegiendo al usuario desde un primer momento en cuanto al vicio de consentimientos al momento ingresar en la aplicación, partiendo de que las redes sociales, hoy por hoy, no son fundamentales, pero sí necesarias para el desarrollo de diversos ámbitos de la persona, como lo son el ámbito social, académico, laboral, cultural y económico; por lo cual, es excepcional que, en la actualidad, una persona no cuente con ningún tipo de red social personal, lo que intrínsecamente conlleva que, para hacer parte de estas, se debe aceptar consentimientos extensos y de difícil comprensión en la totalidad de los términos y las condiciones.

Nuevas realidades que al ser aceptadas confluye en la recolección de datos y la creación de contenido personalizado, a partir de información personal y demográfica con base al rendimiento del anuncio para las diferentes aplicaciones digitales. Sin embargo, Mejía (2020) hace referencia a estudios que demuestran lo negativo de la personalización de contenidos a través de un ejemplo bastante inocente: la búsqueda de la palabra “Egipto”. En este caso, mientras que para uno de los usuarios dicha búsqueda arrojó resultados incendiarios relativos a la crisis de Egipto; para otro usuario la misma búsqueda arrojó un resultado en el cual se muestran las bondades de ese país como un destino turístico, y noticias positivas sobre la situación del país.

Lo que evidencia que, a partir de algoritmo, se puede crear y enseñar diferente publicidad y contenido de acuerdo con las necesidades y preferencias previamente analizadas. Todo lo anterior desemboca en que el *neuromarketing* y la enajenación de datos afecte, de forma directa, los derechos fundamentales, los cuales se ven perjudicados, como se evidenció en el caso anteriormente narrado.

2.3. SUCINTO DE HIPÓTESIS FRENTE A LA VULNERACIÓN A DIFERENTES DERECHOS FUNDAMENTALES

Derivado del caso anteriormente planteado, queda claro la incidencia de las redes sociales en diferentes aspectos de la vida y ámbitos gubernamentales a nivel mundial, su inferencia por medio de imágenes, palabras, noticias y clics. Por lo tanto, a continuación, se desarrolla cómo se acoplaría al tema de la vulneración de algunos derechos fundamentales en Colombia.

2.3.1. Derecho a la salud

La Constitución Política colombiana regula el derecho a la salud en el Art. 49⁴, como derecho fundamental mínimo. Así mismo, es “integral e integrador... en bien de sí mismo, de su familia y de la colectividad en general” (Echavarría, 2013). Por tanto, es un derecho plural que, de ninguna manera, se debe vulnerar; y, en la actualidad, en el *neuromarketing*, la recolección de datos atenta contra este, explicado bajo las siguientes hipótesis.

La constante información expuesta en las diferentes plataformas y páginas digitales influye de forma directa en los pensamientos, emociones y en la forma de actuar de la persona receptora, afectando directamente en los estados de ánimo y el tipo de publicaciones que por cuenta de ello pudieran realizarse (Mejía, 2020). De esta forma se retira que al ser los algoritmos los encargados de establecer el contenido que se muestra y el tiempo, no establecen de forma autónoma qué contenido es estimulante de forma negativa para el usuario; un ejemplo de ello es la política de limitación de responsabilidad del conglomerado META.

De acuerdo con los propietarios de la popular página, afirman no tener ningún tipo de control o influencia sobre las opiniones que puedan ser emitidas por los usuarios, así como las acciones que realizan; incluyendo los efectos que dichas acciones puedan tener más allá de la internet. Por lo tanto, cualquier violación de derechos quedará por fuera de cualquier tipo de responsabilidad de dicha entidad (Facebook, s.f.).

⁴ Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 49. “Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.”

Añadido al infortunio de que la publicidad es un negocio encargado de vender “estereotipos de moda y vida”, que no se preocupa por las futuras afectaciones causadas que pueden incentivar a la discriminación de ciertas minorías. Según Rodríguez (2020) es bien conocido el hecho de que ciertas publicaciones refuerzas comportamientos narcisistas, generando inclusive trastornos siquiátricos, sin contar con otro tipo de situaciones como la depresión, la ansiedad y la baja autoestima.

Lo anotado en el párrafo anterior, sin contar con los daños físicos, que es otra consecuencia a la afectación de la salud psicológica, por el uso excesivo de cualquier tipo de red social, generando impactos negativos, si lo que se percibe es falso y se desdibuja los verdaderos pensamientos; un ejemplo de esto fue una joven malasia de 16 años, la cual decide terminar con su vida, con base en la respuesta de sus seguidores de Instagram, lo que resultó en un desenlace fatal (Español, 2019).

Otra forma de atentar la salud física con el *neuromarketing*, es mediante la masiva publicidad de bienes y servicios en internet, que no cuenta con las normas sanitarias u omiten instrucciones sobre los modos, edades permitidas y advertencias de su uso, colocando en un riesgo la vida del usuario consumidor.

En Colombia, la influencer Elizabeth Loaiza fue investigada y sancionada por la SIC, con un monto de ciento treinta y seis millones de pesos, por la realización de publicidad mediante sus redes sociales a pruebas rápidas de Covid-19, productos sin registro Invima y que no son de venta libre en el país (SIC, s.f.). Así, diariamente, existen miles de promociones en internet de bienes con dudosa procedencia, calidad y elaboración, dejando como resultado que no haya una seguridad en la

información publicitaria y del uso del producto o bien publicitado.

2.3.2. Derecho de privacidad

Entendido como la facultad que tienen las personas de decisión frente al conocimiento público de sus datos privados: el cual de conformidad con la Ley 1266 de 2008, es aquel que, en atención a su naturaleza íntima, solo resulta de interés para su titular. Derecho que a su vez se encuentra protegido por la Constitución y la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵, con un alcance no logrado en su totalidad por las garantías legales actuales, ya que se queda corto frente a la integridad de la información, producida por la actividad cerebral en las plataformas digitales su almacenamiento, uso y venta, lo cual va en contra de la identidad personal y a la autodeterminación, al cruzar la delgada línea de lo privado.

Se hace necesario detenerse a pensar si en la actualidad, se tiene un completo dominio sobre la propia información, la forma en que se usa, ¿quién la usa y qué se podrá hacer con ella? La respuesta es un rotundo NO. Durante años, se ha registrado de forma permanente y masiva información como ubicaciones, gustos, miedos, tiempo, sueños, recuerdos, fechas, personas especiales y momentos a favor de terceros desconocidos, todo sin tener la suficiente conciencia de la magnitud de esto. Un claro ejemplo se evidencia en los términos de Meta en donde señalan que:

“La información que recogemos y tratamos sobre ti depende de cómo usas nuestros productos. Por ejemplo, recogemos información diferente, si vendes muebles en Marketplace o

⁵ “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

publicas un reel en Instagram, recogemos cierta información sobre ti cuando utilizas nuestros productos, incluso si no tienes cuenta” (Meta, Política de privacidad, s.f.)⁶

Básicamente, al registrarse “de forma gratuita” en las redes sociales¹¹, se tiene la concepción de que es una herramienta de entrenamiento, donde se encuentran ventas de productos y servicios. Sin embargo, el verdadero producto lo constituyen los usuarios los datos de navegación, y a partir de allí su atención. Entonces, el verdadero precio a pagar es la información de las personas y su uso, que, en comparación con el dinero que se podría pagar es un costo realmente alto.

