



RIVISTA ITALIANA DI  
INFORMATICA E DIRITTO

PERIODICO INTERNAZIONALE DEL CNR-IGSG

ISSN 2704-7318 • n. 1/2024 • DOI 10.32091/RIID0134 • articolo non sottoposto a peer review • pubblicato in anteprima il 1 mar. 2024

licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Condividi allo stesso modo (CC BY NC SA) 4.0 Internazionale 

**FERNANDO H. LLANO ALONSO**

**Presentación del artículo “Vittorio Frosini y los nuevos derechos  
de la sociedad tecnológica” de Antonio-Enrique Pérez Luño**

***RiLeggiamoli***

**Antonio-Enrique Pérez Luño**

*Vittorio Frosini y los nuevos derechos  
de la sociedad tecnológica*

**Informatica e diritto, 1992, n. 1-2, pp. 101-112**

L'Autore è decano della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siviglia

Transcurrido más de medio siglo del inicio de su carrera académica, el *cursus honorum* de Antonio Enrique Pérez Luño está jalonado por más de medio millar de publicaciones que le han servido para ser reconocido como uno de los grandes maestros de la doctrina iusfilosófica española contemporánea.

Su producción científica podría clasificarse en tres grandes bloques temáticos agrupados en torno a los siguientes descriptores: la teoría del derecho, los derechos humanos (bloque del que forman parte, como subcategoría, sus trabajos sobre nuevas tecnologías, informática y derecho), y la historia del pensamiento jurídico.

A propósito de ese apartado temático autónomo, el que concierne tanto al estudio del impacto de la informática y las nuevas tecnologías en el mundo del derecho, como del poder de transformación social que tienen determinados productos tecnológicos, en particular los ordenadores, puede considerarse al Prof. Pérez Luño como el pionero en España sobre esta temática.

Sus primeros estudios en torno a esta cuestión datan de principios de la década de los años '70 del pasado siglo, y se han prolongado hasta sus últimos trabajos, en los que ha abordado a fondo las grandes dicotomías ético-jurídicas que entrañan las tecnologías emergentes, como la inteligencia artificial, y se ha pronunciado contrario a la sustitución del paradigma humanista e ilustrado de la modernidad por el paradigma posthumanista que propone el transhumanismo tecnológico.

A lo largo de esas cinco décadas que marcan el itinerario intelectual e iusfilosófico de Pérez Luño, destacan tres monografías de referencia para los estudiosos de la iuscibernética y la informática jurídica: *Cibernética, informática y derecho* (1973); *Manual de informática y derecho* (1996); *Ciberciudadanía o ciudadanía.com* (2004).

El descubrimiento por parte de Pérez Luño de la informática jurídica y la iuscibernética se produce de la mano de sus maestros italianos, Vittorio

Frosini y Mario Losano, a quienes conoce con ocasión de un seminario organizado en 1968 por el Rector del Colegio de España en Bolonia Evelio Verdura y Tuells, institución de la que en ese momento era estudiante de doctorado Pérez Luño (cuya tesis, por cierto, fue dirigida por Guido Fassò). Ambos maestros italianos habían sido pioneros en el estudio de la informática jurídica y la cibernética aplicada al derecho.

En el momento en que Antonio Pérez Luño conoce a Losano y Frosini, ambos maestros iusfilósofos ya habían publicado ensayos sobre esta materia tan novedosos como relevantes. En este sentido, Mario Losano había publicado, en el año 1968, dos artículos en la revista *Law and Computers Technology* sobre derecho y tecnología e informática jurídica, y un capítulo de libro titulado "Giuscibernética", que solo un año más tarde aparecería en forma de monografía.

Por su parte, ese mismo año, Vittorio Frosini había publicado el libro *Cibernética, diritto e società*. Para Pérez Luño se trata de un texto avanzado a su época, en la medida que en él se vislumbra el control de la sociedad y la vigilancia de la vida privada de los individuos por medio de la tecnología y los sistemas informáticos.

El texto de Antonio Pérez Luño que he elegido para este número dedicado a Vittorio Frosini es, a mi juicio, uno de los que mejor extracta la influencia de la "consciencia tecnológica" del iusfilósofo italiano en su discípulo español, sobre todo en lo concerniente a los nuevos derechos humanos en la sociedad tecnológica domeñada por la inteligencia artificial. Advierte Pérez Luño, que en este contexto artificial, existe un riesgo evidente de que los valores y los derechos humanos, en cuanto producto de la conciencia o ética autónoma de la persona, sean suplantados por una conciencia externa o heterónoma, que expresa la artificialidad del pensamiento tecnológico.

