

# Protección de neuroderechos: Corte Suprema acoge primer recurso a nivel mundial en la materia

Equipo editorial Thomson Reuters  
Septiembre / 2023



**La Tercera Sala acogió un recurso de protección, el primero en ser presentado a nivel mundial sobre la materia, contra empresa de bioinformática y tecnología.**

En un fallo innovador e inédito el Máximo Tribunal acogió un recurso de protección presentado por el exsenador Guido Girardi en contra de la empresa Emotiv que comercializa el dispositivo "Insight". El dispositivo aludido consiste en un dispositivo inalámbrico que funciona como una vincha con sensores que recaban información sobre la actividad eléctrica del cerebro, obteniendo datos sobre gestos, movimientos, preferencias, tiempos de reacción y actividad cognitiva de quien lo usa.



En el recurso el exlegislador, denuncia que el mencionado dispositivo no protege adecuadamente la privacidad de la información cerebral de sus usuarios, vulnerando las garantías constitucionales contenidas en los numerales 1, 4, 6 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República en la recolección y el uso de datos biométricos de los usuarios de sus productos.

Además, indico que, por el uso del dispositivo y el almacenamiento de su información cerebral por la empresa, se ha expuesto a riesgos que comprenden:

- La reidentificación;
- La piratería o hackeo de datos cerebrales;

- Reutilización no autorizada de los datos cerebrales;
- Mercantilización de los datos cerebrales;
- Vigilancia digital;
- Captación de datos cerebrales para fines no consentidos por el individuo, entre otros.

Y además de lo anterior, la empresa vulneraría el artículo 11 de la Ley N° 19.628, sobre la debida diligencia en el cuidado de datos personales a la que se encuentran obligados los responsables de registros o bases de datos personales, y lo señalado en el artículo 13 de la misma ley, sobre el derecho de las personas a la cancelación o bloqueo de sus datos personales, ya que, aun cuando la cuenta de usuario de Emotiv se encuentre cerrada, la empresa recurrida retiene información cerebral para propósitos de investigación científica e histórica.

La Corte en el fallo en comento indica que “el inciso final añadido al número primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República (“El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”), constituye un mandato directo de protección, existen diversos instrumentos internacionales que reconocen la relación entre ciencia y Derechos Humanos.”

Agrega además que “el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 15, el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, su difusión, conservación y desarrollo. En el mismo sentido, la Declaración sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico y Programa en Pro de la Ciencia de la UNESCO, considera para su programa: “Que la investigación científica y el uso del saber científico deben respetar los derechos humanos y la dignidad de los seres humanos, en consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la luz de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; que algunas aplicaciones de la ciencia pueden ser perjudiciales para las personas y la sociedad, el medio ambiente y la salud de los seres humanos e incluso poner en peligro la supervivencia de la especie humana, y que la contribución de la ciencia es indispensable a la causa de la paz y el desarrollo y a la protección y la seguridad mundiales; que incumbe a los científicos, junto a otros importantes agentes, una responsabilidad especial tocante a tratar de evitar las aplicaciones de la ciencia que son erróneas éticamente o que tienen consecuencias negativas y la necesidad de practicar y aplicar las ciencias de acuerdo con normas éticas apropiadas, fundadas en un amplio debate público. A su vez, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos también de la UNESCO, establece como principios generales el respeto a la vulnerabilidad humana y la integridad personal, junto con el principio de privacidad y confidencialidad de las personas interesadas y la información que les atañe.”

Indica también que “el artículo 11 de la Ley N° 20.120 Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, dispone: Artículo 11. Toda investigación científica en un ser humano deberá contar con su consentimiento previo, expreso, libre e informado, o, en su defecto, el de aquel que deba suplir su voluntad en conformidad con la ley.” Agregando que “para los efectos de esta ley, existe consentimiento informado cuando la persona que debe prestarlo conoce los aspectos esenciales de la investigación, en especial su finalidad, beneficios, riesgos y los procedimientos o tratamientos alternativos. Para ello deberá habersele proporcionado información adecuada, suficiente y comprensible sobre ella. Asimismo, deberá hacerse especial mención del derecho que tiene de no autorizar la investigación o de revocar su consentimiento en cualquier momento y por cualquier medio, sin que ello importe responsabilidad, sanción o pérdida de beneficio alguno”.

