

## Las neurotecnologías ante la Corte de Apelaciones de Santiago: olvidando el derecho de cancelación de datos personales.

19 de julio de 2023



Imagen: Agenda Estado de Derecho.

### Introducción

Las neurotecnologías son dispositivos que permiten registrar la actividad cerebral o intervenirla, por ejemplo, mediante electrodos colocados sobre el cuero cabelludo. Varias empresas ya comercializan neurotecnologías en Chile y empresas *big tech* como Meta han anunciado que lo harán en el futuro.<sup>[1]</sup> Las neurotecnologías plantean varias preguntas éticas y jurídicas.<sup>[2]</sup> Entre otras, ¿es necesario crear nuevos derechos fundamentales para proteger a las personas de los riesgos creados por las neurotecnologías?<sup>[3]</sup> ¿Cómo aplica la legislación general sobre protección de datos personales a los «neurodatos» (los datos generados mediante neurotecnologías)?

Un caso que se relaciona con esas preguntas fue resuelto recientemente por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (en adelante, «la Corte»). El 24 de mayo de este año la Corte resolvió un recurso de protección del exsenador Guido Girardi contra Emotiv, una empresa extranjera de neurotecnologías (rol protección 49852-2022). El recurrente apeló la sentencia ante la Corte Suprema,

## 1. Los hechos del caso y la petición del recurrente

A principios del año 2022 Guido Girardi—el recurrente—adquirió el dispositivo Insight de la empresa Emotiv—la recurrida—. Insight se componía de cinco electrodos que, colocados sobre el cuero cabelludo, permitían registrar la actividad cerebral de su usuario. El recurrente instaló el dispositivo sobre su cabeza y mediante el mismo registró datos sobre su actividad neuronal. También utilizó la plataforma online de Emotiv para subir los datos neuronales a los servidores de la empresa y visualizarlos en ella. Al hacerlo, el recurrente aceptó la política de privacidad de la recurrida.

A continuación, el recurrente intentó bajar y borrar sus datos neuronales. Pero para acceder a sus datos la empresa le exigió el pago de una suscripción. El recurrente se negó a pagarla. (La necesidad de pagar para acceder a los datos había sido conocida por el recurrente antes de subir sus datos.) En cualquier caso, y esto fue enfatizado por el recurrente, la política de privacidad de Emotiv decía que la empresa, independiente de la voluntad posterior del usuario, retendría los datos neuronales de los usuarios para «fines de investigación científica e histórica». Incluso si el usuario cancelaba su cuenta con Emotiv.

El recurrente afirmó que la imposibilidad de acceder a sus datos neuronales sin pagar y de eliminarlos había infringido varios de sus derechos fundamentales. Entre otros, su integridad mental y privacidad. Además, alegó que la recurrida había infringido dos reglas establecidas en la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada (arts. 11 y 13).

En consecuencia, la Corte debía ordenar que Emotiv eliminara los datos neuronales del recurrente, y que modificara su política de privacidad para reconocer el derecho del usuario a acceder y especialmente eliminar sus datos. Además, la Corte debía prohibirle que comercializara el dispositivo Insight mientras la empresa no cambiara su política de privacidad.

## 2. La resolución de la Corte

La sentencia de la Corte oficialmente rechazó la acción constitucional del recurrente, aunque al mismo tiempo aceptó una de sus peticiones. La Corte dijo que Emotiv no debía modificar sus políticas de privacidad: la empresa podía retener los datos neuronales de sus usuarios, tal como lo establecía su política de privacidad, incluso si más tarde ellos revocaban la autorización de uso. Con todo, Emotiv debía eliminar los datos de Girardi que ya habían sido recolectados. ¿Cómo justificó estas conclusiones? ¿Lo hizo adecuadamente? Veamos.

## 3. La fundamentación

### 3.1. Los neurodatos en la Constitución

A nivel constitucional, la Corte encuadró el análisis solamente en uno de los derechos invocados por el recurrente: la protección de la vida privada y de los datos personales (art. 19 N° 4 de la Constitución). La sentencia entendió que el derecho consagra la «autodeterminación informativa» (ver c. 11). La Corte asumió que en principio ese derecho alcanza a la protección de los datos sobre una persona que han sido generados por neurotecnologías.