Frosini y Pérez Luño comparten una común visión generacional de los derechos humanos. En

el catálogo de derechos y libertades de tercera generación, que tienen a la humanidad como principal titular, y la solidaridad como principio-guía, destaca el derecho a la libertad informática, una modalidad de libertad personal reconocida a los ciudadanos que tiende a proteger su “identidad informática”.

Para el ejercicio del derecho a la libertad informática, señala Frosini, es preciso que los ciudadanos puedan conocer y acceder a los datos personales e informaciones que les afectan y que se almacenan en archivos digitales y bases de datos. Así pues, al tradicional derecho de *habeas corpus* como garantía de la libertad física o de movimiento de la persona, le corresponde en la sociedad tecnológica el derecho de *habeas data*, un cauce procesal para la salvaguarda de la libertad de la persona en la esfera informática.

Uno de los aspectos más destacables de la teoría de los derechos humanos en el pensamiento de Vittorio Frosini es, a juicio de Pérez Luño, su concepción heteropoiética de los mismos. En efecto, frente a la concepción autopoiética, intrasistemática y autorreferencial que de los mismos tienen autores como Niklas Luhmann y Gunther Teubner, la teoría de Frosini representa una visión rehabilitadora de los presupuestos extrasistemáticos, abiertos y heteropoiéticos de tales derechos.

En suma, la principal aportación de Frosini a la doctrina de los derechos humanos consiste, según Pérez Luño, en su apertura al estimulante mundo de la ciencia y la tecnología. En este sentido, el mérito de Frosini estriba, sobre todo, en haber puesto de manifiesto que la teoría de los derechos humanos debía responder a los retos de la sociedad tecnológica contemporánea. Por eso, concluye Pérez Luño, no solamente los discípulos y colaboradores de Frosini, sino todos aquellos estudiosos de los derechos humanos desde una conciencia tecnológica, son deudores suyos en términos científicos e iusfilosóficos.

## Vittorio Frosini y los nuevos derechos de la sociedad tecnológica

ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO

### 1. VITTORIO FROSINI: UN ANTICIPADOR DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL PORVENIR

Vittorio Frosini es un de las más relevantes figuras del prestigioso grupo de filósofos del Derecho que han enseñado en Italia en el periodo que abarca desde la postguerra a la actualidad. Herederos inmediatos de las versiones jurídicas del idealismo, el neokantismo, el positivismo y el historicismo, los filósofos del Derecho italianos iniciaron, al promediar nuestro siglo, un ambicioso movimiento de renovación de la cultura jurídica de amplia y profunda influencia. El nuevo positivismo jurídico de orientación analítica que surge en torno al estímulo intelectual de Norberto Bobbio, la formación de una Escuela italiana de Sociología del Derecho promovida por Renato Treves, o el decisivo impulso que para la historiografía filosóficojurídica supone la obra de Guido Fassò, constituyen aspectos insoslayables de este importante capítulo de la historia de la Filosofía del Derecho contemporánea.

Frosini coincide temporalmente con esa pléyade doctrinal, pero no mentalmente. Los presupuestos y las inquietudes de su pensamiento le sitúan como un adelantado del siglo venidero. El plano teórico de su reflexión está en lo radical de su propósito anticipando los temas de lo que puede ser la Filosofía del Derecho del porvenir. Esta condición suya le lleva a una vida intelectual inquieta, dinámica, más preocupada de adivinar los rumbos futuros de la reflexión iusfilosófica que a explicar sus problemas pasados<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Me he ocupado anteriormente de distintos aspectos del pensamiento y la obra de Vittorio Frosini en mis trabajos: *Tradizione e novità ne «La struttura del diritto» di Vittorio Frosini*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1973, pp. 315 ss.; *Introducción al pensamiento filosófico jurídico de Vittorio Frosini*, Estudio Preliminar a la trad. cast. del vol. de V. Frosini, *La estructura del Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, pp. 7 ss.; así como en el *Prólogo*, a la trad. cast. del vol. de V. Frosini, *Cibernética, derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 11 ss.

