

## 7. La instrumentalización del recurso de protección, a propósito de la sentencia en el caso Girardi Lavín / Emotiv Inc. Corte Suprema, Protección-105.065-2023, 9 de agosto de 2023

Felipe Bravo A.

**RESUMEN:** este trabajo comenta la sentencia de la Corte Suprema del 9 de agosto de 2023, que resolvió el recurso de protección caratulado Girardi Lavín / Emotiv Inc., rol Protección-105.065-2023. La sentencia presenta varios elementos controvertidos que no pueden ser pasados por alto, a pesar de haber sido aclamada como un hito en el reconocimiento de “neuroderechos”. Nos encontramos ante una decisión que carece de una argumentación clara, y que parece motivada por el deseo de establecer un precedente más que por la resolución efectiva de un caso concreto. La sentencia no analizó la naturaleza de la actividad cerebral como dato personal o sensible, sino que aplicó una ley distinta —sobre investigación científica en seres humanos— sin los matices ni argumentos adecuados, e incluso en contradicción con la opinión de la autoridad sanitaria. En consecuencia, no debería considerarse como un precedente sólido en esta materia, sino más bien como una advertencia sobre la instrumentalización del recurso de protección y los riesgos de una argumentación deficiente en este tipo de casos.

**PALABRAS CLAVE:** neuroderechos, recurso de protección, derecho a la integridad psíquica.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Comentario de la sentencia. III. Conclusiones. IV. Epílogo: el cumplimiento de lo ordenado.

### I. INTRODUCCIÓN

#### 1. Los hechos del recurso de protección

El exsenador y médico cirujano Guido Girardi interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la empresa estadounidense Emotiv Inc., acusando a dicho proveedor de vulnerar los derechos de los artículos 19 N° 1, 4, 6 y 24 de la Constitución. Los hechos en que se funda el recurso, en síntesis, son los siguientes:

El recurrente indicó que compró a través de internet un dispositivo denominado Insight, que a través de distintos sensores corporales recaba información sobre la actividad eléctrica del cerebro, obteniendo datos sobre gestos, movimientos, preferencias, tiempos de reacción y actividad cognitiva de quien lo usa. Al momento de configurar el dispositivo creó una cuenta Emotiv Launcher gratuita, que —a diferencia de su versión de pago— no permitía exportar los registros de sus datos cerebrales, por lo que todo el uso realizado con el dispositivo fue guardado y grabado por la empresa Emotiv.

En concepto del recurrente, el uso del dispositivo y el almacenamiento de su información cerebral por la empresa lo han expuesto a riesgos que comprenden (i) que su información cerebral sea compartida con terceros; (ii) que dichos datos sean objeto de investigaciones científicas; (iii) que su información cerebral sea objeto de secuestros; y (iv) que sus datos cerebrales sean almacenados por Emotiv en contra de su voluntad. Lo anterior, porque las políticas de privacidad de Emotiv indicarían que la empresa utiliza esta información para distintos usos, como proporcionar, administrar y mejorar sus servicios, realizar experimentos en los que el usuario decida participar, proporcionar anuncios, entre otros, incluyendo compartirla con otros proveedores y terceros con fines de investigación científica e histórica. Esta información se mantendría almacenada incluso después del cierre de la cuenta del usuario, para fines de investigación científica o histórica. Finalmente, el recurrente indica que Emotiv declara expresamente que “ninguna medida de seguridad [sobre los datos personales] es 100% efectiva y no podemos garantizar la seguridad de su información personal”.

Los hechos descritos por el recurrente configurarían una vulneración al artículo 11 de la Ley N° 19.628, en particular, por el incumplimiento de la empresa a la “debida diligencia” en el cuidado de datos personales, junto con infringir también el artículo 13 de la ley, que señala que el derecho de las personas a la información, modificación, cancelación o bloqueo de sus datos personales “no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención”, ya que la empresa recurrida ha indicado que retiene la información cerebral de sus usuarios incluso después de eliminada dichas cuentas para propósitos de investigación científica e histórica.

El recurso de protección concluye solicitando que (i) 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.

Emotiv solicitó el rechazo del recurso, indicando que el recurrente había entregado su autorización expresa para el tratamiento de sus datos personales, y en particular, la información de su actividad cerebral. Además, el recurrente solo menciona riesgos hipotéticos, sin indicar hechos concretos que priven, perturben o amenacen sus derechos constitucionales. Respecto al derecho a la eliminación de los datos

personales, éste se encuentra disponible para ser ejercido en el sitio web de la empresa, como también la posibilidad de revocar su consentimiento al tratamiento de datos.

## 2. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago

Inicialmente, la tramitación del recurso tuvo un abrupto final con su declaración de inadmisibilidad por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que fue posteriormente revertida por la Corte Suprema. En su resolución de inadmisibilidad, la Corte de Apelaciones razonó que “los hechos descritos en la presentación, y en particular sus peticiones, exceden las materias que deben ser conocidas por el presente recurso atendida su naturaleza cautelar, teniendo presente que se denuncia un conflicto contractual y reclaman derechos que deben ser debatidos y probados en el procedimiento judicial que corresponda, por lo que no será admitida a tramitación”<sup>1</sup>.

Luego de continuar su tramitación en la Corte de Apelaciones, y antes de la vista de la causa, dicha magistratura consideró “imprescindible” oficiar al Instituto de Salud Pública y al Ministerio de Salud para que informaran “si el dispositivo de encefalograma móvil de los presentes autos, “Insight” (...) requiere autorización para su comercialización y los antecedentes con los que cuentan respecto al mismo”. Asimismo, se ordenó oficiar al Servicio de Aduanas “para efectos de determinar si el ingreso al territorio nacional del indicado dispositivo está regulado y si cuenta con Certificado de Destinación Aduanera, en cumplimiento a lo establecido en la Ley 18.164/82 del Ministerio de Hacienda”<sup>2</sup>. Las respuestas de estos organismos fueron relevantes para el desenlace de este caso.

El Instituto de Salud Pública indicó que, de acuerdo con el artículo 111 del Código Sanitario y el artículo 22 del D.S. N° 895, de 1998, que aprueba el Reglamento de Control de Productos y Elementos de Uso Médico del Ministerio de Salud, el dispositivo Insight no requería autorización para ser comercializado ni está obligado a su incorporación al registro, pero sí se requería autorización para su importación a través del Certificado de Destinación Aduanera correspondiente<sup>3</sup>. En el mismo sentido, el Ministerio de Salud informó que el dispositivo no se encontraba sujeto a la obligatoriedad de evaluación o de registro sanitario, por lo que no requiere autorización para ser comercializado en el país, ni tampoco encontraba regulado en la Guía Técnica sobre Dispositivos Médicos Frontera, del Subdepartamento de Autorización y Registro de Dispositivos Médicos, del Instituto de Salud Pública, de octubre de 2022”<sup>4</sup>.

El Servicio de Aduanas, por su parte, confirmó que el dispositivo requería de Certificado de Destinación Aduanera, sin que se hubiera encontrado dicho certificado en su declaración de ingreso al país<sup>5</sup>.

1 Corte de Apelaciones de Santiago, resolución de inadmisibilidad, 28 de abril de 2022, rol Protección-49852-2022.

2 Corte de Apelaciones de Santiago, resolución de fecha 6 de abril de 2023, rol Protección-49852-2022.

3 Instituto de Salud Pública, Ordinario N° 493, de 19 de abril de 2023, rol Protección-49852-2022.

4 Ministerio de Salud, Informe de 8 de mayo de 2023, rol Protección-49852-2022.

5 Servicio Nacional de Aduanas, Oficio Ordinario N° 3562, de 28 de abril de 2023, rol Protección-49852-2022.

Luego de evacuados los informes anteriores, la Corte de Apelaciones de Santiago procedió a la vista de la causa y a la dictación de la sentencia. En primer término, la Corte consideró que los riesgos que expuso el recurso son “sostenidos y valorados en abstracto y de manera hipotética, no materializados como una amenaza, en los términos exigidos en el presente arbitrio constitucional –actual, precisa, concreta, seria, razonable, eficiente y directa, en que se acredite la existencia de un mal futuro o de un peligro inminente o un temor fundado o razonable–, respecto de cualquier plataforma tecnológica o de servicios que realiza el tratamiento de datos personales, sensibles o no”<sup>6</sup>.