Es increíble y alarmante cómo al dar click sobre un *like*, o al hacer un comentario, los usuarios quedan expuestos frente a las personas que están detrás para negociar con dicha información. Como bien lo señala Roig (2009) la noción de dato personal se encuentra realmente debilitada por la tecnología al permitir la extracción de información con valor económico de los datos personales de los usuarios. Cada vez con una mayor precisión, apelando a algoritmos más complejos que permiten realizar análisis en contextos desestructurados, que aparentemente pueden resultar inofensivos.

Lo que quiere decir que, con el tiempo, perdemos libertad de decisión y autodeterminación

⁶ Dentro de los datos que se colectan se encuentran:

- Registros de navegadores y aplicaciones de tus visitas a contenido público, como videos y páginas de Facebook.
- Información básica sobre los dispositivos desde los que se han descargado nuestras aplicaciones, por ejemplo, los modelos y los sistemas operativos.
- También recibimos información mediante cookies y tecnologías similares, como el píxel de Meta o los plugins sociales, cuando visitas otras aplicaciones y sitios web que usan los Productos de meta (Meta, Política de privacidad, s.f.).

de la información mental, sin dejar al azar la inhibición de la conciencia, en cuanto a quién es el responsable de la indeterminación temporal de concesión del manejo de los datos y la seguridad ante *hackers* de la plataforma. Ya que, actualmente, se regula el derecho a la honra, a la buena imagen y los derechos de autor frente a la creación de contenido digital, mas no en cuanto al contenido neuronal brindado por el usuario.

2.3.3. Derecho a la igualdad

Referente al aumento de la capacidad cerebral, el almacenamiento de datos se proyecta, junto con la neurotecnología, el reto de mejorar la capacidad cerebral, situación que conlleva a una problemática de desigualdad mundial aún mayor a la actual, ya que no todos los seres humanos contarían con las mismas condiciones para perfeccionar e incentivar la actividad cerebral con avances tecnológicos, lo cual se convierte en una brecha extensa entre clases sociales, lo que aumentaría la pobreza global.

En Colombia, se regula el derecho a la Igualdad en el artículo 13⁷ Superior, el cual gozan todas las personas; así mismo, la corte se ha pronunciado mediante la Jurisprudencia en los siguientes términos: “la igualdad es un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana”⁸. Por lo tanto, el pilar de creación de este derecho como

⁷ Constitución Política Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” (Constitución Política de Colombia)

⁸ La sentencia en comento hace referencia a que la discriminación debe ser valorada tanto en el aspecto positivo como negativo; ya que tanto cualquier aspecto que pueda suponer un desnivel de la balanza implicará un trato no igualitario.

fundamental son todos los seres humanos, quienes, en teoría, contamos con los mismos mínimos vitales y que, al darse de manera contraria, corresponde como tarea del Estado⁹ equiparar dicho déficit para que todas las personas estén en las mismas condiciones.

Entonces, surgen dos perjuicios a este derecho; el primero, en cuanto a la degradación mediante avances tecnológicos usados en el cerebro, explicado anteriormente; y el segundo punto de vista, sobre la distribución de información¹⁰. El *neuromarketing* en conexidad con

el derecho de la información, desde la premisa que es publicidad personalizada diferente paratodas las personas, lo cual no sería posible determinar sin una base que proporcione ciertos datos estadísticos, que permiten que se muestren con base en la necesidad para la cual se crean y divididos por sectores, países, regiones, clases sociales, creencias políticas y religiosas, dejando en jaque mate la soberanía de un estado y a disposición para la manipulación de las voluntades, así como el principio de imparcialidad, un pilar importante para la realidad democrática y económica.

2.3.4. Derecho a la información

En cuanto al derecho a la información, este ha sido considerado, según Zinguer (2014) un derecho humano de primera generación, y que además supone un derecho de “doble vía” en la

De esta forma lo que se busca es que el ordenamiento jurídico no permita que se realicen prácticas que puedan suponer ni la restricción, exclusión o el abuso de los derechos. (Sentencia T- 098/94, 1994)

⁹ De acuerdo con la Corte Constitucional el derecho a la igualdad es el mecanismo que permite que la especie humana sean equiparables desde una óptica formal, promoviendo la racionalización de la actividad del Estado para que dicha igualdad sea efectiva y se concrete en los distintos escenarios. De esta forma se alcanza la verdadera justicia material del Estado Social de Derecho. (Sentencia T-823/99, 1999).

¹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que la obligación de no discriminación supone el reconocimiento por el pluralismo, y la correspondiente toma de medidas para garantizarlo. Este deber es especialmente sentido cuando se trata de grupos vulnerables o críticos del sistema. (CIDH, 2013).

medida en que no solo implica el derecho de recibir información, sino también la obligación de darla, siempre pensando en eliminar cualquier asimetría en el proceso de toma de decisiones. Puede decirse que se trata de un derecho fundamental que se enfoca en la libertad a la hora de la difusión y de la veracidad de datos, importante para el funcionamiento de una sociedad democrática, protegido en Colombia con la Ley de Protección de Datos Personales o Ley 1581 de 2012.

En relación con el dato personal, el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (2022) ha señalado que se trata de la posibilidad que tienen las personas de conocer, actualizar e incluso rectificar cualquier información que de ellas se haya recabado a través de bases de datos o cualquier archivo que pueda ser objeto de tratamiento por entidades de cualquier naturaleza.

Para el caso este derecho vierte en varias aristas; la primera es la veracidad de la información, ya que la información falsa genera desinformación y difícilmente se llega a tener certeza alguna de lo que es y no es cierto; como segunda arista y referente al almacenamiento de datos¹¹, se plantea la responsabilidad del usuario emisor de información, por ser protagonista ingenuo pero activo del tipo de información que brinda, como de sus posteriores consecuencias al aceptar y leer de forma negligente consentimientos autorizados a internet y sus aplicaciones, bajo la concepción de que, como principales emisores de información (materia prima) contribuyentes activos al enriquecimiento de las empresas captadoras de datos, cuentan con la protección de distintos

¹¹ El Minambiente señala que: “Los datos personales conforman la información necesaria para que una persona pueda interactuar con otras o con una o más empresas y/o entidades para que sea plenamente individualizada del resto de la sociedad, haciendo posible la generación de flujos de información que contribuyen con el crecimiento económico y el mejoramiento de bienes y servicios. Así, por ejemplo, cuando hacemos una solicitud de crédito ante una entidad financiera, se requiere diligenciar formularios con nuestra información personal, o cuando realizamos una compra y para realizar la factura de venta solicitan datos como el número de documento de identidad, correo electrónico, dirección y teléfono de contacto, entre otros” (Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2022).

derechos, ya que se entendería inherente el dominio pleno y real sobre la información como de su manejo.

Realidad divergente al existir un dominio parcial, mas no total, en cuanto a la información por parte del emisor e irónico cuando esta se utiliza contra la propia identidad de quien la suministra, por medio de consentimientos, que son preparados y diseñados de forma especialy abusiva, la mayoría de aplicaciones permiten configurar la información que muestra a los diferentes usuarios de la plataforma, mas no la información que captan las mismas (Meta, Centro de privacidad, s.f.), ocasionando que el usuario seda su información sin garantías reales.

2.3.5. Derecho a la intimidad

Frente al derecho a la intimidad en Colombia, la Constitución Política lo describe en su Artículo 15 con una conexidad con el derecho a la privacidad, los cuales se diferencian en sus enfoques, ya que la intimidad se enfoca en establecer límites de cómo se comparte la información entre lo público y lo privado, el ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿con quién? Y una consumación de dichos datos. Se comparte la postura de Fajardo (2006), quien señala que se trata de un derecho que nace y se extingue con la persona, y que inclusive extiende sus efectos hasta tiempo después de fallecido el interesado, para que no se publiquen aspectos de su vida que quieran mantenerse en privado.