Como todo pensador esencialmente crítico su obra arranca y se explicita en tensión polémica con dos de las más influyentes interpretaciones del Derecho de nuestro tiempo: el idealismo y el kelsenianismo. El contexto en el que se inicia la vocación filosóficojurídica de Frosini se halla impregnado de idealismo. A esa corriente pertenecieron algunos de sus maestros, cuyos nombres se inscriben entre los más representativos del neoidealismo italiano: Giovanni Gentile, Guido Calogero, Francesco Collotti, Angelo Ermanno Cammarata, Orazio Condorelli... Es cierto que para Frosini el Derecho será definido como «morfología della prassi», pero esa praxis no tendrá un sentido ideal y abstracto, sino que será fruto de un proceso de estructuración en formas definidas por la acción social. Además al apriorismo de la concepción idealista del Derecho, opondrá Frosini – y a ello no será ajeno el influjo intelectual de Giuseppe Capograssi – el carácter de experiencia común del Derecho, como realidad propia de las formas concretas de vida social<sup>2</sup>.

De Kelsen, dirá Frosini, que puede repetirse respecto a él lo que afirmaba Hegel con relación a Spinoza: que era necesario spinozieren para poder *philosophieren*. El sistema de Spinoza representó un momento clave en la historia del pensamiento europeo, que, por ello mismo, debía ser superado. Según Vittorio Frosini, Kelsen se asemeja a Spinoza: en ambos se dá idéntica exigencia especulativa de un absoluto monismo, en función del cual Dios se hace naturaleza en Spinoza, y el Estado se hace Derecho en Kelsen. Al *ordo rerum* y al *ordo idearum* del primero, le corresponde el paralelismo entre los hechos y las normas propugnado por el segundo. Se dá incluso entre ambos la curiosa mezcla entre el reconocimiento del derecho de la fuerza, entendido como el único auténtico Derecho natural, y la enérgica afirmación del deber de tolerancia cívica de las filosofías y de las creencias (ideologías para Kelsen) contrastantes. Frente al spinozismo jurídico de Kelsen, frente a su rigurosa concatenación de normas, y la coherencia lógica de su pensamiento, frente a ese «espíritu sistemático» despectivo de la realidad y de las pasiones e ilusiones humanas, opone Frosini las exigencias fácticas y axiológicas de la experiencia jurídica. Las objeciones avanzadas por Vico respecto al spinozismo, en nombre de la humanidad que lucha trabajosamente por construir su historia en función de la imagen de una humanidad mejor, son retomadas por Frosini para reafirmar los valores que fundamentan e inspiran la experiencia histórica del Derecho<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. sobre ello, V. Frosini, *La estructura del Derecho*, cit., pp. 45 ss.; id., *L'idealismo giuridico italiano*, Giuffrè, Milano, 1978, passim; id., *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 75 ss.

<sup>3</sup> V. Frosini, *Saggi su Kelsen e Capograssi*, cit., pp. 33-34. Para un sugerente desarrollo

Conviene advertir que lo que primariamente ha hecho de Frosini un filósofo del Derecho estimulante y original ha sido su aptitud para superar y trascender, desde el presente, el plano temático de su crítica al idealismo y a la doctrina kelseniana, para situarlo en una órbita de futuro: la de la sociedad tecnológica. La crítica frosiniana al idealismo en nombre de la experiencia, y al kelsenianismo en función de los valores de la humanidad, no han supuesto un regreso a concepciones historicistas o axiológicas del pasado. Su mérito intelectual reside en su capacidad prospectiva para vislumbrar y diseñar el horizonte de los derechos y de los valores en la era tecnológica, en la que comenzamos ya a vivir, y que será el contexto inmediato de la experiencia jurídica del porvenir.

De lo expuesto hasta aquí se desprende la pluralidad de aspectos sobre los que se ha proyectado la obra de Frosini y, consiguientemente, desde los que es posible abordarla. De entre ellos, me parece de especial interés y actualidad su concepción de los nuevos derechos de la edad tecnológica. Para centrar este sector del pensamiento filosófico jurídico de Frosini, se puede partir de las dos grandes cuestiones que compendian su consideración doctrinal: ¿qué ha representado la temática de los nuevos derechos de la sociedad tecnológica en la trayectoria científica de Frosini?; y, correlativamente, ¿qué ha representado la obra de Frosini en la conformación teórica de los nuevos derechos?

