

TERRITORIO E DIGITALIZZAZIONE

a cura di MARTINA SINISI



Roma TrE-Press
2026



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019
19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2021 (III ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2022 (IV ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021
34. M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V.N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021
35. F. GRASSI, O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, 2021
36. B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del Convegno OGIPAC in memoria di Paolo Giorgio Ferri. Roma 27 maggio 2021*, 2021
37. V. MANNINO, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, 2022
38. V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano di ripresa e resilienza*, 2022
39. E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI, (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, 2022
40. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2020-2021*, 2022

41. J.M. PERIS RIERA, A. MASSARO, *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias. Diritto Penale, Intelligenza Artificiale e Neuroscienze*, 2023
42. A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, 2023
43. F. RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, 2023
44. E. RIGO (a cura di), *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, 2023
45. C. SALVI, *Cinquant'anni di scritti giuridici*, 2024
46. D. CHINNI, L. PACE (a cura di), *Il Referendum abrogativo dopo la tornata del 2022. Nuove tendenze e nodi irrisolti*, 2024
47. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il futuro dell'Accademia. Scritti dedicati agli allievi*, 2024
48. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2022-2023*, 2024
49. F. RIMOLI, S. TALINI, *"Si vis pacem, para bellum"? La guerra e le democrazie europee. Atti del convegno annuale dell'OSDE, Roma 16 febbraio 2024*, 2024
50. G. FIORELLI, E. FRONZA, N. GUZMÁN, D. IPPOLITO, L. MARAFIOTI (a cura di), *Verità e giustizia nel processo penale. Atti del convegno di studi giuridici organizzato dalle Università di Bologna, Buenos Aires e Roma Tre (18-22 gennaio 2024)*, 2025
51. S. BENVENUTI, G. ROSSETTI (a cura di), *La Garanzia. Tradizioni storiche e modelli*, 2025
52. F. BORLIZZI, S. ZOLEA (a cura di), *Cliniche legali, culture giuridiche e trasformazioni sociali. Un dialogo italo-cubano*, 2025
53. B. BICHI RUSPOLI FORTEGUERRI, F. BONITO (a cura di), *Law and Social Change*, 2025
54. F. CARDARELLI, T.E. FROSINI, E. POILLOT, G. RESTA, S. SICA, A. ZOPPINI (a cura di), *Il valore del dissenso. Riflessioni con Vincenzo Zeno-Zencovich*, 2025
55. F. NAPPI, *Giurisprudenza. Valore teoretico e formativo dell' "arte del giudice"*, 2026
56. A. CARRATTA, B. POZZO (a cura di), *Metodi innovativi per la didattica nei corsi di giurisprudenza. Un dialogo interdisciplinare*, 2025



*Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza*

COLLANA L'UNITÀ
DEL DIRITTO **57**

TERRITORIO E DIGITALIZZAZIONE

Dialoghi italo-spagnoli di diritto pubblico

a cura di MARTINA SINISI



Roma TriE-Press
2026

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grottesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press

Roma, giugno 2026

ISBN:979-12-5977-634-1

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

La Collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo, perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi, ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare un'adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la Collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanei, atti di convegni e seminari, ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La Collana entra a far parte della struttura di Roma TrE-Press, che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in formato cartaceo quella in formato digitale in *open access*, contribuisce ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Antonio Carratta
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

<i>Introduzione</i>	11
MARTINA SINISI, <i>Territorio e nuove tecnologie. Una breve riflessione sul rapporto tra spazio e diritti.</i>	13
GIOVANNA PISTORIO, <i>La riqualificazione tecnologica dello spazio urbano: verso il diritto alla città</i>	23
MARIA BALLESTER CARDELL, <i>Estrategias sociales y jurídicas para una nueva ciudad. La perspectiva de género aplicada al urbanismo en España</i>	35
FELIO JOSÉ BAUZÁ MARTORELL, <i>Territorio y digitalización: especial referencia al turismo</i>	53
SVEVA DEL GATTO, <i>Sicurezza pubblica nelle città e nuove tecnologie</i>	71
LUIS MIGUEL GARCÍA LOZANO, <i>Inteligencia artificial y función administrativa a la luz del nuevo Reglamento europeo de Inteligencia artificial</i>	95
MICAELA LOTTINI, <i>Governance del mercato europeo e nuove tecnologie</i>	113

Introduzione

Il presente volume nasce da un costante dialogo tra il Dipartimento di Giurisprudenza degli Studi Roma Tre e i colleghi di Università estere, avviato tramite alcuni seminari svolti tra il 2024 e il 2025 nell'ambito dei corsi di Diritto Urbanistico e Amministrazione Digitale (titolare Prof.ssa Martina Sinisi) e presso la Scuola dottorale (Dottorato in discipline giuridiche pubblicistiche).

Un primo incontro ha avuto ad oggetto «*Smart cities, inclusione sociale e nuovi diritti in Italia e in Spagna*», a cui ne è seguito un secondo focalizzato su «*Digitalizzazione e territorio*», che ha consentito di approfondire il dibattito in merito al collegamento tra gli aspetti della pianificazione (e organizzazione del territorio in generale, ivi compresa la relativa dotazione dei servizi) e l'uso delle nuove tecnologie, sia in Italia che in Spagna.

Il terzo e il quarto incontro, rispettivamente, sulla «*Digitalizzazione e la regolamentazione europea*» e sulla «*La digitalizzazione in Spagna*», si sono specificamente focalizzati sull'uso ad ampio raggio delle tecnologie digitali e sulla relativa regolamentazione a livello europeo, nonché sulle peculiarità della disciplina spagnola.

L'avvio di un dialogo con colleghi di Università estere è stato particolarmente sentito e fortemente voluto in ragione della attualità delle tematiche trattate e delle specifiche questioni ad esse connesse, che hanno sollecitato un dibattito sullo stato dell'arte sotto il profilo comparato.

Nel quadro sopra descritto, la presente raccolta di atti si pone come naturale prosecuzione di tale dialogo attraverso la diffusione dei relativi risultati.

Martina Sinisi*

*Territorio e nuove tecnologie.
Una breve riflessione sul rapporto tra spazio e diritti*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il territorio come luogo di attuazione dei diritti – 3. La pianificazione e i livelli essenziali delle prestazioni (l.e.p.) – 4. Nuove tecnologie e gestione del territorio – 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il presente scritto si propone di offrire un punto di vista sul rapporto tra l'uso delle nuove tecnologie e il territorio; come cioè, più specificamente, l'uso delle nuove tecnologie possa influenzare le politiche urbane.

Una analisi di questo tipo non può che assumere come punto di partenza il quadro di riferimento costituzionale e, in particolare, il precetto di cui all'art. 3 Cost., nell'ottica dell'analisi dell'intervento pubblico ai fini della realizzazione dei diritti personali e sociali e di quella 'libertà' ed 'eguaglianza' che solo se non limitate, garantiscono il «pieno sviluppo della persona umana»¹.

In ragione della complessità del territorio, per nozione e organizzazione, in dottrina è stata affermata l'opportunità di «ridefinire i tratti delle competenze, tanto di regolazione tradizionale quanto di definizione del contesto territoriale entro il quale esercitare i diritti e rendere effettivo il "diritto alla città"», inteso come «diritto alla vita urbana trasformata e

* Professore associato di Diritto Amministrativo abilitato alle funzioni di Professore ordinario, in servizio presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, titolare dei corsi di Diritto urbanistico e di Amministrazione digitale.

¹ Sulla lettura delle politiche di programmazione territoriale come punto di partenza per il pieno sviluppo della persona umana, sia consentito rinviare a M. SINISI, *Gender equality, politiche urbane e azioni rigenerative*, in *Le politiche pubbliche in materia di gender equality. I riflessi sull'economia, sulla società e sul mondo del lavoro*. Atti del seminario svolto il 17 ottobre 2024 – Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Macerata, a cura di S. Del Gatto, Collana del Dipartimento dell'Università di Macerata, Editoriale Scientifica, 2026.

rinnovata» e come «forma superiore dei diritti, come diritto alla libertà all'individualizzazione nella socializzazione, all'habitat e all'abitare»².

Sempre più spesso infatti la riflessione sul territorio e sulla programmazione territoriale porta con sé il riferimento al rapporto tra autorità e diritti in termini di attuazione degli stessi, di appropriatezza organizzativa e funzionale degli enti locali e del diritto a città 'sostenibili'.

È in questo quadro, nell'ottica del ripensamento dello spazio pubblico in termini di attuazione del diritto alla vita urbana e dunque alla vivibilità della città, che si snoda la riflessione del presente contributo in termini di accessibilità ai servizi, ai luoghi di incontro e più in generale al miglior uso delle risorse spaziali oltre che infrastrutturali e abitative (c.d. "principio di efficienza insediativa")³.

Il dibattito sulle c.d. 'città intelligenti' ha riportato al centro dell'attenzione la c.d. 'infrastruttura sociale' dell'aggregato urbano in luogo della dimensione meramente infrastrutturale e tecnologica.

In quest'ottica l'uso delle nuove tecnologie applicate al territorio deve orientare le politiche pubbliche in una progettazione 'a misura d'uomo' attraverso interventi volti a garantire l'accessibilità ai servizi sul territorio (e non, al contrario, l'esclusione dagli stessi). Ciò in virtù della considerazione per cui la determinazione delle condizioni di vita e di vivibilità di un territorio e l'interazione con l'ambiente urbano rappresentano il necessario presupposto per l'inclusione sociale di tutte le fasce degli abitanti.

2. Il territorio come luogo di attuazione dei diritti

Come rilevato in dottrina, un numero crescente di studiosi ha indagato le ricadute sul piano giuridico del più risalente dibattito filosofico-politico, sociologico e urbanistico, rilevando come il diritto strutturi lo spazio, spesso condizionandone l'accessibilità e la fruizione e come al contempo lo spazio influenzi la costruzione del diritto, determinandone la portata – di volta in volta – inclusiva o marginalizzante.

In particolare, è stato rilevato come molti studi abbiano avuto ad oggetto la relazione tra diritto e spazio nella sua specifica articolazione urbana.

² L. GIANI, *Appropriatezza dell'amministrazione ed effettività dei diritti fondamentali*, in *Nuove Autonomie*, 3/2021, 551.

³ Sul punto si veda *amplius* M. SINISI, *Gender equality, politiche urbane e azioni rigenerative*, *cit.* e la bibliografia ivi richiamata, spec. E. BOSCOLO, *Un catalogo di principi (operanti) per l'urbanistica contemporanea*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2024, fasc. 2, p. 85 ss.

In questa prospettiva lo spazio urbano è divenuto «il nuovo *dove* con il quale occorre necessariamente confrontarsi al fine di comprendere come il diritto e la politica si articolino al suo interno e come esso impatti sui soggetti che lo abitano»⁴.

Com'è stato rilevato da alcuni, «la giustizia sociale tende sempre più a sovrapporsi alla giustizia spaziale per cui si delinea un processo di esclusione strettamente connesso alle dinamiche di confinamento spaziale»⁵.

Ciò comporta una nuova configurazione del rapporto tra diritto e territorio⁶.

Il primo richiamo, anche in virtù di quanto precisato in premessa, riguarda i diritti fondamentali, da considerare «non già come semplici “pretese” soggettive, ma come strutture portanti di un ordinamento: come elementi costitutivi che ne rispecchiano le priorità effettive, ne disciplinano il funzionamento»⁷.

⁴ M. G. BERNARDINI, O. GIOLO, *Introduzione. Dalla critica del soggetto alla critica degli spazi*, in *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, a cura di M. G. Bernardini, O. Giolo, Pacini Giuridica, 2021, p. 7 ss.

⁵ A. ALIETTI, *Giustizia spaziale, periferie e vulnerabilità sociale: un nesso problematico?*, in *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, a cura di M. G. Bernardini, O. Giolo, Pacini Giuridica, 2021, p. 17 ss.

⁶ Sul punto si veda O. GIOLO, *I diritti contro la città. Spazio urbano, soggettività e sfera pubblica*, in *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, a cura di M. G. Bernardini, O. Giolo, Pacini Giuridica, 2021, p. 49 ss. (spec. p. 64). Secondo l'A. «Lo spazio (fisico) del territorio e lo spazio (istituzionale) del diritto sono due dimensioni che nella città finiscono per sovrapporsi, pur non coincidendo» e «La soggettività giuridica e politica nel contesto urbano non è più riconducibile ad unità: i cittadini non sono residenti, gli abitanti spesso non sono né residenti, né cittadini. Queste nuove gerarchie tra status agiscono in modo talmente pervasivo da determinare anche le posizioni che i soggetti rivestono nello spazio fisico urbano, intessendo una relazione forte tra status e aree della città, condizione sociale e posizione urbana. La valorizzazione della città nella sua dimensione territoriale locale sembra aver dato vita a un “principio territoriale” che regge di volta in volta le pretese provenienti dalle città stesse in totale discordanza con quanto sancito dagli ordinamenti nazionali e internazionali in tema di diritti e libertà».

⁷ P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2-2008, p. 365 ss. Sul rapporto tra diritti fondamentali e diritti umani, l'A. afferma che «la connessione tra fra diritti fondamentali e diritti umani, se non necessaria, è però concepibile e possibile e diviene effettiva non appena una determinata società assume come “fondamentali” (in senso formale o in senso strutturale) entro il proprio ordinamento alcuni diritti (rappresentati come) “umani”». L'A. sottolinea altresì come «valorizzare la dimensione “soggettiva” del diritto, concependolo come una “qualità” di un soggetto, attribuire un diritto a un essere umano come tale e infine assumere i diritti (dati per) umani come fondamento di un ordinamento sono scelte culturalmente complesse, la cui genesi costituisce una questione tuttora aperta» e – allo stesso tempo – che il “soggetto” per

Ci ricorda Luigi Ferrajoli che «Se dalla quantità e dalla qualità degli interessi protetti come diritti fondamentali dipende l'*intensione* dell'uguaglianza, è dunque dall'estensione di tali classi, ossia dalla soppressione o riduzione delle differenze di *status* da cui esse sono determinate, che dipende l'*estensione* dell'uguaglianza e quindi il grado di democraticità in un dato ordinamento»⁸.

Dal punto di vista strettamente locale, i diritti sociali legati al vivere urbano trovano corrispondenza nell'idea di una 'giustizia spaziale' come guida di una trasformazione dello spazio giuridico urbano in uno spazio di partecipazione e inclusione (da qui le teorie dell'architettura come forma di regolazione e, più specificamente, della regolazione «*dello e attraverso* lo spazio fisico come un problema giuridico in senso ampio»)⁹.

Come ci ricorda Santi Romano, «la trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali»¹⁰.

Dunque, l'attualità della riflessione sta nella possibilità (recte: necessità) di teorizzare i diritti in termini di aspettative riconducibili ai singoli in quanto abitanti di una città (e, più in generale, di un territorio).

Ricordiamo che sulla definizione di "diritti fondamentali" data da Ferrajoli si fondano varie tesi – essenziali, a parere dello stesso, per una teoria della democrazia costituzionale –, tra cui quella secondo cui «i

la cultura antica è tradizionalmente il cittadino. La libertà dei cittadini – si legge – «è inseparabile dalla libertà della città. La libertà della città si riverbera sui suoi membri e reciprocamente la libertà dei cittadini si sostanzia nella partecipazione alla vita della *respublica*».

⁸ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Editori Laterza, 2001, rist. 2008.

⁹ V. NITRATO IZZO, *Vedere come una città e le trasformazioni dello spazio giuridico urbano: riflessioni su architettura ostile, vulnerabilità e possibilità di emancipazione*, in *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, cit., p. 33 ss.

¹⁰ SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, in *Arch. giur. Serafini*, 1902, 59. In argomento, si vedano anche le riflessioni di M. LUCIANI, in *Il diritto della forza, Lectio brevis*. Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 19 aprile 2024, in www.lincci.it, con riferimento ai tre piani sui quali si pone la questione del rapporto tra diritto e forza e, precisamente: «a) quello della generale fondazione del fenomeno giuridico; b) quello della specifica nascita e della tenuta del singolo ordinamento; c) quello della garanzia del rispetto dei precetti che il singolo ordinamento impone». Particolarmente significativo appare il passaggio in cui si legge: «i soggetti di un rapporto di potere sono soggetti *del* rapporto e in questo senso sono titolari di una posizione di dominio e di una di soggezione. Ma sono anche soggetti *al* rapporto e in questo senso ne subiscono la logica, quale che sia la posizione (dominante o subordinata) in cui si trovano».

diritti fondamentali, corrispondendo ad interessi e ad aspettative di tutti, formano il fondamento e il parametro dell'uguaglianza giuridica»: quella che Ferrajoli chiama «dimensione 'sostanziale' della democrazia» e tale dimensione «altro non è che l'insieme delle garanzie assicurate dal paradigma dello stato di diritto: il quale, modellato alle origini dello Stato moderno sulla tutela dei soli diritti di libertà e proprietà, può ben essere allargato – dopo il riconoscimento costituzionale come 'diritti' di aspettative vitali come la salute, l'istruzione e la sussistenza – anche allo 'stato sociale'. L'altra tesi riportata da Ferrajoli («forse la più importante») riguarda i rapporti tra i diritti e le loro garanzie: «non diversamente dagli altri diritti, i diritti fondamentali consistono in aspettative negative o positive cui corrispondono obblighi (di prestazioni) o divieti (di lesione)»¹¹.