En suma, concluye que, “ante el desarrollo de nuevas tecnologías que involucran cada vez más aspectos de la persona humana, aspectos que era impensable hace algunos años que pudieran conocerse, se debe otorgar una especial atención y cuidado en su revisión por parte del Estado, con el fin de prevenir y anticiparse a sus posibles efectos, además de proteger directamente la integridad humana en su totalidad, cuestión que incluye su privacidad y confidencialidad y los derechos propios de la integridad psíquica y del sujeto de experimentación científica.”

“De esta forma, ante la llegada de una nueva tecnología como la que es objeto de autos, que trata de una dimensión que antaño era absolutamente privada y personal, tratada en entornos estrictamente médicos, como es la actividad eléctrica cerebral, se hace absolutamente menester que previo a permitirse su comercialización y uso en el país, sean esta tecnología y dispositivos analizados por la autoridad pertinente, entendiendo que plantea problemáticas no antes estudiadas por ella.”

En conclusión, la sentencia resalta la importancia de la transparencia, el consentimiento informado y el respeto por los derechos fundamentales en el contexto de la recopilación y el uso de datos biométricos y establece un precedente relevante en la protección de la privacidad y la autonomía de los usuarios frente al avance de tecnologías que involucran datos personales sensibles. Asimismo, enfatiza la necesidad de que las empresas implementen prácticas adecuadas para garantizar el respeto de los derechos de los individuos en el entorno digital.

*Equipo editorial Thomson Reuters*

### Texto de sentencia

Santiago, nueve de agosto de dos mil veintitrés.

Al escrito folio N° 217225 2023: a sus antecedentes.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada con excepción de los motivos quinto a vigésimo tercero, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que se ha interpuesto acción constitucional de protección en representación de don Guido Girardi Lavín, en contra de la empresa Emotiv Inc., en razón de la venta y comercialización en Chile del dispositivo "Insight", denunciando que éste no protege adecuadamente la privacidad de la información cerebral de sus usuarios, vulnerando las garantías constitucionales contenidas en los numerales 1, 4, 6 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Explica que la recurrida es una empresa de bioinformática y tecnología que desarrolla y fabrica productos de electroencefalografía portátil, junto con neuroauriculares, kits de desarrollo de software, software, aplicaciones móviles y productos de datos, con sede en San Francisco, Estados Unidos. El producto por el que se recurre, Insight, consiste en un dispositivo inalámbrico funciona como una vincha con sensores que recaban información sobre la actividad eléctrica del cerebro, obteniendo datos sobre gestos, movimientos, preferencias, tiempos de reacción y actividad cognitiva de quien lo usa.

Se señala que el recurrente compró un dispositivo Insight a través de la página web de la recurrida, recibéndolo en su domicilio con fecha 21 de marzo del año 2022. A continuación, indica, siguiendo las instrucciones del dispositivo y con el objeto de grabar y acceder a sus datos cerebrales, creó una cuenta en la nube de datos de Emotiv, tras aceptar los términos y condiciones de la empresa. Posteriormente, instaló en su computador el software llamado Emotiv Launcher, consistente en un punto de acceso a toda la información, herramientas y gestión de dispositivos Emotiv, asociando su cuenta al dispositivo Insight propiamente tal, debiendo aceptar nuevamente los términos y condiciones de la empresa para ello. No obstante lo anterior, se alega, debido a que utilizó la licencia gratuita y no la "PRO", no podía exportar ni importar ningún registro de los datos cerebrales. El protegido decidió no pagar la licencia e iniciar la grabación de su información cerebral, enterándose a continuación que toda aquella fue grabada y guardada en la nube de la empresa Emotiv.