## 2. DE LOS DERECHOS NATURALES DEL HOMBRE A LOS DERECHOS DEL HOMBRE ARTIFICIAL

Los derechos humanos que, durante dos siglos, habían sido tema de estudio y controversia de filósofos del Derecho y de la política, se han convertido tras la Segunda Guerra Mundial en materia de interés general. Hoy resulta fácil comprobar la creciente instalación de la inquietud por los derechos humanos en la consciencia cívica de los hombres y de los pueblos. No obstante los presupuestos y el clima que acompañaron la génesis de la reivindicación de los derechos humanos en el siglo XVIII y el contexto de su situación actual han variado notablemente.

Los teóricos que inspiraron y los políticos que elaboraron las primeras Declaraciones de derechos humanos, los consideraron como reconocimiento de los derechos naturales del hombre. Se trataba de acoger en el Derecho

de la investigación sobre Hans Kelsen, vid. la obra de F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane*, Giuffrè, Milano, 1989.

positivo, en textos normativos de la máxima jerarquía (Constituciones o Declaraciones), los derechos inherentes a todo ser humano, aquellos que le corresponden *per natura*.

Ese universo conceptual y contextual se ha visto profunda y radicalmente modificado por la transformación de los presupuestos antropológicos y cosmológicos que se ha producido en las sociedades tecnológicas del presente. La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. En el curso de estos últimos años pocas cuestiones han suscitado tan amplia y heterogénea inquietud como la que se refiere a las relaciones del hombre con su medio ambiental, en el que se halla inmerso, que condiciona su existencia y por el que, incluso, puede llegar a ser destruido. La plurisecular tensión entre naturaleza y sociedad corre hoy el riesgo de resolverse en términos de abierta contradicción, cuando las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación sin límites de la naturaleza como la empresa más significativa del desarrollo. Los resultados de tal planteamiento constituyen ahora motivo de preocupación cotidiana. El expolio acelerado de las fuentes de energía, así como la contaminación y degradación del medio ambiente, la utilización de la energía nuclear, o la ingeniería genética, han tenido su puntual repercusión en el habitat humano y en el propio equilibrio psicosomático de los individuos.

No menos importante resulta recordar que nos hallamos en una sociedad donde la informática ha devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como la «sociedad de la información», o a la «sociedad informatizada». El control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, así como de las reservas de viajes, representan algunas muestras bien conocidas de la omnipresente vigilancia informática de nuestra existencia habitual. Nuestra vida individual y social corren, por tanto, el riesgo de hallarse sometidas a lo que Frosini ha calificado, con razón, de «juicio universal permanente»<sup>4</sup>. Ya que, en efecto, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada; aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad.

<sup>4</sup> V. Frosini, *Cibernética, derecho y sociedad*, cit., p. 178.

### 2.1. *El horizonte de los nuevos derechos*

En este nuevo contexto se plantean para los derechos humanos dos cuestiones que Frosini juzga prioritarias: ¿hasta qué punto el actual desarrollo científico y tecnológico de la civilización humana permite establecer una relación con la «naturaleza humana», tal como ésta había sido concebida hasta el presente?; y ¿cuáles de los viejos «derechos naturales» subsisten en la nueva situación? Porque al haber penetrado en un mundo nuevo, la sociedad tecnológica contemporánea, el hombre debe adaptar los ideales antiguos a la nueva realidad, y el filósofo del Derecho se debe interrogar si el Derecho y los derechos de los que ahora habla son la misma cosa de la que hasta ahora hablaba<sup>5</sup>.

Gran parte de los últimos trabajos de Frosini se hallan dirigidos a responder a estas dos cuestiones. En su opinión, la sociedad tecnológica ha producido una nueva imagen mental del hombre, que ha sido definido como «hombre artificial». Dicha definición no se refiere al aspecto material de la existencia humana, sino a su dimensión psicológica: designa un nuevo tipo de hombre que vive en un mundo artificial, en cuanto que ha sido producido por el hombre, no por la naturaleza. El hombre actual se halla sujeto, desde su mismo nacimiento, a una profunda mutación antropológica debida a las mutaciones de sus formas de vida<sup>6</sup>. En nuestro tiempo incluso el atributo que tradicionalmente se consideraba el dato definitorio de la condición humana, es decir, la inteligencia, le ha sido expropiado por las computadoras capaces de desarrollar una «inteligencia artificial». Ella permite a las máquinas memorizar, elaborar y transmitir información, bien inmaterial indispensable para el desarrollo de la persona y de sus relaciones sociales, en forma artificial. En esas coordenadas se corre el riesgo de que los valores y derechos humanos, en cuanto producto de la conciencia interna o ética interna de la persona, sean suplantados por la absorbente tendencia alienadora de una conciencia externa o heterónoma, expresión de la artificialidad del pensamiento tecnológico.