Significativamente, Ferrajoli afferma che «l'assenza di garanzie dev'essere considerata come un'indebita lacuna che è obbligo dei pubblici poteri, interni e internazionali, riempire».

3. Pianificazione e livelli essenziali delle prestazioni (l.e.p.)

Come rilevato da Massimo Luciani, non è solo l'art. 3 della Costituzione che afferma l'insufficienza dei diritti politici e di libertà per il buon funzionamento del principio democratico, ma «l'intera trama costituzionale»¹².

Le garanzie di cui si è detto in precedenza, devono essere attuate a vari livelli di governo del territorio e coinvolgono in via primaria a livello locale le scelte pianificatorie. È noto infatti il ruolo della pianificazione e, dunque,

¹¹ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Editori Laterza, 2001, rist. 2008.

¹² In questi termini: M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2016, in cui si legge: «non solo l'art. 3, secondo comma, ma l'intera trama costituzionale assevera la consapevolezza dell'insufficienza dei diritti politici e di libertà per il buon funzionamento reale del principio democratico, sicché i diritti sociali, nella nostra Costituzione hanno recuperato il divario che li separava da quelli delle generazioni precedenti, ai quali devono ritenersi del tutto equiparati. Residuerebbe, si dice, la loro diversità strutturale, ma anche qui è ragionevole sollevare qualche dubbio, mentre sembra più corretto classificare come "sociale" un certo diritto solo in ragione della sua parabola storica. Infatti: a) non sempre i diritti sociali hanno la struttura di diritti a prestazione (...); b) anche i diritti di libertà, per converso, si configurano sovente come diritti a prestazione (...); c) di conseguenza, tutti i diritti, ivi compresi quelli di libertà, costano».

l'incidenza delle scelte pianificatorie nella piena attuazione dei diritti individuali o piuttosto in termini di marginalizzazione di alcune categorie.

In particolare, si intende sottolineare il ruolo della pianificazione e dell'organizzazione spaziale e territoriale nell'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni.

Non ci si addenterà nel dibattito dottrinario sul significato da attribuire alla locuzione “livelli essenziali delle prestazioni” contenuta nell'art. 117, co. 2, lett. m) Cost. - non essendo peraltro la dottrina pervenuta a una definizione condivisa di “livello essenziale” delle prestazioni¹³ - e, dunque, rispettivamente, sul tentativo di dare un significato a tale locuzione attraverso l'esame congiunto delle disposizioni costituzionali che contengono al loro interno, l'aggettivo “essenziale/essenziali”; sulla possibilità di ricavarlo dall'applicazione del criterio relazionale, ovvero deducendolo dalla differenza che intercorrerebbe con l'espressione “livelli minimi”, utilizzata in alcune proposte di riforma elaborate in vista della modifica del Titolo V, Cost., o, ancora, sul tentativo di ricavarlo per differenza, valutando la eventuale sovrapponibilità (o difformità) di tale locuzione rispetto a quella di “nucleo irriducibile” (“contenuto essenziale”, “contenuto minimo” etc.) del diritto, utilizzata dalla Corte costituzionale¹⁴.

Ciò che rileva, ai presenti fini, è il collegamento tra i livelli essenziali e uniformi e i principi che impongono di determinare, a livello centrale, gli standard dei servizi da garantire a tutti i cittadini (specificamente nell'ambito della pianificazione)¹⁵.

¹³ Si veda A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 6/2003, p. 1109 ss., il quale rileva che tale espressione non appare “traducibile in significati univoci, oggettivi e soprattutto definitivi”.

¹⁴ Sul punto si veda, *amplius*, S. ARU, “Livelli minimi” (di garanzia), “livelli essenziali” (delle prestazioni) e “nucleo irriducibile” (dei diritti): concetti giuridici distinguibili?, in www.federalismi.it, 5 novembre 2025. Si vedano sul punto anche le conclusioni a cui è giunta la Corte costituzionale con sentenza n. 192 del 2024, ivi richiamata, la quale ha affermato che tra “livelli essenziali delle prestazioni” e “nucleo minimo” del diritto vi sarebbe una netta distinzione: i primi rappresenterebbero un «vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione», mentre il “nucleo minimo” del diritto sarebbe un «limite derivante dalla Costituzione», che va garantito «anche nei confronti della legge statale, a prescindere dalle considerazioni di ordine finanziario»; mentre tra livelli minimi di garanzia e livelli essenziali delle prestazioni si sarebbe al cospetto di una distinzione non giuridica, ma solo nominalistica, dal momento che il soggetto chiamato a riempire di contenuti le due locuzioni è il medesimo, cioè il legislatore.

¹⁵ Sul punto si veda *amplius* E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 6, 2001, p. 1104. In generale ssui l.e.p. si vedano anche In dottrina, sui l.e.p., si veda anche M. LUCIANI,

In proposito, il DDL S. n. 1623, recante “*Delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*”, nel Capo VI, in tema di Governo del territorio, all’art. 18, prevede “*Principi e criteri direttivi per la determinazione dei LEP relativi alla pianificazione urbanistica*”.

Tale disposizione, nell’attuale formulazione, prevede che il Governo eserciti la delega determinando – tra le varie cose – la “*promozione di politiche di pianificazione che rispondano alle esigenze di tutte le fasce della popolazione, favorendo l’accesso a servizi e infrastrutture, ivi comprese le misure finalizzate al superamento delle barriere architettoniche a beneficio delle persone con disabilità*” (lett. e).

Significativo appare il legame, ivi sottolineato, tra le politiche di pianificazione e le esigenze di tutte le fasce della popolazione, a cui le prime devono essere improntate.

L’indicato DDL fa eco alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 192 del 2024, con la quale la Corte ha sottolineato che «i LEP implicano una delicata scelta politica, perché si tratta – fondamentalmente - di bilanciare uguaglianza dei privati e autonomia regionale, diritti e esigenze finanziarie e anche i diversi diritti fra loro. Si tratta in definitiva di decidere i livelli delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, con le risorse necessarie per garantire uno standard uniforme delle stesse prestazioni in tutto il territorio nazionale». In tale contesto opera «attraverso un giudizio di adeguatezza» – afferma la Corte – il principio di sussidiarietà, definito dalla stessa come «principio fondamentale dello spazio costituzionale europeo», che richiede che la ripartizione delle funzioni, e che «la differenziazione, non sia considerata *ex parte principis*, bensì *ex parte populi*»..

Dunque il tema attiene alle modalità (e all’uso delle nuove tecnologie come possibilità in tal senso) di attuazione in concreto di tale auspicio.

Se infatti le previsioni, costituzionali e del legislatore ordinario appaiono chiare negli intenti, in concreto non si può non riconoscere una incompleta (o mancata) attuazione dei propositi sottesi a tali previsioni legislative nella misura in cui l’intento della piena rispondenza delle politiche di pianificazione alle esigenze di *tutte* le fasce della popolazione appare ancora un baluardo da rincorrere.

Da questo punto di vista, almeno per la realizzazione dell’obiettivo del pieno accesso a servizi e infrastrutture, l’uso delle nuove tecnologie potrebbe indubbiamente essere un mezzo, a patto che si superino i problemi connessi

I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione), in *Politica del diritto*, n. 3, 2002, p. 348; L. ANTONINI, *Art. 117, 2°, 3° e 4° comma*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO M. OLIVETTI, (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, vol. III, 101-139, Utet, 2006, p. 2227 ss.

al divario tra fasce di popolazione, che rischia di penalizzare ulteriormente le fasce d'età più elevate.

Si pensi ai servizi sanitari e socio-sanitari sul territorio e alle modalità di accesso agli stessi e alle persistenti difficoltà che gravano sulle persone anziane e/o invalide nell'accesso alle prestazioni e, dunque, nella fruizione delle stesse, nonostante il riferimento, sempre più costante alla c.d. "medicina territoriale" e a sistemi di assistenza dei cittadini, integrati in una rete di servizi territoriali, comprensivi dello sviluppo delle potenzialità della telemedicina.

Da qui la necessità che la programmazione del territorio (con ciò intendendo una visione ampia, comprensiva dell'organizzazione dei servizi sul territorio) si indirizzi al conseguimento di risultati effettivi e non solo declamati nelle intenzioni legislative, nonchè alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni di cui alla lett. m) dell'art. 117 Cost.

4. *Nuove tecnologie e gestione del territorio*

L'impatto delle nuove tecnologie sul territorio trova ulteriore e più concreto riscontro nel diffuso richiamo alle c.d. *smart cities* e *smart community*, caratterizzate dall'accesso ai servizi offerti, dalla digitalizzazione delle informazioni e dalla partecipazione democratica dei cittadini ai processi decisionali. Anche se di tali città e comunità viene sempre più evidenziato l'aspetto non solo tecnologico, ma anche sociale, è fuor di dubbio la forte caratterizzazione tecnologica delle stesse: un ruolo determinante è infatti rivestito dell'uso delle tecnologie digitali e informatiche e, in particolare, dagli strumenti digitali, che consentono l'acquisizione, la conoscenza e la diffusione in tempo reale dei dati, assicurando un accesso diffuso alle informazioni, per migliorare la qualità dei servizi e della vita del cittadino, ma per assicurare anche la trasparenza e l'efficienza nell'azione amministrativa¹⁶.

L'uso delle tecnologie, dunque, per la gestione più efficiente delle risorse, non solo economiche, ma anche ambientali, delle politiche abitative, sociali e culturali, tale da rendersi strumento di inclusione e attuazione dello sviluppo sostenibile, intendendo come tale non solo lo sviluppo

¹⁶ Sul punto si veda A. CALEGARI, *Smart cities e pianificazione urbanistica «intelligente»*, in *El derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*, diretto da V. Aguado i Cudolà, V. Parisio, Ò. Casanovas i Ibàñez, Atelier, 2018, p. 65 ss.

economico, ma anche quello sociale e, dunque, la sostenibilità sociale come la capacità di ripensare il ruolo dello spazio pubblico, riprogettandolo in chiave multifunzionale¹⁷.

Dunque, proprio il riferimento allo sviluppo sostenibile, così inteso, consente di comprendere la dimensione urbanistica delle *smart cities* e delle *smart communities* e la gestione razionale del loro sviluppo, attraverso una pianificazione che finalizzi l'impiego degli spazi pubblici e, più in generale, caratterizzi in modo funzionale il territorio intero e i servizi ivi presenti, conformandoli agli interessi tutelati¹⁸.

Ciò ha indotto alcuni Autori a rilevare un mutamento del ruolo dell'utenza nel senso di riservare una maggiore attenzione ai "diritti individuali di utenza" rispetto alla rilevanza tradizionalmente attribuita alla collettività di utenti indifferenziati; ciò non senza rilevare le criticità connesse al *favor* che le nuove tecnologie digitali recano ai rapporti individuali di utenza in relazione alla effettiva partecipazione personale degli utenti e all'incidenza che tale partecipazione individuale può concretamente avere, rispetto alle tradizionali forme di partecipazione collettiva, sul soggetto gestore del servizio.¹⁹

¹⁷ Sul punto si veda A. SIMONATI, *Il governo del territorio nel prisma delle politiche regionali sulla sostenibilità sociale*, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2024. L'A. rileva la necessità di considerare «necessariamente polivalente» la nozione di sostenibilità, in quanto tale da ricomprendere «almeno tre distinte accezioni del concetto: la sostenibilità economica, la sostenibilità ambientale e infine la sostenibilità sociale» e se in generale si può ritenere che per "sostenibilità" si intende la possibilità che un processo di sviluppo si mantenga nel tempo, sul fronte giuspubblicistico con questo termine comunemente si indica l'esigenza che l'azione integrata delle istituzioni «persegua obiettivi di equità, puntando all'eliminazione delle disuguaglianze e delle discriminazioni nei confronti delle persone per vari motivi svantaggiati», sicché l'idea di fondo è «consentire a tutti di vivere in un contesto idoneo a permettere loro di esprimere pienamente le loro potenzialità».

¹⁸ Sulle criticità derivanti dall'aver ricondotto la locuzione "città intelligente" a una sorta di "rilevatore di vivibilità", si veda V. PARISIO, *Smart cities, digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, diritto: alcuni spunti di riflessione*, in *El derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*, diretto da V. Aguado i Cudolà, V. Parisio, Ò. Casanovas i Ibàñez, Atelier, 2018, p. 157 ss..

¹⁹ G. BOTTINO, *Democrazia e partecipazione digitale, nella gestione e nell'uso dei servizi locali di interesse economico generale: brevi considerazioni*, in *El derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*, diretto da V. Aguado i Cudolà, V. Parisio, Ò. Casanovas i Ibàñez, Atelier, 2018, p. 115 ss.. L'A. rileva che «la figura ed il ruolo dell'utente, come entità collettiva che fruisce delle prestazioni dei servizi pubblici, è sostituita dal profilo di un utente individuale, da una pluralità di utenti individuali e bene individuati, nei cui confronti la prestazione di servizio pubblico, ogni singola prestazione, è attentamente offerta, personalizzata, misurata, ed adeguata alle specifiche necessità, locali e temporali» e che «alla utenza, come categoria unitaria e complessiva, succede l'utenza personale,

5. *Brevi considerazioni conclusive*

Il legame tra spazio e diritti, così come fin qui delineato, si collega al compito affidato alle politiche pubbliche di dare piena attuazione alle libertà individuali secondo quel principio di ‘uguaglianza naturale’, fondata cioè sulle caratteristiche essenziali comuni a tutti gli esseri umani in quanto tali, al di là delle loro differenze dovute a molteplici fattori.

Il rapporto tra nuove tecnologie ed esercizio dei diritti nello spazio urbano rinvia a una riflessione più ampia sui diritti sociali, in quanto diritti di prestazione consistenti in specifiche pretese dei cittadini a ottenere dette prestazioni da chi esercita una pubblica funzione²⁰.

È da tale considerazione che si deve partire per ripensare i modelli urbani e, dunque, le politiche urbane, anche attraverso l’uso delle nuove tecnologie.

Come rilevato in dottrina, le azioni di programmazione territoriale modellate secondo una visione “solidaristica” discendente da una visione “integrata” indirizzano l’uso di nuove tecnologie per il recupero del welfare urbano secondo il principio di prossimità, così superando i fattori escludenti²¹.

agli obblighi ed ai diritti degli utenti (ancora collettivamente considerati), si sovrappone l’obbligo ed il diritto di ciascun utente, in relazione al singolo servizio pubblico», pertanto la qualità del servizio pubblico diviene «la qualità individuale della singola prestazione di servizio pubblico, così come le consuete forme di partecipazione e di influenza degli utenti (di regola costituiti in appositi comitati od associazioni), si specificano ora nella sommatoria di rapporti di partecipazione e di influenza, atomisticamente considerati».

²⁰ P. BISCARETTI DI RUFFÍA, *Diritti sociali* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, 2021.

²¹ Sul punto si veda anche F. SAITTA, *Sul “diritto alla città”, cit.*, p. 1446 e M. FLICK, *Elogio della città? Dal luogo delle paure alla comunità della gioia*, Paoline, 2019, ivi richiamato, in cui viene teorizzata la possibilità di «calare il discorso dei diritti fondamentali nella realtà locale e urbana» e, dunque, «proclamare, difendere e attuare quei diritti al livello della città, da affiancare agli altri livelli (statale, europeo, universale) già esistenti per la loro affermazione e tutela»; in questa prospettiva il moderno «diritto alla città» si declina in termini di «domanda alla comunità che vi abita» e di garanzia da parte dell’amministrazione locale di «esercitare appieno i diritti fondamentali». Sul tema del “diritto alla città” e dei diritti fondamentali, sia consentito rinviare a M. SINISI, *Planificación Urbana de Ciudades Inteligentes: sostenibilidad ambiental e inclusión social*, In *“Derecho, genero y sostenibilidad”*, 2024, Dykinson.

