

C.A. de Santiago

Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparece don Ciro Colombara López y don Aldo Díaz Canales, en representación de don Guido Girardi Lavín, quienes interpusieron acción constitucional de protección en contra de EMOTIV Inc, representada por su directora ejecutiva señora Tan Le y/o su encargado de protección de datos, el señor Matt Bosworth, por la venta y comercialización en Chile del dispositivo Insight, el que no protege adecuadamente la privacidad de la información cerebral de sus usuarios, infringiendo el derecho a la integridad mental, la integridad física y psíquica, el derecho a la vida privada, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho de propiedad, consagrados en los numerales 1°, 4°, 6° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, además de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 19.628 al no proteger la privacidad de la información de usuarios y el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, al no permitir la cancelación de los datos cerebrales de dichos usuarios.

Previene en su primer apartado, que la acción constitucional es procedente en contra de empresas extranjeras que priven, perturben o amenacen las garantías establecidas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, incluso cuando éstas no cuenten con domicilio en Chile. Así, a modo de ejemplo cita el fallo bajo el Rol N° 100352-2015, en el que la recurrida fue Google Inc domiciliada en California Estados Unidos.

Agrega, en su segundo capítulo, que el recurrente es médico y que ha tenido una destacada carrera parlamentaria, ejerciendo



labores de Diputado y Senador hasta el 11 de marzo de 2022, siendo un impulsor y defensor del desarrollo científico y tecnológico, además de propulsor del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Conocimiento y organizador de las primeras versiones del Congreso Futuro.

Aclara, en el tercer apartado, que la recurrida es una empresa de bioinformática y tecnología fundada en 2013, que desarrolla y fabrica productos de electroencefalografía portátil (EEG), incluidos neuroauriculares, kits de desarrollo de software (SDK), softwares, aplicaciones móviles y productos de datos con sede en San Francisco, Estados Unidos.

Además, refiere que, actualmente Emotiv destaca por el diseño de dos dispositivos, el primero denominado EPOC, que consiste en un sistema de electroencefalograma móvil inalámbrico de 14 canales, destinado al uso profesional en aplicaciones industriales y de investigación y Emotiv Insight, un auricular de 5 canales. Añade que, ambos son dispositivos EEF, consistentes en técnicas no invasivas de neuroimagen de exploración funcional del sistema nervioso central mediante el cual se obtiene registro de actividad cerebral eléctrica de una persona en tiempo real.

Profundiza que, los dispositivos de EEG miden la actividad eléctrica del cerebro mediante la colocación de electrodos sobre la superficie del cuero cabelludo. Así, por ejemplo mediante el sistema Emotiv, se tiene acceso a información de bioseñales eléctricas que incluyen información de gestos, movimientos, preferencias, tiempos de reacción y actividad cognitiva del usuario.

Relata, en su cuarto acápite, que las nuevas tecnologías han provocado beneficios para la sociedad, en áreas como la salud,



agricultura, educación, seguridad nacional, persecución de delitos entre otros. No obstante, indica que pueden tener un impacto en derechos como la dignidad, autonomía, privacidad, protección de datos, libertad de expresión e integridad personal.

Señala, en cuanto a los productos de la recurrida, que el recurrente, el 28 de febrero de 2022, compró el dispositivo Insight a través de la página de Emotiv, el que fue recibido el 21 de marzo de 2022. Expresa que luego, con el objeto de grabar y acceder a sus datos cerebrales, el 07 de abril de 2022, creó una cuenta en la nube de datos, llamada Emotiv Cloud, aceptando los términos y condiciones. Asevera que, luego descargó la aplicación Emotiv Launcher, la que consiste en un punto de acceso a toda la información, herramientas y gestión de dispositivos de Emotiv. Posteriormente, al abrir su cuenta, se le pidió confirmar la aceptación de términos y condiciones, asociando su cuenta personal con el nuevo dispositivo Insight, conectado vía bluetooth a su computador.

Continúa relatando que instaló los electrodos del dispositivo en su cabeza, y que cuando intentó grabar, Emotiv alertó que debía utilizar una licencia gratuita -no una pagada-, por lo que no podría exportar ni importar ningún registro. Agrega que, se le indicó que los datos estarían retenidos en la nube de Emotiv hasta que este comprara la licencia Pro.