Manifiesta que, por el uso del dispositivo y el almacenamiento de su información cerebral por la empresa, se ha expuesto a riesgos que comprenden: (i) La reidentificación; (ii) La piratería o hackeo de datos cerebrales; (iii) Reutilización no autorizada de los datos cerebrales; (iv) Mercantilización de los datos cerebrales; (v) Vigilancia digital; (vi) Captación de datos cerebrales para fines no consentidos por el individuo, entre otros; además de vulnerarse lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 19.628, sobre la debida diligencia en el cuidado de datos personales a la que se encuentran obligados los responsables de registros o bases de datos personales, y lo señalado en el artículo 13 de la misma ley, sobre el derecho de las personas a la cancelación o bloqueo de sus datos personales, ya que, aún cuando la cuenta de usuario de Emotiv se encuentre cerrada, la empresa recurrida retiene información cerebral para propósitos de investigación científica e histórica.

Solicita, en definitiva, que se acoja la presente acción, ordenándose: (i) Que, la empresa recurrida modifique sus políticas de privacidad en lo concerniente a la protección de los datos cerebrales de sus usuarios en Chile; (ii) que, la empresa recurrida se abstenga de vender el dispositivo Insight en Chile mientras no modifique sus políticas de privacidad en lo concerniente a la protección de los datos cerebrales; (iii) que la empresa recurrida elimine inmediatamente de su base de datos la información cerebral del actor; (iv) que se adopten todas las demás medidas que se estimen necesarias para restablecer el imperio del derecho, con costas.

Segundo: Que la empresa recurrida, Emotiv Inc. pide el rechazo del recurso interpuesto en su contra, denunciando la instrumentalización de la presente acción y la inexistencia de un acto u omisión ilegal y arbitrario cometido por su parte.

En primer lugar, destaca que su producto Insight consiste en un dispositivo de neurotecnología no invasiva, sin fines terapéuticos de tipo electroencefalograma móvil, diseñado para la autocuantificación, investigación de campo, no vendiéndose como dispositivo médico. A continuación, alega que el recurrente omite señalar que el producto y su instalación contienen una detallada explicación de los términos y condiciones tanto del producto como del servicio contratado, donde se le solicita su consentimiento expreso para el tratamiento de sus datos personales y cerebrales, que fue otorgado por el actor.

Agrega que en ninguna parte del recurso se menciona la manera concreta en la que se estarían vulnerando las garantías constitucionales enunciadas por el recurrente, sino que se enumeran una serie de riesgos hipotéticos, en abstracto, a los que está sujeta cualquier plataforma tecnológica o de servicios que realice tratamientos de datos personales.

Tras señalar explícitamente que el recurrente omitió también mencionar que, de acuerdo con la política de privacidad de Emotiv que suscribió, los usuarios tienen acceso y derecho a solicitar la cancelación de sus datos personales tratados en el contexto de adquisición y uso del producto, rechaza el haber cometido infracción alguna a la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada y de los datos personales. En cuanto a la primera infracción denunciada, explica que no sólo cumple cabalmente la normativa chilena, sino que además se rige por el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, más estricto que la norma local, que obliga, entre otros, a la seudonimización, un tratamiento de datos que impide que determinados datos sean atribuidos a un interesado, ya que se resguarda de manera separada la información que identifica a un sujeto, de los demás datos personales no atribuibles a una persona física determinada o determinable.

Sobre la segunda infracción denunciada, la contenida en el artículo 13 de la Ley N° 19.628, explica que los datos personales son guardados sólo mientras la cuenta de usuario está abierta y existiendo justificaciones legales para su retención; y en lo relativo a los datos cerebrales, por su parte, declara que el usuario tiene siempre la posibilidad de revocar su consentimiento al tratamiento de los datos, como aparece en la Política de Privacidad que acompaña, cuestión que el recurrente no habría hecho, puesto que no consta solicitud alguna del actor al respecto, y tampoco habría respondido los correos electrónicos que se le han enviado con tal objeto.

Finalmente, sobre los datos para investigación científica e histórica que trata, indica que se refiere a datos completamente anonimizados, encriptados y conservados de forma segura y separada de los datos personales de los usuarios de Insight, por lo que se trata de datos que adquieren la naturaleza jurídica de dato estadístico de acuerdo con el artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.628, esto es, "el dato que, en su origen, o como consecuencia de su tratamiento, no puede ser asociado a un titular identificado o identificable, razón por la cual dicho dato queda fuera del ámbito de aplicación de la referida Ley".