Giovanna Pistorio*

*La riqualificazione tecnologica dello spazio urbano:
verso il diritto alla città*

SOMMARIO: 1. La pianificazione dello spazio urbano: tanti modelli, un solo obiettivo – 2. Il bisogno ancestrale di sicurezza – 3. Tutelare la sicurezza urbana senza dimenticare la sicurezza umana – 4. Una riqualificazione a prova di diritti – 5. La progettazione costituzionalmente conforme delle *smart cities*.

1. *La pianificazione dello spazio urbano: tanti modelli, un solo obiettivo*

Nell'antichità c'era la *polis ideale*, nel XVII secolo si immaginava la *città del sole*, successivamente si descrivevano le *città invisibili*. Oggi, il desiderio corre verso le *città intelligenti*¹.

Uno è il filo conduttore che lega ricostruzioni così diverse: ripensare, riprogettare, riconvertire lo spazio urbano, per dare ordine al *caos* del reale. È l'uomo di ogni tempo e di ogni spazio che anela infatti la città perfetta, la realizzazione di un territorio in grado di soddisfare i bisogni, le esigenze, le necessità del singolo e delle collettività.

È in tale contesto che le *smart cities* rappresentano il paradigma delle problematiche di più stringente attualità, derivanti dall'irrompere delle nuove tecnologie nella società. Sono l'archetipo dell'interazione tra tecnologie e diritti sul territorio.

Invero, è già a partire dagli anni Ottanta che la dottrina anglo-americana riflette sulla possibilità di ricorrere al concetto di intelligenza rispetto alle questioni urbane. Tuttavia, è solo con il massivo e dirompente sviluppo delle nuove tecnologie che prende forma l'idea della "città in

* Prof.ssa Associata di Istituzioni di Diritto pubblico, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre

¹ I riferimenti sono naturalmente alla *Repubblica* di Platone, ove l'ordine è dato dalla tripartizione del potere tra filosofi, guardiani e popolo, alla *Città del sole* di Tommaso Campanella, ove tutto ruota attorno alla saggezza e alla conoscenza del Sacerdote e alle *Città invisibili* di Italo Calvino, ove la complessità delle città simboleggia la contraddizione umana e spinge a cercare le condizioni per una migliore vivibilità della società.

rete”, della città che, grazie all’impiego delle nuove tecnologie, deve diventare efficiente, vivibile, sicura, sostenibile.

Non esiste un modello, un prototipo ben definito cui ispirarsi in questa opera di progettazione, ma una molteplicità di schemi profondamente diversi ed eterogenei che rendono le *smart cities* un fenomeno universale.

A partire dalla distinzione tra il sistema statunitense, ove si privilegia l’iniziativa privata, e il sistema occidentale, ove invece sono richiesti investimenti pubblici significativi, si registra un’indubbia e consistente varietà di esemplari. Ecco allora che una città diventa intelligente quando tende a un capillare controllo sui cittadini, tramite, ad esempio, l’analisi degli spostamenti dei passeggeri connessi al WiFi, effettuata da parte dell’azienda dei trasporti di Londra, oppure quando un potere pubblico, per cercare di realizzare i *desiderata* dei cittadini, mette gli apparati tecnologici al servizio dei consociati, illustrando, ad esempio, tutti gli algoritmi utilizzati dall’amministrazione nell’erogazione dei propri servizi, come avviene ad Amsterdam.

Sul piano internazionale, un riferimento alle città intelligenti si rinviene nella c.d. *New Urban Agenda*, adottata nel 2016 e nell’Agenda Onu 2030, ove all’obiettivo 11 si legge «*Make cities inclusive, fare, resilient and sustainable*». Moltissimi i passi compiuti anche dall’Unione europea, per lo più mediante strumenti di *soft law*, verso lo stesso obiettivo: una progettazione “integrata” della *smart city* in grado di garantire azioni a sostegno della mobilità urbana, della lotta contro la povertà, dell’inclusione dei migranti, dei rifugiati e della tutela ambientale.

In Italia, la legge n. 221 del 2012 amplia il concetto di città fino ad estendersi alle c.d. comunità intelligenti, per focalizzare l’attenzione sul profilo socio-relazionale e finalistico dell’organismo urbano. In altri termini, le nuove tecnologie, nel soddisfare la crescente domanda di servizi in settori quali la mobilità, l’istruzione, la sanità, la cultura, devono fungere da strumento per la promozione di un territorio inclusivo, sostenibile, sicuro. La stessa *ratio* si rinviene nel più recente intervento normativo, vale a dire nel decreto-legge n. 152 del 2021, convertito in legge n. 233 del 2021, ove, in riferimento ai Piani integrati promossi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza, le risorse erogate a favore delle città metropolitane, per sostenere i progetti relativi alla realizzazione di *smart cities*, sono volte, in chiave funzionale, ai trasporti, al consumo energetico, alla rivitalizzazione economica. Anche sul piano regionale, l’Emilia-Romagna, l’Umbria, le Marche, il Lazio e da ultimo anche la Calabria mostrano un significativo interesse nello sfruttamento delle opportunità

che le tecnologie e la digitalizzazione offrono in funzione della tutela ambientale e della promozione dei servizi pubblici.

Ora, se l'assenza di un modello rende difficile una classificazione sistematica e l'evidente eterogeneità esclude la possibilità di condividere una definizione chiara e puntuale, v'è però una certezza: la *ratio* cui si ispirano le *smart cities* è indubbiamente unica, vale a dire, l'incremento della sicurezza reale, mediante strumenti virtuali, *rectius* tecnologici.

2. *Il bisogno ancestrale di sicurezza*

D'altra parte, la sicurezza è un'esigenza ancestrale, un bisogno primario che viene prima ancora del diritto, perché ciascun individuo, di ogni tempo e di ogni luogo, necessita di essere sicuro o quantomeno di sentirsi tale. La sicurezza è un desiderio, un'aspirazione cui tendono il singolo e le collettività, senza mai, però afferrarla compiutamente, perché la sicurezza postula sempre il rischio. Un'alea di rischio esiste sempre poiché, paradossalmente, è il rischio e quindi la libertà di scegliere se e come rischiare che riempiono di senso la sicurezza. Tutto diviene molto più complicato quando il rischio non è uno solo e gli interessi in gioco sono tanti, a volte persino antinomici.

Quando le minacce, le sfide alla sicurezza si moltiplicano, diversificandosi e sviluppandosi nel mondo reale, interno e sovranazionale, e virtuale, immenso e senza confini, l'esigenza di sicurezza emerge prepotentemente in ogni ambito della vita dell'uomo. Nella «società mondiale del rischio» in cui viviamo, non esistono solo pericoli imprevedibili e inaspettati, ma anche pericoli che sono il frutto del progresso, della modernizzazione, della crescente pervasività delle tecnologie². Si pensi, ad esempio, ai mutamenti climatici e alle catastrofi ambientali dovuti anche all'industrializzazione, all'uso improprio, se non insensato, dei sistemi informatici, alle crisi finanziarie derivanti dagli effetti perversi della globalizzazione economica, agli attacchi terroristici, alla criminalità organizzata, ma anche alla micro-delinquenza imputabile al degrado delle città e delle periferie.

È in tale contesto che cresce esponenzialmente il bisogno di sicurezza, in tutte le dimensioni in cui essa si sviluppa, manifestandosi nei centri urbani in termini di maggiore vivibilità, benessere, sostenibilità economica

² In tal senso, cfr. U. BECK, *Conditio umana. Il rischio nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2011, VII.

e ambientale, autosufficienza energetica, inclusività e sviluppo.

L'incremento di siffatte esigenze spinge i consociati a invocare, nei confronti dei pubblici poteri, maggiore protezione. D'altra parte, posto che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», si invoca una politica interventista, nello spirito della «promozione della sicurezza dei diritti»³. Ecco allora che lo Stato deve intervenire direttamente e fattivamente, per assicurare “i beni” minacciati o messi in pericolo, tra i quali ad esempio, l'incolumità, la salute, l'abitazione, il posto di lavoro. Se la causa del pericolo appare, di gradino in gradino sempre più astratta – prima il prossimo, poi l'organizzazione dello Stato, poi la società economica – la protezione dello Stato deve essere sempre più concreta ed effettiva. Siffatto intervento, peraltro, coerentemente con lo sviluppo del concetto di sicurezza, intesa in un'ottica attiva, dinamica e promozionale, non può e non deve limitarsi ad essere *ex post*, a tutela della sicurezza dell'individuo eventualmente pregiudicata, ma deve svilupparsi anche in via preventiva, sia in termini generali di vivibilità, sia in termini individuali, al fine di poter assicurare a ciascuno la sicurezza di poter esprimere la propria personalità e dignità nel contesto delle relazioni sociali in cui è inserito. Un contesto che, evolvendosi costantemente, rende il ruolo dello Stato ancor più complesso, dovendo rispondere a una molteplice, eterogenea e mutevole serie di esigenze.

È proprio con riguardo alle domande securitarie rivolte ai livelli di governo più vicini ai cittadini, soprattutto in termini di migliore vivibilità, che, da ultimo, si è sviluppata, in una prospettiva orizzontale, una ulteriore dimensione della sicurezza. A partire dalla Riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione, con l'art. 118 Cost., in nome del principio di sussidiarietà orizzontale, «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale». Successivamente, è soprattutto con il c.d. decreto Minniti n. 14/2017, poi aggiornato con il d.l. n. 130 del 2020, convertito in legge 173 del 2020, e infine modificato dalla legge n. 197 del 2022 che si mira a un approccio integrato della sicurezza. Si auspica, in altre parole, oltre all'intervento dello Stato e degli enti territoriali, alla partecipazione attiva di cittadini grazie al

³ Così, M. RUOTOLO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democrazia e sicurezza*, 2013, 2, p. 1 ss.

coinvolgimento di enti e associazioni del c.d. privato sociale⁴.

Nasce così il concetto di sicurezza integrata, intesa come l'insieme di attività di Stato, Regioni, Enti locali, cittadini, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, volte a concorrere alla promozione e all'attuazione di un sistema unitario di sicurezza. Ciò implica un'espansione del concetto di sicurezza che si realizza sia, materialmente, attraverso la riqualificazione e il recupero delle aree degradate, mediante interventi volti a prevenire la criminalità e garantire l'inclusione sociale, sia, strumentalmente, tramite lo sviluppo di un approccio plurale, multilivello, dinamico. Ai bisogni di sicurezza si risponde oggi in modo trasversale: non più solo nel rapporto Stato-cittadini, ma anche attraverso la partecipazione dei cittadini stessi, mediante attività di osservazione e segnalazione alle competenti autorità. D'altra parte, alle volte, è proprio il livello più vicino al territorio che ne conosce meglio questioni e problematiche ed è per questo potenzialmente più idoneo a individuare le strategie più efficaci per la migliore vivibilità dei centri urbani. A ciò si aggiunge, poi, l'effetto derivante «dall'immedesimazione soggettiva della persona con lo spazio urbano»: come emerge da recenti ricerche empiriche: «chi si appropria idealmente di un luogo è portato con più frequenza a proteggerlo e a sentirsi sicuro quando lo frequenta»⁵.

3. *Tutelare la sicurezza urbana, senza dimenticare la sicurezza umana*

Come soddisfare concretamente siffatti bisogni?

Per rispondere a tale interrogativo, è fondamentale porre l'accento sul ruolo giocato dai diversi attori: il *potere pubblico*, nell'interazione con i *poteri privati* per l'utilizzo del *digitale* che, «da mezzo diviene ecosistema», in cui si sviluppa la vita del *cittadino*⁶.

Il potere pubblico, nei diversi livelli, nazionali e sovranazionali, si avvale di una molteplicità di strumenti tecnologici, per realizzare, tramite

⁴ Per tale orientamento, cfr. T. GIUPPONI, *La sicurezza integrata quale strumento di inclusione e il ruolo attivo della comunità*, in AA.VV., *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, a cura di T. F. Giupponi, A. Arcuri, Bologna, University Press, 2022, p. 7.

⁵ In tal senso, cfr. G. NOBILI, *La sicurezza partecipata: il coinvolgimento dei privati. L'esperienza della Regione Emilia-Romagna*, in AA.VV., *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, cit., p. 177 ss.

⁶ Così, P. STANZIONE, *Intelligenza artificiale e smart cities. Sfide e opportunità*, in AA.VV., *Smart cities. Diritti, libertà, Governance*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 227 ss.

una vera e propria rivoluzione urbanistica, uno spazio urbano ibrido, a cavallo tra il reale e il digitale, in grado di potenziare, da un punto di vista quantitativo e qualitativo, il sistema dei servizi offerti al cittadino. La *smart city* è dunque quella città in cui «lo strato tecnologico viene sovrapposto all'intelaiatura urbana esistente», per consentire, tramite una più efficace connessione tra cittadini e pubblica amministrazione, un miglioramento dell'assetto urbano, nelle sue molteplici dimensioni, dallo sviluppo sostenibile delle fonti di energia, alle emergenze sociali, passando per l'innalzamento della qualità dei servizi di mobilità e trasporto⁷.

Nella progettazione e realizzazione di tali spazi, non è facile la regolazione delle nuove tecnologie, in funzione della riqualificazione urbana.

Nel momento in cui l'infosfera sta trasformando il mondo⁸, la società appare liquida⁹, la scienza si rivela sempre più debole e il diritto diventa incerto¹⁰, l'etero-regolazione dei pubblici poteri non è più sufficiente, né adeguata, soprattutto laddove si tratta di materie tecniche, scientifiche, in continua evoluzione e rispetto alle quali il diritto appare tardigrado e spesso misoneista. Il progresso economico, scientifico e digitale si sviluppa e si intensifica a ritmi che il diritto e la politica non riescono a seguire. Se l'etero-regolazione si rivela perciò insoddisfacente, è altresì opportuno, però, porre un freno all'altrimenti incontrollato sviluppo dell'auto-regolazione dei giganti di silicio. Vero è che il cyberspazio nasce aperto,

⁷ Così, F. PAOLUCCI, O. POLLICINO, *Intelligenza urbana e tutela dei diritti fondamentali. Autonomia o complementarità nella nuova stagione algoritmica?* in www.medialaws.it, 3, 2023, p. 21.

⁸ Come emerge già dal titolo del lavoro monografico di L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017.

⁹ Sul ricorso all'aggettivo *liquido* per definire la società, cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma, 2011, che ha coniato la metafora della liquidità per spiegare l'incertezza, la vulnerabilità, la flessibilità della vita moderna. Successivamente, per una riflessione sull'incessante e sempre più repentino mutamento del diritto, a fronte dell'evolversi della società, cfr. M.A. QUIROZ VITALE, *Diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹⁰ È «di fronte all'incertezza scientifica» che «non appare più sicuro il diritto, troppo lento nei suoi meccanismi conoscitivi e di adeguamento in rapporto alle accelerazioni della conoscenza scientifica e delle applicazioni tecnologiche», secondo A. D'ALOIA, *Norme, diritti, giustizia nel tempo delle biotecnologie: note introduttive*, in AA. VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino, 2005, XII. Sul tema, cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 1; G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo e antiscentismo nella prospettiva costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, p. 15 ss.

libero, senza confini. Tuttavia, la penetrante e capillare capacità espansiva delle piattaforme digitali si riflette indubbiamente sulla democraticità degli ordinamenti, condizionando sia i poteri pubblici, sia i singoli cittadini. Sono proprio questi ultimi a essere indubbiamente estromessi da qualsiasi forma di partecipazione alla formazione delle decisioni sulla gestione delle piattaforme, ma allo stesso tempo capaci, spesso non in modo del tutto consapevole, di alimentare il potere dei colossi della rete. Si pensi, ad esempio, al nuovo e prezioso tipo di “risorsa” a disposizione delle piattaforme, vale a dire i cd. *big data* che, più o meno inconsapevolmente, gli utenti immettono in rete e più che consapevolmente le piattaforme utilizzano, elaborano, trasformano, dando vita a «nuovi mercati dei comportamenti futuri»¹¹. Nella intersecazione tra spazio urbano e rete, i dati consentono di rendere la macchina urbana ottimizzabile e, soprattutto, controllabile»¹².

In tale contesto, due le prospettive che devono guidare nel cammino da percorrere.

Sul piano *procedurale*, posto che lo Stato, tramite l’etero-regolazione pubblica, si rivela incerto e che i colossi della rete, tramite l’autoregolazione, rischiano di prendere il sopravvento, sarebbe auspicabile il ricorso a quella «terza via» che, sotto il nome di co-regolazione, dovrebbe consentire di correggere la profonda asimmetria tra regolatore e regolato, coinvolgendo in modo decisivo il privato, ma preservando, allo stesso tempo, il ruolo del potere pubblico¹³, per evitare il capovolgimento del diritto derivante dalla sola autoregolazione privata¹⁴.