Su protección radica, según la Corte Constitucional, en lograr asegurar el mantenimiento de la paz y la tranquilidad necesarios para correcto desarrollo físico y mental de las personas, como

lo relativo a la personalidad. A partir de tales elementos la intimidad se convierte en un derecho absoluto, de naturaleza extra patrimonial, el cual es inalienable e imprescriptible, cuya protección es *erga omnes*. Concluye la Corte que por tal razón las personas, por el hecho de serlo, son sujetos activos de este derecho y únicos legitimados para disponer del mismo. (Sentencia T-414 de 1992).

Para determinar qué se debe entender como íntimo, a lo privado entendible como aquello que se encuentra fuera del interés público, o de los temas de Estado, y que se limita a lo doméstico y familiar, y que se espera que no sea divulgado (Pfeiffer, 2008). De esta forma se encuentra como agravio en primer momento la forma en que se realizan las autorizaciones, al ser abusivos y al no permitir una aceptación parcial o siquiera alguna negociación frente a la cantidad de captación de datos. Otra debilidad es la facilidad con la que se generan estos datos en la actualidad mediante el empleo de los celulares, las cámaras, las imágenes, el reconocimiento facial, los *likes*, las ubicaciones, los buscadores de Google, los mensajes.

Impracticable a la hora de crear límites que se cumplan de manera efectiva, atajados por la intercomunicación y rapidez con la que los datos se transmiten, logrando que no haya terminación o eliminación verdadera de la información, ya que es imposible calcular contundentemente quiénes fueron o serán los receptores de dicha información, menos cuando no se tiene tan solo la idea de la existencia de estos neurodatos y del manejo que se les da, incluso después de la muerte los datos siguen generando un fruto económico para el poseedor, por lo cual no son borrados inmediatamente con la terminación de la vida emisora a la espera del momento adecuado para utilizarlos.

En recapitulación del breve microanálisis de hipótesis frente a los derechos fundamentales más vulnerados desde la perspectiva del *neuromarketing* utilizado en plataformas digitales, se explican los siguientes puntos de vista, si bien son la mayoría de estos derechos se encuentran entre los derechos de primera y segunda generación, no existen o no se encuentran los neuroderechos en estas.

Tampoco se refieren explícitamente a temas como el *marketing* o la recolección, almacenamiento de datos o a la tecnología; por lo tanto, desde la generalidad en la que fueron creados, se le dé una aplicación e hipótesis subjetivas a cada uno para el caso en concreto. Tratando de identificar diferentes posibles presentes y futuras problemáticas, si bien no están constituidos como neuroderechos en nuestro país, el tema es vinculante para otros derechos fundamentales afectados.¹²

La creación de una nueva categoría como los neuroderechos, los ubicaría dentro de la tercera generación, “el derecho a la calidad de vida o a la libertad informática”¹³, creando la restructuración de la perspectiva del hombre como poseedor de derechos frente a alteraciones a este, para que, de forma disruptiva, se cree y evalúe la regulación actual que ataje la preocupación reciente e innovadora que diferentes países han dejado ver, junto con cambios en sus regulaciones jurídicas, referente a la protección en cuanto a la adquisición de datos neuronales y sus posibles

¹² La Corte Constitucional en Sentencia T-406 de 1992, ha señalado que, aunque algunos derechos no han alcanzado la consideración de fundamentales, su importancia radica en la conexión con otros que sí lo son, y a partir de allí la necesidad de su protección. Ello supone la necesidad de observarlos y protegerlos, llegándose a convertir en el fundamento de las decisiones judiciales. Lo anterior porque la protección constitucional no puede entenderse limitada a lo que se encuentra en la carta, sino a todo aquello que, aunque no esté allí se entienda parte de la naturaleza de la misma.

¹³ De acuerdo con Pérez (1991) la llamada “contaminación de las libertades” que supone la degradación de los derechos fundamentales básicos, es la que ha llevado a la creación de los derechos de tercera generación. En buena medida la revolución tecnológica ha jugado un rol determinante en este proceso al suponer un replanteamiento de las relaciones sociales. Mutaciones que de una u otra manera afectan directamente en el ámbito de los derechos humanos.

usos en el *neuromarketing*, también como una óptica vanguardista desde el estado principal garante y cuidador de los derechos de su población, llevando a una positivización y actualización de sus instrumentos jurídicos legales, en pro de la protección del cumplimiento de los principios constitucionales, basados desde la libertad y democracia, pero con miras a nuevas necesidades que se dan a través del desarrollo integral del hombre, como la salud física y mental, la seguridad, la veracidad de la información y la intimidad frente a posibles riesgos, desde la inhibición de la conciencia y hasta la manipulación de masas e individuos en gran escala y de forma paulatina, en una búsqueda imparable de inferir cómo operará el cerebro humano mediante el control de sesgos basados en que la operación de algoritmos, se adelante y asemeje al actuar de las personas en cosas tan simples como lo que escucha, observa y se elige.

3. ANÁLISIS DE LA PUBLICIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El análisis que se propone en el presente capítulo se realizará desde la óptica de la manera como la misma ha sido regulada en Colombia; tomando como punto de partida la regulación de la publicidad, para posteriormente abordar la de los datos personales. Posteriormente se entrarán a analizar los casos de España y Chile; con todo ese sustento se procederá a lo que consideramos debe contener la regulación de los neuro derechos en Colombia.

3.1. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD

La regulación más aproximada sobre el tema se encuentra en el Código Colombiano de

Autorregulación Publicitaria, el cual fue expedido por la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (Conarp) en el año 2013, que establece pautas sobre la publicidad y el *marketing* digital.

Allí, se especifican los principios y la demarcación de estas en diversos temas en específico, que impliquen la comunicación publicitaria y demás mensajes comerciales, incluyendo las etiquetas, rótulos y empaques; en los cuales la publicidad debe desarrollarse en pro de obtener la confianza de los consumidores en los productos que son publicitados; y la adopción de medidas que sean coherentes con el producto, de tal manera que la publicidad sea conforme con la ética en dichas prácticas (Blanco, 2022).

De igual forma, en dicho código se establece que es obligatorio que se haga la presentación verídica del producto anunciado, cuando se haga uso de cualidades objetivas. Respecto de los testimonios de uso de los productos, estos deben ser comprobables y vigentes, el anunciante debe identificarse plenamente, el mensaje no debe distorsionar su carácter de comercial y debe realizar énfasis en las advertencias del uso del producto, evitando estimular el uso peligroso de los mismos.

Por su parte y respecto de la publicidad en medios tecnológicos, en el código se establece que se debe identificar plenamente el origen de recomendaciones y estudios sobre productos, teniendo claridad sobre el fin del mensaje comercial individual, el cual debe aclararse que es comercial, debe respetar las normas de *habeas data* y contener dos reglas importantes para el estudio de la presente monografía, que son:

- La razonabilidad que permita considerar que el consumidor que los reciba tiene algún tipo de interés en el objeto de éstos o en la oferta; y

- Se incluya un mecanismo, con la suficiente transparencia, que permita al consumidor manifestar su voluntad de no recibir más comunicaciones en el futuro.