En segundo lugar, y derivado de lo anterior, la sentencia reprochó al recurrente que “no contextualiza, ni precisa de manera concreta cómo la recurrida conculcaría los mentados derechos fundamentales, por cuanto sólo da cuenta de la compra de un producto y su posterior uso, especulándose acto seguido -no en los términos antes explicitados-, de lo que podría ocurrir respecto a los datos que entregó voluntariamente, consintiendo en las condiciones y términos pactados al efecto”<sup>7</sup>. En este sentido, la Corte de Apelaciones recalcó que resultaba indubitado que Emotiv tenía obligaciones legales en Chile respecto a la protección de datos personales por aplicación de la Ley N° 19.628, pero que el recurrente no había presentado prueba alguna de su incumplimiento<sup>8</sup>.

Por lo anterior, la sentencia de la Corte de Apelaciones concluyó señalando que lo solicitado por el recurrente escapa del ámbito del recurso de protección, ya que “no existen antecedentes que constituyan evidencia que el recurrente sufrió afectación a los derechos que estima conculcados”<sup>9</sup>, rechazando sin costas el recurso.

### 3. La sentencia de la Corte Suprema

Como era de esperarse, el recurrente interpuso un recurso de apelación ante la Corte Suprema. En esta magistratura, su Tercera Sala, presidida por el ministro Sergio Muñoz, e integrada por las ministras Ángela Vivanco, Adelita Ravanales, el ministro Mario Carroza y la ministra María Teresa Letelier, revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones y acogió el recurso.

En su decisión, la Corte Suprema comenzó recordando que en octubre de 2021 se reformó la Constitución, incorporando un inciso final al artículo 19 N° 1 para señalar que “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”. Para la Tercera Sala, esta reforma constitucional materializó “la especial preocupación del constituyente en el tema la neurotecnología y los Derechos Humanos”<sup>10</sup>.

6 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 49852-2022, considerando segundo.

7 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 49852-2022, considerando duodécimo.

8 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 49852-2022, considerando decimocuarto a decimosexto.

9 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 49852-2022, considerando decimonoveno.

10 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando quinto

A continuación, la Corte Suprema remarcó la existencia de diversos instrumentos internacionales que reconocen la relación entre ciencia y derechos humanos, como el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico y Programa en Pro de la Ciencia de la UNESCO, y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del mismo organismo internacional<sup>11</sup>.

Dicho lo anterior, la sentencia se refirió a los hechos materia del recurso. En primer lugar, la Corte Suprema rechazó la alegación de que hubiera consentimiento suficiente del recurrente para el tratamiento de sus datos personales y cerebrales. De acuerdo con la sentencia, no bastaría el consentimiento tácito o expreso del usuario a los términos y condiciones informados por el proveedor, como ocurre en una relación de consumo, sino que éste debe ser entregado en los términos del artículo 11 de la Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. Es decir, en este caso, el acceso a la información del recurrente por parte de Emotiv requiere un consentimiento informado por el cual la persona conoce los aspectos esenciales de la investigación, en especial su finalidad, beneficios, riesgos y los procedimientos o tratamientos alternativos<sup>12</sup>.

Una vez establecido que el recurrente no dio su consentimiento conforme a lo dispuesto en la Ley N° 20.120, la Corte Suprema se avocó a un tema distinto, como es la eventual ilicitud de la comercialización del dispositivo en Chile. La sentencia reconoció que estamos frente a un ámbito del avance tecnológico “impensable hace algunos años”, por lo que “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.” En este caso, la Corte Suprema concluirá que el producto Insight se comercializó en Chile “sin contar con todas las autorizaciones pertinentes, y no habiendo sido evaluado y estudiado por la autoridad sanitaria a la luz de lo expresado”, ni contar con el Certificado de Destinación Aduanera respectivo<sup>13</sup>.

Por todo lo anterior, la sentencia acogió 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”<sup>14</sup>.

11 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando sexto

12 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando séptimo.

13 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerandos octavo y noveno.

14 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, parte resolutive de la sentencia.

## II. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia que comentamos, redactada por la ministra Ángela Vivanco Martínez, ha sido destacada públicamente como un hito en el reconocimiento de los denominados “neuroderechos”<sup>15</sup>. Sin embargo, el caso tiene algunos elementos quizás menos visibles para la opinión pública, pero que son interesantes de subrayar.

En primer lugar, estamos frente a un recurso que, más allá de la protección concreta de una persona, buscó construir un precedente respecto a la protección de estos “neuroderechos”, dando concreción a la reforma constitucional que mencionábamos precedentemente.

En segundo término, la sentencia no entró a discutir o analizar la naturaleza de la actividad cerebral como dato personal o sensible, como veremos, no se pronuncia a este respecto. En nuestra lectura —y a diferencia de lo que estiman comentarios favorables a ella<sup>16</sup>— la sentencia tampoco reconoce un “neuroderecho”, ni se pronuncia sobre elementos como la privacidad de la actividad cerebral. Al contrario, sin mayores argumentos, la Corte consideró que el uso del dispositivo Insight permitía la investigación en seres humanos por parte de Emotiv, haciendo aplicable la normativa de la Ley N° 20.120 sin matices ni reflexión adicional. Tal es la falta de análisis en este punto, que la autoridad sanitaria más adelante hizo notar al Poder Judicial la incongruencia de la decisión, como veremos más adelante en este comentario.

En tercer lugar, la sentencia decidió que la operación del dispositivo Insight en Chile no se encontraba autorizada, ni había sido estudiada por la autoridad sanitaria, y por tanto, debía ser evaluada que su comercialización y uso “se ajuste estrictamente a la normativa aplicable en la especie”. Esta resolución de la Corte Suprema —la evaluación del dispositivo— no había sido solicitada por el recurrente ni había sido objeto de discusión en el proceso, pero más aún, contradice directamente los informes que habían evacuado tanto el Instituto de Salud Pública como el Ministerio de Salud, y que se encontraban incorporados en el expediente del recurso. Dichos informes de la autoridad sanitaria fueron claros al señalar que el dispositivo no requería autorización alguna para su comercialización en el país.

En el comentario que sigue nos enfocaremos en los tres puntos mencionados, aportando finalmente una revisión de lo que significó el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Suprema. Este epílogo de la sentencia es fiel reflejo, a nuestro parecer, de los defectos argumentativos en la decisión de la Corte.

---

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, MUÑOZ, José M.; MARINARO, José Ángel; IGLESIAS, José Antonio; SÁNCHEZ, Moisés; MONTI, Natalia, COLOMBARA, Ciro y GIRARDI, Guido (2024): “Effects of the first successful lawsuit against a consumer neurotechnology company for violating brain data privacy”, en *Nature Biotechnology*, volume 42, julio de 2024, p. 1015. Es importante destacar que los autores del artículo fueron parte del equipo legal y el propio recurrente en la sentencia comentada.

<sup>16</sup> PIÑAR MAÑAS, José Luis (2023): “Sentencia pionera de la Corte Suprema de Chile sobre privacidad de la información cerebral”, en *Derecho Digital e Innovación*, número 17.

## 1. La instrumentalización del recurso de protección: un paso más a su desnaturalización

Como es conocido, el recurso de protección es una acción de tutela de derechos fundamentales de carácter extraordinario; esto es, diseñada para la garantía de emergencia frente a la vulneración de derechos. Aunque la Corte Suprema ha reconocido que se trata de una acción cuya legitimación activa es amplia<sup>17</sup>, “el recurso de protección no constituye una acción popular, sino que de contrario, su ejercicio corresponde al directamente lesionado con el acto u omisión que se reclama”<sup>18</sup>. En cambio, en nuestra opinión este caso no se trató de garantizar la eventual afectación de derechos fundamentales de una persona en particular, sino frente a una situación construida para obtener un precedente de la Corte Suprema sobre esta materia, en lo que a nuestro parecer se trata de una instrumentalización del recurso de protección – aunque algunos autores lo denominan como un caso de “litigación estratégica”<sup>19</sup>.

Esta afirmación no es una conjetura, sino que un hecho reconocido en distintas publicaciones de la Fundación Kamanau, ONG que lideró el recurso. Los directores de la Fundación consideraron “importante contar con un precedente que pudiera cambiar el rumbo de las cosas, que pusiera en evidencia el modelo de negocios tóxico de estas compañías –que vulnera nuestra privacidad mental–, y que validara en la Corte la protección constitucional que existía en Chile a nuestra información y actividad cerebral”<sup>20</sup>. En este sentido, el rol del ex senador Girardi como recurrente fue instrumental al caso, agradeciéndosele públicamente porque “tuvo el valor de echarse el conflicto ‘al hombro’ como legitimado activo en este caso, y ha sido esencial en cada una de las etapas del proceso”<sup>21</sup>.