Tercero: Que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitó informe al Instituto de Salud Pública al tenor de autos. Dicha autoridad expresó que, de acuerdo con el artículo 111 del Código Sanitario y con el artículo 22 del D.S. N° 895/98 que aprueba el Reglamento de Control de Productos y Elementos de Uso Médico del Ministerio de Salud, no requiere autorización para ser comercializado ni está obligado a su incorporación al registro sanitario. En el mismo sentido, informó el Ministerio de Salud.

Igualmente, se pidió informe al Servicio Nacional de Aduanas, repartición que manifestó que el dispositivo Insight, de acuerdo con la normativa, requiere de Certificado de Destinación Aduanera, sin que se haya encontrado el certificado respectivo del mismo.

Cuarto: Que, para la resolución del presente arbitrio cautelar, cabe señalar que el día 14 de octubre del año 2021 se promulgó la Ley N° 21.383 que Modifica la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas, agregando un inciso final al numeral 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República que dispone: "El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella".

Quinto: Que, a través de dicho cuerpo normativo, se materializó la especial preocupación del constituyente en el tema la neurotecnología y los Derechos Humanos, en cuyo mensaje de la moción parlamentaria, que dio inicio a su tramitación, se lee: "Los avances de la ciencia y la tecnología encierran necesariamente ese riesgo e impactan a las sociedades de una manera muchas veces poco previsible. Por ejemplo, un descubrimiento que nace en un laboratorio tiene la posibilidad de alcanzar rápidamente consecuencias aplicadas globales y reestructurar los límites ético valóricos de una sociedad determinada. Claro ejemplo de ello es lo que está ocurriendo con la tecnología computacional y los límites de la privacidad, en un mundo donde se transfieren voluntariamente datos a sistemas cuyo dominio escapa del control de quien lo aporta, o bien con los alcances de la decodificación del genoma humano y los nuevos desafíos éticos y sociales que plantea la posibilidad de editar dicha información y modelar la evolución genética a los fines que persiga".

A su vez, se plantea en el mensaje que, a dicha fecha, no existe un texto normativo que realice una revisión sobre la incidencia aplicada que puede tener la ciencia sobre la integridad física y psíquica del ser humano y como ella podría afectar su derecho a la vida y a su integridad física y psíquica, existiendo la necesidad de protección ante esta nueva encrucijada.

Sexto: Que, junto con el inciso final añadido al número primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que, por lo demás, constituye un mandato directo de protección, existen diversos instrumentos internacionales que reconocen la relación entre ciencia y Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 15, el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, su difusión, conservación y desarrollo. En el mismo sentido, la Declaración sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico y Programa en Pro de la Ciencia de la UNESCO, considera para su programa: "Que la investigación científica y el uso del saber científico deben respetar los derechos humanos y la dignidad de los seres humanos, en consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la luz de la

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; que algunas aplicaciones de la ciencia pueden ser perjudiciales para las personas y la sociedad, el medio ambiente y la salud de los seres humanos e incluso poner en peligro la supervivencia de la especie humana, y que la contribución de la ciencia es indispensable a la causa de la paz y el desarrollo y a la protección y la seguridad mundiales; que incumbe a los científicos, junto a otros importantes agentes, una responsabilidad especial tocante a tratar de evitar las aplicaciones de la ciencia que son erróneas éticamente o que tienen consecuencias negativas y la necesidad de practicar y aplicar las ciencias de acuerdo con normas éticas apropiadas, fundadas en un amplio debate público".

A su vez, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos también de la UNESCO, establece como principios generales el respeto a la vulnerabilidad humana y la integridad personal, junto con el principio de privacidad y confidencialidad de las personas interesadas y la información que les atañe.

Séptimo: Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 20.120 Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, dispone:

"Artículo 11. Toda investigación científica en un ser humano deberá contar con su consentimiento previo, expreso, libre e informado, o, en su defecto, el de aquel que deba suplir su voluntad en conformidad con la ley.