Los aspectos antes anotados deben sumar al hecho de que el mensaje comercial no debe interferir con el uso que los consumidores puedan darle, dentro de su cotidianidad, a los medios digitales interactivos.

Referente a el estatuto del consumidor el cual está regulado por la ley 1480 de 2011, encontramos un apartado específico desde el Art 29 hasta el Art 33, para la publicidad y su responsabilidad, el cual en conclusiones generales menciona que los términos de la misma funcionaran de acuerdo a las condiciones tiempo, modo y lugar, ofertadas por el anunciante a la hora de gestionar la publicidad. En cuanto a la responsabilidad, está prohibida la publicidad engañosa y de causar algún daño al consumidor, el anunciante compartirá su responsabilidad con el medio de comunicación, si se llega a demostrar dolo o culpa grave y lo únicos eximentes de responsabilidad se generarán por fuerza mayor, caso fortuito o adulteración de la publicidad original. Aunado a lo anterior, se encuentra que la promoción de productos nocivos se llevara a cabo con sus correspondientes indicaciones y advertencias.

Finalmente, y en cuanto a la publicidad basada en el comportamiento, esta debe realizarse previo consentimiento informado al usuario, la cual se deberá publicar claramente en los diferentes sitios web. Incluyendo entre otras cosas las prácticas de recopilación y uso de información de MBHU, y el uso que se haga de esta. incluyendo la descripción precisa del tipo de información, creando un mecanismo que los usuarios puedan usar para que ejerzan sus derechos, en relación con la información que están dispuestos a permitir que sea recopilada, o con que fines.

3.2. REGULACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En Colombia, la actual regulación encaminada a la protección de datos personales tiene su fundamento Constitucional en el artículo 15 de la Carta Política, en el cual se consagra el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, y al buen nombre; regulación en la cual se establece el derecho que tiene toda de conocer, actualizar y rectificar cualquier información que se haya recogido sobre ella en los distintos bancos de datos así como los archivos de las entidades públicas y privadas.

Dicho derecho fundamental ha sido regulado por dos leyes en Colombia por un sistema híbrido; siendo la ley 1266 de 2008 la que regula el habeas data financiero, desarrollando el derecho a conocer, actualizar información en cuanto a archivos y bases de datos y rectificar la misma; mientras que por otra parte, la ley 1581 de 2012 desarrolla el derecho de habeas data aplicable en todos los ámbitos, es decir aplicando los principios, reglas y demás aspectos de la ley a la protección de datos en cualquier base de datos de cualquier organización, entidad pública o privada, pero teniendo como excepciones de su alcance las bases de datos de inteligencia o contrainteligencia, las bases de datos con un fin periodístico que regula el habeas data en general, pero que con el tiempo ha ido evolucionando en sus decretos. El artículo tercero de la última ley referida define conceptos como autorización, base de datos y dato personal, sin embargo; esta ley a pesar de que tiene algunas implicaciones en la protección de información obtenida a través de tecnologías no se centra en la Protección de neuro derechos.

Lo antes referido se menciona ya que la ley solamente tiene las siguientes implicaciones en cuanto a la información obtenida a través de estas tecnologías son:

- La regulación sobre consentimiento informado; el cual según la ley se debe establecer para cualquier tratamiento de datos personales, siendo este libre, previo, expreso e informado. Esto implica que las empresas deben informar de manera clara y transparente a los usuarios sobre qué datos se van a recopilar, con qué finalidad y cómo se van a tratar.
- En cuanto a los derechos de los titulares, la ley reconoce a los titulares de los datos personales una serie de derechos, como el derecho de acceso, rectificación, actualización, inclusión, supresión y revocación. Esto implica que los usuarios tienen el derecho de acceder a su información, corregirla si es incorrecta, y solicitar su eliminación si así lo desean.
- Por parte en cuanto a las medidas de seguridad, únicamente se establece que las empresas que traten datos personales deben implementar medidas de seguridad técnicas, administrativas y jurídicas para proteger la información y evitar su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado.
- Aunado a lo anterior y en lo concerniente a la transferencia internacional de datos, la ley establece que los datos personales solo se pueden transferir a países que proporcionen un nivel adecuado de protección de datos o con el consentimiento del titular. Esto implica que las empresas deben tener cuidado al transferir datos personales a otros países y asegurarse de que se cumplan los requisitos legales.
- Finalmente, la ley establece la obligación de las empresas de inscribir sus bases de datos en el Registro Nacional de Bases de Datos. Esto implica que las empresas deben mantener un registro actualizado de las bases de datos que manejan y cumplir con los requisitos de seguridad establecidos por la ley.

Es importante señalar, que la Ley 1581 de 2012 recogió los desarrollos que ya se habían dado en la materia, estableciendo los principios, definiciones, categorías especiales de datos, así como los procedimientos, deberes de los responsables del tratamiento de éstos, y la formulación de mecanismos de vigilancia y sanción. En virtud de dicha norma se creó también el registro nacional de bases de datos, que también coordina la transferencia de datos a terceros Estados. Respecto de lo anterior. De manera general, se tiene como relevante mencionar que el dato personal fue definido por el artículo tercero de la norma en comento, señalando que el mismo debe entenderse como cualquier información que pueda ser asociada a una o más personas naturales, pero que sean determinadas o determinables. En el artículo cinco de la norma en comento se definieron a su vez los datos sensibles como aquellos que afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede causar discriminación; en este caso, la ley establece cuándo es posible el tratamiento de estos datos, lo cual es posible previa autorización o consentimiento del interesado.

Ahora bien, sobre el deber de información al titular del dato, la precitada norma, señalada en su artículo doce, una serie de aspectos que deben ser observados por parte del responsable del tratamiento de los datos, entre los que se encuentra, la finalidad de dicho tratamiento, la facultad del interesado de responder o no a determinadas preguntas, los derechos que le asisten al titular del dato, y la dirección del tratante para efectos de poder notificarlo sobre cualquier afectación.

La norma establece un límite frente a la posibilidad de con quien se puede compartir dicha información, señalando que solo podrá realizarse con los titulares, sus causahabientes o sus representantes legales; entidades públicas por sus funciones legales o por orden judicial; y a los terceros que la ley o el titular autoricen.

Se establecen en la ley dos tipos de procedimientos, que, a saber, son las consultas y reclamos. En el caso de las consultas, estas pueden ser realizadas por los titulares o los causahabientes, con el fin de consultar información al responsable del tratamiento o encargado del tratamiento, quien tendrá un término de 10 días prorrogables por otros 5 días para resolver la misma.

Por su parte, los reclamos en relación con la corrección, actualización o supresión se realizarán directamente ante el responsable o encargado del tratamiento, el cual deberá resolverse a más tardar dentro de los quince días hábiles siguientes a que sea presentado el reclamo completo. Finalmente, señala la norma que la vigilancia del manejo de datos se realizará por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Delegatura para la Protección de Datos Personales.

Por otra parte, también se encuentra el desarrollo de este mandato de optimización en la jurisprudencia; puesto fue hasta 2006 que se reguló de manera autónoma. Ahora bien, algunas de las providencias de la Corte Constitucional colombiana muestran un importante interés en a la protección de este derecho; dentro de estas podemos encontrar la Sentencia T-414 de 1992, SU 082 de 1995, T 729 de 2002 y C-1011 de 2008, que establecieron:

1. En la Sentencia T 414 de 1992 se indicó que el habeas data constituye una garantía frente al derecho a la entidad, pensado en proteger los datos íntimos y familiares, en donde nadie debe intervenir.

