

INFORMÁTICA Y DERECHO

Vittorio Frosini



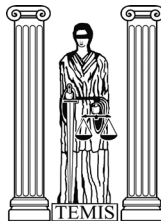
INFORMÁTICA
Y
DERECHO

VITTORIO FROSINI

Profesor ordinario de filosofía del derecho en la facultad de jurisprudencia en la Universidad de Roma; miembro del Consejo Superior de la Magistratura, individuo del Comité Nacional para las ciencias jurídicas y políticas, y del Comité Nacional para las Investigaciones Tecnológicas del CNR.

INFORMÁTICA Y DERECHO

Traducción del italiano de
JORGE GUERRERO y MARINO AYERRA REDÍN



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021

- © Vittorio Frosini, 2021.
- © Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

ISBN 958-604-268-5
ISBN e-book: 978-958-35-1603-0

Hecho el depósito que exige la ley.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S. A.

ÍNDICE GENERAL

I

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO SUBJETIVO

	PÁG.
1. Derecho subjetivo como experiencia viva	1
2. Subsistencia del derecho subjetivo	2
3. Mito y metáfora del derecho subjetivo	4
4. Derecho subjetivo e intereses legítimos.....	5
5. Causas del cambio.....	6
6. Consecuencias.....	8

II

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA

1. De los derechos naturales a los derechos humanos	11
2. Abolición de las discriminaciones sociales y del trabajo forzado.....	13
3. Igualdad jurídica del hombre y la mujer.....	15
4. Los nuevos derechos.....	17
5. Acuerdos de Helsinki y derecho a la información	21
6. El derecho al secreto	22
7. Transformaciones de la naturaleza humana en la sociedad tecnológica .	24

III

LA INFORMÁTICA EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

1. De la utopía de Tomás Moro a la antiutopía de George Orwell.....	27
2. La “pentecostés tecnológica” en la cultura de la sociedad contemporánea.....	28

	PÁG.
3. La información como vínculo de sociabilidad humana	29
4. Caracteres de la información en el pasado y en el presente	29
5. La informática como tecnología de la información	30
6. De la informática a la telemática	31
7. El derecho de la información: activo y pasivo	32
8. El hombre de la informática	33
9. La revolución cultural de la informática	34
10. La libertad informática	36
11. La informática en las relaciones internacionales	37
12. El utopismo en la sociedad informática	38

IV

DE LA INFORMÁTICA JURÍDICA
AL DERECHO INFORMÁTICO

1. La jurimetría y la relación entre las computadoras y el derecho	41
2. La informática como una nueva fase en el desarrollo de la información	44
3. La informática y los nuevos problemas teóricos y prácticos del derecho	46
4. La informática jurídica como nueva frontera del derecho	48

V

LA JURITÉCNICA: PROBLEMAS Y PROPUESTAS

1. Un nuevo símbolo semántico	53
2. Tecnología y derecho	56
3. Computadora y persona humana	59
4. La juritécnica como frontera del derecho	62

VI

DERECHO A LA INTIMIDAD Y COMPUTADORAS

1. ¿Qué es la intimidad?	65
2. El derecho a la información	66
3. La computadora y la información	66

	PÁG.
4. Caracteres de la informática.....	67
5. La libertad informática.....	68
6. Violaciones de la vida privada.....	69
7. Instrumentos de control de la vida privada.....	70
8. La computadora electrónica como contralor automático.....	72
9. La computadora electrónica en la vida social.....	72
10. La seguridad de los datos informáticos.....	73
11. Diafanidad o transparencia de la elaboración de los datos.....	74
12. La proteccion jurídica de la intimidad.....	75
13. Legislación de control sobre computadoras.....	76
14. Oposición de intereses y cooperación internacional.....	77
15. Consideraciones conclusivas.....	78

VII

LA INFORMÁTICA, EL DERECHO A LA INTIMIDAD
Y LA DEMOCRACIA ELECTRÓNICA

1. La información y el derecho a la información.....	81
2. Civilización e información.....	82
3. El derecho a la intimidad.....	84
4. Progresos de la informática en la sociedad contemporánea.....	86

VIII

INFORMÁTICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. La sociedad civil y la llegada de las computadoras.....	89
2. Incidencia sobre la administración pública y la actividad administrativa.....	90
3. El principio de las nuevas relaciones entre la administración pública y la industria electrónica en Japón.....	91
4. La automatización administrativa y las dos dimensiones de desarrollo.....	92
5. Situación actual de la automatización de la administración pública en Italia.....	93
6. El control lógico-informático sobre los textos normativos.....	94
7. Primera ley sobre el procesamiento electrónico del derecho.....	95
8. Protección de la privacidad de las personas privadas y de las personas jurídicas públicas.....	96