Sul piano *sostanziale*, l’equilibrio tra pubblico e privato, nel regolare il reale con il digitale, in funzione dell’ottimizzazione degli spazi urbani, va raggiunto assicurando al capitale umano, intellettuale e sociale, un ruolo centrale. In altri termini, nell’opera di pianificazione urbana

¹¹ Così, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, trad. it., P. Bassotti, Luiss University Press, Roma, 2019, p. 254.

¹² Così, F. PAOLUCCI, O. POLLICINO, *Intelligenza urbana e tutela dei diritti fondamentali. Autonomia o complementarità nella nuova stagione algoritmica?* cit., p. 18.

¹³ Così, A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, p. 1046, ove l’A., constatando che il ruolo dei privati, soprattutto delle grandi piattaforme tecnologiche che dominano il mercato dei servizi digitali, è sempre più cruciale nel garantire l’effettività della normazione posta dalle istituzioni pubbliche», individua nella co-regolazione quel modello che «rappresenta una sorta di contromisura messa in atto per evitare che questo spostamento non finisca per essere una mera devoluzione di potestà normative ai nuovi “poteri privati”».

¹⁴ Secondo la suggestiva espressione di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 2 ss.

intelligente, è fondamentale porre l'accento sulla necessaria centralità dell'uomo che, nella sua dimensione di vita *onlife*, pur godendo di una molteplicità di nuove opportunità, potrebbe trovarsi esposto a un'indubbia e pericolosa serie di rischi. D'altra parte, oggi, *viviamo nella rete*. Viviamo in un ambiente in cui le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in quanto forze ambientali, antropologiche, sociali e interpretative travolgono la condizione umana. Indubbie le potenzialità rispetto alla velocizzazione delle comunicazioni, alla globalizzazione delle relazioni, all'incremento delle connessioni. La rivoluzione tecnologica non è però per l'uomo priva di rischi. Tutt'altro. La regolazione della vita sociale, incardinata entro i confini dell'universo digitale, è scandita dalla molteplicità di algoritmi che irrompono più o meno silenziosamente nella vita di ciascun individuo, indagando nei settori più disparati: dallo stato di salute, all'efficienza lavorativa, alle potenzialità criminali, alle scelte in fatto di mobilità. Le meraviglie dell'intelligenza artificiale consentono di archiviare, sistemare, ordinare una quantità più che significativa di dati e informazioni, realizzando una precisa profilazione del singolo e delle collettività. Ora, se da un lato la profilazione può rivelarsi utile per attività di sorveglianza, per motivi di difesa, per ragioni di sicurezza, dall'altro è possibile, invece, che ci si avvalga della profilazione dell'individuo per commettere furti di identità, manipolazioni di dati, frodi fiscali, provocando danni fisici o immateriali di non poco momento.

Nella progettazione della città intelligente, occorre, dunque, evitare che l'innalzamento della qualità dei servizi offerti al cittadino, in nome di una più efficiente sicurezza urbana, si traduca in una *deminutio* della «sicurezza umana»¹⁵.

4. *Una riqualificazione a prova di diritti*

Molti i rischi che, in termini di sicurezza umana, si celano dietro la riqualificazione urbanistica.

Innanzitutto, risulta messa a dura prova la privacy.

In una città intelligente che, avvalendosi di sofisticati sistemi di sorveglianza, tutto vede, verifica e processa, non è facile preservare uno

¹⁵ Intesa come «protezione a tutto tondo della generalità dei diritti della persona nei confronti di una potenziale generalità di fonti aggressive» (G. DE VERGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 4, 2019, p. 78).

spazio di riservatezza individuale. La raccolta di massa dei dati personali, mediante strumenti di identificazione e geolocalizzazione, diventa una costante, un aspetto caratterizzante la quotidianità dei consociati. In tale contesto, riemerge con estrema forza l'esigenza di apprestare garanzia alla privacy, in tutte le sue poliedriche dimensioni.

D'altra parte, oggi la privacy, non più e non solo legata alla libertà fisica, di domicilio, alla segretezza della corrispondenza, si caratterizza per una propria autonomia concettuale e da mera libertà negativa, statica, assume una connotazione più ampia, dinamica. Estendendosi ai dati e alle informazioni che rappresentano la persona fisica, comprende il diritto a poter conoscere, controllare, gestire i flussi informativi connessi ai dati personali, ovvero il diritto alla c.d. autodeterminazione informativa. È in tale contesto che si sviluppa il rapporto tra sicurezza e protezione dei dati personali. Vero è che gli Stati, per ragioni di sicurezza, possono avvalersi di strumenti finanche intrusivi, al punto da implicare limitazioni a diritti e libertà. Tuttavia, siffatte misure, oltre a dover rispondere a un interesse generale, per essere legittime nell'*an*, devono essere, rispetto al *quantum*, proporzionate e adeguate, nella forma e nei contenuti, rispetto all'obiettivo da conseguire. Analogo l'orientamento mostrato dalle giurisprudenze sovranazionali in materia. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla sentenza *Privacy International* del 6 ottobre 2020, ove la Corte di giustizia conferma, ancora una volta, che il diritto dell'Unione europea osta a una normativa nazionale che, in nome dell'esigenza di combattere la criminalità organizzata, obbliga un fornitore di servizi di comunicazione elettronica alla conservazione (o trasmissione) di dati, in modo generalizzato, incondizionato e discriminatorio¹⁶. Dello stesso avviso, la Corte europea dei diritti dell'uomo, interpellata in materia di intercettazioni segrete. Pur riconosciuta, in astratto, la legittimità di un sistema di sorveglianza ispirato da finalità antiterroristiche, a tutela della sicurezza nazionale, la Corte di Strasburgo esclude la validità della normativa russa che, eccedendo rispetto a quanto «necessario in una società democratica», non garantisce standard di qualità, ovvero garanzie idonee a evitare abusi o arbitri¹⁷.

La giurisprudenza sovranazionale, ricorrendo a scrutini piuttosto severi e rigorosi, offre ampia tutela alla riservatezza, consentendone una

¹⁶ CGUE, 6 ottobre 2020, C-623/17, *Privacy International*; ma anche Id., 8 aprile, 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd contro Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. Karntner Landesregierung e a.*; Id., 6 ottobre 2015, C-362/14, *Schrems*.

¹⁷ Corte EDU, 5 dicembre 2015, *Roman Zakcharov v. Russia*.

restrizione, per ragioni di sicurezza, solo in presenza di condizioni assai stringenti. La sicurezza, dunque, non può essere al di sopra di tutto. Non è quindi possibile, in nome della sicurezza, disporre delle misure restrittive in via astratta, indifferenziata e senza adeguate garanzie.

Ecco allora che nella progettazione delle *smart cities*, risulta fondamentale raggiungere quel delicato equilibrio tra sicurezza e rispetto della protezione dei dati personali. In tale ambito, infatti, è alto il rischio che la privacy territoriale, che riguarda la proprietà e gli spazi personali, possa essere minacciata; forti sono le perplessità che riguardano la tutela della privacy biometrica. Anche la privacy, in termini di movimenti e comunicazioni, infine, può risultare compromessa dalla molteplicità di quegli strumenti che fanno parte integrante dell'arredo urbano di una *smart city*.

Per evitare dunque che la riqualificazione urbanistica si traduca in una forte compressione delle libertà, l'utilizzo della tecnica deve avvenire in funzione di un nuovo sviluppo antropocentrico della dimensione territoriale, anziché in funzione del controllo. In tale contesto, la più recente normativa europea - il GDPR, ma anche il *Digital markets Act* e il *Data Act* - prevede specifiche garanzie atte a tutelare la conservazione e l'utilizzo dei dati raccolti. Le potenzialità delle risorse sottese ai *big data* non vanno infatti sottaciute, per i rischi ad esse connesse, sia relativi al singolo, sia all'intera collettività. Basti pensare, in tal senso, agli effetti drammaticamente pregiudizievoli derivanti dagli attacchi cibernetici.

Ecco allora che la realizzazione della città del futuro implica un ripensamento dell'assetto urbano che sia in grado di porre gli strumenti di intelligenza artificiale al servizio dell'uomo, per incrementarne le possibilità di interazione, connessione, inclusione.

Inclusione è una parola chiave, nella riqualificazione urbanistica. È il faro che deve orientare il decisore politico nella progettazione territoriale. D'altra parte, realizzare infrastrutture tecnologiche al servizio dell'uomo nelle comunità intelligenti presuppone superare gli ostacoli derivanti dal *digital divide*, inteso come differenza nell'accesso alle risorse tecnologiche. Si tratta di una differenza che, senza un adeguato ed efficiente intervento, si traduce ineluttabilmente in discriminazione economica, educativa, territoriale. È il Comunicato Stampa "Cittadini e competenze digitali" di giugno 2023 che fotografa il forte divario digitale tra i diversi Paesi europei. L'Italia, in particolare, occupa una delle ultime posizioni della graduatoria e presenta delle profonde differenze sia territoriali, tra Centro-Nord e Sud, tra grandi centri urbani e piccole realtà locale, sia in base al sesso, risultando gli uomini con migliori competenze rispetto alle donne,

sia socio-economici, in relazione al gruppo di appartenenza. Siffatte differenziazioni possono facilmente tradursi in discriminazioni capaci di ostacolare la partecipazione dei cittadini alle decisioni politiche delle comunità urbane.

5. *La progettazione costituzionalmente conforme delle smart cities*

La consapevolezza delle insidie che la riqualificazione urbana tramite le nuove tecnologie può arrecare ai diritti umani spinge dunque a discutere non tanto e non solo del *diritto della città*, quanto piuttosto di un *diritto alla città* «come forma superiore dei diritti, come diritto alla libertà, all'individualizzazione nella socializzazione, all'habitat e all'abitare»¹⁸. È così che il territorio urbano «si candida sempre più ad essere condizione di pensabilità di diritti nuovi (...) non esercitati nella città, ma in un certo senso costituiti dalla città»¹⁹. La città diventa «qualcosa di più e qualcosa di diverso dalla città come spazio giuridico»²⁰, trasformandosi in quella nuova dimensione nella quale «ai modelli giuridici politico-amministrativi e ai diritti di stampo tradizionale, si affiancano schemi e sperimentazioni che delineano l'affermarsi di relazioni giuridiche (...) nuove»²¹. Relazioni giuridiche che implicano l'interazione dei poteri pubblici con «poteri nuovi», in un quadro profondamente diverso, interconnesso, in cui la pianificazione strategica e digitale delle infrastrutture e dei servizi pubblici deve essere ispirata dai valori fondamentali che sono alla base dei diritti di libertà²².

In tale contesto, indubbia la sfida: declinare l'intelligenza della città con la costituzionalità di cui si nutre l'ordinamento. I principi e i valori della Costituzione, separazione dei poteri e tutela dei diritti, devono dunque entrare nella stessa progettazione della città intelligente a garanzia del sistema costituzionale. L'auspicio corre, dunque, verso la progettazione di città strategiche, intelligenti e funzionali, ma soprattutto *costituzionalmente* conformi.

¹⁸ Così, H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, Verona, Ombre Corte, 2014, p. 22.

¹⁹ In tal senso, G.M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, 23.

²⁰ Così, G.M. LABRIOLA, *op. ult. cit.*, p. 23.

²¹ Più approfonditamente, cfr. G. DELLE CAVE, *Smart city, diritto alla città e pianificazione c.d. "intelligente"*, in *www.federalismi.it*, 21, 2023, p. 3.

²² Sul tema, si vedano le interessanti riflessioni di M. R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Il Mulino, Bologna, 2022.

Maria Ballester Cardell*

*Estrategias sociales y jurídicas para una nueva ciudad.
La perspectiva de género aplicada al urbanismo en España*

SUMARIO: 1. A modo de introducción – 2. Origen e integración de la perspectiva de género en los procesos de toma de decisión – 3. La perspectiva de género aplicada al urbanismo. Repensar el espacio urbano desde un enfoque distinto – 4. La incorporación del informe de impacto de género en el ordenamiento jurídico español (en el plano general y en el ámbito urbanístico) – 5. El análisis de la perspectiva de género como enfoque metodológico según la jurisprudencia – 6. En particular, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la perspectiva de género en el planeamiento urbanístico – 7. A modo de conclusión.

1. A modo de introducción

En momentos de crisis, el aumento de las desigualdades sociales exige adoptar nuevas estrategias que permitan un mejor ajuste de las normas jurídicas a las necesidades de los grupos y colectivos más vulnerables.

En este contexto, se enmarcan determinadas técnicas y estrategias que resultan fundamentales para el avance del Derecho Antidiscriminatorio. Nos referimos a la generalización de la inclusión, en los procedimientos normativos y en todo tipo de acciones y decisiones políticas, de los informes para analizar el impacto social que pueden tener tales actuaciones en ámbitos de especial protección (infancia y juventud, familia, identidad de género y sobre el colectivo LGTBI y, por supuesto, igualdad entre hombres y mujeres). En concreto, con este tipo de evaluación se pretende identificar los efectos que van a tener las normas o medidas proyectadas, sea cual sea su objeto material, sobre colectivos vulnerables y realizar recomendaciones con el fin de evitar consecuencias negativas no intencionales que puedan provocar o mantener una situación de discriminación. Se pretende, además, que tales normas contribuyan a la plena integración de esos colectivos en cualquier ámbito de la vida.

* Profesora Titular de Derecho Constitucional Universitat de les Illes Balears, Palma, España.

En España, a partir de la base constitucional que aspira a garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo (artículo artículos 1.1, 14 y 9.2 de la Constitución española), el legislador estatal y autonómico introduce la exigencia del llamado informe de impacto de género en todas las actuaciones públicas, como una estrategia más para hacer efectiva la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

De forma más específica, y por lo que aquí interesa, la perspectiva de género aplicada al planeamiento urbanístico y a la nueva proyección de las ciudades se ha previsto, tanto en la esfera estatal como en el ámbito autonómico, en las leyes de igualdad y en la legislación sectorial sobre el uso del suelo y la ordenación del territorio¹.

Con este enfoque se trata de articular una herramienta al servicio de la transversalidad de la igualdad en la reordenación de los espacios urbanos. En algunos supuestos, de forma específica, se señala que los planes urbanísticos deben ser objeto de evaluación previa de impacto en función del género e incluir medidas para promover la igualdad. Con ello se puede mejorar y reordenar la planificación urbanística e introducir nuevas propuestas de actuación en el espacio público a partir de la elaboración de diagnósticos sobre la situación de partida de hombres y mujeres en el entorno urbano, que todavía refleja desigualdades injustificadas. Sin embargo, la dispersión normativa sectorial y la diversidad de intereses que confluyen de la ordenación y planificación urbanística plantean notables dificultades, tanto en relación a la seguridad jurídica en el plano procedimental como sobre la operatividad práctica de los referidos informes². A ellos nos referiremos más adelante.

2. Origen e integración de la perspectiva de género en los procesos de toma de decisión

Las condiciones de vida de los hombres y las mujeres han sido muy distintas a lo largo de la historia y la discriminación hacia las féminas ha sido un fenómeno global que se ha generalizado en todos los tiempos y

¹ Z. MUXÍ-MARTÍNEZ, «Aplicación de la perspectiva de género al urbanismo y la arquitectura. Experiencias a escala regional y municipal en Cataluña», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 203, 2020, pp. 60-62.

² G. RUIZ ARNÁIZ, «El informe de impacto de género en el planeamiento territorial y urbanístico», *El Derecho.com*, 2017.

civilizaciones³.

En el plano jurídico, el interés por promover la igualdad de derechos entre ambos sexos se inicia a principios del siglo XX, a través de la implementación de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. El reconocimiento del principio de igualdad en la esfera normativa se consolida a partir de la segunda mitad del siglo XX, gracias a la influencia de los tratados y acuerdos internacionales y supraestatales, a partir del impulso de las medidas de acción positiva y la construcción del concepto de la discriminación indirecta⁴.

Pese a los progresos conseguidos durante estas etapas, los avances no son suficientes. «Las políticas y los marcos conceptuales [...] frecuentemente institucionalizan el mantenimiento y reproducción de la construcción social de género [...] [y] se está escribiendo inconscientemente una historia de discriminación y restricción de los roles»⁵. Existe una percepción de que el derecho, como construcción jurídico social, es visto como un instrumento impulsado principalmente por hombres, que no siempre responde a las necesidades de las mujeres. «La norma masculina es la que se adopta como norma para la sociedad en su totalidad, lo cual se refleja en las políticas y los marcos conceptuales [...] [que] reproducen frecuentemente y de forma no intencionada la desigualdad de los géneros»⁶.