Expresa que, ante esto decidió no pagar la licencia e iniciar la grabación de su información cerebral, y al finalizar, se enteró que la que se encontraba registrada, quedó en una cola de espera de ser sincronizada por la nube de la empresa. Acto seguido, se le informó



minutos después que había sido grabada exitosamente y subida a la nube de la empresa.

Alega que, el uso del dispositivo Insight y el almacenamiento de su información cerebral en la nube de EMOTIV ha expuesto a su representado a riesgo que su información cerebral sea compartida con terceros; que dicho datos sean objeto de investigaciones científicas; que su información cerebral sea objeto de secuestros; y que sus datos cerebrales sean almacenados por EMOTIV en contra de su voluntad.

Reclama que, el dispositivo no protege adecuadamente la privacidad de la información cerebral de los usuarios, en este caso del recurrente, en atención a la información altamente sensible que son de una persona, como lo es la información de estado de salud neurológica y psiquiátrica e incluso estados mentales. Además, refiere que, no solo se registra información de procesamiento cerebral, sino también del subconsciente, siendo insuficientes las políticas de Motiv para resguardar la privacidad de la información cerebral.

Profundiza que, según las políticas de Emotiv, respecto a la información obtenida se permite *“(i) Proporcionar, administrar y mejorar los servicios; (ii) Comprender mejor las necesidad e interés del usuario; (iii) Cumplir con las solicitudes que se realicen; (iv) Personalizar la experiencia del usuario, como proporcionarle información sobre su rendimiento cognitivo; (v) Realizar experimentos en los que el usuario decida participar; (vi) Proporcionar anuncios; (vii) Proporcionar información y ofertas de EMOTIV; (viii) Proteger, investigar y disuadir actividades fraudulentas o dañinas; y, (ix) Cumplir con las obligaciones legales”*.



Y que la misma empresa señala que, ninguna medida de seguridad es 100% efectiva y que no pueden garantizar la seguridad de la información personal de los usuarios.

También, indica que la misma recurrida dice que la información obtenida es compartida por proveedores y con terceros a fin de efectuar investigación científica e histórica.

Fundamenta, que se infringirían los artículos 11 y 13 de la Ley N° 19628. Contextualiza que, existiendo riesgos de reidentificación, piratería o hackeo de datos, reutilización no autorizada, mercantilización, vigilancia digital y captación de datos para fines no consentidos entre otros, aunado a que, sin perjuicio de cerrarse la cuenta de usuario, la información queda retenida en Emotiv, para propósitos de investigación e histórica.

Arguye, en cuanto a las garantías conculcadas, en primer lugar, la del artículo 19 N° 1 inciso final de la Constitución Política de la República, debido a la necesidad de protección del derecho a la neuroprotección, que deriva de la dignidad humana.

También aduce la infracción la integridad física y síquica, consagrada en el mismo numeral, ante los riesgos referidos. Además, alega la vulneración de las garantías del numeral 4° ante la ineficiente política de privacidad de la recurrida, del numeral 6° frente a la posibilidad de deducir determinados pensamientos y numeral 24° al no tener el recurrente la libre disposición de su información cerebral, pudiendo utilizarlos la recurrida a su conveniencia.

Pide, en definitiva que, (i) se ordene a la empresa recurrida que modifique sus políticas de privacidad en lo concerniente a la protección de los datos cerebrales de sus usuarios en Chile; (ii) 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) la empresa recurrida elimine inmediatamente de su base de datos la información cerebral del recurrente; (v) se adopten todas las demás medidas que se estimen necesarias para restablecer el imperio del derecho; y, (vi) se condene expresamente en costas a la empresa recurrida.

SEGUNDO: Que, por motivo de no haberse evacuado informe por la recurrida, con fecha 14 de septiembre de 2022, se prescindió del mismo. Sin embargo, manifiesta que el 05 de noviembre de 2022, la recurrida hizo presente por escrito, una serie de consideraciones de hecho y de derecho.