	PÁG.
9. Proceso de la racionalización de la administración pública en el Estado moderno	97
10. La computadora como “nuevo funcionario” en la automatización administrativa	98
11. Inconvenientes que implican los procedimientos administrativos autorizados	99
12. Los computadores y la administración de justicia	100
13. Un informe sobre los problemas del progreso tecnológico en la administración pública	102
14. La inversión de tendencia en las relaciones entre la administración pública y la sociedad por lo que se refiere al sector informático	104

IX

BANCOS DE DATOS Y PROTECCIÓN DE LA PERSONA

1. Del “right to privacy” a la libertad informática	107
2. Noticias históricas de legislación comparada. El viraje decisivo de 1970	111
3. De la defensa del individuo a la protección del “banco de datos”	113
4. La nueva legislación sobre la tutela de la intimidad	115
5. Dialéctica de los problemas y elecciones decisionales	120
6. Protección jurídica de los datos en el ciclo operativo	123
7. Control del flujo de datos personales trasfronteras	125

X

UNA UTOPIA TELEMÁTICA

1. Civilización y tecnología	129
2. La sociedad telemática	130
3. El Grupo de París y el tercer mundo	131
4. Proyecto de la “aldea mundial”	132
5. Francia y la telemática	133

XI

EL DERECHO DE LA INFORMÁTICA EN LA DÉCADA DE 1980

1. La nueva disciplina de enseñanza sobre las relaciones entre informática y derecho	135
--	-----

	PÁG.
2. De la informática jurídica al derecho de la informática.....	136
3. Caracteres de la información en el mundo contemporáneo	140
4. Un nuevo “derecho de la información”	141
5. Una iniciativa al Consejo de Europa para la Enseñanza.....	143
6. Tres interrogantes y tres respuestas	145

XII

LA INFORMÁTICA EN LA ADMINISTRACIÓN
DE LA JUSTICIA

I. El control jurídico de los bancos de datos	149
1. El poder informático y la libertad informática.....	149
2. Legislación acerca de la informática.....	151
3. Nuevos problemas en la administración de justicia.....	153
II. Introducción a la informática judicial	156
4. Los comienzos de la informática judicial en Italia	156
5. Diferencias entre la informática jurídica y la informática judicial	158

XIII

LA CONVENCIÓN EUROPEA SOBRE
LA PROTECCIÓN DE DATOS

1. Rasgos de una sociología de la información.....	161
2. Poder y libertad en la informática	163
3. Las legislaciones nacionales acerca de los bancos de datos	165
4. El proceso formativo de la Convención Europea	168
5. Estructura y funciones de la Convención Europea	172
6. La recomendación sobre bancos de datos de salud.....	177

I

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO SUBJETIVO

1. DERECHO SUBJETIVO COMO EXPERIENCIA VIVA

En un examen de conjunto de las transformaciones actuales de las ideas jurídicas con respecto a las mutaciones de la sociedad, ocupa un lugar especial la consideración del cambio radical experimentado por el “derecho” en el sentido más restringido, pero a la vez más inmediato de este término: “mi” derecho, es decir, el derecho que inhiere y que forma parte del propio sujeto jurídico; en una palabra, el “derecho subjetivo”, tal como la doctrina lo llama.

Es verdad que esta noción ha sido puesta en duda, e incluso criticada, por algunos autores modernos. A principios de siglo, ya LÉON DUGUIT, conocido autor de derecho público, le negó validez científica, alegando su inadecuación a los movimientos sociales que se habían producido. Recientemente, otro profesor francés, MICHEL VILLEY, también formuló críticas a dicha temática, habiendo sucedido lo mismo en otros países, donde entre los negadores de la noción de derecho subjetivo puede recordarse a HANS KELSEN¹. Sin embargo, si uno observa cómo surgen los conceptos o, mejor aún, las actitudes jurídicas a lo largo de la dimensión psicológica natural de la humanidad, se dará cuenta que el niño, en sus primeras afirmaciones y discusiones, ya comienza declinando el verbo del derecho en primera persona: “Esto es mío”, dice cuando habla del alimento que come o del juguete que agarra. Y aunque VILLEY haya ubi-

¹ Recientemente se ha dedicado al problema del derecho subjetivo el tomo IX (1964) de los *Archives de Philosophie du Droit*, titulado *Le droit subjectif en question*, entre cuyos estudios señalamos: F. LONGCHAMPS, « Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine », págs. 45-70; M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », págs. 97-128.

cado históricamente la génesis del derecho subjetivo en una obra del monje GUILLERMO DE OCCAM, aparecida en 1332, y haya querido demostrar que la difusión y persistencia del concepto se debe a una mentalidad egoísta y a una deformación de los valores religiosos, el hecho es que el derecho subjetivo, antes de ser pensado teóricamente, ya es vivido en la experiencia propia de cada sujeto, aunque se exprese en una forma simple e ingenua. Y esto sucede desde hace mucho tiempo, aun antes de D^oOCCAM.