2. Por su parte, en la Sentencia SU-082 de 1995 se especificó que dicho derecho está compuesto por otra serie de derechos desarrollados bajo la esfera de la autodeterminación informática y la libertad económica, que son: 1. Conocer la información; 2. Actualizar la información; 3. Rectificar la información.

3. En este orden de ideas, la Sentencia T-729 de 2002, la Corte aclaró algunas diferencias existentes entre el habeas data y otros derechos como el buen nombre y la intimidad.

4. La Sentencia C-1147/01, enfoca su problema jurídico a la remisión de la información tributaria que solicite la DIAN a las páginas o sitios *web* de origen colombiano mediante las que se prestan servicios personales, comerciales y financieros.

Enmarcando que el papel de la constitución y de los jueces se realiza “En este nuevo escenario tecnológico, en pleno desarrollo, los mandatos expresados en la Carta Política cobran un significado sustancial que demanda del juez constitucional la protección de los derechos reconocidos a todas las personas, pues se trata de garantías que también resultan aplicables en ese ámbito. En Internet, entonces, puede haber una realidad virtual, pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado “ciberespacio” también debe velar el juez constitucional.”

- La providencia reitera derechos que deben ser protegidos como lo son el derecho de la intimidad, el habeas data, la libertad sin importa de se hable de la virtualidad, los cuales se complementan en el suscito de hipótesis frente a posibles vulneraciones a derechos fundamentales llevados a cabo en este trabajo.

- De igual forma plantea la importancia que le debe dar a la recolección de datos por su carácter especial “tal realidad impone, no sólo la necesidad de señalar

criterios de relevancia que permitan establecer la naturaleza de la información que se puede compartir con otros usuarios o entidades estatales, evento que compromete el contenido y alcance del derecho de *habeas data*, sino fijar límites acerca de la información que puede ser conocida por terceros garantizando, de este modo, el derecho a la intimidad de quienes navegan por Internet o realizan una actividad económica por este medio” .

5. Por su parte, la Sentencia C-1011 de 2008 desarrolla otros derechos que están contenidos dentro del derecho de *habeas data*, que son:

- El derecho que tienen las personas a conocer la información que respecto de ellas se encuentra almacenada en bases de datos, aspecto que implica el acceso que debe tenerse a éstas;
 - El derecho a incluir nuevos datos, a fin de recrear una imagen completa del interesado;
 - El derecho a actualizar la información.
 - El derecho a que la información sea rectificada o corregida, conforme con la realidad.
 - El derecho a excluir información, excepto en los casos que por ley deba conservarse.
- (Bejarano, 2014).

6. En consonancia con lo ya mencionado, la Sentencia C- 784 de 2011- brinda la constitucionalidad de la ley 1581 de 2015 y a corte nos da precisiones de cómo debemos interpretar algunos artículos de esta.

Finalmente, el Decreto único Reglamentario 1074 de 2015 en el capítulo veinticinco se

encuentra todo lo relacionado a la autorización, políticas de tratamiento de datos personales, transferencia y transmisiones internacionales, de base de datos, registro nacional de base de datos es decir el reporte que se debe hacer ante la superintendencia de comercio en el cual se evidencia una buena gestión.

Dado lo analizado hasta ahora, se evidencia que en Colombia se cuenta con regulación para tratamiento de datos personales mas no de datos neuronales. Lo anterior, teniendo que los datos se pueden clasificar en i) Datos personales, que se refieren a cualquier información que se relacione con una persona física identificada o identificable. Esto puede incluir nombres, direcciones, números de teléfono, direcciones de correo electrónico, números de identificación, datos de ubicación, etc. ii) Datos sensibles los cuales son una categoría especial de datos personales que se consideran más delicados y, por lo tanto, requieren una protección adicional. Estos datos pueden incluir información sobre la salud, la raza o el origen étnico, las creencias religiosas o filosóficas, la orientación sexual, las afiliaciones políticas, los antecedentes penales, etc. Mientras que los datos neuronales, en cambio, no son un término comúnmente utilizado y no tienen una definición clara en este contexto. Si te refieres a datos relacionados con las neuronas o los procesos neuronales, esto podría incluir información sobre la actividad cerebral, patrones neuronales, investigaciones sobre el cerebro humano, entre otros. Sin embargo, no se considera una categoría estándar como los datos personales o sensibles.

3.2.1 Análisis de regulaciones de Chile y España de neuroderechos

Como se mencionó, los neuroderechos han cobrado relevancia a nivel mundial, en diferentes países se ha hablado del tema, pero fueron Chile y España (los países de idioma español) en los que se implementó la regulación frente al tema.

Chile fue el país pionero, en Latinoamérica, en regular dentro de su Constitución los neuroderechos en el año 2020, gracias a un grupo de senadores, quienes en compañía del neurobiólogo español Rafael Yuste y la Universidad de Columbia, plantearon sentar precedentes legales que regularan el uso de las tecnologías no invasivas en el ser humano; resaltando como máximas de esta iniciativa la autonomía, la privacidad, la libertad de las personas, frente al manejo de dispositivos, aplicaciones y demás herramientas tecnológicas, de tal manera que la tecnología no esté superpuesta a la dignidad humana.

Lo que resultó en la tramitación de la reforma constitucional, aprobada por un quórum de 37 de 43 senadores en ejercicio por el senado y la cámara, promulgada en el diario oficial chileno el 14 de octubre de 2021 la Ley 21.838¹⁴, sentando una iniciativa a nivel mundial.

Por su parte, España tampoco fue ajeno a la regulación de lo digital, ya que la desarrolló en torno a las siguientes referencias:

¹⁴ Dicha norma establece que el desarrollo tecnológico y científico estará al servicio de las personas, teniendo en cuenta el respeto por el derecho a la vida, la integridad física y psíquica de los interesados. Por lo tanto, se tiene como especial criterio regulatorio el interés por la protección de la información para evitar afectaciones a terceros.

El reglamento UE 2016/679 del parlamento europeo y del consejo del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de datos personales y la libre circulación de estos. España, entonces, transcribe esta mediante la ley orgánica de protección de datos y garantía de derechos digitales LOPD gdd Lo 3/2013, la cual en su capítulo X establece la Garantía de los derechos fundamentales.

De esta manera, se propuso el establecimiento cinco subgrupos que se desarrollan en los artículos 79 y subsiguientes, los cuales se entienden de la siguiente forma:

- Derechos en la era digital como el preámbulo compilado en el art. 79.
- Art. 80-85, referentes a la igualdad al acceso a la era digital, sin importar índoles como clases económicas, creencias, etc.; por el contrario, promueven un acceso absoluto y sin limitaciones, garantizando la educación y seguridad.
- Art. 84 y 92, relacionados con la protección de los menores y su información por parte de sus padres o curadores, en cuanto al uso equilibrado de artefactos digitales y el uso de la información en plataformas digitales.
- Art. 85 y 86, alusivos a la libertad de expresión y a la garantía de rectificar información en medios de comunicación digital y el derecho a información veraz.
- Art. 87-90, reconocen los derechos laborales de desconexión digital fuera de horas no laborales, en un marco del derecho a la intimidad y a la no geolocalización del trabajador.
- Art. 93-96, derechos al olvido, portabilidad y herencia.