La sentencia omitió responder si la conducta de la recurrida infringía también el inciso final del art. 19 N° 1. Esto es curioso, porque se trata de una disposición que implícitamente se refiere a las neurotecnologías y que había sido citada por el recurrente. La norma dice:

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

Como se puede observar, la segunda parte de la norma consagra un mandato de regulación de las neurotecnologías dirigido al Congreso en vez de una norma general aplicable a todo tipo de actores. [4] Es posible que ello explique la omisión de la Corte. (Dicho sea de paso, el Congreso todavía no ha cumplido el mandato constitucional.[5])

Asimismo, la sentencia omitió analizar otros derechos invocados por la recurrente, tal como el derecho de propiedad y la libertad de conciencia.

La Corte debería haber explicado porqué analizó el problema solamente desde la perspectiva del derecho a la protección de la vida privada y los datos personales. Pero es fácil ensayar una razón. La única legislación que había sido invocada por el recurrente era, precisamente, la ley que desarrolla el art. 19 N° 4: la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada. Y ya que la Corte ya había aceptado que en principio el art. 19 N° 4 aplicaba al caso, lo crucial era dar el paso siguiente y evaluar la conducta de Emotiv a la luz de la legislación general sobre datos personales. En la misma línea, este comentario se enfocará en la manera como la sentencia aplicó la Ley N° 19.628 a este caso.

### **3.2. Los neurodatos como datos personales**

Habiendo enmarcado el análisis en la privacidad, la sentencia a continuación evaluó si el acto de Emotiv había sido «ilegal» a la luz de la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada.

En este nivel de análisis, la Corte evitó una interesante cuestión preliminar que había sido planteada por la recurrida: ¿los datos neuronales retenidos por la recurrida eran efectivamente «datos personales» en el sentido de la Ley N° 19.628? Si no lo eran, su tratamiento no necesitaba cumplir con las obligaciones establecidas por la Ley N° 19.628 para el tratamiento de datos personales.

La recurrida, en su respuesta a la acción, había sugerido que los neurodatos que había retenido no eran datos personales. Brevemente, la recurrida afirmó que gracias técnicas de que había aplicado a los datos neuronales del recurrente estos se habían transformado en meros «datos estadísticos». Por eso, quedaban «fuera del ámbito de aplicación» de la Ley N° 19.628.[6]

Sin embargo, la sentencia omitió entrar en esta discusión. La Corte asumió que los datos neuronales del recurrido eran datos personales y concentró su análisis en el cumplimiento o incumplimiento por parte de la recurrida de las obligaciones aplicables al tratamiento de datos personales.

El resto de este comentario asume esa premisa, pero sin duda la pregunta por la naturaleza de los datos neuronales es una cuestión interesante que admite mayor discusión.[7]

### **3.3. El deber de cuidar los datos personales**

Dejando de lado esa cuestión preliminar, podemos ahora enfocarnos en las dos preguntas específicas relacionadas con las reglas de la Ley N° 19.628 que sí fueron examinadas en la sentencia: Primero, ¿la recurrida había cumplido con su deber de cuidar los datos personales de la recurrente (art. 11)? Segundo, ¿La recurrida había respetado el derecho de cancelación de la recurrente (art. 13)? La respuesta de la sentencia a la primera pregunta se examina en esta subsección. Su respuesta a la segunda se discute en las siguientes tres subsecciones.

La sentencia afirmó que Emotiv parecía haber cumplido con su deber de “cuidar” los datos personales “con la debida diligencia”, una obligación que se encuentra en el art. 11 de la Ley N° 19.628. La recurrida había satisfecho este deber de cuidado porque en su política de privacidad se había comprometido a que

Si la seudonimización es o no una técnica que satisface el deber de cuidado del art. 11 es una cuestión que escapa al alcance de esta columna. Pero aquella es reconocida en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (art. 25.1). Esto sugiere que la posición de la Corte fue al menos plausible.