Para contrarrestar este efecto, en la década de los noventa y en la órbita de Naciones Unidas y de la Unión Europea, surgen propuestas para la incorporación de la igualdad como un objetivo transversal, que tienen que estar presente en todas las políticas públicas y en los diferentes procesos de toma de decisión. En el ámbito del Consejo de Europa se define el enfoque de género como «la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo

³ Consejo de Europa, *Mainstreaming de Género. Marco conceptual, metodología y presentación de «buenas prácticas». Informe final de las actividades del Grupo de Especialistas en mainstreaming*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, p. 11.

⁴ En el ordenamiento interno, el concepto de discriminación indirecta derivado del acervo comunitario se incorpora en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en los términos siguientes: «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

⁵ Consejo de Europa, *Mainstreaming de Género. Marco conceptual, metodología y presentación de «buenas prácticas». Informe final de las actividades del Grupo de Especialistas en mainstreaming*, cit., p. 12.

⁶ *Ibid.*, p. 13

y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas política»⁷.

Conforme a este planteamiento, el derecho y los procesos de toma de decisión deben ser observados desde un enfoque de género para conocer de forma más precisa los efectos que tendrán las normas jurídicas sobre mujeres y hombres y para promover la igualdad real y de resultados en todas las acciones públicas. Se asienta, a través del marco internacional, la estrategia de la incorporación de la perspectiva de género como instrumento transformador de la sociedad, el derecho y las prácticas políticas⁸. En el plano interno, el legislador se hace eco de la transversalidad del principio de igualdad y de la integración del enfoque de género a través de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁹.

En este proceso resulta fundamental la contribución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la discriminación por razón de sexo¹⁰ y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹.

⁷ Ibid., p. 26.

⁸ S. DE LA SIERRA MORÓN, «La igualdad de género en la Unión Europea», *Estudios de la Unión Europea* (Ortega Álvarez, Luis Ignacio y De la Sierra Morón, Susana coordinadores), Universidad de Castilla-La Mancha, 2011, pp. 227-247; F. ESTEVE GARCÍA, «La evaluación del impacto de género en el proceso decisorio de las instituciones europeas», *La evaluación de impacto normativo por razón de género. Su aplicación efectiva en las instituciones europeas y en España*, (D. Canals Atmetller, dir), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 37-43.

⁹ Al inicio del apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007 se enfatiza que «La mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto».

¹⁰ L. LÓPEZ GUERRA, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 316-319).

¹¹ Sobre la contribución del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas durante el período de aplicación del Tratado de Maastricht (en concreto, sobre la obligación de los Estados de alcanzar la igualdad en la retribución entre hombres y mujeres por el mismo trabajo establecida en el art. 119), vid. V. GARCÍA MUÑOZ, *Los derechos de la mujer y el Tratado de Ámsterdam*, Parlamento Europeo, Luxemburgo, 1998, pp. 39-53, in <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/1998/167336/DG-4-FEMM_ET\(1998\)167336_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/1998/167336/DG-4-FEMM_ET(1998)167336_ES.pdf)>.

3. *La perspectiva de género aplicada al urbanismo. Repensar el espacio urbano desde un enfoque distinto*

Tradicionalmente, el urbanismo se ha considerado como una técnica o disciplina neutra, encargada de ordenar la relación entre los ciudadanos y el entorno construido. Durante mucho tiempo el desarrollo de pueblos y ciudades se ha diseñado en una lógica principalmente productiva y económica, a partir de un enfoque en el que hombre monopoliza el espacio público (trabajo, ocio, participación política), sin tener en cuenta la labor reproductiva y de los cuidados, tradicionalmente reservada a la mujer en la esfera privada o familiar¹². Tampoco se han atendido a las desigualdades sociales respecto a los colectivos más vulnerables (personas mayores, enfermas o con alguna discapacidad, inmigrantes).

En el último siglo, la ordenación territorial y urbanística de pueblos y ciudades ha seguido reflejando dinámicas (en el ámbito productivo, reproductivo, personal y comunitario) en las que no son tenidas en cuenta las necesidades específicas de las mujeres y no ha previsto actuaciones para afrontar la situación de la discriminación que todavía padecen las mujeres y otros colectivos vulnerables. En los últimos años se produce una transformación urbanística que provoca un crecimiento sin límites las ciudades, la expansión de las zonas periurbanas, y, en determinados territorios, una masificación turística. De esta forma, se conforma un modelo de ciudad que ofrece versiones menos amables de las urbes para sus residentes y, particularmente, para los sectores más vulnerables.

En este contexto, resulta imprescindible apostar por un urbanismo más igualitario e inclusivo, que tenga en cuenta la diversidad real de los espacios habitables, con el fin de facilitar que se habiten las ciudades en igualdad de oportunidades. Se postula la necesidad de observar la realidad urbanística desde prismas diferentes a los tradicionales que perpetúan desigualdades, así como racionalizar y regenerar el espacio urbano desde una perspectiva de género¹³. Ello supone que, ante la planificación del desarrollo urbanístico, cabe preguntarse cómo viven y experimentan los diferentes espacios los distintos colectivos que tienen necesidades diferenciadas.

A través del urbanismo desde la perspectiva de género se trata de evaluar

¹² C. INNERARITY GRAU; B. ACHA UGARTE; A. SANCHO MARTÍNEZ, «Género y Urbanismo: ¿hacia ciudades más sensibles e inclusivas?», *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas (RIPS)*, 2020, pp. 46-47.

¹³ Z. MUXÍ MARTÍNEZ; R. CASANOVAS; A. CICOLETTO; M. FONSECA; B. GUTIÉRREZ VALDIVIA, «¿Qué aporta la perspectiva de género al urbanismo?», *Feminismols*, 17, 2011, p. 107.

cómo se puede mejorar la situación de las mujeres y, a su vez, cómo se pueden satisfacer y mejorar las necesidades cotidianas de las personas en general. Se trata de «priorizar los seres humanos concretos y sus necesidades en todos los niveles del planeamiento, teniendo como objetivo principal hacer barrios y ciudades con redes adecuadas para la vida cotidiana de todas las personas que conviven en un territorio»¹⁴. Se han de repensar los espacios urbanos, de forma que permitan superar una lógica estrictamente economicista y productiva, y favorezcan el cuidado propio y de los demás. Con lo cual no sólo se intenta mejorar la situación de las mujeres, sino que se pretende beneficiar el tejido social en su conjunto.

La irrupción de la perspectiva de género en el ámbito urbanístico comienza, en la esfera internacional y supraestatal, a finales del siglo pasado. En el ámbito de distintas conferencias organizadas en el seno de Naciones Unidas, destaca la Declaración de Estambul (ONU 1996) con la llamada de atención sobre la necesidad de lograr que los gobiernos integren enfoque de género en la planificación de los asentamientos urbanos. La aprobación de la Nueva Agenda Urbana (ONU 2016) enfatiza el engarce entre las exigencias de la sostenibilidad de las urbes¹⁵ con medidas concretas para promover los principios de igualdad y no discriminación y la promoción de enfoques participativos que tengan en cuenta la edad y el género en los procesos de planificación urbana¹⁶. Así, por ejemplo, se plantea el ideal común de avanzar en la reorganización de ciudades y asentamientos urbanos para lograr la igualdad de género y la participación plena y efectiva de las mujeres en todas las esferas y en todos puestos de liderazgo¹⁷; se fija el compromiso de promover un entorno seguro e inclusivo en urbes y asentamientos teniendo en cuenta la situación de las mujeres y niñas y de otros colectivos vulnerables¹⁸; y se plantea la integración de los instrumentos de mitigación de los efectos del cambio climático a través de procesos de planificación urbana en los que se tendrá en cuenta la edad y el género¹⁹.

En el ámbito de la Unión Europea el instrumento más destacable es la Carta Europea de la Mujer en la Ciudad (1996), que contiene una serie de propuestas para fomentar, desde el enfoque de género, la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en el ámbito rural y urbano, así

¹⁴ Ibid., p. 113.

¹⁵ Conferencia de las Naciones Unidas, *Nueva Agenda Urbana*, 2017, p. 23

¹⁶ Ibid., p. 42.

¹⁷ Ibid., p. 20.

¹⁸ Ibid., p. 30

¹⁹ Ibid., p. 44.

como para alcanzar, como objetivos más generales, la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos por igual. Se propone una participación más activa de las mujeres en los procesos de toma de decisiones en el planteamiento urbanístico y en la transformación y la calidad ambiental. Además, se proponen cinco ámbitos de actuación preferente (planeamiento urbano y desarrollo; movilidad; seguridad ciudadana; vivienda; y estrategias políticas y prácticas) para un avance progresivo e irreversible en la consecución de aquellos objetivos.

Todavía, en esta misma línea la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, cuenta entre sus objetivos (número 11) «lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, residentes y sostenible». Hablar de ciudades sostenibles e inclusivas supone conectar este objetivo con algunos otros relacionados con la vida personal, como pueden ser poner fin a todas las formas de pobreza (ODS 1), garantizar una vida sana y promover el bienestar de las diferentes generaciones (ODS 3), o lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a las mujeres y las niñas (ODS 5). La interrelación y dependencia entre sostenibilidad e inclusividad repercute de forma significativa sobre la igualdad de género²⁰. La transversalidad del objetivo quinto, en el contexto de una ciudad más inclusiva, va más allá de la puesta en marcha de políticas de igualdad de oportunidades y ha de favorecer la transformación del entorno urbano que fortalezca e incremente las relaciones personales entre iguales²¹.

A partir de los principios contenidos en los documentos antes mencionados, y para dar cumplimiento a la legislación vigente a nivel nacional, ya se han proyectado en España iniciativas pioneras. Tal es el caso del proyecto Superilles de Barcelona, que, en un contexto más amplio y general, contiene un conjunto de medidas que se proponen la transformación urbana con un enfoque feminista²². Igualmente destacable es el documento «Ciudades cuidadoras. Guía de buenas prácticas para

²⁰ A. B. CASARES MARCOS, «Urbanismo e igualdad de género: el desarrollo urbano sostenible al Servicio de ciudades más inclusivas», Agenda 2030. Desarrollo Sostenible e Igualdad, Aranzadi, 2021, pp. 74-75.

²¹ F. BUYOLO GARCÍA: «La localización de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Lo local y lo global en una sola agenda», *La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2021, p. 50.

²² Z. MUXÍ-MARTÍNEZ, «Aplicación de la perspectiva de género al urbanismo y la arquitectura. Experiencias a escala regional y municipal en Cataluña», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, cit., pp. 61-66.

la aplicación de la perspectiva de género en el diseño urbano»; se trata de un proyecto encargado al Instituto Balear de la Dona y realizado por «Arquitectives» (presentado oficialmente en 2023), que tiene como objetivo poner a disposición de los equipos técnicos municipales una herramienta de referencia para el diseño o rehabilitación de espacios públicos con perspectiva de género, con el fin de garantizar la seguridad y el bienestar del conjunto de la ciudadanía.

4. La incorporación del informe de impacto de género en el ordenamiento jurídico español (en el plano general y en el ámbito urbanístico)

4.1. La evaluación del impacto de género en el ámbito estatal

La Constitución española de 1978 establece los fundamentos básicos para conseguir la igualdad de derechos entre todas las personas a partir de la voluntad, establecida en el Preámbulo, de «garantizar la convivencia democrática [...] conforme a un orden económico y social justo». El artículo 1.1 incluye la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico que sustenta todo el edificio jurídico-constitucional. Por su parte, los artículos 14 y 9.2 de la Constitución, a través de una visión más global, concretan y reafirman la igualdad como principio a través las dimensiones formal y material, fundamentales y complementarias²³.

Por su parte, a través del artículo 10.2 de la Constitución española, mediante la inclusión de una cláusula interpretativa, se implementan a nivel interno los imperativos de la integración de la perspectiva de género, originados y asentados a nivel supraestatal (principalmente, a partir de la conferencia de Beijing de 1995) y a nivel de la Unión Europea (a través de su inicial reconocimiento en el artículo 3 del Tratado de Ámsterdam de 1997 del carácter transversal de las políticas de igualdad y el posterior

²³ La STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 4^a) nos recuerda que «el art. 14 concreta la igualdad como valor superior del ordenamiento (art. 1 CE) en un verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable por jueces y tribunales, que no es simplemente instrumental a los demás derechos fundamentales, sino que adquiere un contenido propio. En un Estado social y democrático de Derecho, como el que establece nuestra Constitución, el derecho a la igualdad no consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos, y que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).»

refuerzo de la igualdad entre hombres y mujeres como principio estructural y derecho fundamental en el Tratado de Lisboa de 2009). Todo ello, además, en el marco de las políticas de *Better Regulation*²⁴, con las que se pretende que las normas y políticas públicas logren sus objetivos al menor coste, sean más comprensibles, más transparentes y más eficaces²⁵.

Uno de los principales instrumentos para integrar la perspectiva de género en el ámbito jurídico y mejorar los procesos de elaboración normativa es la evaluación del impacto de género, concebido como proceso analítico a través del cual se ha de determinar si una determinada medida puede reducir, mantener o incrementar la desigualdad entre hombres y mujeres. En concreto, el análisis previo desde la perspectiva de género tiene por objetivo mejorar el proceso de toma de cesión y facilitar un avance efectivo de las políticas de igualdad.

En España, a partir de la aprobación de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, se exige, sin mayor concreción, que en la tramitación de proyectos de ley y disposiciones reglamentarias por parte del Ejecutivo se debe realizar un análisis de impacto de género de las medidas que se establecen en tales propuestas normativas.

En un plano más general, la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece la obligación de ajustar toda acción política al compromiso de efectividad de la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 14) y se indica que este principio debe informar, de manera transversal, la actuación de todos los poderes públicos (artículo 15). Entre los instrumentos básicos para conseguir tales objetivos destacan los informes de impacto de género, «cuya obligatoriedad se amplía desde las normas legales a los planes de especial relevancia económica y social que sean aprobados en el Consejo de Ministros» (artículo 19). En relación a la ordenación territorial, el artículo 31.3 dispone que «Las Administraciones públicas tendrán en cuenta en el diseño de la ciudad, en las políticas urbanas, en la definición y ejecución del planeamiento urbanístico, la perspectiva de género, utilizando para ello, especialmente, mecanismos e instrumentos que fomenten y favorezcan la participación ciudadana y la transparencia.» La norma, además, habilita al Gobierno

²⁴ Se trata de iniciadas que en el ámbito de la Unión Europea se implementan a partir de los años noventa para mejorar la relación entre el nivel europeo y el nacional.

²⁵ Así se deduce de la COM (2015), 215 final, que lleva por título «Legislar mejor para obtener mejores resultados-Un programa de la UE, in <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0215&from=EN>>..

para que establezca los indicadores que deben tenerse en cuenta para la elaboración del informe del impacto de género.

De forma más detallada, el inicial despliegue normativo por el cual se establecen las pautas orientativas para realización de los informes de impacto de género (mediante el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, ahora derogado), dispone que se trata de analizar y valorar «los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto» (artículo 2.1.e).

Posteriormente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), modifica la Ley del Gobierno en el sentido de exigir que el órgano responsable de la tramitación de las normas con rango de ley y los reglamentos elaborará, con carácter preceptivo, la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, entre cuyos apartados deberá contener el informe de impacto de género. Concretamente, el artículo 26.3.f) de la Ley del Gobierno dispone, con un mayor nivel de precisión, que el impacto por razón de género «analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación de la norma desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto.» Además, el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (y por el cual se deroga el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, antes mencionado) dispone la inclusión del análisis por razón de género junto con los distintos impactos sociales —en la infancia y adolescencia y la familia—, producto de las previsiones legales sectoriales.

Por su parte, en un ámbito más específico, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, incluye varias previsiones a tener en cuenta a los efectos que aquí interesan. De un lado, la igualdad de trato y de oportunidades es uno de los principios que, junto a otros, debe inspirar las políticas públicas de desarrollo territorial y urbano sostenible (artículo 3.2). Además, uno de los criterios básicos de utilización del suelo a los que deben atender las administraciones públicas competentes en la materia, para hacer efectivos los principios que inspiran esta ley, es el de la perspectiva de género (artículo 20.1.c). Trasluce en estos preceptos la consideración del carácter no neutral de los principios que han de inspirar la construcción y

la edificación del medio que habitamos.