Vittorio Frosini que posee una clara conciencia tecnológica, en el sentido de un nítido discernimiento de las repercusiones antropológicas y jurídicas del universo artificial producido por la revolución de las nuevas tecnologías, no acepta, sin embargo, una claudicación sin condiciones ante ese fenómeno.

<sup>5</sup> V. Frosini, *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Spirali, Milano, 1986, p. 122.

<sup>6</sup> V. Frosini, *Il nuovo diritto del cittadino*, en el vol. col. a cargo de F. Riccobono, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5/6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991, pp. 75 ss.

Su obra representa una estimulante y lúcida advertencia de que los derechos y valores humanos se hallan tradicionalmente adscritos al ámbito de las disciplinas humanísticas. Pertenece, bien que radicados en la era tecnológica, a la naturaleza y a la historia del hombre al ser forma normativa de su existencia. No en vano la experiencia jurídica, la vida ética, la economía, la organización social, la ciencia y la tecnología de la era cibernética, en cada una de las cuales se desenvuelve la conciencia humana conforme a nuevas estructuras del actuar y del conocer, pertenecen a la naturaleza y a la historia del hombre, contribuyendo a ampliar su horizonte. De ahí, que el hombre, al avanzar en la edad nueva, ya dirija su capacidad cognoscitiva y operativa a una materia nueva, ya trate de forma nueva las materias de siempre, sigue siendo él mismo, que vive en un tiempo diverso y que se hace diverso en un mundo que continúa siendo el mundo del hombre<sup>7</sup>.

La fidelidad humana a sus propias señas históricas de identidad, amenazadas por la artificialidad, no se traduce en una indiferencia de los derechos respecto al contexto de la sociedad tecnológica. Frosini responde a la segunda cuestión básica sobre el estatuto actual de los derechos, advirtiendo que la era de las nuevas tecnologías ha producido un nuevo ciclo histórico en el devenir de los derechos humanos. La nueva situación se caracteriza lo mismo por la aparición de nuevas libertades, que por un replanteamiento del contenido y función de las antiguas<sup>8</sup>. En este punto la atención intelectual de Frosini que ha analizado de forma atenta nuevas manifestaciones de la libertad (tales como la intimidad, las garantías frente a determinados tratamientos terapéuticos y la ingeniería genética, el derecho a morir dignamente...), así como sobre las repercusiones de determinados fenómenos contemporáneos (como la droga o el terrorismo) sobre el disfrute de las libertades<sup>9</sup>, se ha centrado preferentemente en el estudio del nuevo derecho a la libertad informática.

## 2.2. *El derecho a la libertad informática*

Frosini concibe libertad informática como el nuevo derecho «de autotutela de la propia identidad informática: o sea, el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en las

<sup>7</sup> V. Frosini, *Cibernética, derecho y sociedad*, cit., pp. 151 ss.; id., *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 193 ss.; id., *L'uomo artificiale*, cit., pp. 121 ss.

<sup>8</sup> Me he referido a la dimensión generacional de los derechos en mi trabajo *Le generazioni dei diritti umani*, en el vol. col., *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, cit., pp. 139 ss.

<sup>9</sup> Cfr. V. Frosini, *L'uomo artificiale*, cit., pp. 89 ss.

tarjetas de un programa electrónico»<sup>10</sup>. En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del ordenador en las diversas esferas y en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable.

En el plano jurídico la intimidad se vincula al concepto de libre desarrollo de la personalidad, reconocido como valor fundamental (*Grundwert*) por distintas Constituciones actuales de los Estados de Derecho. Así, por ejemplo, la *Grundgesetz* de la República Federal de Alemania proclama el libre desarrollo de la personalidad (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) en su art. 2.1; mientras que la vigente Constitución española de 1978 lo hace en el art. 10.1. Este valor se desglosa, en opinión de Adalbert Podlech, en dos libertades básicas: la libertad general de acción (*allgemeine Handlungsfreiheit*), entendida como libertad para decidir la realización u omisión de determinados actos y la consiguiente facultad para comportarse o actuar de acuerdo con esa decisión; y la **autodeterminación informativa** (*informationelle Selbstbestimmung*), que se refiere a la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto<sup>11</sup>. El derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), construcción de la doctrina y la jurisprudencia germanas equivalente a la **libertad informática**, tiene una importancia decisiva en las sociedades tecnológicas del presente. Su función se cifra en garantizar a los ciudadanos unas facultades de información, acceso y control de los datos que les conciernen. Pero esa forma de intimidad no se concibe como un valor intrasubjetivo, sino como autodeterminación del sujeto en el seno de sus relaciones con los demás ciudadanos y con el poder público.