Señaló que, los hechos descritos en el recurso no son constitutivos de una acción u omisión ilegal o arbitraria. En primer lugar, por haber omitido que el producto Insight y su instalación contiene una detallada explicación de términos y condiciones, solicitando su consentimiento expreso para el tratamiento de datos personales y cerebrales el, que fue otorgado expresamente y de forma voluntaria por el recurrente.

También refiere, que cada uno de los riesgos señalados por el recurrente son valorados en abstracto y son hipotéticos, a los que está sujeta cualquier plataforma tecnológica o de servicios que realiza el tratamiento de datos personales, sensibles o no, como lo son el hackeo de datos, la vigilancia digital, mercantilización de datos y uso no consentidos. Asevera que, no se describe cómo la recurrida, conculca los derechos fundamentales mencionados, por cuanto sólo da cuenta de la compra de un producto y su uso.



Agrega que, no hay infracción al artículo 11 de la Ley N° 19.628, dado que la recurrida adecua su estándar de cumplimiento en materia de protección de datos a legislaciones mucho más estrictas que la chilena, en concreto, como lo es el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. No existiendo en la actualidad, un estándar superior a nivel legislativo, siendo una piedra angular de esta protección la seudonimización. Así, indica que, de la lectura de datos EEF, es unidireccional, encriptada del usuario que otorga la información, anonimizada y no identificable respecto de su fuente.

En relación a Chile, refiere que, la Ley sobre Protección de la Vida Privada N° 19.628, establece las obligaciones de seguridad asociadas al tratamiento de datos personales, sin distinguir si dicho tratamiento es realizado por una institución pública o privada. Y que a nivel legal es posible fundamentar la existencia de una obligación de seguridad en el ciberespacio de los datos personales tratados, pese que no está explícitamente regulado así en nuestra legislación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley, conforme al cual el responsable del tratamiento de datos personales está obligado a: i) mantener un deber de cuidado con debida diligencia y a ii) responder civilmente por los daños ocasionados. No estableciéndose un listado específico de infracciones ni de sanciones.

Paralelamente, sostiene que cumple con el artículo 13 de la Ley de Protección de Datos personales, ya que la Política de Privacidad informa que la recurrida ejecuta tal retención mientras el usuario tenga una cuenta abierta con la empresa o mientras sea necesario para proporcionarle a éste los productos y servicios de Emotiv. Adicionalmente, que el mismo documento aclara que de



conservar por más tiempo los datos personales de los usuarios, esto sólo respondería a la necesidad de cumplir con obligaciones legales, resolver disputas o cobrar las tarifas adeudadas, o si está permitido o es requerido por las leyes, normas o reglamentos aplicables. Y en relación con aquello, que la política de tratamiento y retención de datos está en total armonía con la legislación chilena, la que señala expresamente que las bases de legalidad para tratar datos personales son el consentimiento y la Ley. A este respecto, indica que el artículo 4 de la Ley N° 19.628 señala expresamente que: *“El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.”*

Alega que, el recurrido por un lado prestó su consentimiento y que no ha sido notificado de ningún daño respecto de sus datos y que ha contactado en más de una oportunidad al recurrente, preguntándose si desea eliminar todo o alguno de sus datos.

TERCERO: Que, su vez, mediante presentación de 17 de marzo de 2023, la recurrida dio cumplimiento a trámite decretado por esta Corte, en el sentido de precisar, primeramente, que Emotiv, Inc. no tiene domicilio en Chile y que el suyo se ubica en San Francisco, California, conforme detalla.

En segundo término, replica que el producto Emotiv Insight no está inscrito, ni requiere de ninguna autorización o inscripción previa para poder comercializarse en Chile. Destaca que dicho producto es un dispositivo electrónico de uso recreacional y también es usado para actividades de investigación y desarrollo.

Precisa que no se trata de un dispositivo médico y su uso no se vincula en ningún aspecto con tratamientos de salud, por lo que



no precisa autorización por los entes regulatorios de salud, como tampoco figura en el listado de aparatos electrónicos a ser certificados por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

Sin embargo, aduce que en el ámbito internacional el dispositivo Emotiv Insight cuenta con la certificación de cumplimiento de las normas de seguridad de las siguientes agencias internacionales: EMC en América del Norte, Europa (CE), Australia (ACMA) y Nueva Zelanda. Asimismo, da cuenta de sus estándares de seguridad.