Además, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, incluye entre sus principios inspiradores, la transversalidad y la integración de la dimensión de género en «la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas.» El artículo 4.4 de la Ley dispone que «en las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas.» Y el artículo 20.1 prevé que «Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, garantizarán que las políticas de urbanismo y vivienda respeten el derecho a la igualdad de trato y prevengan la discriminación, incluida la segregación residencial».

4.2. *La evaluación del impacto de género en el ámbito autonómico*

La igualdad, como valor superior del ordenamiento jurídico y como mandato a los poderes públicos para remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad real, tiene su reflejo, además, en los subsistemas autonómicos que se han forjado a partir del proceso de descentralización política del Estado español²⁶.

Algunos Estatutos de autonomía incluyen una referencia a la igualdad de hombres y mujeres en el Preámbulo (tal como sucede en Cataluña o de Illes Balears); todos establecen la cláusula genérica de igualdad como objetivo o principio rector de las políticas públicas; en algunos la igualdad efectiva entre hombre y mujer se configura como objetivo básico de la comunidad Autónoma (Andalucía, Comunitat Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, o Extremadura); la mayoría contiene referencias a la igualdad de la mujer en el epígrafe dedicado a los derechos (Cataluña, Andalucía, Comunitat Valenciana, Canarias, Illes Balears, Castilla y

²⁶ En la obra *Género, Constitución y Estatutos de autonomía* (T. Freixes Sanjuán y J. Sevilla Merino, coord.), INAP, Madrid, 2005, se dedica un bloque temático al ámbito de «Genero y Estatutos de Autonomía», en el que se recogen aportaciones sobre los avances en la materia a nivel territorial. Se incluye también en esta obra el «Informe sobre las bases para la incorporación de la perspectiva de género en las reformas de los Estatutos de autonomía», en el que se abordan temas como la acción positiva, la paridad en el ámbito electoral o en los cargos electivos, o la prohibición del acoso sexual. Para un análisis más amplio sobre la recepción estatutaria de la perspectiva de género, vid. M. SOLER SANCHEZ, «La igualdad de las mujeres y hombres en el Estado Autonómico: una visión comparada sobre la perspectiva de género en los Estatutos de Autonomía», *La Solidaridad en el Estado autonómico* (V. Garrido Mayol coord.), Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, 2012, pp. 99-118.

León); con diferente nivel de concreción, se incluyen en los Estatutos las competencias exclusivas en políticas de igualdad o de género (excepto Asturias); en algunos casos, la cláusula de la paridad en la ley electoral es tenida en cuenta como coordinada básica (Cataluña, Extremadura, Castilla-León) o en los nombramientos y designaciones (Andalucía); e incluso determinados preceptos estatutarios se refieren específicamente a la igualdad en el empleo y en la contratación pública (Andalucía) o a la transversalidad en la incorporación de la perspectiva de género y de las mujeres en todas las políticas públicas (Estatuto de Cataluña o Castilla y León).

Los diferentes subsistemas autonómicos ofrecen un grado diverso de asentamiento y profundidad de la integración de la perspectiva igualitaria en el conjunto del ordenamiento jurídico²⁷. En algunos casos, la exigencia del informe de impacto de género se produce mediante los títulos competenciales referidos a las peculiaridades de la organización propia y a las especialidades de procedimiento administrativo. Posteriormente, tales exigencias se incluyen a través de las leyes autonómicas de igualdad.

Por lo que aquí interesa, algunas leyes autonómicas de igualdad contienen previsiones específicas sobre la incorporación del principio de impacto de género a los planes urbanísticos y de ordenación territorial. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 57 de la Ley balear 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres, según el cual las políticas y programas en materia de planeamiento urbanístico deben integrar la perspectiva de género (artículo 57).

La misma cuestión se regula más detalladamente en el reciente Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres del País Vasco. En concreto, la norma prevé que «Los planes que tengan naturaleza jurídica de disposiciones de carácter general, en particular los territoriales y urbanísticos, deben ser objeto de evaluación previa de impacto en función del género e incluir medidas para promover la igualdad.» (artículo 20.7). Mientras que, de forma más

²⁷ A. NOGUEIRA LÓPEZ, «La evaluación de impacto de género ¿Rutina o gafas lilas?», *La evaluación de impacto normativo por razón de género. Su aplicación efectiva en las instituciones europeas y en España*, (D. Canals Atmetller, dir), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 321-324; C. TOLOSA-TRIBIÑO, «El informe de impacto de género en el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 203, 2020, pp. 35-37; y A. B. CASARES MARCOS, «Urbanismo e igualdad de género: el desarrollo urbano sostenible al Servicio de ciudades más inclusivas», cit., p. 89.

específica, esta misma ley se refiere a las cuestiones que deberán considerarse para garantizar la perspectiva de género en el diseño de las políticas de ordenación del territorio, tales como «el fomento del conocimiento de las diferentes necesidades de mujeres y hombres en cuanto a la movilidad de espacios, infraestructuras y servicios relacionados con las políticas de [...] urbanismo» (artículo 50.1.a).

Igualmente, el enfoque de género en las políticas urbanísticas también aparece explicitado recientemente en algunas leyes autonómicas sectoriales. En el caso de Baleares, el artículo 39.3 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo, dedicado a la memoria del plan general, hace referencia a la memoria social que debe contener una evaluación del impacto de la ordenación urbanística propuesta en función del género. Por su parte, en el artículo 30.1 del Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística para la comunidad de Castilla-La Mancha, se dispone que los diferentes planes especiales incluirán una Memoria que deberá incorporar, en su caso, el análisis y las consecuencias, bajo la perspectiva de género de los aspectos demográficos, sociológicos y ambientales.

Los últimos estudios sobre la inclusión de la perspectiva de género en la legislación autonómica sobre territorio y urbanismo en España concluyen que los avances conseguidos en este campo dependen, principalmente, de la sensibilización social (que se traduce la orientación política de los distintos gobiernos autonómicos), así como de la mayor presencia de las mujeres en puestos de decisión y la representación equilibrada en órganos asesores y de toma de decisiones (Bermejo Lorenzo y Fernández García, 2022, p.2 y 11-12).

En cualquier caso, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el tema que nos ocupa suscita un debate sobre dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, como se concreta, desde un punto de vista formal, la exigencia legal para que se incluya el enfoque de género en la planificación urbanística (hasta el punto de que su ausencia pueda llegar a determinar la nulidad del planeamiento aprobado). En segundo lugar, y en el plano material, hasta qué punto la perspectiva de género efectivamente se proyecta en la ordenación de las determinaciones contenidas en el plan. Sobre estas cuestiones se ha pronunciado la jurisprudencia de los altos tribunales españoles.

5. El análisis de la perspectiva de género como enfoque metodológico según la jurisprudencia

En los últimos años se han producido respuestas judiciales que se han ido modulando y que han permitido trazar las líneas maestras sobre la aplicación del enfoque de género al urbanismo. Antes de referirnos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión, conviene hacer una breve alusión a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la importancia de la perspectiva de género en cualquier ámbito de actuación de los poderes públicos.

La STC 44/2023, de 9 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, analiza el mandato establecido por el legislador para incluir la perspectiva de género en la formación de los profesionales de la salud (artículos 5.1.e y 8). Según los recurrentes, esta previsión sería contraria a la libertad ideológica, de conciencia y de enseñanza. El alto Tribunal niega que la perspectiva de género sea una ideología determinada y parte de la idea de que el fin perseguido en la utilización de esa metodología es hacer efectivo el principio de igualdad entre hombre y mujer; que ello supone una manifestación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); y que la igualdad entre hombres y mujeres forma parte de los fines constitucionalmente perseguidos a través del derecho a la educación. La STC 44/2023 concluye que «la integración de la perspectiva de género en las políticas educativas, sanitarias y sociales significa tener en cuenta las diferentes necesidades de hombre y mujer en dichas áreas de la realidad, con el objetivo último de garantizar una igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres» y que supone un «enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal orientado a promover la igualdad entre mujeres y hombres, como parte esencial de una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos». [FJ, 10.a)]

También el Tribunal Supremo (entre otras, en la STS 11/2020, Sala Cuarta, de 6 de febrero) recuerda que, con arreglo a los preceptos de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres «[l]a igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» y que «el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos» [FJ 3.3].

6. En particular, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la perspectiva de género en el planeamiento urbanístico

En un primer momento, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de la preceptividad o no del informe de impacto de género en el trámite de elaboración y aprobación del Plan de Ordenación del Territorio.

La STS de 6 de octubre de 2015, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) resuelve un recurso de casación en el que se dirime la nulidad de pleno derecho (entre otros motivos, por la ausencia del informe de impacto de género) del Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental.

En relación a esta cuestión, la Junta de Andalucía expone que el informe de impacto de género (que no se emitió) únicamente hubiera podido expresar que no existe tal impacto en las determinaciones del Plan de Ordenación territorial y que, por consiguiente, aquella deficiencia debería ser considerada una irregularidad no invalidante.

Sin embargo, la Sentencia analiza la cuestión partiendo de la equiparación de los planes de ordenación a los reglamentos del gobierno en cuanto al procedimiento para su aprobación. Se señala que la Ley andaluza 12/2007, de 26 de noviembre, de igualdad, establece la exigencia del informe de impacto de género en todos los reglamentos y planes que apruebe el Consejo de Gobierno. Dado que dicho informe no se recabó, siendo preceptivo, la Sala concluye que en el trámite de aprobación del planeamiento urbanístico se ha producido un defecto invalidante del procedimiento y, por extensión, la nulidad radical de la norma recurrida.

La Sentencia cuenta con un voto particular que parte de la cuestión de la transversalidad del informe de impacto de género; se asume que esta estrategia se extiende a todos los sectores de la actividad administrativa; se recuerda que la evaluación de impacto solo resulta legalmente exigible para la tramitación y aprobación de proyectos de ley o reglamentos. Dado que se considera que no existe una identidad completa entre los planes urbanísticos y los reglamentos (y que los primeros no están sometidos a los mismos aspectos procedimentales), se colige que el carácter preceptivo del informe de impacto para los planes urbanísticos de género tan sólo podría venir exigido por la normativa sectorial.

Por su parte, la STS 1750/2018, de 10 de diciembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta), analiza la exigibilidad del informe de impacto de género (en este caso, por aplicación

supletoria del Derecho estatal) en la tramitación del PGOU de Boadilla del Monte. Previamente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid había anulado el PGOU porque no contaba con la citada evaluación que, en este caso, consideró preceptivo; conforme a su argumentación, ante la no exigencia por parte de la legislación autonómica del informe de impacto de género en la elaboración de los reglamentos autonómicos, debía aplicarse supletoriamente el derecho estatal (en concreto, las previsiones contenidas en la Ley 50/2007, de 27 de noviembre, del Gobierno), que sí establece la preceptividad del trámite.

En este asunto, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina, sobre la supletoriedad del derecho estatal en los procedimientos autonómicos de elaboración normativa, en el sentido de considerar que si la legislación autonómica establece una regulación completa del procedimiento no cabe acudir a las reglas de la supletoriedad (a que se refiere el artículo 149.3 CE). Todo ello para concluir que, en el caso examinado, la exigencia del informe de impacto de género en la legislación estatal se limita al ámbito de actuación del Gobierno de la Nación; y, en consecuencia, que apreciar la nulidad radical del PGOU por falta de informe de impacto de género, en aplicación de la cláusula de supletoriedad del derecho del Estado no encuentra apoyo en la actual jurisprudencia.

En este caso, pese a desestimar el recurso a partir de un análisis estrictamente formal (sobre la exigencia o no del informe de género), en la Sentencia se sostiene que «ello no es óbice para que puedan discutirse a través de la impugnación del Plan, los concretos y específicos aspectos que pueden incidir en una ordenación de naturaleza discriminatoria. [...] la cuestión de fondo no ha sido abordada porque no se han puesto de relieve qué aspectos concretos del plan pueden resultar, a juicio de los recurrentes, contrarios al principio de igualdad de género, por lo que el plan no puede ser objeto de una declaración genérica de nulidad, con base en la infracción de un trámite formal que no le era exigible». Tras lo cual, la Sala establece, como doctrina jurisprudencial, que «si bien la cláusula de aplicación supletoria del derecho estatal no permite sostener la exigencia a las Comunidades Autónomas de un requisito, como es el informe de impacto de género, en materia de ordenación urbanística, que no figura previsto en su propia legislación, el principio de igualdad de trato es un principio inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano, que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, esto es, no es necesario el sometimiento del plan a un trámite específico para que esa perspectiva

sea tenida en cuenta y para que, en otro caso, el citado plan pueda ser impugnado y el control judicial alcanzar a dichos extremos.»

Esta doctrina, sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los planes urbanísticos y sobre la exigencia del informe de impacto de género en la tramitación de dichos planes, se ha visto reflejada, entre otras, en las SSTS 426/2020, de 18 de mayo y 176/2022, de 11 de febrero.

Por último, queremos referirnos a la STS 491/2022, de 27 de abril, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, que anula la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que había declarado nulo el decreto por el cual se aprobó el Plan de Acción Territorial de la Infraestructura Verde del Litoral (PATIVEL). En dicha sentencia se señala que la doctrina sobre la exigibilidad de informe de impacto de género en la tramitación de planes urbanísticos es también aplicable a los planes de ordenación territorial y que el principio de igualdad se mantiene como principio inspirador en este ámbito.

Sobre el significado del carácter *neutro* de los informes de impacto de género en los proyectos normativos o en la planificación urbanística, se ha de partir del concreto contenido del informe en el supuesto que se examina. La Sentencia indica que «Si en el caso enjuiciado cabe deducir que realmente se llevó a cabo el análisis del impacto que las determinaciones del plan de ordenación territorial podrían tener sobre el género, familia, infancia y adolescencia, los informes “neutros” no serán equivalentes a inexistentes; por el contrario, cuando pueda inferirse que se ha utilizado una fórmula rituarial para afirmar la neutralidad de la norma a esos efectos, pero que no ha existido realmente un análisis sobre el particular, esos informes deben reputarse inexistentes.»

En el caso examinado por la Sala consta que resulta exigible, a través de la legislación autonómica sobre igualdad en la tramitación de los proyectos normativos se recabe el informe de impacto de género. Consta también que en el curso del procedimiento se ha incorporado un informe en el que se concluye, tras analizar la descripción general de la norma y los objetivos generales del proyecto, que «no hay una afectación que pueda justificar el análisis desde la perspectiva de género.» La Sala considera, en fin, que tal informe no puede calificarse de rituario y tampoco puede considerarse inexistente; con lo cual, para evitar consecuencias desproporcionadas a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, rechaza que pueda anularse el PATIVEL. Todo ello para concluir «que para poder declarar fundadamente la nulidad del PATIVEL por este motivo, deberían haberse

precisado suficientemente cuáles eran las concretas determinaciones incluidas en el plan aprobado que incurrían en contravención del principio de igualdad [...]; o, de otro modo, debería haberse indicado el motivo por el que se apreciaba que una específica omisión en las determinaciones del plan comportaba una quiebra de aquel principio».

7. A modo de conclusión

La incorporación eficaz del enfoque transversal de género en los planes y programas urbanísticos es una labor ardua y compleja, no exenta de dificultades. En una maraña de trámites administrativos, la elaboración del informe de impacto de género corre el riesgo de convertirse en un mero requisito formal que no profundice suficientemente en el análisis y diagnóstico que se debe de realizar. La formación, información y sensibilización no sólo de los órganos con poderes de decisión, sino también de los técnicos o unidades que deban poner en práctica este instrumento son condicionantes que no deben menospreciarse. Todo ello, unido a las dificultades ya apuntadas sobre un marco normativo no siempre claro acerca de la exigencia del impacto de género en el ámbito urbanístico, tiene su reflejo en importantes dudas —que la jurisprudencia trata de solventar— sobre la forma y los aspectos sustantivos sobre la evaluación del impacto de género y el efecto resultante sobre la necesaria adaptación de los espacios urbanos a un modelo nuevo de ciudad.

Felio José Bauzá Martorell*

Territorio y digitalización: especial referencia al turismo

SUMARIO: 1. Planteamiento – 2. Turismo y territorio inteligentes. La perspectiva de los datos – 3. La intervención administrativa ante el turismo y el territorio inteligentes – 3.1. Datos abiertos – 3.2. Destinos inteligentes y datos abiertos – 3.3. Reutilización de datos turísticos – 4. Prestación de servicios públicos en destinos inteligentes – 4.1. Servicios públicos 4.0 – 4.2. Actuaciones administrativas automatizadas – 5. Las limitaciones al territorio turístico. La zonificación de la vivienda turística – 6. Limitaciones administrativas en materia de privacidad – 7. Seguridad informática – 8. Conclusiones.