El derecho a la libertad informática constituye una modalidad de libertad personal reconocida a los ciudadanos tendente a proteger jurídicamente su «identidad informática». Para el ejercicio del derecho a la libertad informática se precisa reconocer y garantizar las facultades de: conocimiento y acceso por parte de los ciudadanos a las informaciones que les conciernen contenidas en bancos de datos. Por ello, indica Frosini, que al tradicional *habeas corpus* corresponde en las sociedades tecnológicas del presente el *habeas data*<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> V. Frosini, *Informática y Derecho*, trad. cast., de J. Guerrero y M. Ayerra Redín, Temis, Bogotá, 1988, p. 110.

<sup>11</sup> A. Podlech, *Art. 2 Abs. 1, en Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), Luchterhand, Neuwied-Darmstadt, 1984.

<sup>12</sup> V. Frosini, *Il nuovo diritto del cittadino*, cit., p. 77.

El *habeas data* constituye, en suma, un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera generación correspondió al *habeas corpus* respecto a la libertad física o de movimientos de la persona. No es difícil, en efecto, establecer un marcado paralelismo entre la «facultad de acceso» en que se traduce el *habeas data* y la acción exhibitoria del *habeas corpus*.

Se ha repetido hasta la saciedad que las distintas libertades ahondan su raíz histórica en previas situaciones de violación o carencia, a cuyo remedio precisamente se dirigen. De ahí, el nexo inmediato de fundamentación antropológicas de los derechos y libertades en el sistema de necesidades humanas básicas o radicales, por el que algunos venimos abogando. El *habeas corpus* surge como réplica frente a los fenómenos abusivos de privación de la libertad física de la persona, que habían conturbado la Antigüedad y el Medioevo proyectándose, a través del absolutismo, hasta las diversas manifestaciones del totalitarismo de nuestros días. Por ello, la genealogía remota de la institución pudiera cifrarse en el famoso interdicto romano de *homo libero exhibendo* y, en una época posterior, en el recurso medieval aragonés de **manifestación de personas**, que tenía como finalidad prioritaria proteger la libertad personal frente a los desafueros del poder. Dicho recurso entrañaba una facultad del Justicia de Aragón o sus lugartenientes, de las Cortes o Tribunal de Aragón para emitir un mandato a cualquier juez, funcionario o persona que tuviera presa a una persona, pendiente o no de causa, para que se lo entreguen a fin de que no se hiciera violencia alguna contra él, antes de que se dictare sentencia. No obstante este importante precedente la génesis próxima del *Great and efficacious writ of habeas corpus* como lo denominó Blackstone, se debe situar en el paulatino perfeccionamiento consuetudinario del *Common Law* inglés, durante los siglos XIV y XV, que alcanzará su plasmación legislativa en la célebre *Habeas Corpus Act* de 1679. El *habeas corpus* aparece, a partir de esas fuentes, como un recurso procesal por el que se solicita del juez que se dirija al funcionario que tiene una persona detenida y la presente ante él. Se trata, por tanto, de una garantía judicial específica para la tutela de la libertad personal<sup>13</sup>.

Al cotejar el *habeas corpus* y el *habeas data* se comprueba una inicial coincidencia en lo referente a su naturaleza jurídica. En ambos casos no se trata de derechos fundamentales, *stricto sensu*, sino de instrumentos o

<sup>13</sup> Cfr. R. Soriano, *El derecho de habeas corpus*, con Prólogo de A. E. Pérez Luño, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

garantías procesales de defensa de los derechos a la libertad personal, en el caso del *habeas corpus*, y de la libertad informática en lo concerniente al *habeas data*. El *habeas corpus* y el *habeas data* representan, además, dos garantías procesales de aspectos diferentes de la libertad. Así, mientras el primero se circunscribe a la dimensión física y externa de la libertad; el segundo tiende a proteger prioritariamente aspectos internos de la libertad: la identidad de la persona, su autodeterminación, su intimidad... Si bien, no debe soslayarse que, en las sociedades informatizadas actuales, también la libre actuación pública de los ciudadanos se halla condicionada por sus posibilidades de acceso a la información.