Por último, sobre el funcionamiento y objetivo del producto Emotiv Insight y sus antecedentes técnicos, detalla que el dispositivo EMOTIV Insight se posiciona entonces como un dispositivo del tipo Interfaz Cerebro Computador, no invasivo, conocido por sus siglas en inglés “BCI” Brain-Computer Interface (interfaz cerebro computador).

Sostiene que, el uso del dispositivo Insight varía en función del interés del cliente que lo adquiere, por ejemplo, control de objetos físicos o virtuales, y que así muchos usuarios lo utilizan para meditar y monitorizar estados de relajación mental.

Agrega que, en el ámbito de la enseñanza este dispositivo ha permitido medir el interés y mejorar estrategias de procesos de enseñanza y de concentración. Menciona también como uso la investigación científica, en razón de la realización de una amplia gama de estudios científicos de investigación para avanzar en la comprensión de la función del cerebro. Precave que EMOTIV Insight no recopila ni conserva una lista completa de los posibles usos debido a la diversidad de usuarios y alternativas, especialmente en el espacio de investigación.



CUARTO: Que, por otra parte, el 19 de abril de 2023, informó el Instituto de Salud Pública, señalando que el dispositivo Insight no se encuentra incorporado a la obligatoriedad de conformidad, ni de registro sanitario, conforme al artículo 111 del Código Sanitario y el artículo 22 del Decreto Supremo 895/98 que aprueba el Reglamento de Control de Productos y Elementos de Uso Médico del Ministerio de Salud, por lo que no requiere de autorización para ser comercializado, pero sí para importarlo debiéndose requerir el certificado de destinación aduanera. Al respecto se buscó el producto y no se encontraron datos asociados a Certificados de Destinación Aduanera.

Por otra parte, el 28 de abril de 2023, informó el Servicio Nacional de Aduanas, refiriendo que el Dispositivo Insight requiere de Certificado de Destinación Aduanera, y que revisada la carpeta de despacho asociada a Declaración de Ingreso (DIN) N° 1680069086-6, aquella no contaba con el certificado respectivo.

Finalmente, en cuanto a los oficios, el 08 de mayo de 2023, informó el Ministerio de Salud, refiriendo que el dispositivo Insight no se encuentra sujeto a la obligatoriedad de evaluación o de registro sanitario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del código Sanitario, en concordancia con el artículo 22 del Decreto Supremo N° 895-98 que aprueba el 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. Además, que tampoco está 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.



QUINTO: Que, la acción constitucional de protección es un arbitrio cautelar de determinados derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares. Son presupuestos de esta acción cautelar: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c) que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

SEXTO: En primer término, es dable señalar que, no existe discusión entre las partes que el acto que el recurrente estima como vulneratorio a sus garantías constitucionales corresponde a la venta y comercialización en Chile del dispositivo Insight, el que no protegería adecuadamente la privacidad de la información cerebral de sus usuarios, por lo que el almacenamiento de su información cerebral en la nube de EMOTIV contra su voluntad ha expuesto al actor a riesgo que su información cerebral sea compartida con terceros, aunado que dicho datos pudieran ser objeto de investigaciones científicas y de secuestros.

Para estos efectos, reclama que, el dispositivo no protege adecuadamente la privacidad de la información cerebral de los usuarios -en este caso del recurrente- en atención a la información altamente sensible como lo es el estado de salud neurológica, psiquiátrica y mental. Además, refiere que no solo se registra información de procesamiento cerebral, sino también del subconsciente, siendo insuficientes las políticas de Motiv para resguardar la privacidad de la información cerebral.



En cuanto al petitorio del presente arbitrio, el recurrente solicita: (i) que se ordene a la empresa recurrida que 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 recurrente; (v) que, se adopten todas las demás medidas que se estimen necesarias para restablecer el imperio del derecho; y, (vi) que, se condene expresamente en costas a la empresa recurrida.