1. *Planteamiento*

La incorporación de medios técnicos al turismo –desde la oferta de servicios turísticos, la intermediación, la contratación, la prestación, la formulación de opiniones y, en su caso, de reclamaciones- ha supuesto una profunda transformación del modelo convencional en poco tiempo, dando lugar a un entorno muy distinto al tradicional, en el que las relaciones jurídicas entre los distintos operadores demandan una urgente adaptación de las regulaciones existentes¹.

Turismo y territorio son dos bienes jurídicos directamente imbricados, hasta el punto de que una disciplina del derecho administrativo –especialmente en territorios insulares- es la ordenación territorial y urbanística del turismo. Hoy el análisis de las relaciones entre turismo y territorio no se entiende sin los datos, que hasta fechas recientes han pasado desapercibidos y que en los últimos tiempos se valora su aportación a las relaciones jurídicas².

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de las Islas Baleares.

¹ Ya sea en materia de competencia, de la comercialización hotelera a través de canales electrónicos, la autenticación de sitios web, la intervención administrativa, las consideraciones fiscales o los aspectos procesales de la contratación en línea, *vid.* A. MARTÍNEZ NADAL (Dir) *Turismo y nuevas tecnologías*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2016.

² La Administración turística puede ampararse en los portales de internet para verificar si

Cuando los datos relativos a territorio y turismo crecen exponencialmente en cantidad, variedad y velocidad, nos hallamos en un contexto de macrodatos o datos masivos (conocidos con el anglicismo de *big data*), cuyo procesamiento mediante técnicas automatizadas permite generar a su vez otros datos. En cualquier caso la minería de datos, la denominada “internet de las cosas” y en general la inteligencia artificial, aplicadas al sector turístico, permiten desarrollar el turismo inteligente, que plantea desafíos jurídicos que no había contemplado el legislador como consecuencia de la celeridad de su implantación.

2. Turismo y territorio inteligentes. La perspectiva de los datos

En el sector del turismo la revolución de los datos es particularmente intensa e importante. Intensa porque la estadística revela que más del 95% de los viajeros utilizan los recursos digitales en el transcurso de sus viajes, visitando una media de 19 páginas web en cada viaje; el canal móvil se ha convertido en un importante medio de venta en el sector, alcanzando el 12,5% de todas las reservas en línea³. Es importante porque en general la revolución digital tiene un impacto de 1,25 billones de euros en las principales economías mundiales⁴, y en particular porque los datos en turismo tienen un valor estratégico de primer orden en tanto que permiten predecir comportamientos futuros y adelantarse con ofertas competitivas. Adicionalmente en el turismo más que en cualquier otro ámbito el flujo de datos puede ser nacional, pero también transfronterizo, extremo que complica sobre manera las relaciones jurídicas de contratación y de impugnación en sede judicial y –por lo que aquí interesa– de control administrativo⁵. Todo ello conduce a la creación de un Espacio europeo de

los inmuebles que se ofertan como vivienda turística cuentan con un título habilitante. F. J. BAUZÁ MARTORELL, *Intervención administrativa en la vivienda turística vacacional*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 189, Enero-marzo 2018, pp. 313-346.

³ F. J. BAUZÁ MARTORELL, *Big data y open data en la administración turística: acceso y reutilización de información*, en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 108. 2017. Págs. 19 a 41.

⁴ Fuente: Índice de densidad digital: guiando la transformación digital. Accenture. Citado en Fundación Orange. La transformación digital en el sector turístico.

⁵ Sobre la transferencia internacional de datos, *vid.* U. ABERASTURI GORRIÑO, *Movimiento internacional de datos. Especial referencia a la transferencia internacional de datos sanitarios*, in *Revista de Administración Pública* núm. 186. Madrid, septiembrediciembre 2011. pp. 329-369; N. BUISÁN GARCÍA, *Movimiento internacional de datos*,

datos en turismo⁶.

La técnica de los macrodatos combina el tratamiento de un mayor volumen de información, a una velocidad superior, de una variedad de datos y de fuentes distintas, alcanzando una mayor exactitud en el tratamiento de la información.

En efecto un análisis *inteligente* de los datos permite detectar comportamientos y tendencias, conocer al cliente y el desarrollo del producto, optimizar procesos, atraer y fidelizar clientes, y en definitiva tomar decisiones de manera proactiva y con celeridad. Todo ello en un sector que mueve 179.000 millones de euros anuales y que constituye el 13,6% del PIB⁷.

A mayor abundamiento esta masificación de datos turísticos se inserta en un contexto de gobierno abierto y transparencia⁸, de manera que el ordenamiento jurídico obliga a publicar la información *relevante* de que dispongan las Administraciones Públicas, haciendo posible la reutilización de los datos mediante el uso de estándares tecnológicos y de tratamientos masivos de información.

En este contexto no puede pasar desapercibida la perspectiva administrativa, porque –teniendo en cuenta que todos los niveles de Administración participan en el turismo como materia competencial⁹–

en En C. LESMES SERRANO (Coord.) *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su Jurisprudencia*. Lex Nova. Valladolid, 2008. Pág. 572. R. BARCELÓ – M. V. PÉREZ ASINARI Transferencia internacional de datos personales. En R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (Coord.), *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento de desarrollo de la LOPD*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. Pág. 145.

⁶ F. J. BAUZÁ MARTORELL Aspectos jurídicos del espacio europeo de datos de turismo *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 126 (mayo-agosto). 2023. Págs. 17 a 62.

⁷ Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Cuenta satélite del Turismo de España. 2023.

⁸ L. COTINO HUESO El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades. En J. VALERO TORRIJOS – M. FERNÁNDEZ SALEMRÓN (Coords). *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*. Thomson Reuters –Aranzadi. Cizur Menor, 2014. Págs. 37 a 71.

⁹ La ordenación turística es competencia autonómica en España como consecuencia de que todos los estatutos de autonomía incorporaron el turismo entre sus competencias exclusivas; no obstante, no es menos cierto que el Estado se reserva la promoción exterior del turismo y que las Corporaciones Locales prestan servicios directamente relacionados con el turismo de acuerdo con el título competencial que les atribuye el art. 25 LBRL. En consecuencia puede afirmarse sin riesgo a equivocarse que en España todas las Administraciones intervienen en turismo. Sobre el régimen competencial del turismo, *vid.* C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ *Derecho administrativo del turismo*. Marcial Pons. 7ª ed. Madrid, 2016. *Vid.* asimismo F. J. BAUZÁ MARTORELL *Administrative Law of Tourism*. Edicions UIB. Palma, 2023.

debe admitirse que las Administraciones Públicas son uno de los principales creadores de datos, cuyo tratamiento y procesamiento les permite tomar decisiones públicas, evaluar la efectividad de las normas y facilitar la participación ciudadana¹⁰.

3. *La intervención administrativa ante el turismo y el territorio inteligentes*

Ya sea porque la Administración es un agente activo en la generación y reutilización de datos turísticos y territoriales, o bien porque tiene que velar porque el acceso a los datos y uso que realiza el sector privado sea conforme a Derecho, en ambos casos no puede dejar de atenderse su intervención en materia de turismo inteligente.

3.1. *Datos abiertos*

Dentro de los límites en materia de privacidad y con el riesgo de la seguridad informática, la apertura de datos generados por la Administración turística resulta una exigencia de la transparencia de los poderes públicos en un contexto de control de la actividad administrativa, y al mismo tiempo hace posible su reutilización, ya sea por la propia Administración, o bien por particulares y empresas del sector turístico.

En este sentido, recoger unos datos que por sí mismos carecen de valor y dotarlos de significado para convertirlos en conocimiento válido y con valor para otros constituye la esencia de los datos abiertos¹¹.

En relación con la generación y transferencia de datos, los medios técnicos en el sector turístico por un lado han reducido la actividad de mediación por cuanto permiten relacionar directamente al usuario con el prestador de servicios turísticos, y, por otro, intensifican esta actividad de mediación, toda vez que hacen posible que portales de internet en cualquier lugar del mundo se conviertan en mediadores¹².

¹⁰ A. CERRILLO MARTÍNEZ, Datos masivos y datos abiertos para una gobernanza inteligente *El profesional de la información*, 2018, septiembre-octubre, v. 27, n. 5, pág. 1128 y 1129.

¹¹ J. LLINARES, *Las 10 claves para entender la colaboración en el modelo open government* En C. CALDERÓN – S. LORENZO (Coords), *Open government: gobierno abierto*. Algón Editores. Alcalá la Real, 2010. Pág. 51.

¹² F. J. BAUZÁ MARTORELL, Transformaciones del derecho público del turismo con

En cualquier caso, ya sea porque el prestador de servicios se anuncia en la red (el caso del propietario de viviendas turísticas vacacionales que ofrece un inmueble de su propiedad, a cambio de un precio, en un portal como *airbnb*), o porque un portal web intercepta el anuncio de un particular y lo incorpora a su catálogo de servicios, lo cierto y verdad es que millones de datos de usuarios y prestadores de servicios turísticos circulan por la red sin apenas control.

3.2. *Destinos inteligentes y datos abiertos*

Los destinos inteligentes se caracterizan por la aplicación de medios técnicos a la gestión de servicios públicos locales al objeto de lograr una mayor eficiencia en la utilización de medios, espacios e infraestructuras de titularidad municipal.

En este sentido forman parte de la ciudad inteligente los sensores en los vehículos de transporte público para conocer dónde se encuentran vehículos y pasajeros, y así predecir el tiempo que tardan en llegar a una parada; un lector de fugas en la red de agua potable para maximizar este recurso etc. En definitiva se trata de objetos y sensores interconectados de manera permanente y automatizada que suministran una información en tiempo real. Todos estos datos, interconectados a su vez unos con otros, combinando distintas fuentes, arrojan a su vez otra información adicional tanto de la ciudad como muy especialmente de los ciudadanos.

Los macrodatos hacen posible en consecuencia una observación dinámica de la ciudad, de acuerdo con las teorías de urbanistas de los años setenta y ochenta del siglo XX¹³, pero también de las preferencias comerciales de sus habitantes, información que posee un enorme interés para los operadores económicos.

Un problema que no puede pasar desapercibido consiste en la multitud de actores que intervienen en las proyecciones de la ciudad inteligente. En efecto, si nuestro análisis se centra en la intervención administrativa en materia de turismo ante el reto de los macro datos y los datos abiertos, en las distintas políticas públicas vinculadas directa o indirectamente al turismo interviene no sólo la Administración junto al prestador y al

ocasión de las nuevas tecnologías. En A. MARTÍNEZ NADAL (Coord.) *Turismo y nuevas tecnologías*. Thomson Reuters- Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Págs. 127 a 156.

¹³ R. BARTHES, *Semiología y urbanismo*. 1970. K. LYNCH, *La buena forma de la ciudad*. 1981. F. GIOVENALE, *Come leggere la città*. 1977. Y FRIEDMAN, *Hacia una arquitectura científica*. Alianza editorial. Madrid, 1973.

usuario del servicio turístico, sino también los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que hacen acopio de unos datos de unos particulares que –con arreglo a la LOPD- no pueden ceder a terceros so pena de incurrir en una infracción¹⁴. Sobre el asunto del consentimiento en la transmisión de datos nos detendremos en el epígrafe correspondiente.

3.3. Reutilización de datos turísticos

La información de que disponen las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones (autorizaciones, control y fiscalización, seguimiento, estadísticas...) tiene un incalculable valor tanto para otros organismos públicos como para el sector privado. Estos datos públicos, combinados con otros datos públicos y privados, permiten crear y agregar valor, contribuyendo a prestar servicios públicos más eficaces y eficientes, al tiempo que contribuyen al crecimiento económico y la generación de riqueza y empleo¹⁵.

En el caso concreto del turismo, la Administración genera gran cantidad de información de interés para el sector privado. La creación de redes de conocimiento y la gestión de esa información es un elemento clave para la competitividad del sector, al que le interesan no sólo datos estrictamente turísticos (alojamiento, oficinas de turismo, restauración...), sino también los relativos a la cultura y patrimonio, meteorología, compras, ocio, transporte, negocios, naturaleza, deportes. etc.¹⁶ y hasta –por qué no- políticas de simplificación administrativa¹⁷.

La definición legal de la reutilización consiste en el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública (art. 3.1 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la

¹⁴ J. VALERO TORRIJOS – J. R. ROBLES ALBERO Open Smart cities: ¿de quién son los datos?. En AAVV. *Regulating Smart cities. Actas del XI Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. UOC-Huygens Editorial. Barcelona, 2015. Pág. 17.

¹⁵ A. CERRILLO I MARTÍNEZ La información del sector público: del acceso a la reutilización. En A. CERRILLO I MARTÍNEZ –A. GALÁN GALÁN (Coords.) *La reutilización de la información del sector público*. Comares. Granada, 2006. Pág. 3.

¹⁶ P. J. GARCÍA SAURA La reutilización de recursos de la información en el sector turístico. Acceso por parte del entramado empresarial a la información administrativa y su posterior reutilización comercial *Cuadernos de Turismo* núm. 34. 2014. Págs. 102 y 105.

¹⁷ Por ejemplo, la sustitución de la técnica autorizatoria por la declaración responsable a partir de la incorporación de la Directiva de Servicios a los ordenamientos internos.

información del sector público).

A sensu contrario y en sentido negativo la reutilización no constituye una actividad administrativa (con arreglo a un título habilitante y de acuerdo con un procedimiento regulado), como tampoco puede confundirse con el intercambio de documentos entre Administraciones Públicas en el ejercicio de las funciones que tengan atribuidas¹⁸.

El régimen administrativo de la reutilización comprende los formatos disponibles para la reutilización, la prohibición de derechos exclusivos, la aplicación de tarifas, las condiciones de reutilización, las licencias, el procedimiento de solicitud y el régimen sancionador. Por último no puede dejar de mencionarse que España ha obtenido la mayor puntuación por el Portal Europeo de Datos en el segundo Informe de Evaluación del Nivel de Madurez del Ecosistema de Datos Abiertos¹⁹.

4. *Prestación de servicios públicos en destinos inteligentes.*

4.1. *Servicios públicos 4.0.*

La incorporación de medios técnicos a la prestación de servicios implica no sólo indudables ventajas en materia de eficacia y eficiencia (lecturas remotas de contadores de agua potable, programas de detección de fugas en la red, previsión de capacidad y llegada de vehículos de transporte público, disponibilidad de plazas de aparcamiento, predecir el riesgo de incendio de edificios o de riadas, identificar los locales que serán objeto de inspección etc., sino una radical transformación del modelo de Administración prestadora de servicios.

En efecto hasta fechas recientes la actividad administrativa prestacional, es decir prestación de servicios públicos (incluso de dación de bienes al mercado²⁰) descansaba en la evaluación de políticas públicas²¹. Sin

¹⁸ J. VALERO TORRIJOS Acceso, reutilización y gestión avanzada de la información en el ámbito de la administración sanitaria: implicaciones jurídicas desde la perspectiva de la innovación tecnológica En J. VALERO TORRIJOS -M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (Eds.) *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de información*. Thomson Aranzadi. Cizur Menor. 2014. Págs. 642.

¹⁹ Portal de Administración Electrónica. Consulta: 25 de noviembre de 2016.

²⁰ J. L. VILLAR PALASÍ La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo *Revista de Administración Pública* núm. 3. 1950. Págs. 53 a 130.

²¹ F.J. BAUZÁ MARTORELL *Aproximación a la Ciencia de la Administración. Gerencia aplicada a las Organizaciones Públicas*. Dykinson. Madrid, 1999.

embargo, los procesos clásicos de mejora de la calidad de los servicios resultan insuficientes, de manera que no basta a día de hoy con evaluar si el servicio se presta de acuerdo con lo esperado por el ciudadano²².

De ahí que en consecuencia y en paralelo a la denominada Industria 4.0²³, en los países de nuestro entorno se apele a los Servicios públicos 4.0 para referirnos a una Administración que adapte su funcionamiento a la demanda ciudadana.

Esta forma de prestar servicios se ampara en la tecnología, que permite a las entidades públicas identificar individualmente a los ciudadanos que puedan demandar el servicio público. Esta información es posible gracias a los sistemas inteligentes basados en algoritmos, que recogen e interpretan datos y toman decisiones automatizadas.

Con las técnicas de macrodatos e internet de las cosas, la Administración dispone de una información que le permite un enfoque proactivo de la prestación del servicio, así como una individualización de la demanda. Piénsese por ejemplo en el transporte público urbano, que –en lugar de unas frecuencias organizadas por turnos lineales y sin distinción- se puede adaptar en función de la demanda en cada lugar y momento existente. Lo mismo puede decirse de la recogida de residuos, que igualmente puede variar en función de épocas de mayor afluencia o no de residentes en zonas urbanas, o de visitantes en zonas turísticas.