A continuación, desde la perspectiva de la protección de los derechos que alegó el recurrente como vulnerados, la solicitud de eliminación de sus datos personales hace que el recurso tenga una faz de *habeas data*; esto es, el reclamo judicial ante la infracción de algunos de los derechos que consagra la legislación sobre datos personales –acceso, rectificación, cancelación u oposición– respecto al responsable de una base de datos.

Sin embargo, la eliminación de los datos personales del recurrente no era el único objeto del recurso de protección. El recurrente también buscaba que se ordenaran remedios netamente contractuales, de efectos generales, como la modificación de las políticas de privacidad de la empresa en lo concerniente a la protección de

17 Véase, por ejemplo, Corte Suprema, sentencia rol N° 64732-2023, 9 de septiembre de 2023, considerando tercero.

18 Corte Suprema, sentencia rol N° 7604-2024, 31 de julio de 2024, considerando cuarto.

19 SMART LARRAÍN, Sebastián, y OYARZÚN GÓMEZ, Esteban (2024): “El caso Girardi C. EMOTIV Inc. ante la Corte Suprema de Chile: ¿un paso adelante en la protección de los neuroderechos humanos?”, en D’ÁVILA LOPES, Ana María; PAREDES PAREDES, Felipe Ignacio, y TOLE MARTÍNEZ, José Julián (organizadores): *Desafíos da interface neurodireito e inteligência artificial* (Porto Alegre, Livraria do Advogado), p. 143.

20 SÁNCHEZ, Moisés, y COLOMBARA, Ciro (2024): “Presentación”, en SÁNCHEZ, Moisés; COLOMBARA, Ciro, y MONTI, Natalia (editores): *En defensa de los neuroderechos* (Santiago, Kamanau), p. 12.

21 SÁNCHEZ, Moisés, y COLOMBARA, Ciro (2024): “Presentación”, en SÁNCHEZ, Moisés; COLOMBARA, Ciro, y MONTI, Natalia (editores): *En defensa de los neuroderechos* (Santiago, Kamanau), p. 14.

los datos cerebrales de sus usuarios en Chile. Además, se pretendía que la Corte ordenara la prohibición de venta de los dispositivos de Emotiv en Chile mientras no se modificaran sus políticas de privacidad en lo concerniente a la privacidad de los datos cerebrales.

La Corte de Apelaciones de Santiago, correctamente, declaró que el recurso era inadmisibile. Su argumento –aunque habitualmente genérico, en este caso resulta pertinente– fue que “los hechos descritos en la presentación, y en particular sus peticiones, exceden las materias que deben ser conocidas por el presente recurso atendida su naturaleza cautelar, teniendo presente que se denuncia un conflicto contractual y reclaman derechos que deben ser debatidos y probados en el procedimiento judicial que corresponda, por lo que no será admitida a tramitación”<sup>22</sup>.

En efecto, existen acciones ordinarias ante los tribunales de justicia y la Administración del Estado para evitar los efectos alegados por el recurrente. Por ejemplo, la acción de habeas data de la Ley N° 19.628, sobre protección de datos personales; eventualmente, la nulidad de cláusulas abusivas en contratos de consumo puede ser alegada individualmente a través de las acciones ante los juzgados de policía local, o colectivamente ante los jueces de letras en lo civil, conforme a la ley N° 19.496, sobre protección de derechos de los consumidores. Incluso este podía ser perfectamente un caso de aplicación del artículo 15 bis de la Ley N° 19.496, que permite la aplicación de dicha normativa respecto de los datos personales de los consumidores en el marco de las relaciones de consumo. Desde la mirada de las acciones de garantía ante la Administración del Estado, la autoridad sanitaria –en particular, las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud o el Instituto de Salud Pública, según sea el caso– serían los órganos competentes para conocer de los reclamos por la comercialización del dispositivo de Emotiv.

La Corte Suprema –en la misma línea que la resolución de inadmisibilidat de la Corte de Apelaciones de Santiago– ha declarado en otros casos las limitaciones del recurso de protección para requerimientos de orden contractual. La Tercera Sala de la Corte Suprema ha declarado que “en un proceso de esta naturaleza no puede pretenderse una declaración jurisdiccional como la que se busca en estos autos, y en tales condiciones, corresponde que las partes ejerzan las acciones ordinarias que garanticen un procedimiento adversarial, que les permita exponer sus respectivas defensas, excepcionar, debatir, fundamentar y rendir las pruebas que estimen pertinentes y hacer uso de los recursos previstos en la legislación, sin que tal discusión pueda dirimirse en un procedimiento como el presente, cuyo acotado objetivo, es otorgar cautela urgente ante la conculcación de derechos constitucionales, en virtud de actos u omisiones ilegales o arbitrarias”<sup>23</sup>. Pues bien, en la sentencia la Corte Suprema desechó esta argumentación, y consideró como idónea la interposición del presente recurso.

---

22 Corte de Apelaciones de Santiago, resolución de inadmisibilidat, rol Protección-49852-2022, considerando segundo.

23 Corte Suprema, sentencia rol N° 682-2024, considerando séptimo

## **2. Las ilegalidades: ausencia de argumentos tanto para desecharlas como para configurarlas**

Las actuaciones u omisiones ilegales o arbitrarias son presupuestos del recurso de protección, por lo que la Corte Suprema debiese verificar una infracción a la ley o una conducta arbitraria para acoger el recurso. En la sentencia, la Corte Suprema declaró dos conductas como ilegales. La primera sería la falta de consentimiento del recurrente en los términos de la Ley N° 20.120, y la segunda, que habría un incumplimiento de la normativa sanitaria y aduanera para la comercialización del dispositivo Insight en el país. El problema, en este punto, es que tampoco entrega las razones que configurarían estas ilegalidades.

### **a) La infracción a la Ley N° 20.120, sobre investigación científica en seres humanos**

Los recurrentes plantearon en su acción que la actuación ilegal de Emotiv se producía por distintas infracciones a los artículos 11 y 13 de la Ley N° 19.628, sobre protección de datos personales. Planteado de esta manera, el objeto de este caso era la determinación del ámbito de protección de la actividad cerebral, su calificación como dato personal o sensible, y el cumplimiento por parte de Emotiv de los derechos que la Ley N° 19.628 reconocía al recurrente.

Sin embargo, al resolver el asunto, la sentencia de la Corte Suprema evitó argumentar sobre la naturaleza jurídica de los datos recopilados por Emotiv. El texto de la sentencia no se refiere a ellos como “datos personales” o “datos sensibles”, sino que habla de “datos” y de “información”. De esta forma, se facilitó el trabajo argumentativo de recalificación de la relación jurídica entre el proveedor y el usuario para adaptarla al estándar más exigente de consentimiento que quería aplicar, el de la Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana.

Esta recalificación del objeto de la ilegalidad nos parece sorprendente. Aunque la ilegalidad discutida era la vulneración de los artículos 11 y 13 de la Ley N° 19.628, la Corte Suprema consideró que dicha normativa no era aplicable al caso, y en cambio, el considerando séptimo de la sentencia determinó que la norma obligatoria del caso era la ley N° 20.120 y su artículo 11, relativo al consentimiento expreso del usuario para el uso de su información con fines de investigación científica.

De esta forma, para la Corte Suprema el estándar de consentimiento que debía aplicarse en este caso exigía –como señala el artículo 11 de dicha ley– que la persona conozca “los aspectos esenciales de la investigación, en especial su finalidad, beneficios, riesgos y los procedimientos o tratamientos alternativos. Para ello deberá haberse 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.” Este 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.” Como nada de lo anterior se cumplió en este caso —razonó la Corte Suprema— estamos frente a una conducta ilegal por parte de Emotiv.

Decimos que la recalificación del objeto de la ilegalidad del recurso de protección es sorprendente por dos razones: la primera, porque la Corte Suprema no explica por qué se aplicaría la Ley N° 20.120 en este caso, en desmedro de la Ley N° 19.628. Para valerse de la Ley N° 20.120, en nuestra opinión, la sentencia debió haber calificado que la actividad que desarrolla Emotiv es investigación científica biomédica en seres humanos, y por tanto, le resulta aplicable el estatuto que crea dicha ley. Por ejemplo, conforme al Reglamento de la Ley N° 20.120, la investigación científica biomédica en seres humanos debe ser realizada en un establecimiento o sitio de investigación, autorizada por su director, con un informe favorable de un comité ético científico<sup>24</sup>, y sujeta a un régimen de responsabilidad especial, contenido en esa ley y el Código Sanitario. El Tribunal razonó aplicando la ley, pero sin justificar qué elementos ponderó para hacer obligatorio este estatuto de investigación científica<sup>25</sup>.