SÉPTIMO: Que resultan ser hechos no controvertidos para el conocimiento del presente arbitrio constitucional que:

1. Con fecha 28 de febrero de 2022, el recurrente compró el dispositivo Insight a través de la página de Emotiv, el que fue recibido el 21 de marzo de 2022.
2. Con fecha 7 de abril de 2022, el actor con el objeto de grabar y acceder a sus datos cerebrales, creó una cuenta en la nube de datos, llamada Emotiv Cloud, aceptando para ello, los respectivos términos y condiciones.
3. En razón de lo anterior, el recurrente descargó la aplicación Emotiv Launcher, la que consiste en un punto de acceso a toda la información, herramientas y gestión de dispositivos.
4. Acto seguido, el actor al abrir su cuenta, se le pidió confirmar nuevamente, la aceptación de términos y condiciones, asociando su cuenta personal con el nuevo



dispositivo Insight, conectado vía bluetooth a su computador.

5. De esta forma, el recurrente instaló los electrodos del dispositivo en su cabeza y al momento de intentar grabar, Emotiv alertó que debía utilizar una licencia gratuita -no una pagada-, por lo que no podría exportar ni importar ningún registro, indicándosele que los datos estarían retenidos en la nube de Emotiv hasta que comprara la licencia Pro.
6. Con posterioridad, el actor decidió no pagar la licencia e iniciar la grabación de su información cerebral y al finalizar, tomó conocimiento que aquélla se encontraba registrada, en una cola de espera de ser sincronizada por la nube de la empresa. Inmediatamente, se informó al recurrente que había sido grabada exitosamente y subida a la nube de la empresa.
7. El dispositivo Insight no se encuentra incorporado a la obligatoriedad de registro sanitario, conforme al artículo 111 del Código Sanitario y el artículo 22 del Decreto Supremo N° 895/98 que aprueba el Reglamento de Control de Productos y Elementos de Uso Médico del Ministerio de Salud, por lo que no necesita de autorización para ser comercializado, pero sí para importarlo debiéndose requerir el certificado de destinación aduanera.
8. Emotiv, Inc. no tiene domicilio en Chile, por cuanto se ubica en San Francisco, California.

OCTAVO: Que en cuanto a la normativa aplicable resulta ilustrador señalar en primer término que, según se asentado en la



motivación que precede, no existe controversia entre las partes que se ha celebrado en base a la autonomía de la voluntad, un contrato de compraventa, en el que el actor consintió expresa y voluntariamente a las condiciones contenidas en él, en cuanto al tratamiento de sus datos personales y cerebrales.

De esta forma, corresponde indicar que, el artículo 1545 del Código Civil señala: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

En este mismo orden de ideas, el artículo 1546 del Código Civil prescribe: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”*.

NOVENO: Que, en base a lo expuesto en la motivación que precede y en consonancia con dicha normativa, el artículo 4 de la Ley N° 19.628 señala que: *“El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.”*

DÉCIMO: Que, por otro lado, en cuanto a las disposiciones que el recurrente, estimada vulneradas cita el artículo 11 de la Ley N° 19628, que prescribe: *“El responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños”*.

Asimismo, aduce infracción del artículo 13 del citado cuerpo normativo citado, el que señala: *“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.”

En consonancia con la normativa que precede indica que el artículo 19 N° 1 inciso final de la Constitución Política de la República dispone 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”*.

UNDÉCIMO: Que, los neurodatos consisten en el conjunto de información relativa a la actividad cerebral obtenida mediante el empleo de neurotecnologías avanzadas. Los neurodatos forman parte del internet de los cuerpos, el avance de la inteligencia artificial nos sitúa en un horizonte muy próximo a la superinteligencia o inteligencia artificial de segundo nivel que ya no necesita la intervención de los seres humanos.

Es así que se define como dato neuronal *“la información obtenida de la actividad de las neuronas que contiene una representación de la actividad cerebral”*; mientras que se entiende por neurotecnologías al *“conjunto de dispositivos o instrumentos que permiten una conexión con el Sistema Nervioso Central para la lectura, registro o modificación de la actividad cerebral y de la información proveniente de ella”* (Proyecto de Ley de neuroprotección, Boletín N° 13.828-19). También se establece que *“las personas son libres de utilizar cualquier tipo de neurotecnología permitida (...) Para intervenir a otros a través de ellas, se deberá*



contar con su consentimiento libre, previo e informado (...) por escrito y tendrá un carácter de irrevocable”.