Pauta para la creación de derechos digitales en un primer plano normativo en España, mas no siendo su único modelo, ya que también cuentan con la carta de derechos digitales, creada en el año 2021, que se establece como una guía no normativa para las autoridades públicas en un marco

digital actual y futuro, el cual se expresa en 28 Artículos enfocados en la libertad, igualdad, participación en espacio público, en un entorno laboral y específicos.

3.2. PROPUESTA HIPÓTESIS DE IMPLEMENTACIÓN DE LA CATEGORÍA DE NEURO-DERECHOS EN COLOMBIA DE CARA A LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS CONSUMIDORES

Los aspectos anteriormente resultan ser el marco normativo general pertinente para el interrelacionar del cuidado de los datos neuronales y la publicidad digital en nuestro país, demostrando que existen debilidades presentadas en la regulación colombiana. En cuanto al *neuromarketing* y los neuroderechos, existe una invalidez de los consentimientos para realizar publicidad basada en neuroinformación; en cuanto a los términos y condiciones de usos, no son lo suficientemente claros y su lectura es extensa y, a su vez, de difícil comprensión, por lo que no le permiten al usuario tener conciencia clara frente al alcance y el manejo real que se da a los datos. Por el contrario, hacen que el usuario no se interese por el contenido de cláusulas que está aceptando, si no que coaccionan al usuario a aceptarlos en búsqueda del uso del aplicativo.

Frente a la protección de los neuroderechos como tema específico a tecnologías invasivas y no invasivas, no están regulados en Colombia, el lenguaje jurídico frente al tema es paupérrimo por carecer de definiciones técnicas para la protección de algunos derechos fundamentales en la interrelación de datos y acciones.

Frente a exposición de información falsa, publicidad engañosa y la transferencia de datos, se previene que las sanciones a terceros no se involucran responsablemente a la plataformas y

páginas de internet, al argumentar que las políticas de autorregulación sobre el contenido restringido son “suficientes”.

Desconociendo que esto no impide que se realicen publicaciones que causen daño y que, para su eliminación, se debe solicitar y mencionar el por qué el usuario siente que ha sido agraviado, dejando expuestos a los usuarios ante cualquier tipo de información.

Teniendo en cuenta la no regulación específica de los neuroderechos y del *neuromarketing* en Colombia, es necesario dilucidar cómo en Chile y España dichas regulaciones tienen impactos positivos y negativos; en un primer plano, como efectivo se antecede a la protección al ser humano de posibles intromisiones de tecnología invasiva y no invasiva sobre su identidad, el uso de su información en sus próximas decisiones.

Ámbitos como los laborales, social, políticos, económicos y científicos, fueron blindados medianamente de las tecnologías, en cuanto se protegen datos obtenidos y derechos fundamentales, aunado a una explicación de los conceptos de manera idónea, siendo comprensible para todas las personas con la utilización de un lenguaje claro y breve, generando hablar sobre el impacto de las tecnologías en nuestros derechos y llenando un vacío normativo, frente al atraso jurídico equivalente al avance tecnológico de las últimas décadas.

Adicionalmente, propone la toma de conciencia sobre temas como lo son la influencia de las tecnologías y la importancia de los consentimientos informados y no informados; sin embargo, es sobre este último que nacen algunas inconformidades, por lo que la neurotecnología está permitiendo avances significativos en el ámbito médico sobre personas que legalmente no podrían dar su consentimiento, lo cual haría más dificultoso su desarrollo en estos pacientes, aunque cabe

resaltar que son medidas recientes que, con el transcurso del tiempo y el surgimiento de nuevos avances sociales y tecnológicos, deben ir modificándose, siendo así desventajas mínimas frente a las ventajas que ofrece la regulación de los neuroderechos. Teniendo conocimiento de que lo regulado son generalidades en cuanto al tema, pero que para óptimas garantías es inevitable un desarrollo especial para cada una de las necesidades.

Como punto central, Colombia tiene un trabajo arduo en cuanto a vinculación legal actualizada al mundo tecnológico, estableciendo una regulación pertinente para mejorar los procesos con reglas claras frente a inventos tecnológicos y a la obtención de consentimientos, evaluando la posibilidad de que se establezcan, de manera total o parcial, en los lineamientos normativos para el acceso igualitario a las tecnologías de manera efectiva, diversos cambios de la sociedad. De igual forma en que la tecnología lo ha venido haciendo durante estos últimos veinte años, marcando la vida de todos de manera significativa, entrelazando la vida virtual y la vida real para convertirse en una sola.

Un discernimiento conceptual del impacto de una posible regulación del *neuromarketing* y los neuroderechos, podría tener como fundamentos legales la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consagra en su preámbulo: “la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad humana intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales regula el derecho a la salud; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el derecho a la seguridad; y la Convención Americana, que dispone la protección del derecho a la intimidad, presupuesto de derecho internacional; así como la Constitución Política de Colombia de 1991, que

también establece la protección a la intimidad, a la salud, libre desarrollo de la personalidad e información. La anterior normativa adeuda tenerse en cuenta para edificar las bases de la posible normatividad.

Aunado a lo anterior y en pro de garantizar la dignidad humana y el derecho a la intimidad, se considera que Colombia debe actualizar la regulación en cuanto a los neuro derechos, teniendo en cuenta aspectos como la conceptualización normativa y creando el lenguaje técnico, junto con las definiciones apropiadas al marco jurídico de neurociencia, neuro tecnología, neuro datos, neuro plasticidad, *neuromarketing*, etc. Mediante una legislación que comprenda las prerrogativas preventivas, correctivas y sancionatorias de los neuro derechos, desde una perspectiva colectiva y no únicamente individual, que incluya y desarrolle (dentro de las anteriores prerrogativas) lo siguiente:

ü Preventiva:

1. Educación y socialización sobre las neurotecnologías, consentimientos informados y sus alcances. Lo anterior, bajo la creación de ambientes que promuevan la dignidad humana, la integridad física y psíquica de la identidad.

2. Regulación y protección de los datos obtenidos de la mente, de manera más consistente, previendo que la publicidad basada en el comportamiento debe darse en parámetros definidos para proteger los derechos a la libertad, la salud física y mental, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad; lo anterior, frente al desarrollo de tecnologías invasivas y no invasivas, tales como las plataformas digitales y dispositivos tecnológicos y en las diferentes ramas del derecho colombiano.

3. Incluyendo estándares legales de uso respecto al control de acceso a través de tecnologías de vigilancia, por ejemplo, de reconocimiento facial en cámaras y de dispositivos tecnológicos como los celulares, y los usos y el almacenamiento de neurodatos: definiendo quién o quiénes exactamente, cómo, cuándo los pueden utilizar, permitiendo el acceso a las plataformas mediante la aceptación parcial de las políticas de uso de datos con fines de *neuromarketing* y generación de consumo de la aplicación; lo anterior, buscando impactos colectivos de la recopilación de los datos, información veraz y oportuna, creación de sistemas de control de las noticias falsas.

ü Correctiva:

La normativa creada debe estar acompañada de organismos de control nuevos, bajo instituciones públicas que funjan, como entidades de vigilancia y cumplimiento de la normatividad, acompañadas de recursos pertinentes para una labor activa y eficaz, teniendo en cuenta que sus características deben tener funciones claras y ser de servicio gratuito como eficaces.

ü Sancionatoria:

Sanciones disciplinarias, pecuniarias y legales en cuanto a las empresas captadoras de información que utilicen los neuro datos recolectados, en beneficio propio o de un tercero sin autorización previa y consciente del emisor.