La segunda razón que hace sorprendente la recalificación del objeto de la ilegalidad es que, en nuestra opinión, la Corte Suprema debió haber razonado por qué descartó aplicar la ley de protección de datos personales. Como adelantamos, en su sentencia no hay mención alguna al concepto de dato personal o sensible, sea para calificar a la actividad cerebral como alguno de ellos, o para descartar que lo sean. Aunque la doctrina ha mostrado las dificultades que pueden existir para aplicar la protección de datos personales a la “neurodata”<sup>26</sup>, en el sistema chileno la definición de dato personal del artículo 2 letra f) de la Ley N° 19.628 parece ser suficientemente amplia para incluir la información cerebral, y desde este punto, se podría haber discutido si estamos frente a datos sensibles bajo el concepto del artículo 2° letra g) de la misma norma<sup>27</sup>. El artículo 4° de la ley, aunque no con el mismo detalle de la Ley N° 20.120, también exige una autorización “debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales”, por escrito, y su derecho a que dicha autorización sea revocada. Sin embargo, la sentencia nada dice sobre este punto, y por tanto, la decisión judicial fue adoptada bajo la aplicación de la Ley N° 20.120, pero sin que sea posible entender de qué manera los hechos del caso se subsumen a dicha norma.

24 Decreto N° 114, del Ministerio de Salud, de 19 de noviembre de 2011, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana.

25 En este sentido, respecto a las dificultades de aplicar la Ley N° 20.120 a empresas, MACCLURE, Lucas; FUENZALIDA, Pablo, y SIERRA, Lucas (2023): “Fallo sobre neurotecnologías: ¿otro supremazo?”, en *Diario Financiero*, 17 de agosto de 2023. Disponible en: <https://www.df.cl/opinion/columnistas/fallo-sobre-neurotecnologias-otro-supremazo>

26 En el contexto europeo, CORNEJO-PLAZA, María Isabel; CIPPITANI, Roberto, y PASQUINO, Vincenzo (2024): “Chilean Supreme Court ruling on the protection of brain activity: neurorights, personal data protection, and neurodata”, en *Frontiers in Psychology*, volumen 15, pp. 3-4.

27 En este sentido, ZAROR MIRALLES, Danielle; BORDACHAR BENOIT, Michelle, y TRIGO KRAMCSÁK, Pablo (2021): “Acerca de la necesidad de proteger constitucionalmente la actividad e información cerebral frente al avance de las neurotecnologías: Análisis crítico de la reforma constitucional introducida por la Ley 21.383”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, volumen 10, p. 7.

## b) La infracción a la normativa sanitaria y aduanera

La segunda ilegalidad que declara la Corte Suprema es tanto o más compleja que la anterior. La sentencia constató como vulneratorio de derechos constitucionales el “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”<sup>28</sup>.

El debate sobre la licitud de la comercialización del dispositivo Insight no surgió en la Corte Suprema, sino que se inició en una resolución de la Cuarta Sala de la Cortes de Apelaciones de Santiago que ordenó, antes de la vista de la causa, que se oficiara al Instituto de Salud Pública y al Ministerio de Salud para que informaran si el “dispositivo de encefalograma móvil” Insight “requiere autorización para su comercialización y los antecedentes con los que cuenten respecto al mismo, en su caso.” Lo mismo se hizo con el Servicio Nacional de Aduanas, para que indicara “si el ingreso al territorio nacional del indicado dispositivo está regulado y si cuenta con Certificado de Destinación Aduanera, en cumplimiento a lo establecido en la Ley 18.164/82 del Ministerio de Hacienda”<sup>29</sup>.

Tanto el Instituto de Salud Pública como el Ministerio de Salud evacuaron sus respectivos informes, los que fueron tenidos a la vista al momento de resolver por la Corte de Apelaciones de Santiago. El Instituto de Salud Pública indicó que “el dispositivo de encefalograma móvil “Insight” de Emotiv INC., actualmente no se encuentra incorporado a la obligatoriedad de evaluación de conformidad, ni de registro sanitario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del Código Sanitario y el artículo 22 del Decreto Supremo N° 895/98 que Aprueba Reglamento de Control de Productos y Elementos de Uso Médico, del Ministerio de Salud, *por lo que no requiere autorización para ser comercializado en el país, pero si para importarlo*. En este último caso, se debe requerir el Certificado de Destinación Aduanera (CDA)”<sup>30</sup>.

El Ministerio de Salud informó en el mismo sentido, indicando nuevamente que el dispositivo “no se encuentra sujeto a la obligatoriedad de evaluación o de registro sanitario (...) *por lo que no requiere autorización para ser comercializado en el país*”, agregando que “[t]ampoco se encuentra regulado en la Guía Técnica sobre Dispositivos Médicos Frontera, del Subdepartamento de Autorización y Registro de Dispositivos Médicos, del Instituto de Salud Pública, de octubre de 2022”<sup>31</sup>.

El Servicio Nacional de Aduanas, por su parte, indicó que el dispositivo Insight “requiere de Certificado de Destinación Aduanera (CDA) para su importación,

28 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando noveno.

29 Corte de Apelaciones de Santiago, Cuarta Sala, resolución de 6 de abril de 2023, rol Protección-49852-2022.

30 Instituto de Salud Pública, Ordinario N° 493, de 19 de abril de 2023, rol Protección-49852-2022. El destacado es nuestro.

31 Ministerio de Salud, Informe de 8 de mayo de 2023, rol Protección-49852-2022.

como, asimismo, que revisada la carpeta de despacho asociada a la Declaración de Ingreso (DIN) N° 1680069086-6, aquella no contaba con el CDA respectivo”<sup>32</sup>.

Como se ve, había una total coincidencia entre lo informado por el Instituto de Salud Pública y el Ministerio de Salud respecto a la ausencia de autorización para que Insight fuera comercializado en el país; de hecho, que la Corte de Apelaciones de Santiago lo indicó en el considerando séptimo de su sentencia como uno de los “hechos no controvertidos” al momento de resolver el caso. Lo mismo para la necesidad de un Certificado de Destinación Aduanera para la importación del dispositivo, el cual tanto el ISP como el Servicio Nacional de Aduanas indicaron que no había sido solicitado.

La sentencia de la Corte Suprema, sin embargo, decidió obviar tanto la opinión del Instituto de Salud Pública como del Ministerio de Salud, indicando que el dispositivo se comercializaba en Chile “sin contar con todas las autorizaciones pertinentes, y no habiendo sido evaluado y estudiado por la autoridad sanitaria a la luz de lo expresado”<sup>33</sup>.

¿Cómo entender esta contradicción directa de lo informado tanto por el Instituto de Salud Pública como del Ministerio de Salud? Creemos que la única forma de entenderlo es por la parte final de la frase citada precedentemente: la autoridad sanitaria no había evaluado y estudiado el dispositivo “a la luz de lo expresado” en la sentencia; esto es, a la luz de la interpretación que hizo la Corte Suprema sobre la naturaleza del dispositivo como un instrumento de investigación científica en seres humanos, y por tanto, en aplicación de la ley N° 20.120. Sobre esto nos referiremos en la parte final del comentario.

La segunda parte de la ilegalidad resulta incomprensible, que es el incumplimiento de la normativa aduanera en este caso. Lo mencionaremos también al final de este comentario, pero adelantemos que el cumplimiento de la normativa aduanera para la importación del dispositivo Insight para uso personal era responsabilidad del recurrente, y no de la empresa Emotiv. Por tanto, no resulta coherente que la sentencia se pronuncie en este punto como un elemento más de ilegalidad.

### **3. La hipotética afectación de derechos constitucionales**

Para la procedencia de un recurso de protección se requiere que la conducta ilegal produzca una privación, perturbación o amenaza en los derechos constitucionales tutelados por esta acción. Precisamente, otro problema de la sentencia se refiere a la falta de argumentación sobre el efecto vulneratorio de derechos.