Pero la diferencia más importante es que el *habeas corpus* aparece como uno de los mecanismos procesales básicos para defender la libertad en el marco de lo que en la célebre teoría de los *status*, elaborada por Georg Jellinek serán el *status libertatis* y el *status civitatis*<sup>14</sup>. En tanto que el *habeas data* ha sido fruto del proceso de sucesiva ampliación de los *status*. Ya que su reconocimiento ha sido posible gracias en la medida en que ha calado la exigencia de completar, con nuevos cauces jurídicos que se hicieran cargo de las sucesivas transformaciones operadas en las situaciones subjetivas. Se ha hecho, por tanto, necesario ampliar aquella tipología, pensada para dar cuenta de las libertades y derechos de la primera generación, con el reconocimiento de un *status positivus socialis*, que se haría cargo de los intereses económicos, sociales y culturales propios de la segunda generación<sup>15</sup>.

En la actualidad la consagración de la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), en el marco de los derechos de la tercera generación, han determinado que se postule el *status* de *habeas data*, concretado, como se ya se ha indicado, en las garantías de acceso y control a las informaciones procesadas en bancos de datos por parte de las personas concernidas.

Es necesario, en definitiva, reconocer la importancia de la informática como nueva forma de poder político y social. No en vano en la sociedad actual la información es poder y ese poder se hace decisivo cuando, en virtud de la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas. De ahí, la relevancia actual de la libertad informática como nuevo derecho destinado a garantizar jurídicamente la «identidad informática» de las personas, es decir, su facultad de

<sup>14</sup> G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimp. de la ed. de 1919, Scientia, Aalen, 1964, pp. 81 ss.

<sup>15</sup> Cfr. mi trabajo, *Le generazioni dei diritti umani*, cit., pp. 148 ss.

acceder (*habeas data*) y controlar sus datos personales; así como a restablecer un equilibrio de poderes en el seno de las sociedades tecnológicas<sup>16</sup>.

### 3. HACIA UNA CONCEPCIÓN «HETEROPOIÉTICA» DE LOS DERECHOS HUMANOS

No es tarea fácil sintetizar, en los términos que la brevedad impone a este estudio, lo que ha supuesto para la actual teoría de los derechos humanos el pensamiento de Vittorio Frosini. Como toda obra amplia, profunda y rica en sugerencias e implicaciones, la suya se resiste a ser compendiada en unos rasgos esquemáticos. Si a ello se añade que se trata de una doctrina viva en plena productividad intelectual, que no consiente un balance definitivo, se comprenderá el carácter necesariamente parcial y fragmentario de la valoración que aquí se avanza. Consciente de estos límites arriesgaré la hipótesis de estimar como la aportación más decisiva de Frosini, en el plano que aquí se enjuicia, su contribución a una teoría «heteropoiética» de los derechos humanos.

En la Teoría del Derecho actual han adquirido amplia notoriedad las tesis sustentadas por Niklas Luhmann y por Gunther Teubner en defensa de una visión «autopoiética» del Derecho. Según este planteamiento el Derecho y los derechos humanos serían sistemas basados en la autoreferencia (*Selbsreferenz*) que se constituyen, se conservan, se reproducen y se explican por pautas internas, a través de un proceso de continua autoconstitución. La autopoiesis explica la unidad, la plenitud y clausura del sistema jurídico y del subsistema de los derechos humanos<sup>17</sup>.

Debo indicar, de inmediato, mi personal discrepancia de estos enfoques autopoiéticos. Entiendo que lo que tales premisas metódicas pueden tener de bueno, no es nuevo, y que lo que tienen de nuevo no es bueno. El intento más acabado de explicar el Derecho a través de un sistema cerrado, autónomo, autosuficiente en función de un concepto autoreferente de validez normativa se debe a Kelsen; se trata del conocido ideal kelseniano de la pureza metódica: **Reinheit**, como intento de explicar el Derecho sin impor-

<sup>16</sup> Cfr. V. Frosini, *Il nuovo diritto del cittadino*, cit., p. 76 ss.