En definitiva, el derecho subjetivo, aunque haya logrado su elaboración teórica culminante en el periodo histórico del jusnaturalismo iluminista y aunque haya obtenido su formulación en los regímenes jurídicos de los Estados liberales del siglo XIX, constituyendo la piedra angular del “Estado de derecho”, en verdad corresponde a una constante de la experiencia jurídica. En efecto, es la fórmula en la cual se sintetiza la situación del sujeto con respecto al orden jurídico, en el sentido amplio, social e impersonal de derecho “objetivo”. Si se trata de una posición de exigencia, de facultad o libertad, de acción potencial, existe un derecho subjetivo; si, en cambio, se trata de un comportamiento de obediencia o sujeción, de una acción vinculada, existe un deber jurídico².

2. SUBSISTENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO

Pero en esta ocasión no debemos ocuparnos de discutir el fundamento histórico de la doctrina del derecho subjetivo ni tampoco su justificación filosófica dentro del pensamiento contemporáneo. Lo que ahora nos interesa señalar, aunque sea de modo sintético y más bien indicativo, es el proceso de transformación que ha sufrido el derecho subjetivo en cuanto derecho típicamente individual, dado que está necesariamente correlacionado con la metamorfosis del derecho objetivo, que es la expresión más cumplida, en sentido formal, de la sociedad. Esta, en efecto,

² Sobre dicho tema me ocupé en el artículo « Diritto soggettivo e dovere giuridico », en *Rivista di diritto civile*, VII (1961), págs. 115-133; para una justificación desde el punto de vista de la teoría general, me remito a mi libro *La struttura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1962.

por medio de las leyes que señalan las directivas de comportamiento a los sujetos que la componen, se conoce a sí misma, es decir, reflexiona sobre su propia acción colectiva, la juzga y la expresa haciéndola objeto de comunicación entre sus sujetos. Es verdad que existen otras formas de vida y de manifestación de una sociedad, como son las económicas, literarias, religiosas, etc., pero las transformaciones de una sociedad en nuevas formas que sean definidas y no inciertas solo se pueden localizar cuando las estructuras prácticas, es decir, las de la vida de relación, encuentran su propia claridad de expresión y certeza de voluntad en las normas de una ley. Puede haber períodos de discrasia entre la forma jurídica y la forma social, pero esto solo significa que una sociedad nueva se está gestando en el seno de la vieja, y la sociedad nueva no podrá ser viva y vital hasta que no haya tenido su reconocimiento jurídico, más aún, hasta que no haya adquirido conciencia plena del propio derecho de vida y de sus propias fuerzas, expresadas en las normas de una ley.

¿Cuál es el lugar, o mejor dicho, el papel que toca al derecho subjetivo en esta época de transformaciones que caracteriza a la sociedad contemporánea? Desde esta perspectiva consideraremos los cambios sociales, sabiendo, sin embargo, que no es el punto central, ya que el protagonista, el sujeto de la historia, no es el portador individual del derecho, a pesar de que sus invocaciones pueden ser patéticas en medio del estruendo de las guerras, de las tormentas de las revoluciones, de la vida excitada de la sociedad de masas. El derecho subjetivo, en sus formas elementales de derecho a la conservación física, a la libertad espiritual, a la pertenencia a la propia tierra y a la propia familia, a la elección del propio destino y a la defensa de los propios intereses, ha sido reducido con demasiada frecuencia aun estado impotente, sofocado, e inclusive brutalmente suprimido en nombre y por fuerza de un derecho social sostenido por las razones y sobre todo por las armas de una colectividad. Actualmente, la contradicción entre la doctrina y la realidad se ha hecho sentir en forma más profunda y dolorosa que en la época en que DUGUIT formulaba sus primeras críticas; inclusive la historia del derecho subjetivo parecería reducirse a veces a una investigación puramente teórica. Sin embargo, el derecho subjetivo resiste y existe todavía.