La anterior, con el fin de la creación de una normatividad, con un póstumo desarrollo minucioso en cada una de las diferentes áreas tanto laborales, sociales, económicas, políticas y humanitarias, logrando un manejo adecuado de los conceptos jurídicos y una concientización de

qué es el *neuromarketing*, los neuro derechos y garantías reales para el serhumano en todos los ámbitos digitales.

CONCLUSIONES

- El *neuromarketing* es una *interdisciplina*, puesto que, como ya se indicaba, se vale de métodos de investigación aplicables, propios de las ciencias, para mejorar la percepción y la creación de necesidades para adquirir productos y tomar servicios, propios de las herramientas de *marketing* ya existentes.

- Los neuro derechos son una *interdisciplina*, catalogados como los nuevos derechos humanos se tiende a confundir con derechos fundamentales por tener ideales iguales como la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, no se puede hablar que son los mismos, primero los derechos humanos se encuentran consagrados de forma universal y reconocidos internacionalmente mientras los derechos fundamentales son regulados por un marco legal en concreto, por otro lado los neuro derechos son exclusivamente creados para la regulación de asuntos netamente con la protección de la privacidad de la información mental a partir de neurociencia , por lo tanto no se puede ver como iguales, pero sí como una extensión de los derechos fundamentales ya creados en un ámbito cerebral con la idea de que todos los seres humanos tienen derechos su integridad y la protección de sus cerebro y de su actividad mental a través de la seguridad de la privacidad, la dignidad y la libertad de pensamientos.

- La ley 1581 de 2012 regula en Colombia los datos personales y la privacidad de los ciudadanos estableciendo las condiciones y requisitos para su tratamiento y protección, sin regular los neuroderechos. Pues cuando se habla de los neuro derechos, se hace referencia a los derechos relacionados con la investigación y el uso de tecnologías neuronales y neuro tecnologías, como el

control de la mente y la manipulación cerebral. Dado lo anterior, es necesario recalcar que, aunque la Ley 1581 puede tener implicaciones en la protección de la información obtenida a través de estas tecnologías, no se centra específicamente en los neuro derechos.

- La regulación jurídica del neuromarketing en Colombia aún es un tema en desarrollo. Sin embargo, existen algunas normativas y principios legales que podrían ser aplicables a esta práctica como la Constitución Política de Colombia, la Ley Estatutaria 1581 de 2012 regula el tratamiento de datos personales en Colombia y La ley 1480 de 2011, debido a que el desarrollo tecnológico y científico en rápido se requiere una actualización de la legislación existente.

- La regulación de los neuroderechos en Colombia es viable para proteger la privacidad, la dignidad, la autonomía y la igualdad de las personas en el contexto de la neuro tecnología. Es importante establecer un marco legal y ético que garantice el respeto de estos derechos y promueva un uso responsable de las tecnologías neurológicas

REFERENCIAS

Abad, N. S., & Bono, C. D. (2012). Neuromarketing y Memoria: Implicaciones para la Comunicación Publicitaria. *Pensar la Publicidad* , 297-313.

Ahmed, K. (17 de Febrero de 2017). Zuckerberg a la BBC: "Sabemos que hay información falsa y contenido engañoso en Facebook". *BBC* .

Armstrong, G., & Kotler, P. (2013). *Fundamentos de Marketing*. Mexico: Pearson.

Arroyo, B. R. (26 de Junio de 2021). *EOB*. Obtenido de <https://enriqueortegaburgos.com/las-redes-sociales-usuarios-terminos-y-condiciones/>

Assaf, A. (2012). *Estado Del Arte Del Neuromarketing En Colombia*. Bogotá: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/10613/AssafHernandezAdelFuad2012.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.

Asis, R. d. (2022). *Sobre neuroderechos*. Seminario Permanente Gregorio Peces-Barba.

Atkinson-Abutridy, J. (2022). *Text Analytics: An Introduction to the Science and Applications of Unstructured Information Analysis*. Abingdon: CRC Press.

BBC News – Tecnología (2017). Cuáles son los 3 métodos más usados por los hackers para secuestrar tu cuenta de Google (y cómo protegerte).

BBC News (2019). Cambridge Analytica: la multa récord que deberá pagar Facebook por la forma en que manejó los datos de 87 millones de usuarios. *BBC*, págs. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093124>.

BBC News (2018). 5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera US\$37.000 millones en un día. *BBC News Mundo*.

Bazo, J. L. (1934). *Origen y evolución del derecho*. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/52830/origen_evolucion_derecho.pdf?sequence=1

Bejarano, M. R. (2014). Evolución Del Derecho De Protección De Datos Personales En Colombia Respecto A Estándares Internacional. *Novum Jus*, 107-139.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2021) *Historia de la Ley 21383*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7926/>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2021) *Ley 21383*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983>

Blanco, D. (2022). *Diseño de un Plan de Marketing Para Promover los Servicios de la Agencia Élite Inhouse en Bucaramanga y la Creación de Contenido Para los Premios Élite Versión XXI* [tesis de pregrado, Universidad de Santander]. Repositorio institucional UDES. <https://repositorio.udes.edu.co/entities/publication/913ce7ff-2afc-4227-bb3a-45a40bf10379>

Borbón et al (2020). Análisis crítico de los Neuro Derechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejoráis ET SCIENTIA. 2020 • Vol. 6 • N° 2. Depósito de investigación universidad de Sevilla. <https://idus.us.es/handle/11441/111542>

Cáceres Nieto, E., Díez García, J. y García García, E. (2022). Neuroética y Neuroderechos. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 8(15), 37-86. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/69456/>

Canales Ronda, P. (2013). Neuromarketing, ¿el futuro ya está aquí? *3C Empresa*, (16), 8-18. <https://roderic.uv.es/handle/10550/63463>

Centro de Estudios Financieros (s.f.). *El neuromarketing. Un enfoque ético legal*. Obtenido de. <https://www.marketing-xxi.com/neuromarketing-neuroetica-codigo-deontologico/propuesta-lege-ferenda>

CIDH. (2013). *Informe CIDH*. Obtenido de

http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/internet/informe_fe_internet_2013.pdf.

Claudia del Carmen Barrios De la Cruz, M. C. (2021). *Manual de Metodología de Investigación Jurídica para la Práctica Judicial en la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”*. colombia: consejo superior de la judicatura. obtenido de: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/Manua%20Enero%202022.pdf>

Congreso de Colombia (2011) Ley 1480 de 2011.

Congreso de Colombia (2012) Ley 1581 de 2012.

Corte Constitucional, Sentencia C-1147 de 2001M.P Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia T-414 de1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia T- 098/94, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-725 de 2021, MP: PaolaAndrea Meneses Mosquera

Corte Constitucional, Sentencia SU420/19, MP. José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional, Sentencia T 171 de 2018, MP: Cristina Pardo Schlesinger

Corte Constitucional, Sentencia T- 406 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón

Corte Constitucional, Sentencia T-713 de 2010, MP María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional, Sentencia T-823/99, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

Díaz, A. V. (2019). Sobre el derecho a la resistencia en Thomas Hobbes y John Locke. *Revista Guillermo de Ockham*, 51-59. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/1053/105367027005/html/>

DW. (30 de octubre de 2020). *Defensor de los derechos digitales*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=iFhohkgbz3w>

Dirección Nacional de Planeación (SF) Normativa Protección De Datos Personales, Compilado
[/https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Programa%20Nacional%20del%20Servicio%20al%20Ciudadano/NORMATIVA%20PROTECCI%C3%93N%20DE%20DATOS%20PERSONALES.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Programa%20Nacional%20del%20Servicio%20al%20Ciudadano/NORMATIVA%20PROTECCI%C3%93N%20DE%20DATOS%20PERSONALES.pdf)

Echavarría, J. L. (2013). De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. *Cartilla Superintendencia General de la Salud- Monitor Estratégico*, 7-19.