En primer lugar, aclaremos que la Constitución no contiene un derecho constitucional —es decir, un derecho subjetivo— de protección de “neuroderechos”. Como ya

32 Servicio Nacional de Aduanas, Oficio Ordinario N° 3562, de 28 de abril de 2023, rol Protección-49852-2022.

33 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando décimo.

mencionamos, la reforma constitucional al artículo 19 N° 1 de la Constitución –que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona– incorporó como inciso final que “[e]l 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”.

Como se aprecia de su lectura, no estamos frente a la consagración de un nuevo derecho constitucional, sino que la incorporación de distintos mandatos, uno de carácter general, y otro concreto al legislador. El nuevo inciso final del artículo 19 N° 1 estableció un mandato genérico para el “desarrollo científico y tecnológico”, el cual debe estar “al servicio de las personas” y llevarse a cabo con “respeto a la vida y a la integridad física y psíquica”. La parte final del inciso, en cambio, consagró dos mandatos al legislador: el primero, que la ley deberá regular los requisitos, condiciones y restricciones para el uso del desarrollo científico y tecnológico en las personas, y a continuación, que la ley deberá “resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella” en el desarrollo científico y tecnológico.

Esta aclaración es importante, porque no estamos frente a un derecho constitucional a la protección de la actividad cerebral que sea distinto de la cobertura del derecho a la integridad física y psíquica del artículo 19 N° 1 de la Constitución. De hecho, este primer inciso ya tenía una redacción y amplitud conceptual suficientemente robusta para incluir bajo su protección a las posibles afectaciones a la actividad cerebral, lo que hacía innecesario –en nuestro concepto– la modificación constitucional. Como plantean Zúñiga, Villavicencio, Zaror y Salas, “[l]a redundancia de los neuroderechos se observa al reconducirlos a derechos fundamentales que ya están asegurados en la actual Constitución, tratados internacionales sobre derechos humanos y demás legislación nacional”<sup>34</sup>.

Pese a ello, el recurrente planteó su acción judicial alegando en primer lugar la infracción de un derecho a la “integridad mental”, o “neuroderecho”, que se encontraría contenido en el artículo 19 N° 1 inciso final de la Constitución. Luego, el recurso argumentó la vulneración del mismo artículo, pero en su primer inciso; esto es, respecto al derecho a la vida e integridad física y psíquica, y en tercer lugar, respecto al artículo 19 N° 4 de la Constitución, por la infracción a la privacidad del recurrente<sup>35</sup>.

La sentencia de la Corte Suprema analizó el inciso final del artículo 19 N° 1 de forma escueta pero relevante, indicando que se trata de un “un mandato directo de protección”<sup>36</sup> que “materializó la especial preocupación del constituyente en el tema

34 ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra; VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis; ZAROR MIRALLES, Danielle, y SALAS VENEGAS, Ricardo (2022): “La trivialidad de los neuroderechos”, en *Revista Bits de Ciencia*, número 22, p. 28. Otra visión crítica de la reforma constitucional puede verse en ZAROR MIRALLES, BORDACHAR BENOIT y TRIGO KRAMCSÁK, *Acerca de la necesidad de proteger constitucionalmente...*, op. cit., pp. 1-10.

35 El recurso incorpora dos argumentos adicionales que no son relevantes para este comentario: se invoca la vulneración al artículo 19 N° 6 de la Constitución –es decir, la libertad de conciencia– y el artículo 19 N° 24, respecto a la propiedad incorporal de su información cerebral–

36 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando sexto.

de la neurotecnología y los Derechos Humanos”<sup>37</sup>. Por otra parte, la sentencia no se pronunció sobre el artículo 19 N° 4 de la Constitución, que asegura a todas las personas el “respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales”.

Cuando la sentencia dice que el artículo 19 N° 1 inciso final se trata de un “mandato directo de protección”, sin definir a su destinatario, la Corte Suprema trata de convertirse en la protagonista de su tutela, por sobre otras garantías legales y constitucionales. Esta comprensión del Tribunal de sus propias potestades le ha permitido erigirse como una garantía de aplicación directa y exigibilidad judicial de los derechos sin mayores matices. En palabras de la Corte Suprema en sus sentencias, ella entiende su rol como un deber de “velar (...) por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente”<sup>38</sup>.

En la actualidad vivimos una presión constante para el uso de la garantía judicial en desmedro del resto de los instrumentos de tutela de derechos fundamentales. Como señala Escobar Roca, esta extensión de la garantía judicial ha llevado a que desde normas constitucionales aparentemente solo objetivas— como la que comentamos — se puedan deducir derechos subjetivos, lo que denota “una cuestión interpretativa que implica una cierta creatividad”<sup>39</sup>. Precisamente, esta creatividad de la garantía judicial ha sido vista como positiva por un sector de la doctrina en Chile, ya que “la dogmática de derechos fundamentales no es buena” (...) y por tanto, “se necesita justamente que los jueces jóvenes propongan soluciones creativas y que los tribunales superiores de justicia tengan tiempo para analizarlas”<sup>40</sup>. La sentencia que comentamos bien puede ser tenida como un ejemplo de esa alabada “creatividad”.

Luego de referirse al derecho constitucional presuntamente afectado, la sentencia debiese avanzar a explicar cómo la ilegalidad verificada anteriormente significaría la privación, perturbación o amenaza en su legítimo ejercicio. La sentencia revocada de la Corte de Apelaciones había sido contundente en la argumentación sobre la ausencia de vulneración: no se cumplió con el criterio constitucional de “amenaza” como presupuesto del recurso de protección, ya que no hay un peligro o riesgo actual, preciso, concreto, serio, razonable, eficiente o directo en que “se acredite la existencia de un mal futuro o de un peligro inminente o un temor fundado o razonable” para el recurrente.

La Corte Suprema, en cambio, consideró que la ilegalidad cometida por la falta de consentimiento informado de la ley N° 20.120 y la comercialización sin la autorización de la autoridad sanitaria —sin explicar por qué se aplicaba dicho estatuto, ni la razón para contradecir los informes del ISP y del MINSAL a este respecto— significaban una afectación a los derechos constitucionales tanto del recurrente como de todos

37 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando quinto.

38 Corte Suprema de Chile, sentencia rol N° 30.287, de 23 de junio de 2020, considerando duodécimo.

39 ESCOBAR ROCA, Guillermo (2018): *Nuevos derechos y garantías de los derechos* (Madrid, Marcial Pons), p. 23.

40 ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz (2022): “Los derechos y su tutela judicial: riesgos y oportunidades”, en Puntos de referencia, N° 618, p. 8.

sus usuarios en Chile. Estas conductas “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”.

Respecto a la primera ilegalidad que vulneraría derechos constitucionales —la falta de consentimiento informado de la ley N° 20.120—, la sentencia no menciona cuál es la relación entre dicha conducta y la afectación de derechos. La ausencia de una argumentación sobre la forma de afectación de derechos constitucionales es de la mayor relevancia en este caso, porque no resulta evidente que el uso de un dispositivo para el registro de la actividad cerebral, consentido por la persona, signifique sin más una vulneración a la integridad física, psíquica o a la privacidad, como indicó la Corte Suprema. Por lo demás, la Corte tampoco definió qué entiende por “actividad eléctrica cerebral”, sino que hizo referencia a este concepto para indicar que antes se trataba de una “dimensión que antaño era absolutamente privada y personal, tratada en entornos estrictamente médicos”, y ahora pareciera que no lo es, por aplicación del dispositivo Insight y la “nueva tecnología”<sup>41</sup>.

Si el argumento es que la “actividad eléctrica cerebral” siempre había sido parte de la vida privada, y ahora puede dejar de serlo, es posible identificar un sinnúmero de dispositivos que tienen la capacidad de medir, registrar, almacenar y tratar actividad eléctrica corporal —no solo cerebral— y que no se encuentran sujetos a un sistema de autorizaciones o certificaciones previas. Por mencionar algunos: *smartwatches* que registran la actividad cardíaca, presión arterial e incluso las señales eléctricas que hacen latir el corazón; pesas o básculas que permiten medir el porcentaje de agua, grasa, proteínas, masa muscular, y otros indicadores corporales; dispositivos que monitorean las horas de sueño, respiración y ritmo cardíaco; urinarios que informan del nivel de glucosa, bilirrubina y pH, y un largo etcétera. Estos dispositivos no se encuentran sometidos al control de la autoridad sanitaria, porque no son de uso médico, y no se aprecia por qué la Corte Suprema debiese tener una consideración especial por la actividad cerebral y no de la actividad coronaria u hormonal. De hecho, el artículo 19 N° 1 contiene un mandato de protección de la integridad “física y psíquica”, ambas de relevancia para el constituyente, y no solo a la actividad “cerebral”.