### **3.4. El derecho de cancelación**

Mucho más discutible, sin embargo, es el segundo elemento de la Ley N° 19.628 abordado en la sentencia: el derecho de cancelación y sus límites (arts. 13 y 15). Aquí se concentrará buena parte del resto de este comentario. Veamos.

La Corte afirmó que Emotiv probablemente había respetado el derecho del titular de los datos personales a pedir su cancelación o supresión.

El recurrente había consentido la política de privacidad de la recurrida, y esta política expresamente decía que la empresa retendría los datos neuronales del recurrente (para fines que serán discutidos abajo). Este consentimiento era vinculante para el recurrente, tal como lo es en otros contratos. Así, el recurrente no podía ahora revocar la autorización que había entregado a Emotiv para usar sus datos (c. 16).

Además, dijo la Corte, según la política de privacidad la retención de datos “solo 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 N° 19.628]” (c. 15).

El problema de esta justificación es que contradice el texto expreso de la Ley N° 19.628 y un hecho fundamental de la causa. Para empezar, según el art. 13 de esta ley “[e]l derecho de las personas a la (...) cancelación (...) de sus datos personales no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención”. La mera lectura de la regla pone en duda la apelación al consentimiento del titular para justificar la retención de datos personales contra la voluntad (posterior) del titular. Según la Ley N° 19.628 el derecho de cancelación es un límite a la autonomía de la voluntad.

Además, si bien la Ley N° 19.628 reconoce excepciones o límites al derecho de cancelación, la sentencia fue incapaz de demostrar que ellas aplicaban a la retención de datos realizada por la recurrida.

Según el art. 15 el titular de datos no tiene derecho a la cancelación si la eliminación de datos frustra (a) las funciones fiscalizadoras de un organismo público, (b) las obligaciones legales o reglamentarias de reserva o secreto, (c) la seguridad nacional, (d) el interés nacional y (e) los mandatos legales de almacenamiento.

¿Cuáles eran las leyes o reglamentos que exigían o permitían que la recurrida retuviera datos neuronales de sus usuarios? ¿En qué sentido esta retención era exigida por la seguridad nacional o el interés nacional? La Corte no lo aclaró. La sentencia afirmó que la recurrida retenía datos para cumplir «obligaciones legales». Pero omitió explicitar en cuál texto legal se encontrarían estas obligaciones.

Además, en realidad la recurrida había invocado una razón distinta a las señaladas arriba para justificar la retención de datos *neuronales*. Según su política de privacidad la recurrida retendría datos neuronales para «propósitos de investigación científica e histórica».[8] Pero esta causal de retención de datos no es reconocida por la Ley N° 19.628. Lo anterior fue señalado por el recurrente, pero la sentencia omitió discutir el problema.

el derecho al exigirle al recurrente que pagara una suscripción para acceder a sus datos. Pero la prevención no reparó que el problema era más general: no solo se refería a la posibilidad de acceder a datos, sino también a pedir su eliminación. Tampoco reparó en que Emotiv había justificado la retención de datos apelando a fines de investigación científica o histórica.

Dicho sea de paso, la investigación científica e histórica sí es reconocida como límite al derecho de cancelación en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.<sup>[9]</sup> El límite también se encuentra en el proyecto ley de datos personales que recientemente pasó a tercer trámite constitucional en el Congreso.<sup>[10]</sup>

Pero mientras este proyecto de ley no se apruebe, el derecho chileno vigente no permite invocar los fines de investigación para limitar el derecho de cancelación. La sentencia debería haber reconocido este hecho jurídico y, en consecuencia, debería haber declarado que la política de privacidad de la recurrida era, en ese sentido, ilegal.