<sup>17</sup> Sobre la concepción autopoiética del Derecho, cfr. las obras col. a cargo de Gunther Teubner, *Autopoietic Law*, Walter de Gruyter, Berlin, 1988; y *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*, Walter de Gruyter, Berlin, 1989, en los que se contienen contribuciones del propio Teubner, así como de Niklas Luhmann, que ha expuesto su teoría de los derechos en su obra *Grundrechte als Institution*, Duncker & Humblot, Berlin, 2ª ed., 1974. Para una crítica de esta concepción vid. mi libro, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 1991, pp. 301 ss.

tar modelos externos de la política, la sociología o la ética. Frente a ese ambicioso pero coherente propósito, los actuales empeños de Luhmann y Teubner incurrir en la inconsecuencia metodológica de querer fundar la autopoiesis jurídica en base a criterios importados de otras ciencias no jurídicas. Pues, como ellos mismos se ven forzados a reconocer, la idea de sistema autopoietico que les ha servido de modelo procede de la biología, en concreto de las investigaciones biológicas debidas a Varela y Maturana.

Respecto a esos intentos intrasistemáticos, cerrados y autopoieticos de explicar los derechos humanos, la teoría de Frosini representa una valiosa rehabilitación de los presupuestos extrasistemáticos, de la textura abierta y, en suma, del carácter heteropoiético de tales derechos. Un rasgo peculiar del pensamiento de Frosini ha de encontrarse en el hecho de que ha sido y es un filósofo del Derecho que sin dejar de serlo ha penetrado en el mundo de la ética, de la política, de la literatura, de la sociología y, muy señaladamente, en el de la tecnología contemporánea. Vittorio Frosini ha sido, a la vez, filósofo del Derecho, sociólogo de la cultura y teórico de las nuevas tecnologías. Al actuar así, ha ofrecido una fértil perspectiva de enfoque del Derecho y, en particular, de los derechos humanos abierta a otras regiones actuales de la ciencia y la tecnología. Gracias a Frosini un importante acervo de categorías y conceptos de la cultura científica y tecnológica contemporánea se han incorporado al *modus operandi* de la Filosofía del Derecho y al análisis de los derechos humanos. Baste pensar en su contribución, decidida y decisiva, en la tarea de acuñar, elaborar y difundir el concepto de libertad informática.

Los derechos humanos surgieron en la modernidad como respuestas jurídicas a las exigencias éticas y los problemas políticos de aquella coyuntura histórica. Hoy ese contexto ha variado profundamente, fruto de la revolución tecnológica. Por eso una teoría de los derechos encerrada autopoieticamente en sí misma no sólo es incapaz de explicar, de forma satisfactoria, la función de los derechos en la experiencia política, científica y cultural del presente; es incluso inútil (o, en el peor de los casos, deformadora) de su concepto. El mérito de Frosini estriba en haber sido uno de los primeros teóricos de los derechos humanos atentos a los apremios de la sociedad tecnológica. Pocos antes que él se habían tomado en serio la faena de construir una teoría de los derechos «heteropoiéticamente» abierta, y responsablemente comprometida con la respuesta a las nuevas necesidades y exigencias de los hombres que viven en la era de la informática.

Vittorio Frosini reclama de los juristas, los filósofos del Derecho y los teóricos de los derechos humanos de nuestro tiempo una «conciencia tec-

nologica»<sup>18</sup>; es decir, una actitud reflexiva crítica y responsable ante los nuevos problemas que, en las diversas esferas del acontecer social suscita la tecnología, y ante los que ni el Derecho ni los derechos humanos pueden permanecer insensibles. La exigencia de Frosini complica sobremanera la labor de los teóricos de los derechos, porque les obliga a ampliar el angosto horizonte de las autoreferencias normativas, con la apertura hacia los estímulos de la ciencia y la tecnología. Pero sólo mostrando sensibilidad a esa exigencia la teoría de los derechos humanos será capaz de responder a los retos de la sociedad tecnológica actual; lo que es tanto como decir que sólo en virtud de esa «conciencia tecnológica» la teoría de los derechos tendrá sentido.

La influencia de Vittorio Frosini en la doctrina actual de los derechos humanos ha sido dilatada y provechosa. Su repercusión no ha quedado limitada a sus colaborados y discípulos, en sentido estricto; porque cuantos hoy nos planteamos el estudio de los derechos humanos desde la conciencia de la era tecnológica somos esencialmente deudores de sus enseñanzas.

<sup>18</sup> V. Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, cit., p. 270; id., *L'uomo artificiale*, cit., p. 141.