La autodeterminación informativa es el derecho del individuo a controlar la obtención, tenencia, tratamiento y transmisión de datos relativos a su persona, decidiendo en cuanto a los mismos, las condiciones en que dichas operaciones pueden llevarse a cabo.

En Chile, nuestro Tribunal Constitucional, en junio del año 2011 también tuvo ocasión de referirse a la autodeterminación informativa y lo hizo señalando que *“la protección de la vida privada de las personas guarda una estrecha relación con la protección de los datos personales, configurando lo que la doctrina llama derecho a la autodeterminación informativa”.*

DUODÉCIMO: Que, en lo concerniente a cada uno de los riesgos señalados por el recurrente, corresponde aclarar que aquéllos 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.

En relación a este acápite, resulta ilustrativo señalar que, la recurrente 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.

DÉCIMO TERCERO: Que una vez sentado lo consignado con antelación, no se ha verificado infracción al artículo 11 de la Ley N° 19.628, dado que no se ha denunciado acto alguno en que la recurrida no diera cumplimiento a su obligación de protección de datos, más aun si no ha controvertido que además esta última ha respetado la confidencialidad, en razón a que la información fuera unidireccional, encriptada, anonimizada y no identificable en cuanto a su fuente respecto de quien la solicita, esto es, bajo el presupuesto de la seudonimización, definida como *“el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable.”*

DÉCIMO CUARTO: Que al respecto no debe olvidarse que la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada establece las obligaciones de seguridad asociadas al tratamiento de datos personales, sin distinguir si aquél es realizado por una institución pública o privada, haciéndose extensiva a la contenida en el ciberespacio, a pesar de que no se reconozca de manera expresa en nuestra legislación. Coligiéndose lo anterior, de lo dispuesto en el artículo 11 de la indicada normativa, que el responsable del tratamiento de datos personales está obligado a mantener un deber de cuidado con debida diligencia y responder civilmente por los daños ocasionados.



DÉCIMO QUINTO: Que dentro de las políticas de privacidad pactadas, se señala que la recurrida ejecuta la retención de la información en análisis, mientras el usuario tenga una cuenta abierta con la empresa o sea necesario para proporcionarle a él, los productos y servicios de Emotiv y que, de conservar por más tiempo sus datos personales, sólo respondería a la necesidad de cumplir con obligaciones legales, resolver disputas o cobrar las tarifas adeudadas o si está permitido o es requerido por las leyes, normas o reglamentos aplicables, respetándose a su respecto lo dispuesto en los artículos 4 y 13 de la ley antes citada.

DÉCIMO SEXTO: Que, en este orden de ideas, se ha tenido por cierto que el recurrido por un lado prestó su consentimiento y que, por otro, no se contextualizado, ni siquiera bajo el estándar de una amenaza la eventualidad de producirse un daño respecto de los datos del actor.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que consecuentemente con lo anterior, dada la naturaleza de lo que se discute, eventuales riesgos en cuanto a la información almacenada por la recurrida, aunado a que se ha solicitado que *“(i) se ordene a la empresa recurrida que modifique sus políticas de privacidad en lo concerniente a la protección de los datos cerebrales de sus usuarios en Chile; (ii) 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”,* y que se ha planteado la necesidad de contar con una nueva legislación que se protejan los neuroderechos, más allá de lo contemplado en el artículo 19 N° 1 de nuestra Carta Fundamental, obsta que sea acogido un recurso de protección en que se requiere que se



hubieran realizado actos u ocurrido omisiones, con carácter de arbitrarios o contrarios a la ley, que realmente priven, perturben o amenacen *el debido ejercicio de un derecho indubitado* -dado que no aparecen determinados como de carácter preexistente, que se encuentren garantizados y amparados en el texto constitucional, no siendo esta acción cautelar una instancia para constituir ni declarar derechos, sino para proteger aquellos que resulten como no discutidos, no encontrándose además en dicha hipótesis, la circunstancia sostenida por el abogado representante del actor, en torno a señalar que, se requiere pagar por parte del recurrente para proceder a eliminar los datos -que consintió libre y voluntariamente a que fueran almacenados por la empresa recurrida- y que en esta sede denuncia.