### **3.5. El carácter «hipotético» del daño o amenaza a la privacidad y el derecho de cancelación**

El análisis del derecho de cancelación de la subsección anterior ensombrece otro argumento utilizado por la sentencia para rechazar la acción: que el daño o amenaza a la privacidad del recurrente eran de naturaleza meramente hipotética (cc. 12, 16, 19, 20). La sentencia afirmó que Emotiv no había compartido los datos del recurrente con terceros no autorizados. ¿Cómo se podía decir, entonces, que había daño o amenaza de daño a la privacidad?

Sin embargo, el carácter hipotético o real del daño a la privacidad es una cuestión irrelevante desde la perspectiva del derecho de cancelación. Para establecer una infracción a este derecho basta que el tribunal constate que el responsable se niega a borrar los datos cuando así se lo pide su titular (y que no aplica alguno de los fundamentos de retención mencionados arriba). El titular no necesita demostrar que la retención involuntaria ha producido daño o amenaza de daño. Por lo tanto, la sentencia se equivocó al enfatizar demasiado la naturaleza “hipotética” del daño.

### **3.6. La orden de eliminar los datos: la cancelación como mera facultad del responsable**

Con todo, como ya se observó, la sentencia dijo que la recurrida debía eliminar los datos neuronales del recurrente. ¿Acaso ello no muestra que en realidad la Corte sí reconoció el derecho de cancelación?

La respuesta es negativa. La sentencia fue cuidadosa en clarificar que si bien ordenaba eliminar los datos, lo hacía «atendido única y exclusivamente» a que en un email la recurrida le había ofrecido esa alternativa al recurrente (tras la interposición de la acción de protección). Se debían eliminar los datos, pero solamente porque la recurrida ya lo había ofrecido. Esto sugiere que si la recurrida no le hubiese ofrecido al recurrente borrar los datos, la Corte no le habría ordenado hacerlo. Si esto es así, se sigue que la sentencia entendió la cancelación de datos personales como una mera *facultad del responsable* que deviene en *derecho del titular* solamente cuando el responsable le hace una oferta específica de cancelación al titular.

La implicancia, hacia el futuro, es que a Emotiv y otras empresas les conviene abstenerse de ofrecer la cancelación de datos cuando sus usuarios se la piden; de lo contrario, se arriesgan a generar un derecho. Sin embargo, la cancelación es un derecho del titular que existe con independencia de la oferta del responsable: su fuente es la ley, no la mera voluntad del responsable.

El recurrente apela la sentencia ante la Corte Suprema. Esta tiene la oportunidad para remediar sus errores.

La Corte Suprema debería confirmar la orden de cancelación de datos y, al mismo tiempo, clarificar su fundamento: en vez de invocar la mera oferta del responsable la Corte Suprema debería justificar la orden en el derecho de cancelación de la Ley N° 19.628. Ello dejaría en claro que otros usuarios podrán accionar contra Emotiv y empresas similares cuando se nieguen a borrar datos neuronales sin fundamento legal. La Corte Suprema también podría ir más allá y exigir que Emotiv modifique sus políticas de privacidad respecto del recurrente, en caso que él quiera utilizar nuevamente el dispositivo Insight.

Una pregunta distinta es si la Corte Suprema debería obligar a Emotiv a cambiar su política de privacidad en general, respecto de todos sus usuarios en Chile. El debate sobre las sentencias de la Corte Suprema en materia de Isapres, y la confusión que ha generado, sugieren que es mejor que ella no vaya tan lejos en materia de neurotecnologías.<sup>[11]</sup> Además, tal vez sea innecesario. Incluso si la Corte se limita a ordenar la eliminación de los datos del recurrente, ello puede afectar la conducta de Emotiv—en la medida que la Corte Suprema deje claro que la eliminación de datos se sustenta en el derecho de cancelación que la ley reconoce a todos los titulares de datos personales—. Si se reafirma así el derecho de cancelación, es posible que Emotiv cambie voluntariamente su política de privacidad—para reconocer el derecho de cancelación—respecto de todos sus usuarios chilenos con el fin de evitar costos de litigación.