A continuación, sobre la comercialización del dispositivo Insight como atentatoria del artículo 19 en sus numerales 1 y 4, la Corte argumentó la vulneración de la siguiente forma: indicó que es un deber del Estado de “especial atención y cuidado” el prevenir y anticiparse a los posibles efectos del desarrollo de las nuevas tecnologías, “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”<sup>42</sup>. En particular, “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

41 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando octavo.

42 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando octavo.

analizados por la autoridad pertinente, entendiendo que plantea problemáticas no antes estudiadas por ella”<sup>43</sup>.

De lo anterior se desprende que, para la Corte Suprema, la amenaza a la vulneración de derechos constitucionales se produjo por la falta de certeza respecto a los posibles efectos de instrumentos que pueden registrar la actividad electrónica cerebral, y por ello, previo a su comercialización, debía ser analizado por la autoridad pertinente. Autores como Sanz de Galdeano han destacado que esta aplicación del “principio precautorio” es la “gran aportación de la sentencia: “Aunque los riesgos sean hipotéticos, o mejor, precisamente porque son riesgos desconocidos, el alto tribunal chileno entiende que es necesario extremar la protección, más allá que en los casos en que somos conscientes de los riesgos. Y esto es, precisamente, lo que hace que esta sentencia sea pionera y fundamental para que los neuroderechos encuentren un sitio propio y un régimen legal específico. En efecto, el principio de precaución opera en ámbitos de incertidumbre sobre los riesgos. Cuando los riesgos, graves o leves, son conocidos, la regulación es fácil y ha de limitarse a lo imprescindible para cubrir tales riesgos. Cuando no hay experiencia suficiente como para identificar esos riesgos eventuales, la regulación no puede sino ser preventiva”<sup>44</sup>. El problema es: ¿realmente había incertidumbre por parte del regulador sanitario en este caso? Sobre este punto nos referiremos en el último apartado de este comentario.

#### **4. La resolución de la Corte Suprema: reevaluar lo que ya había sido evaluado**

La parte resolutive de la sentencia indica que se acoge el recurso “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.” Asimismo, agrega 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.”

Recordemos que en el expediente del recurso las dos autoridades sanitarias con competencia en la materia, el Instituto de Salud Pública y el Ministerio de Salud, habían evacuado informes señalando que el dispositivo Insight no se encontraba sometido a registro ni a autorización para su comercialización, sino que únicamente a la autorización de importación a través de la obtención del Certificado de Destinación Aduanera de la ley N° Ley 18.164. Esto lo remarcó la sentencia en el considerando décimo, al indicar que, “teniendo además presente que el dispositivo no cuenta con Certificado de Destinación Aduanera, se acogerá la presente acción según se señalará en lo resolutive 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”<sup>45</sup>.

43 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando octavo.

44 SANZ DE GALDEANO, Maite (2023): “Es urgente regular los neurodatos. A propósito de la reciente sentencia de la Corte Suprema de Chile de 9 agosto 2023”, en *Diario La Ley*, número 75, 1 de septiembre de 2023.

45 Corte Suprema, sentencia rol N° 105.065-2023, considerando décimo.

Como adelantamos, hay dos formas de interpretar lo resuelto por la sentencia en este punto: la primera, que la Corte Suprema desechó completamente lo informado por el ISP y el Ministerio de Salud, y solo se quedó con el argumento del Servicio Nacional de Aduanas sobre la ausencia del Certificado de Destinación Aduanera. La segunda interpretación sería que la Corte Suprema consideró que su sentencia fijaba un nuevo régimen de regulación del dispositivo Insight, sujetándolo a las normas de la Ley N° 20.120, y por tanto era necesaria una nueva evaluación de todos los organismos involucrados. Ambas lecturas de lo resuelto tienen problemas graves, como revisaremos a continuación.

La primera interpretación del razonamiento de la Corte Suprema le daría más importancia a lo informado por el Servicio Nacional de Aduanas que al propio ISP y MINSAL, entendiendo que la ausencia del Certificado de Destinación Aduanera resultaría decisiva para la determinación de la naturaleza del producto. Esto, a todas luces, es incorrecto. El Servicio Nacional de Aduanas ya había informado que el dispositivo contaba con el código de arancel 90189090 – esto es, fue considerado por dicha autoridad como un accesorio de un aparato de electrodiagnóstico. Tampoco había discusión de que el dispositivo Insight no requiere registro ni autorización del ISP o de la SEREMI de Salud. Es más: la actividad del Servicio Nacional de Aduanas a este respecto se basa en lo informado por la autoridad sanitaria, por lo que no corresponde que el servicio aduanero autónomamente califique de forma independiente el régimen sanitario de un producto<sup>46</sup>.

En efecto, el Certificado de Destinación Aduanera se obtiene de forma integrada con la autorización que entrega el Instituto de Salud Pública para la importación de dispositivos médicos para uso personal, de acuerdo con el artículo 111 letra g) del Código Sanitario. Aunque estamos frente a productos que no están sujetos a evaluación ni registro sanitario, el requisito de destinación aduanera fue ordenada por el ISP desde 2018 para mejorar la vigilancia sanitaria del origen, importadoras y almacenamiento de estos productos, pero en ningún caso como una forma de autorización de su comercialización en el país<sup>47</sup>.

Por lo demás, es el propio usuario –en este caso, el recurrente– quien debía tramitar el Certificado de Destinación Aduanera ante el ISP, conforme al artículo 111 letra a) del Código Sanitario, el que se entrega a la persona natural junto con la autorización para la importación del producto<sup>48</sup>.

En consecuencia, del razonamiento de la Corte Suprema no se aprecia por qué mandata al ISP, nuevamente, a pronunciarse sobre la naturaleza del dispositivo, ni cómo la existencia de un Certificado de Destinación Aduanera significaría una menor

---

46 Este punto queda claro cuando en el segundo informe del Servicio Nacional de Aduanas, de 22 de enero de 2024, indica que ellos deben someterse a la calificación que haga el ISP sobre la naturaleza del producto. Revisaremos las implicancias de esto al final del comentario.

47 Sobre el particular, véase el Oficio Ordinario N° 238, de 22 de febrero de 2018, del Director (S) del Instituto de Salud Pública, y el Oficio Circular N° 225, de 6 de abril de 2018, de la Subdirectora Técnica del Servicio Nacional de Aduanas.

48 Resolución Exenta N° 05763, de la Directora (S) del Instituto de Salud Pública, de 2 de noviembre de 2023, página 9.

amenaza para el recurrente en la afectación de sus derechos, más aún si el propio recurrente fue el importador del producto, y por tanto, la persona que debía tramitar dicho certificado ante el ISP<sup>49</sup>.

A continuación, la segunda lectura de lo resuelto por la Corte Suprema, en el sentido de ordenar que el dispositivo Insight sea re-evaluado por el ISP y el Servicio Nacional de Aduanas conforme lo resuelto en la sentencia significaría haber convertido al recurso de protección en una acción de calificación del régimen regulatorio aplicable a un producto en el país. En efecto, la naturaleza del recurso de protección impide que exista un término probatorio que permita la prueba sobre la actividad del dispositivo Insight. Sin embargo, la sentencia desechó lo informado por el ISP y el MINSAL en orden a no considerar dicho aparato como sujeto a autorización de comercialización, y en cambio, decidió calificarlo —sin mayores argumentos— como un instrumento de investigación científica en seres humanos. Aunque aparentemente la resolución de la Corte Suprema es deferente con los órganos técnicos especializados, ya que los mandata a “estudiar a cabalidad” el dispositivo Insight, en realidad el Tribunal se superpone al ISP y al Ministerio de Salud, desechando el juicio experto, para luego definir directamente qué régimen aplicar, y ordenar el estudio del aparato bajo la normativa de la Ley N° 20.120.

Esta técnica de mostrar una aparente deferencia con la autoridad técnica resulta también habitual en la jurisprudencia de la Corte Suprema, especialmente en los recursos de protección en materia de medicamentos o tratamientos médicos de alto costo. En estos casos, la Corte pretende dejar sentado que sus decisiones no significan un desborde de sus potestades, sino que se trata exclusivamente del cumplimiento de su rol de garante directo de derechos fundamentales, ya que “aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal.” Por el contrario, la Corte solo se estaría limitando a cumplir con el mandato constitucional del recurso de protección, que le impone el deber de “disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas”<sup>50</sup>.