3. MITO Y METÁFORA DEL DERECHO SUBJETIVO

De lo expuesto hasta ahora se deduce que nuestra consideración del derecho subjetivo se funda sobre la doble refutación de valorarlo más de lo debido o, por el contrario, de desestimarlos, lo cual corresponde al doble error doctrinario por el cual se exalta al derecho subjetivo como un *mito* o se lo reduce a una *metáfora*. El primer error es el del pensamiento jusnaturalista cuando identifica los derechos subjetivos con determinados contenidos, es decir, “cosifica” el derecho subjetivo, le atribuye una realidad ontológica, concibiéndolo como si fuese un derecho objetivo de una esfera jurídica de la cual el sujeto sería soberano. Este mito sin crepúsculo en el firmamento jurídico es evocado sugestivamente por la célebre frase de ROSMINI “el derecho violado brilla con una luz más viva”, cuando se la aplica, como a menudo se hace, al derecho subjetivo que, entonces, existiría por sí solo, en contraposición al derecho objetivo.

El otro error es el de la escuela positivista, o de algunas de sus corrientes doctrinarias, que afirman que el derecho subjetivo es solo una ficción verbal usada indebidamente para indicar un reflejo relámpago y efímero del derecho objetivo, una metáfora a la cual se confiere una realidad sustancial. Dicha metáfora puede ser concebida de varios modos, ya sea tomando el derecho subjetivo como una proyección psicológica, en una especie de narcisismo jurídico, ya sea como una construcción histórica de figuras jurídicas similares, pero en el fondo diversas, ya sea como una estratagema lingüística que nos engaña. Por último, VILLEY habla de una “subjetivización” de la realidad jurídica, es decir, una “revolución copernicana” de tipo kantiano³.

Si se acepta cualquiera de las dos posiciones anteriores, se disuelve el problema de la transformación del derecho subjetivo con relación al cambio social. En efecto, si el derecho subjetivo es algo independiente del derecho de la sociedad, entonces solo puede ser más o menos reconocido y respetado, puede ser oprimido o dejado libre, pero en el fondo

³ Una concepción refinadamente formalística del derecho subjetivo, en el sentido de una “subjetivización”, es la propuesta recientemente por E. BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, J. B. Mohr, 1965. El derecho subjetivo sería una facultad, concedida por el derecho objetivo, de emanar normas con carácter vinculatorio.

no puede transformarse. En la segunda posición, el derecho subjetivo no es más que el derecho objetivo en su imputación subjetiva; entonces no puede hablarse de su transformación con respecto al cambio social, pues éste todo lo absorbe. Cuando el derecho subjetivo se convierte en mito o en metáfora pierde su fisonomía precisa y por eso su definición en la historia de nuestro tiempo se convierte en un juicio de valor ético o en un juicio sobre un hecho sociológico. En ambos casos no se capta el significado propiamente jurídico de la expresión, el cual solo puede ser adecuadamente comprendido si se concibe el derecho como el tejido de las estructuras donde se desarrollan y se unen las acciones de los sujetos, en la unidad del ordenamiento jurídico. Por eso el derecho subjetivo es una perspectiva de la acción que se abre al sujeto en el horizonte jurídico del ordenamiento; es una directiva de comportamiento que puede realizarse en una estructura legalmente reconocida. Por lo tanto, el derecho subjetivo es un concepto *operativo* de relación entre el sujeto y el ordenamiento, una relación de tensión entre los dos polos fundamentales de la experiencia jurídica.

4. DERECHO SUBJETIVO E INTERESES LEGÍTIMOS

Debe reconocerse que el esquema concreto en el cual se ha encuadrado y presentado el derecho subjetivo es el de la relación bilateral entre la pretensión y la obligación, o sea, el esquema jurídico del contrato, al cual se ha referido desde sus orígenes la economía privada como tipo de economía esencialmente de intercambio. A esto se agregó el hecho que los teóricos del iluminismo, desde LOCKE a KANT, se sirvieron del mismo instrumento jurídico, poniéndolo como principio de sus concepciones contractualistas del Estado. Todo esto favoreció la unificación conceptual de la figura del derecho subjetivo, tanto en el derecho público como en el privado. Recuérdese que KANT define el derecho objetivo como “el conjunto de las condiciones por medio de las cuales el arbitrio de cada uno puede concordar con el arbitrio de otro, según una ley universal de libertad”. Dicha definición es un ejemplo de representación de los ideales de ese tiempo, pero transportada a un cuadro histórico como el actual, su validez aparece discutible. Ya a fines del siglo pasado se advertía claramente la necesidad de distinguir los “derechos subjetivos” en sentido propio,