Español, E. (15 de Mayo de 2019). Una adolescente se suicida en Malasia tras consultarlo con sus seguidores en Instagram. *El Español*, págs.

https://www.elespanol.com/mundo/asia/20190515/adolescente-suicida-malasia-consultarlo-seguidores-instagram/398710427_0.html.

Facebook. (s.f.). *Terminos y condiciones del servicio*. Obtenido de https://web.facebook.com/legal/terms?_rdc=1&_rdr

Fajardo, B. I. (2006). Aproximación conceptual al Derecho a la intimidad. *Derecho y Realidad*.

Ferrer, A., y Sánchez, E. (2012). Open data, big data: ¿hacia dónde nos dirigimos? *Anuario ThinkEPI*. Vol. 7. Obtenido de <http://eprints.rclis.org/21006/1/150-156-Ferrer-Sanchez-Open-data-Big-data.pdf>

Gallegos, S., Aguilar, E. y Carmona, M. (2019). Mercadotecnia, una alternativa para innovar en las organizaciones. En Mercado, A., Olivera, D., Sánchez, R., Maldonado, M., Andrade, S., Rivero, P., Flores, M. y Ostos, C. (Coords.), *Innovación empresarial en administración estratégica de la mercadotecnia* (pp. 94-106). Red Iberoamericana de academias de investigación. <https://redibai-myd.org/portal/wp-content/uploads/2021/06/607-8617-44-9.pdf#page=102>

Gobierno de España (2018) Ley Orgánica 3/2018. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf> (27 de mayo de 2021).

Gobierno de España (2021) *Carta de Derechos Digitales*.

Gobierno de España (2021). *Asuntos Económicos y Transformación Digital*.

Obtenido de Carta de Derechos Digitales:
<https://www.youtube.com/watch?v=DqhHTunbeXk>.

González, L. A. (2014). *Neuromarketing*. Bogotá: Repositorio Universidad Militar.

Grassegger, H. &. (2017). The Data That Turned the World Upside Down. *Vice*,
<https://www.vice.com/en/article/mg9vvv/how-our-likes-helped-trump-win>.

Kemeny, F. (2014). *Likedin*. Obtenido de Demografía y Efectividad enFacebook:
<https://www.linkedin.com/pulse/20140825153750-23730005-demograf%C3%ADa-y-efectividad-en-facebook/?originalSubdomain=es>

Laborda. (2015). *Neuromarketing*.

León, G. B. (2022). *El deber en la ética de Kant y el deber en los derechos humanos*. Obtenido de Xipe Totek: <https://xipetotek.iteso.mx/2021/08/13/el-deber-en-la-etica-de-kant-y-el-deber-en-los-derechos-humanos/>

Martín, C. B. (2021). *La regulación de los Neuroderechos. Aproximación histórica y comparada de los derechos humanos*.
<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/25643/La%20regulacion%20de%20los%20Neuroderechos.%20Aproximacion%20historica%20y%20comparada%20de%20los%20derechos%20humanos..pdf?sequence=1>.

Mejía, A. F. (2020). La libertad de expresión en jaque, el panóptico del Siglo XXI. Big Data como amenaza para la democracia: a propósito del caso Cambridge Analytica. *UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (32), 79-105.
<https://core.ac.uk/download/pdf/327690467.pdf>

Meta. (s.f.). *Centro de privacidad*. Obtenido de
<https://www.facebook.com/privacy/guide/sharing>

Meta. (s.f.). *Polirica de privacidad*. Obtenido de
https://www.facebook.com/privacy/policy/?section_id=2-HowDoWeUse

Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (2022). *Política y tratamiento de datos personales*. 25 de julio. Obtenido de
https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2022/08/DS-E-01_V3_Politica_proteccion_datos_personales.pdf

Montoya, A. (2014). *El neuromarketing y su aplicación en las estrategias de*

mercadeo de la empresa cacharrería Mundial S.A.S [tesis de especialización, Universidad de Medellín]. Repositorio institucional UDEM.
<https://repository.udem.edu.co/handle/11407/377>

Morin, E. (1997). Sobre la interdisciplinariedad. ICESI. Obtenido de https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/2562/1/Sobre_interdisciplinariedad.pdf

Narváez, M. (2014). Neuroderecho: el sentido de la acción no está. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, 125-148.

Neuromarketing. (2017). *La historia del Neuromarketing*. Obtenido de <https://neuromarketing.la/2016/02/la-historia-del-neuromarketing/#:~:text=De%20hecho%2C%20se%20trata%20de,y%20el%20estudio%20de%20mercados>.

Nieto, E. C., García, J. D., & García, E. (2021). Neuroética y neuroderechos. *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, 37-86.

Pérez, A. (1991). Las Generaciones De Derechos Humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 10.

Pfeiffer, M. L. (2008). Derecho a la privacidad. *Revista Colombiana de Bioética*,

11-36.

RAE. (s.f.). *Real Academia Española*. Obtenido de <https://www.rae.es/dpd/m%C3%A1rquetin>

RAE. (s.f.). *Real Academia Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/derecho>

República de Colombia (1991) Constitución Política.

Roig, A. (2009). E-privacidad y redes sociales. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política de la UOC*, (9), 42-52.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3101802>

Ronda, P. C. (2013). Neuromarketing, ¿El futuro ya está aquí? *3 Ciencias*, 2-11.

Rodríguez S, y AbjaudeI, L. (2020). Como influyen las redes sociales en la salud mental. *Periódicos electrónicos en Psicología*.

Selman, H. (2017). *Marketing Digital*. Editorial Ibukku.

Senado, R. d. (2020). Protección de los neuroderechos: inédita legislación va a la Sala. <https://www.senado.cl/proteccion-de-los-neuroderechos-a-un-paso-de-pasar-a-segundo-tramite>.

Superintendencia de Industria y Comercio (2021). Superindustria sanciona a Elizabeth Loaiza Junca por publicidad engañosa al promocionar “pruebas rápidas de covid-19. Obtenido de <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-sanciona-elizabeth-loaiza-junca-por-publicidad-enganosa-al-promocionar-pruebas-rapidas-de-covid-19#:~:text=La%20sanci%C3%B3n%20asciende%20a%20%24%20136,consumidores%20contra%20la%20publicidad%20enga%C3%B1osa>. Sobrino, W. (2020). Neuroderecho y Neuroética. RCCyC .

Txetxu Ausín, R. M. (2020). Neuroderechos: Derechos humanos para las neurotecnologías. *Diario La Ley*, N° 43, Sección Ciberderecho, https://globernance.org/wp-content/uploads/2020/04/20201008-Neuroderechos-_Derechos_.pdf.

Valbuena, I. R. (2018). Facebook también es responsable del tratamiento de datos que se haga en sus páginas. Obtenido de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/06/05/legal/1528190547_571311.html

Wylie, C. (2020). *Mindf*ck: Cambridge Analytica. La trama para desestabilizar el mundo*. Roca Editorial.

Zinguer, M. A. (2014). Libertad de expresión y derecho a la información en las redes sociales en Internet. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*,

<http://dx.doi.org/10.15425/redecom.12.2014.13>.