Un tema relacionado es la justificación de la Corte Suprema para ordenar la nueva revisión del ISP y de Aduanas de la naturaleza del dispositivo. Se trata de una medida que no había solicitado el recurrente, y que a todas luces no tiene por objeto “asegurar

49 En el mismo sentido, respecto a la falta de fundamentos de la sentencia para ordenar la re-evaluación del dispositivo por parte del ISP, CONTRERAS, Pablo (2024): “¿Qué decidió la Corte Suprema en el denominado caso de los “neuroderechos” (Girardi vs. Emotiv)?”, en SÁNCHEZ, Moisés; COLOMBARA, Ciro, y MONTI, Natalia (editores): *En defensa de los neuroderechos* (Santiago, Kamanau), p. 65.

50 Corte Suprema de Chile, sentencia rol N° 30.287, de 23 de junio de 2020, considerando duodécimo.

la debida protección del afectado” como mandata el artículo 20 de la Constitución, sino que forzar un nuevo pronunciamiento general de las autoridades sanitarias y aduaneras respecto al dispositivo Insight para la protección de sus “usuarios en Chile”; es decir, con efectos generales.

De tratarse de una acción ordinaria, esta resolución debiese ser considera como afecta a un vicio de incongruencia *extra petita*; esto es, el tribunal ha resuelto algo no pedido por las partes. La *extra petita* es un mal común en las sentencias que resuelven recursos de protección, y en particular, por la Tercera Sala de nuestra Corte Suprema. La interpretación del artículo 20 de la Constitución que habilita al tribunal para adoptar “las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho” ha originado una constante línea jurisprudencial de sentencias que prefieren resolver bajo un sentido particular de justicia, y menos apego a la ley<sup>51</sup>.

En efecto, estamos frente a una atribución de potestades sin ningún límite formal o material, que no se encuentra regulada por ley, sino que por autos acordados dictados por el propio Tribunal, y que por tanto, no tiene los límites de la actuación del garante institucional: no está sujeta al cumplimiento de límites presupuestarios, ni de procedimientos reglamentarios para adoptar su decisión, y tampoco es impugnabile fuera del propio sistema de los tribunales de justicia. La amplitud de sus potestades permite escenarios que dan lugar a decisiones que producen desbordes institucionales, afectando la actividad de otros garantes, como en este caso, la Administración.

El interés de dar una extensión general a los efectos de la sentencia más allá de la protección de los derechos del recurrente fue captado por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que criticó la argumentación del recurso en garantía de los derechos de “los usuarios” del dispositivo Emotiv, más que únicamente del recurrente. La Corte de Apelaciones recordó que, “en cuanto al tratamiento de datos de otras personas ajenas al recurrente, el recurso constitucional de protección no es una acción de carácter popular y, en consecuencia, el análisis del presente arbitrio se ha limitado sólo a quien ha ejercido efectivamente, por cuanto se requiere la existencia de un interés para su ejercicio, proveniente en la especie, del titular de dichos datos”<sup>52</sup>.

Para la Corte Suprema, en cambio, la pretensión de un efecto extensivo de la sentencia no fue un elemento relevante de su análisis<sup>53</sup>. Las amplias potestades de

51 Recordemos, solo a modo ejemplo, la conocida sentencia que acoge un recurso de protección interpuesto por el propietario de un terreno bajo ocupación ilegal – una “toma” – en la Región de Valparaíso, en que la Corte Suprema acogió la pretensión de su dueño, pero solo para “disponer que los propietarios de los terrenos involucrados, Carabineros de Chile, la Municipalidad de Viña del Mar, la Seremi de Salud de la región, el Servicio de Vivienda y Urbanismo y el Ministerio de Desarrollo Social deberán coordinarse a fin que, de manera conjunta, se otorgue una solución global y efectiva a la situación que actualmente viven los recurridos, de manera tal que sus derechos sean igualmente resguardados”. Corte Suprema, sentencia rol 1062-2022, 19 de enero de 2022.

52 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 49852-2022, considerando vigesimoprimeró.

53 Al contrario, la notoriedad del caso pudo ser la justificación para que el fallo fuera entregado con una rapidez inusual para la recargada agenda de la Tercera Sala de la Corte Suprema, tardándose –desde el acuerdo de la Tercera Sala– solo catorce días en dictar sentencia. La apelación del recurso de protección ingresó el 2 de junio de 2023 a la Corte Suprema, y el 26 de julio la causa quedó en acuerdo. La sentencia definitiva es de 9 de agosto de 2023.

tutela de derechos a través del recurso de protección han permitido la dictación de sentencias con efectos colectivos para la regulación de derechos, sin cobertura legal, decidiendo asuntos con un efecto erga omnes en atención a un interés general más que a una vulneración subjetiva, como es el caso que comentamos.

Para finalizar: la última parte de lo resuelto por la Corte Suprema ordenaba a la recurrida “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.” Sobre este punto, nunca hubo controversia alguna. La Corte de Apelaciones de Santiago, en la parte resolutive de su sentencia, dejó establecido que, “atendido única y exclusivamente que la recurrida informó que se ha contactado en más de una oportunidad con la recurrente, preguntándosele si desea eliminar todos o alguno de sus datos, procédase por la recurrida” a eliminar de su base de dato la información cerebral del recurrente<sup>54</sup>. Esta resolución también da luces de la intención del recurrente con su actuación judicial: más que la tutela de sus derechos —que la hubiera podido conseguir respondiendo las comunicaciones de Emotiv—, se pretendía obtener una sentencia estimatoria como precedente.

### **III. CONCLUSIONES**

Estamos frente a una sentencia destacada públicamente como un hito en el reconocimiento de los denominados “neuroderechos”, aunque en la práctica esto no haya ocurrido. En cambio, estamos frente a un recurso que solo buscó construir un precedente, sin mayor intención de tutela individual, lo que es un paso más en la desnaturalización del recurso de protección.

La sentencia no entró a discutir o analizar la naturaleza de la actividad cerebral como dato personal o sensible. Al contrario, sin mayores argumentos, la Corte consideró que el uso del dispositivo Insight permitía la investigación en seres humanos por parte de Emotiv, haciendo aplicable la normativa de la Ley N° 20.120, sin matices ni reflexión adicional.

La sentencia que comentamos decidió que la operación del dispositivo Insight en Chile no se encontraba autorizada, ni había sido estudiada por la autoridad sanitaria, y por tanto, debía ser evaluada que su comercialización y uso “se ajuste estrictamente a la normativa aplicable en la especie”. Esta resolución de la Corte Suprema —la evaluación del dispositivo— no había sido solicitado por el recurrente ni había sido objeto de discusión en el proceso, pero más aún, contradice directamente los informes que habían evacuado tanto el Instituto de Salud Pública como el Ministerio de Salud, y que se encontraban incorporados en el expediente del recurso. Dichos informes de la autoridad sanitaria fueron claros al señalar que el dispositivo no requería autorización alguna para su comercialización en el país.

---

54

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol Protección-49852-2022, parte resolutive.

En suma, estamos frente a una sentencia cuyos puntos más interesantes no son las certezas que entrega en la protección de los derechos de las personas, sino que al contrario, genera inquietudes por la falta de criterios claros y de argumentación por parte de nuestra Corte Suprema en la resolución de asuntos de interés público.

#### **IV. EPÍLOGO: EL CUMPLIMIENTO DE LO ORDENADO**

La sentencia de la Corte Suprema generó un efecto mediático importante sobre los denominados “neuroderechos”. Si el objetivo del recurso era éste, indudablemente se cumplió con creces. En cambio, si se trata de tomarse en serio el recurso de protección, el epílogo de esta sentencia no deja un buen sabor de boca.

Como se recordará, la resolución de la sentencia mandató tanto la reevaluación del dispositivo Insight por parte del ISP y el Servicio Nacional de Aduanas, como también la eliminación de la información del recurrido en poder de Emotiv. Luego de dictada la sentencia, tanto el Instituto de Salud Pública como el Servicio Nacional de Aduanas fueron requeridos para realizar dicha nueva evaluación. En resumen, el informe del Servicio Nacional de Aduanas mantuvo la misma posición anterior: si el ISP indica que se trata de un dispositivo médico, entonces debe ser calificado como tal<sup>55</sup>. Lo interesante se encuentra en el nuevo informe del ISP, que va a cambiar sustancialmente respecto lo informado anteriormente – aunque, adelantamos, esto significa contradecir el criterio de la Corte Suprema.