o de derecho privado, y los “derechos públicos subjetivos” ejercidos con relación a la administración pública. Esta distinción corresponde a una dicotomía práctica de la organización económica y social, ya que en el siglo XIX el tronco de la sociedad civil se fue bifurcando en dos ramas diversas a medida que el Estado se ocupó directamente de los medios de transporte, de las fuentes de producción, de los sistemas de asistencia, de la reglamentación del crédito. A comienzos del siglo actual, el individuo, portador de derechos subjetivos, vive una doble vida social: por una parte, tiene comercio de intereses económicos y jurídicos con otros sujetos semejantes; en ese sentido, sus derechos aparecen solo como “intereses jurídicamente protegidos”, una especie de bienes inmateriales que él posee. Por otra parte, debe hacer frente a pedidos cada vez más exigentes e invasores de la administración pública, contra la cual hace valer sus “intereses legítimos”. La relación entre intereses privados y públicos parece haber logrado una forma de equilibrio, aunque a veces se haga difícil y precaria, dada la complicación y dependencia cada vez mayor entre ellos. Pero tres sucesos decisivos, a poca distancia uno del otro y, en verdad, intrínsecamente vinculados, alterarán este equilibrio, lo romperán y establecerán una nueva condición de vida social.

5. CAUSAS DEL CAMBIO

Estos tres sucesos han sido: la primera guerra mundial, que ha traído la “economía de guerra”, es decir, la movilización general y disciplinada de la producción y de las fuerzas de trabajo, junto con la distribución controlada de los bienes de consumo; la revolución bolchevique, con un régimen económico y político perfectamente totalitario, donde el individuo es fraccionado por el común denominador de la colectividad; el contrato colectivo de trabajo, con el cual decae el principio de la contratación privada, recibiendo la teoría del “contrato social” una nueva valoración y aplicación al trasladarla al campo sindical. Naturalmente, otros sucesos, grandes y pequeños, se produjeron en esos años que antecedieron y siguieron al gran cataclismo económico, social y moral de la primera guerra mundial, pero en los tres sucesos nombrados se encuentra principalmente el hilo del proceso histórico que queremos señalar.

Precisamente desde el punto de vista del derecho subjetivo, dichos sucesos significaron el crepúsculo de este último tal como se le concebía hasta entonces. No es necesario recordar las consecuencias que la economía de guerra y la devaluación monetaria provocaron, sobre todo en Alemania, en el plano social y en el psicológico. El Estado, que durante la guerra había adquirido enormes poderes sobre el individuo, fue transformando los viejos derechos subjetivos en nuevos derechos “sociales”, de tal modo que el ordenamiento que los promovía y garantizaba se convirtió realmente en el titular de ellos, pasando a ser el individuo un simple beneficiario y responsable de su ejercicio. El ejemplo citado de Alemania es sumamente indicativo, porque los efectos originados en la guerra llegaron a ser terribles, casi sin precedentes y proporciones, con la toma del poder por el nazismo. Aludo, naturalmente, a los campos de prisioneros, luego convertidos en campos de exterminio, en los cuales se verificó una inversión de valores humanos y jurídicos tan profundamente repugnante, que señaló, como ya dije, la aniquilación de todos los derechos subjetivos de los pobres infelices internados en los Läger, a la vez que se realizó en dichos campos un perfecto y paradójico derecho objetivo, es decir, puros mandatos y obligaciones. En la vida normal, el fin del derecho aparece como la protección del sujeto, de su existencia e integridad física, de su dignidad, de sus haberes y de sus ideas morales; en cambio, en los campos de concentración el fin del ordenamiento interno se convirtió puntualmente en la degradación del hombre, en la depredación de sus bienes elementales, en la explotación dispersiva de sus energías, en la tortura brutal, en fin, en la supresión física. Era la lógica de la destrucción, que es la lógica de la guerra, llevada a sus últimas consecuencias y puesta totalmente en ejecución.

El ejemplo de la revolución rusa es también muy significativo, porque en esa experiencia, todavía no concluida históricamente, la transformación del derecho subjetivo se manifiesta en las formas más evidentes. Sin entrar en detalles de la cuestión, que por otra parte ha sido estudiada recientemente con gran competencia por VILLARI⁴, bastará observar que en el régimen soviético “la separación entre lo público y lo privado

⁴ S. VILLARI, *Le forme organizzative nel diritto sovietico. Aspetti e funzioni della soggettività*, Milano, Giuffrè, 1964, pág. 109.