Para los efectos de esta ley, existe consentimiento informado cuando la persona que debe prestarlo conoce los aspectos esenciales de la investigación, en especial su finalidad, beneficios, riesgos y los procedimientos o tratamientos alternativos. Para ello deberá habersele proporcionado información adecuada, suficiente y comprensible sobre ella. Asimismo, deberá hacerse especial mención del derecho que tiene de no autorizar la investigación o de revocar su consentimiento en cualquier momento y por cualquier medio, sin que ello importe responsabilidad, sanción o pérdida de beneficio alguno.

El consentimiento deberá constar en un acta firmada por la persona que ha de consentir en la investigación, por el director responsable de ella y por el director del centro o establecimiento donde ella se llevará a cabo, quien, además, actuará como ministro de fe.

En todo caso, el consentimiento deberá ser nuevamente solicitado cada vez que los términos o condiciones en que se desarrolle la investigación sufran modificaciones, salvo que éstas sean consideradas menores por el Comité Ético Científico que haya aprobado el proyecto de investigación". De este modo, la explicación de la requerida, en orden a que los datos que obtiene de los usuarios de Insight, al ser anonimizados, pasan a ser información estadística de libre uso, omite como una cuestión previa la necesidad de contar con el consentimiento expreso de su uso para fines de investigación científica, distinta al registro estadístico, y expresamente regulada legalmente en Chile, de modo tal que las información obtenida con diversos propósitos, no pueda tener finalmente una utilización diversa sin que su titular lo conozca y lo apruebe. Ello, además, permite descartar que tal consentimiento pueda considerarse tácitamente prestado a través de otros consentimientos o aprobaciones prestados por quien, en calidad de cliente o consumidor, adquiere un determinado aparato, requiriéndose un consentimiento específico que indique además el propósito y fin de la investigación correspondiente.

Octavo: Que, en suma, se concluye que, ante el desarrollo de nuevas tecnologías que involucran cada vez más aspectos de la persona humana, aspectos que era impensable hace algunos años que pudieran conocerse, se debe otorgar una especial atención y cuidado en su revisión por parte del Estado, con el fin de prevenir y anticiparse a sus posibles efectos, además de proteger directamente la integridad humana en su totalidad, cuestión que incluye su privacidad y confidencialidad y los derechos propios de la integridad psíquica y del sujeto de experimentación científica.

De esta forma, ante la llegada de una nueva tecnología como la que es objeto de autos, que trata de una dimensión que antaño era absolutamente privada y personal, tratada en entornos estrictamente médicos,

como es la actividad eléctrica cerebral, se hace absolutamente menester que previo a permitirse su comercialización y uso en el país, sean esta tecnología y dispositivos analizados por la autoridad pertinente, entendiendo que plantea problemáticas no antes estudiadas por ella.

Noveno: Que las conductas desarrolladas denunciadas en autos, en las circunstancias anotadas, vulneran las garantías constitucionales contenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que se refieren a la integridad física y psíquica y de derecho a la privacidad, en los términos expuestos en el presente fallo en los considerandos precedentes, al comercializarse el producto Insight sin contar con todas las autorizaciones pertinentes, y no habiendo sido evaluado y estudiado por la autoridad sanitaria a la luz de lo expresado.

Décimo: Que, por estas consideraciones, y teniendo además presente que el dispositivo no cuenta con Certificado de Destinación Aduanera, se acogerá la presente acción según se señalará en lo resolutivo de este fallo, con el fin de que la autoridad sanitaria y aduanera estudie a cabalidad el dispositivo Insight a la luz de la normativa reseñada en este fallo.

Y, de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de protección para el solo efecto de que el Instituto de Salud Pública y la autoridad aduanera evalúen los antecedentes en uso de sus facultades, disponiendo lo que en derecho corresponda, a efectos que la comercialización y uso del dispositivo Insight y el manejo de datos que de él se obtengan se ajuste estrictamente a la normativa aplicable en la especie y reseñada en esta sentencia. Ello, sin perjuicio que la recurrida deberá eliminar sin más trámite toda la información que se hubiera almacenado en su nube o portales, en relación con el uso del dispositivo por parte del recurrente.

Regístrese y devuélvase

Redacción a cargo de la Ministra señora Ángela Vivanco.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sra. María Teresa Letelier R. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Letelier por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A., Mario Carroza E. Santiago, nueve de agosto de dos mil veintitrés.

Rol N° 105065 2023.