En el nuevo informe, el Instituto de Salud Pública indicó que el estudio del Subdepartamento de Autorización y Registro de Dispositivos Médicos del Departamento Agencia Nacional de Dispositivos Médicos, Innovación y Desarrollo, “habiendo revisado la totalidad de los antecedentes, concluyó que no es procedente calificar el producto como dispositivo médico”<sup>56</sup>. Esto contradice lo valorado por la Corte Suprema, ya que por tanto, no estamos ante un dispositivo que permita la investigación científica en seres humanos. A mayor abundamiento, el ISP se convocó a una reunión de cuatro profesionales expertos, externos al ISP, académicos del Departamento de Neurociencia e Instituto de Neurociencia Biomédica de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile; de la Escuela de Ingeniería Civil Biomédica, Facultad de Ingeniería, de la Universidad de Valparaíso, y de la Escuela de Ingeniería Civil Biomédica, Facultad de Ingeniería, de la Universidad de Concepción. Los académicos expertos concluyeron, también, que el dispositivo Insight no correspondía a un dispositivo médico<sup>57</sup>.

Pese a la claridad de la conclusión anterior, el ISP informó que iniciaría formalmente el proceso mandado por el Código Sanitario para la categorización del dispositivo, a través del procedimiento administrativo respectivo.

55 Servicio Nacional de Aduanas, Informe, 22 de enero de 2024.

56 Informe del ISP, Corte de Apelaciones de Santiago, página 3.

57 Informe del ISP, Corte de Apelaciones de Santiago, página 4.

A continuación, el ISP se pronunció respecto a un punto oscuro de la sentencia: si el régimen legal aplicable al dispositivo Insight se encuentra –según la Corte Suprema– en la Ley N° 20.120, la autoridad pertinente para dicho control es la SEREMI de Salud, por aplicación del Reglamento de dicha ley, y no el ISP, como señaló la sentencia. Esto quiere decir que el ISP le indica a la Corte Suprema que si quiere seguir insistiendo en su interpretación del dispositivo Insight como un instrumento de investigación científica en seres humanos, entonces debe dirigirse a la SEREMI de Salud.

A nuestro entender, con el informe del ISP que declara que Insight no es un dispositivo médico, la argumentación central de la sentencia se derrumba, ya que no estaríamos tampoco frente a un dispositivo que permita la investigación científica. Por lo anterior, no resultaría aplicable el artículo 11 de la Ley N° 20.120, y en consecuencia, no habría una ilegalidad en la actuación de Emotiv. Una victoria pírrica, pero que ordena el cauce legal que la sentencia subvirtió sin mayores argumentos.

Respecto a la segunda parte de la resolución de la Corte Suprema –la eliminación de los datos personales del recurrente– ésta se materializó, acompañándose por parte de Emotiv el acta de destrucción de datos personales, en que se acompañaron imágenes y videos del proceso del borrado de datos. Respecto a esta actuación, la parte recurrente presentó un escrito en que instaba a que dicho video no fuera público, porque a juicio de los abogados recurrentes, “el registro audiovisual acompañado por Emotiv mediante presentación de fecha 19 de enero de 2024 contiene información sensible acerca de nuestro representado y de todos los usuarios a nivel mundial. La situación es gravísima ya que, en el video acompañado por la contraparte, Emotiv expone al público sus códigos de acceso al sistema e información confidencial de la empresa. Actualmente, no solo la operación de Emotiv se encuentra en peligro, sino que, además, la información privada y sensible de millones de usuarios en el mundo. De caer dicha información en manos de terceros, las consecuencias pueden ser catastróficas”<sup>58</sup>.

Lo cierto es que en el video se aprecia a un ejecutivo de Emotiv introduciendo comandos para la eliminación de los datos personales del recurrente, pero en caso alguno se expone información confidencial de la empresa – lo que hubiera sido paradójico, ya que el Oficial de Protección de Datos de Emotiv se encontraba presenciando la eliminación de los antecedentes<sup>59</sup>. Sin embargo, la exagerada amenaza del recurrente, alertando porque la operación de Emotiv y los datos de millones de usuarios se encontraban en peligro a nivel mundial, resulta un apropiado epílogo de este recurso de protección, y también una muestra del buen criterio de la Corte de Apelaciones de Santiago en este proceso. Pese a las afirmaciones sobre el “peligro” en que se encontraban los datos personales de millones de usuarios, la Corte de Apelaciones dio por cumplido lo resuelto en la sentencia, archivándose la causa, sin que a la fecha se conozcan las catastróficas consecuencias alegadas por el recurrente.

58 Escrito de la parte recurrente, 27 de enero de 2024, Corte de Apelaciones de Santiago. En el original, con negritas y subrayado. El video al que hace alusión el recurrente se mantiene disponible en el expediente, al menos hasta el 16 de septiembre de 2024.

59 Escrito de cumple lo ordenado, 19 de enero de 2024, Corte de Apelaciones de Santiago.

**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

- ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz (2022): "Los derechos y su tutela judicial: riesgos y oportunidades". *Puntos de referencia*, N° 618, 25 pp.
- CONTRERAS, Pablo (2024): "¿Qué decidió la Corte Suprema en el denominado caso de los "neuroderechos" (Girardi vs. Emotiv)?", en SÁNCHEZ, Moisés; COLOMBARA, Ciro, y MONTI, Natalia (editores): *En defensa de los neuroderechos* (Santiago, Kamanau), pp. 62-68.
- CORNEJO-PLAZA, María Isabel; CIPPITANI, Roberto, y PASQUINO, Vincenzo (2024): "Chilean Supreme Court ruling on the protection of brain activity: neurorights, personal data protection, and neurodata", en *Frontiers in Psychology*, volumen 15, 9 pp.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo (2018): *Nuevos derechos y garantías de los derechos* (Madrid, Marcial Pons) 230 pp.
- MACCLURE, Lucas; FUENZALIDA, Pablo, y SIERRA, Lucas (2023): "Fallo sobre neurotecnologías: ¿otro supremazo?", en *Diario Financiero*, 17 de agosto de 2023. Disponible en: <https://www.df.cl/opinion/columnistas/fallo-sobre-neurotecnologias-otro-supremazo> [Fecha de acceso: 16 de septiembre de 2024]
- MUÑOZ, José M.; MARINARO, José Ángel; IGLESIAS, José Antonio; SÁNCHEZ, Moisés; MONTI, Natalia, COLOMBARA, Ciro y GIRARDI, Guido (2024): "Effects of the first successful lawsuit against a consumer neurotechnology company for violating brain data privacy", en *Nature Biotechnology*, volume 42, julio de 2024, pp. 1015-1015.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (2023): "Sentencia pionera de la Corte Suprema de Chile sobre privacidad de la información cerebral", en *Derecho Digital e Innovación*, número 17.
- SÁNCHEZ, Moisés, y COLOMBARA, Ciro (2024): "Presentación", en SÁNCHEZ, Moisés; COLOMBARA, Ciro, y MONTI, Natalia (editores): *En defensa de los neuroderechos* (Santiago, Kamanau), pp. 12-15.
- SANZ DE GALDEANO, Maite (2023): "Es urgente regular los neurodatos. A propósito de la reciente sentencia de la Corte Suprema de Chile de 9 agosto 2023", en *Diario La Ley*, número 75, 1 de septiembre de 2023.
- SMART LARRAÍN, Sebastián, y OYARZÚN GÓMEZ, Esteban (2024): "El caso Girardi C. EMOTIV Inc. ante la Corte Suprema de Chile: ¿un paso adelante en la protección de los neuroderechos humanos?", en D'ÁVILA LOPES, Ana Maria; PAREDES PAREDES, Felipe Ignacio, y TOLE MARTÍNEZ, José Julián (organizadores): *Desafíos da interface neurodireito e inteligência artificial* (Porto Alegre, Livraria do Advogado), pp. 135-150.
- ZAROR MIRALLES, Danielle; BORDACHAR BENOIT, Michelle, y TRIGO KRAMCSÁK, Pablo (2021): "Acerca de la necesidad de proteger constitucionalmente la actividad e información cerebral frente al avance de las neurotecnologías: Análisis crítico de la reforma constitucional introducida por la Ley 21.383", en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, volumen 10, pp. 1-10.
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra; VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis; ZAROR MIRALLES, Danielle, y SALAS VENEGAS, Ricardo (2022): "La trivialidad de los neuroderechos", en *Revista Bits de Ciencia*, número 22, pp. 24-29.