## Conclusión

En resumen, en *Girardi con Emotiv* la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago examinó la constitucionalidad y legalidad de la retención de datos neuronales contra la voluntad del usuario de una neurotecnología. Tras enmarcar el problema en el derecho a la protección de la vida privada y los datos personales, la sentencia malentendió la legislación sobre datos personales y omitió un hecho fundamental de la causa. La Ley N° 19.628 reconoce un derecho de cancelación, declara que las políticas que lo omiten son inválidas, y no permite limitar el derecho para fines de investigación científica e histórica. Pero esta última fue, precisamente, la causal invocada por la recurrida para retener los datos neuronales del recurrente. La Corte Suprema tiene la oportunidad de reafirmar el derecho de cancelación.

Este análisis también pone en evidencia la relevancia de una serie de preguntas—no todas examinadas aquí—para el discernimiento del marco jurídico de las neurotecnologías. ¿Se necesitan reglas constitucionales específicas para las neurotecnologías? ¿Si y cuándo se puede decir que los datos neuronales son datos personales? ¿Cuál es el alcance del derecho de cancelación en relación a los datos neuronales? ¿Qué límites es razonable imponer a este derecho? Preguntas todas que, sin duda, seguirán siendo exploradas por nuestra jurisprudencia y la comunidad de expertos en derecho y tecnología. (Santiago, 19 de julio de 2023)

[1] Ver Alex Heath, “This Is Meta’s AR / VR Hardware Roadmap for the next Four Years”, *The Verge*, 1 de marzo de 2023, <https://www.theverge.com/2023/2/28/23619730/meta-vr-oculus-ar-glasses-smartwatch-plans>.

[2] Ver Sjors Ligthart et al., “Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of ‘Neurorights’”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2023, 1–21; Nita A. Farahany, *The Battle for Your Brain: Defending the Right to Think Freely in the Age of Neurotechnology* (St. Martin’s Publishing Group, 2023).

en el anteproyecto constitucional de la Comisión Experta”, El Mercurio Legal, 18 de julio de 2023, <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2023/07/13/912574/neurotecnologias-anteproyecto-constitucional-comision-experta.aspx>.

[4] Esta disposición se originó en la ley de reforma constitucional N° 21.383 del año 2021, disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983>. Una norma similar se encuentra en el anteproyecto constitucional de la Comisión Experta (art. 16 N° 2 inc. 2). Para una crítica a la norma del anteproyecto, ver Lucas MacClure, “Las neurotecnologías en el anteproyecto constitucional de la Comisión Experta”, El Mercurio Legal, 18 de julio de 2023, <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2023/07/13/912574/neurotecnologias-anteproyecto-constitucional-comision-experta.aspx>.

[5] Junto al proyecto de reforma constitucional, el Congreso empezó a tramitar un proyecto de ley sobre neurotecnologías. Su tramitación hoy parece estar detenida. Ver “Boletín 13828-19. Sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías”, disponible [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=13828-19](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19).

[6] Ver Emotiv Inc, *Téngase Presente*, 5 noviembre 2022, p. 24.

[7] Al momento de escribir estas líneas Emotiv ha modificado su política de privacidad para afirmar que los datos neuronales «no son información personal» (ver Emotiv Privacy Policy, 9 de junio de 2023, disponible en [https://id.emotivcloud.com/eoidc/privacy/privacy\\_policy/](https://id.emotivcloud.com/eoidc/privacy/privacy_policy/)). ¿Fue esta modificación una reacción a la sentencia de la Corte de Apelaciones?

[8] Ver *Emotiv Privacy Policy*, secciones «Data Retention» y «Closing Your Account» en Emotiv Inc, *Téngase Presente*, 5 noviembre 2022.

[9] Ver sus arts. 17.3.d y 89.1. El Reglamento entiende este límite en términos bastante amplios. Ver su considerando 159.

[10] Boletines 11.144-07 y 11.092 refundidos, art. 7, disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11661&prmBoletin=11144-07>

[11] Ver José Francisco García, “Corte Suprema, Isapres y sentencias estructurales”, El Mercurio Legal, accedido 18 de julio de 2023, <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2023/05/29/912396/corte-suprema-isapres-sentencias-estructurales.aspx>.