DÉCIMO OCTAVO: Que, de esta forma, lo reclamado por este medio extraordinario escapa lo propio de un recurso de protección, en atención a que aquél se limita a situaciones cuya arbitrariedad e ilegalidad sean evidentes -lo que no ha acontecido respecto de los presupuestos fácticos referidos con antelación- y en consecuencia su improcedencia para declarar o constituir situaciones jurídicas nuevas o declarar derechos permanentes a favor de las partes.

DÉCIMO NOVENO: Que es en este sentido, que el recurso de protección jamás debe pronunciarse sobre cuestiones de fondo sobre los derechos fundamentales amagados, no pudiendo esta Corte pronunciarse sobre hechos controvertidos por la recurrida, situación ajena a esta acción desde que requerirán del cumplimiento de un determinado procedimiento -previsto por ejemplo, en la Ley N° 19628-, que no se aviene con su objetivo de ser un remedio



pronto y eficaz que preste inmediato amparo a un eventual afectado, a vía de determinar si resulta ser efectivo lo denunciado por el actor, como asimismo las correspondientes consecuencias jurídicas a la que las partes pudieran atenerse con ocasión de la celebración del signado contrato.

De esta forma para la procedencia de la acción cautelar deducida es requisito indispensable que los actos que motivan su ejercicio estén plenamente establecidos y en el presente caso, en cuanto a los supuestos antes aludidos, aquello no sucede, toda vez que no existen antecedentes que constituyan evidencia que el recurrente sufrió afectación a los derechos que estima conculcados.

En efecto, la naturaleza de la acción recién indicada y el procedimiento especial dispuesto para su tramitación, determinan que no sea procedente emplear esta vía para la solución del conflicto *sub lite*, puesto que la materia en que se basa el libelo exceden el ámbito de este recurso, ya que conforme se ha ido expresando en este fallo, se trata de una controversia que requiere la concurrencia de determinados presupuestos fácticos, corroborados por los debidos antecedentes médicos, lo que en la especie no ha acontecido.

VIGÉSIMO: Que, de acuerdo a los antecedentes que obran con ocasión del conocimiento del presente arbitrio constitucional es dable colegir que, la recurrida en lo relativo a las acciones denunciadas ha actuado ajustándose plenamente a lo previsto en la normativa que precede. En efecto, en la especie, no existe un derecho constitucional que haya sido afectado en su legítimo ejercicio, requisito esencial para la procedencia de esta acción cautelar, pues no se ha logrado demostrar que con el tratamiento de



datos realizado por el recurrido se hubiera amenazado la vida privada del recurrente.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, por último, es dable indicar 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.

Es así como, la legitimación para obrar no constituye, por lo dicho, un requisito meramente formal, sino que importa una calidad sustancial que corresponde al titular de los derechos de los que emanan las acciones que se ejercitan en una demanda o en un recurso como el presente.

En consecuencia, conforme a lo preceptuado en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental para la procedencia del recurso de protección se requiere en primer término, que quien lo interponga sea *“El que por causa de actos u omisiones, arbitrarias o ilegales, sufra perturbación, privación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas en el artículo 19 en los numerandos que menciona a continuación”*.

Por su parte, en el artículo 2 ° del Acta N ° 94-2015 de 17 de julio de 2015, que fijó el texto refundido del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales se expresa que *“El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello*



mandato especial, por escrito en papel simple o por cualquier medio electrónico”.

En efecto, la presente acción cautelar está dirigida a proteger intereses concretos de alguna persona o grupos de personas perfectamente identificados, que haya sido o puedan ser objeto de privación, perturbación o amenaza de los derechos amparados por la Carta Fundamental. La expresión “*El que (...)*” que se usa en el mandato constitucional del artículo 20, nos da inequívocamente la idea de individuo o persona, lo que armoniza perfectamente con el inciso primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que expresa: “*La Constitución asegura a todas las personas*”, como sinónimo de individuo con todos los atributos de la personalidad, entre ellos el nombre, de modo tal que alzarse en términos vagos o imprecisos, sin tener facultad legal para ello, importa extender los alcances de esta acción cautelar no queridos por el legislador.

De esta forma, el recurso de protección lo puede entablar directamente el agraviado o afectado -titular de los derechos cuyo ejercicio la acción de protección pretende amparar- o alguien en su nombre, entendiéndose que lo hace en favor del ejercicio del derecho de aquél con su anuencia, consentimiento o voluntad de quienes sufren el agravio, requiriéndose además individualizar a cada una de las personas a favor de quien o quienes recurre.

VIGÉSIMO SEGUNDO: De esta forma, se desprende que no concurre la conducta u omisión vulneratoria de derechos alegada en la acción cautelar deducida, de modo tal que esta Corte no se encuentra en situación de adoptar medida alguna a favor de la parte que recurre.



VIGÉSIMO TERCERO: Que, en tales condiciones, el recurso de protección no puede prosperar y debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y conforme con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, **se rechaza**, sin costas, la acción constitucional interpuesta a favor de don Guido Girardi Lavín en contra de EMOTIV Inc.

Sin perjuicio de lo anterior, 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, en relación a este acápite, conforme a este petitorio del presente arbitrio - “(iii) la empresa recurrida elimine inmediatamente de su base de datos la información cerebral del recurrente”-, dentro del plazo de quince días desde que esta sentencia se encuentre firme y ejecutoriada.

Se previene que la abogada integrante Magaly Correa Farías concurre al rechazo del recurso pero haciendo presente lo siguiente:

1º Que, sin perjuicio de que se ha celebrado un contrato en base a la autonomía de la voluntad y que el recurrente prestó su consentimiento aceptando los términos y condiciones propuestos por EMOTIV, en contratos de esta naturaleza, en que se procesa y retienen datos de EEG (definidos en la Política de Privacidad) y que constituyen información personal, datos sensibles del usuario, no pueden aplicarse pura y simplemente las normas del Código Civil, artículos 1545 y 1546, toda vez que existen normas de orden público que protegen a los consumidores y son irrenunciables para las partes, máxime, cuando se trata de información de la actividad cerebral, que por mandato constitucional del inciso final del N° 1 del artículo 19 de nuestra Constitución, deben ser especialmente



resguardadas por la ley, por lo que la interpretación tanto de las leyes que regulan la protección de datos como de los contratos debe efectuarse en ese sentido.

2º Que, el hecho que se supedite el acceso a la información de datos de EEG del recurrente al pago adicional de una “licencia pro”, conforme se establece en el “Acuerdo de licencia de usuario final o EULA (*End User License Agreement*)”, específicamente en el número 3; en las cláusulas de la “Política de privacidad de EMOTIV (*EMOTIV Privacy Policy*)” y el hecho no controvertido del número 5 del motivo Séptimo de este fallo, supone una infracción a lo dispuesto al citado, en el motivo décimo, artículo 13 de la Ley N° 19.628, por cuanto el pago es una forma de limitación al acceso a la información, modificación, cancelación o bloqueo de sus datos personales y afecta su derecho de autodeterminación informativa, por lo tanto, la negativa al libre acceso a su información cerebral constituye un acto ilegal.

3º No obstante lo anterior, en atención a que la recurrida informó su disposición para eliminar los datos cerebrales del recurrente conforme fue solicitado por éste en el petitorio de su recurso, y estimando que de todas las peticiones efectuadas por el recurrente, esta es la única a la que podría acceder esta Corte conociendo por la vía de la acción de protección, es que se concurre a la decisión.

Redacción de la Ministra señora Verónica Sabaj Escudero.

No firma el ministro señor Sergio Guillermo Cordova, por encontrarse ausente.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.



Protección N° 49852-2022.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Illma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.



Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Verónica Cecilia Sabaj E. y Abogada Integrante Magaly Carolina Correa F. Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>