En este sentido las Administraciones Públicas hacen acopio de la inteligencia artificial para la personalización de servicios a partir del análisis de los datos de los ciudadanos y del comportamiento de otros usuarios²⁴.

En cualquier caso la prestación de servicios 4.0 tiene un reto mayor al que suponen las técnicas de *big data*, y consiste en su propia organización interna, dado que las rigideces burocráticas, prácticamente estructurales, hacen muy difícil la existencia de una organización dinámica y asimétrica.

4.2. Actuaciones administrativas automatizadas

Con las cautelas obligadas debemos admitir la actuación administrativa

²² Plan Nacional de Territorios Inteligentes. Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. Diciembre 2017. Pág. 75.

²³ Término acuñado en Alemania en el seno del proyecto Smart Services World, recogido en el Informe del Ministerio de Economía y Energía de Alemania 2017-2019.

²⁴ A. CERRILLO I MARTÍNEZ El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas? *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 50. 2019. Pág. 7.

automatizada en la prestación de servicios públicos en un entorno digital.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público (LRJSP) plantea la posibilidad técnica de una estandarización mecánica del procedimiento administrativo sin una intervención directa de un empleado público.

Con orígenes en el ámbito tributario²⁵, la Ley de Acceso Electrónico se refería exclusivamente al mero intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación (art. 20), limitándose en la actuación automatizada a indicar la necesidad de establecer el órgano competente para la definición de las especificaciones técnicas y el órgano considerado responsable a efectos de impugnación (art. 39). Por el contrario, la LRJSP avanza hacia una verdadera actuación administrativa automatizada, con la particularidad de que el art. 39 LAE no tenía carácter básico (DF 1 LAE), mientras que el art. 41 LRJSP se dicta de acuerdo con el título competencial del art. 149.1.18 CE y en consecuencia resulta aplicable a todas las Administraciones Públicas (DF 14 LRJSP).

Por razones obvias habrá que colegir que esta actuación automatizada será residual, reservada a aquellos actos sencillos que no requieran una labor de ponderación²⁶.

La actuación administrativa automatizada se define en el art. 41.1 LRJSP como cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público.

Cuatro son las características que se desprenden de esta definición legal:

- a.- Objetivamente, la actuación automatizada comprende cualquier actividad en sentido amplio, extremo que recuerda al concepto de acto administrativo acuñado por Guido ZANOBINI cuando se refería a cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio²⁷.

²⁵ Valero Torrijos aprecia una reminiscencia del art. 96.3 LGT en la regulación de la LAE. J. VALERO TORRIJOS *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*. 2ª edición. Comares. Granada, 2007. Págs. 76 y 77.

²⁶ Alamillo y Uríos analizan con exhaustividad la automatización de procedimientos administrativos, concluyendo en favor de su viabilidad jurídica sin otros límites que los derechos de los ciudadanos (que no es poco). I. ALAMILLO DOMINGO – F. X. URÍOS APARISI *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas*. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Barcelona, 2011.

²⁷ G. ZANOBINI *Corso di Diritto Amministrativo*. Giuffrè. Milano, 1947.

- b.- Subjetivamente, esa actuación debe emanar de una Administración Pública, debiendo traer a colación en este punto el concepto de Administración Pública que define la LPAC en su art. 2.3: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.
- c.- Formalmente, esta actuación debe incardinarse en el marco de un procedimiento administrativo, extremo que no ofrece mayor dificultad por cuanto no existe actuación administrativa que no se realice al margen de un procedimiento.
- d.- Como requisito formal adicional, en tanto que automatizada, resulta exigible que la actuación administrativa se realice íntegramente por medios electrónicos, en el sentido que la intervención de un empleado público no sea directa.

Nótese que el legislador es consciente de que no puede existir una actuación administrativa absolutamente carente de intervención humana de un efectivo público, si bien –para que la actuación administrativa se considere automatizada- se conforma con que esta intervención no sea directa. En este punto la LRJSP ha superado a la LAE, que en la letra a de su Anexo definía la actuación administrativa automatizada como aquella “actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular”.

En este sentido la actuación administrativa automatizada supone una labor previa de organización del procedimiento en soporte magnético, para lo cual deviene inexcusable la elaboración de modelos de documentos con ventanas o cuadros de diálogo que permitan una actuación en un sentido o en el contrario en función de la información que se aporte a un determinado cuestionario.

Evidentemente en la preparación de la actuación informatizada debe intervenir inexcusablemente el factor humano, si bien su intervención se limita al diseño y gestión de la aplicación informática²⁸.

En este sentido el art. 41.2 se refiere a la necesidad de que con carácter previo se determine el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento,

²⁸ I. MARTÍN DELGADO Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada *Revista de Administración Pública* núm. 180. Septiembre/diciembre 2009. Págs. 374 a 376.

supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente²⁹.

5. *Las limitaciones al territorio turístico. La zonificación de la vivienda turística*

La Administración - tanto desde la vertiente del turismo como la territorial y urbanística - se ha visto obligada a limitar el turismo por diferentes razones: la convivencia entre residentes y visitantes, la incidencia sobre el medio ambiente, la denominada capacidad de carga del territorio en cuanto a suministro de agua potable, recogida de residuos etc. y las vías de contención del turismo son variadas.

Por un lado, se han ido introduciendo progresivamente tributos que gravan el alojamiento hotelero y extra-hotelero; también se han introducido cupos de visitantes a determinados entornos (Playa de las Catedrales, Islas Cíes, etc.); se limitan el número de cruceros en determinados puertos; y se restringe la vivienda turística en determinadas zonas.

Con la zonificación del alquiler turístico nos referimos a la prohibición expresa y frontal de la vivienda vacacional en determinadas áreas del municipio y a su permisividad en otras, todo ello de acuerdo con las previsiones de los instrumentos de planeamiento.

La legislación autonómica turística en España contempla en algunos casos esta previsión, que ha sido analizada por los Tribunales de Justicia. Puede citarse el caso de Galicia, donde el alquiler turístico se regula en esta Comunidad Autónoma en el Decreto 12/2017 de 26 de enero. Esta Norma hace acopio de importantes restricciones al alquiler turístico como (1) la limitación a la posibilidad de cesión por habitaciones de la vivienda turística y la vivienda de uso turístico (arts. 4.2 y 5.1); (2) el establecimiento de un régimen diferenciado en función de elementos temporales (art. 5.2) para las viviendas de uso turístico, en atención a su reiteración o su duración de 30 días; (3) la exigencia de la declaración responsable previa (art. 5.4), que supone costes como tasas y seguros por lo que no cumpliría los requisitos de necesidad o proporcionalidad; (4) la posibilidad de restringir el número máximo de viviendas de uso turístico (art. 5.6) por parte de los Ayuntamientos; (5) la limitación del período de alojamiento

²⁹ F. J. BAUZÁ MARTORELL Identificación, autenticación y actuación automatizada de las Administraciones Públicas En E. GAMERO CASADO (Dir.) *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*. Tomo I. Tiarnt lo Blanch. Valencia, 2017. Págs. 769 a 794.

continuado a 3 meses (art. 9.1); (6) los requisitos técnicos y los servicios mínimos exigidos a los apartamentos y viviendas turísticas (arts. 23 y ss), destacando especialmente que la vivienda no pueda superar las 10 plazas o la superficie mínima de las habitaciones; (7) establece la exigencia de una declaración responsable (art. 30.1) con características propias de una autorización administrativa; (8) exigencias mínimas a las viviendas de uso turístico (art. 39); (9) la exigencia de cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o certificado o certificado municipal que acredite que la edificación reúne las condiciones técnicas y urbanísticas para su destino a vivienda (art. 41.2 letra e; y muy especialmente y por lo que aquí interesa, (10) la posibilidad de prohibición de la actividad por la ordenación de usos del sector o los estatutos de la comunidad de vecinos (art. 41.5).

También debe citarse en caso de las Islas Canarias, cuyo Decreto 113/2015, de 22 de mayo, limita la oferta turística en determinadas áreas.

Las Islas Baleares por su parte aborda la ordenación de la actividad turística en la Ley 8/2012. En este sentido, la masificación que experimentan cada una de las cuatro islas motivan que el legislador reforme la Ley 8/2012 con la Ley 6/2017, de 31 de julio y el Decreto Ley 3/2017, de 4 de agosto. A partir de aquí el derecho positivo vigente incorpora el término uso residencial a la comercialización de estancias turísticas en vivienda (art. 50), al tiempo que exige que la comercialización sólo sea posible en zonas declaradas aptas de manera expresa (art. 50.3).

El instrumento adecuado para ello son los PIATs (Planes de Intervención en Ámbitos Turísticos), si bien –de manera transitoria hasta que estos últimos resulten aprobados- el art. 75 de la Ley 8/2012 permite a los consejos insulares y al Ayuntamiento de Palma por acuerdo de pleno, cada uno en sus ámbitos territoriales, delimitar provisionalmente las zonas aptas para el alquiler turístico de acuerdo con el procedimiento previsto. Los criterios para la delimitación definitiva de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas se vinculan a los recursos existentes, las infraestructuras, las densidades de población y otros parámetros relevantes en su ámbito. La conclusión obligada es que la ordenación turística –al menos en lo que a alquiler de viviendas se refiere- deja de ser una cuestión exclusiva de ordenación del territorio, para pasar a ser municipal, al tener que contemplarse en el planeamiento municipal³⁰.

³⁰ F. J. BAUZÁ MARTORELL Planeamiento urbanístico y turismo. A propósito de la zonificación del alquiler turístico *Práctica urbanística* núm. 152. 2018.

6. Limitaciones administrativas en materia de privacidad

A través de la elaboración de perfiles o la toma de decisiones automatizadas las Administraciones Públicas pueden dictar actos administrativos que afecten a la privacidad de los ciudadanos.

En efecto en un contexto de internet de las cosas y de macrodatos no puede olvidarse el riesgo que corren principios jurídicos como la seguridad, la igualdad o la privacidad³¹. La Ley Orgánica 3/2018, en línea con lo previsto en el Reglamento General de Protección de Datos, regula la protección de los datos desde el diseño, la evaluación de impacto o su anonimización³².

Desde la perspectiva jurídica las transmisiones de datos en el marco de las ciudades inteligentes plantean la problemática del consentimiento. En efecto la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, recogiendo lo establecido en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, hace descansar las garantías de la transmisión de datos en el consentimiento del afectado, concebido como toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que éste acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen (art. 6 LOPD).

El acceso a los datos –públicos y privados- del ciudadano en un entorno de agentes públicos y privados con fines comerciales o no comerciales, en el contexto del denominado internet de las cosas, con el volumen, variedad y celeridad en la gestión de los mismos, difícilmente puede ampararse en el consentimiento del afectado³³. Resulta una tarea prácticamente imposible en la práctica.

Es cierto que este consentimiento no será preciso cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; sin embargo no es menos cierto que (1) en ocasiones son agentes privados los que acceden a tales datos; (2) que –a pesar de todas las cautelas de *anonimización* de los datos- a día de hoy existen fórmulas para *desanonimizar* los datos

³¹ M. A. DAVARA RODRÍGUEZ Los desafíos en relación con los macro datos *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* núm. 7. Wolters Kluwer, 2016. Págs. 808 a 814.

³² J. PUYOL MONTERO Los principios del derecho a la protección de datos En J. L. PIÑAR MAÑAS *Reglamento General de Protección de Datos*. Reus. Madrid, 2016. Pág. 136.

³³ C. FERNÁNDEZ BARBUDO El papel de la Smart City en el concepto de privacidad. En AAVV. *Regulating Smart cities. Actas del XI Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. UOC-Huygens Editorial. Barcelona, 2015. Pág. 98.

encriptados, referenciando comportamientos y actitudes a individuos perfectamente identificados; y (3) que la comunicación de datos a un tercero sí requiere el consentimiento a no ser que la misma se encuentre autorizada por una ley (art. 8 LOPD).

En este sentido, la Ley Orgánica 3/2018 se muestra mucho más garante del tratamiento de datos, no sólo porque el consentimiento debe ser inequívoco, sino porque en el texto legal vigente ha desaparecido el régimen general de la comunicación de datos previsto en el art. 11, así como el acceso a los datos por cuenta de tercero (art. 12 LOPD'1999). Así, la Ley Orgánica vigente parte de la premisa de que los datos no van a ser comunicados y sólo permite un tratamiento concreto para los fines que contempla el Título IV: tratamiento de datos de contacto, de empresarios individuales y de profesionales liberales, sistemas de información crediticia, tratamientos relacionados con la realización de determinadas operaciones mercantiles, tratamientos con fines de videovigilancia, sistemas de exclusión publicitaria, sistemas de información de denuncias internas, tratamiento de datos en el ámbito de la función estadística pública, tratamiento de datos con fines de archivo en interés público por parte de las Administraciones Públicas, y el tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas.

Como puede apreciarse, la conclusión obligada es que el acceso y la reutilización de la información en el marco del destino turístico inteligente casa mal con un régimen jurídico centrado propiamente en los datos personales convencionales (la ideología, la religión o creencia, la salud...), para los que fue concebido la LOPD en 1999, sin que la regulación europea y la Ley Orgánica 3/2018 se hayan hecho eco, cuando la realidad dista mucho de tener encaje en esa regulación.

A día de hoy el derecho positivo se viene construyendo sobre la base de la regulación comunitaria de los datos convencionales y de la técnica del consentimiento. No en vano el Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre Protección de Datos en su Dictamen 6/2013 recuerda que el acceso y la reutilización de datos personales que se hayan puesto a disposición del público siguen sujetos a la legislación sobre protección de datos. Por otro lado el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), sigue apostando por este planteamiento y sus innovaciones en materia de control de los datos

se centran fundamentalmente en el derecho al olvido y el derecho a la portabilidad. La Ley Orgánica 3/2018 ha hecho acopio de esta regulación.

A nuestro entender el principio de Administración abierta debe ser repensado³⁴, valorando las indudables ventajas del acceso a los datos y su reutilización, pero siendo conscientes que resulta inviable someterlo al consentimiento del afectado. Conviene replantear radicalmente el modelo de transferencia de datos en un nuevo entorno, que es el propio de los macrodatos, porque de lo contrario el acceso a los datos y su reutilización corren el peligro de convertirse en una declaración meramente programática.

Una fórmula de control administrativo al objeto de evitar abusos podría ser, en el contexto de la actividad de policía administrativa, recoger en una norma la obligación del operador de detener cualquier transmisión o utilización de datos en las que su titular manifieste su voluntad contraria, seguido de un tipo infractor con una sanción ejemplar.

7. Seguridad informática

Tratándose de datos turísticos, cuyo acceso y reutilización tienen una importante implicación económica, la *ciberseguridad* deviene indispensable para la prevención de ataques de terceros³⁵. No olvidemos que en el contexto de los macrodatos cualquier operador de datos puede tener relaciones con terceros países que carezcan del mismo nivel de protección de datos y en consecuencia someter la información a indudables amenazas.

A pesar de que hayamos adelantado la protección de la privacidad en el entorno digital, conviene tener presente que con carácter general el acceso a los datos constituye una cesión a efectos de la LOPD, generándose un inevitable conflicto entre la transparencia y la privacidad, sin que resulte claro en ocasiones situar la frontera entre una y otra³⁶.

³⁴ M. D. MASSENO Da Proteção de dados em tempos de “Big Data”. Que exigências para as Administrações Públicas? Conferencia pronunciada en el Congreso Proteção e Segurança de Dados. Um imperativo para os Serviços Públicos. Praia, 15 de diciembre de 2015.

³⁵ M. D. MASSENO Personal data circulation from the EU to USA and now what for the American Tourism Industry with business in Europe? Conferencia pronunciada en la 23rd International Tourism Safety Conference. Las Vegas, Nevada, del 10 al 13 de abril de 2016.

³⁶ R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia. En J. VALERO TORRIJOS – M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la*

Por otro lado la información y la contratación turísticas mediante medios técnicos dejan un rastro o huella digital del particular, que puede ser utilizado por terceros con fines comerciales o no comerciales.

A día de hoy el usuario de servicios turísticos va confeccionando una traza personalizada de sus preferencias y experiencias: visita páginas web, busca en redes las opiniones de otros usuarios, vierte las suyas propias, planifica su itinerario o viaje combinado, reserva y paga transportes, alojamiento, entradas a espectáculos de ocio... Los medios técnicos permiten apreciar una identidad digital del usuario en permanente construcción a medida que compra un billete de avión, pulsa un *me gusta* sobre determinados contenidos de *Facebook*, comparte una fotografía, visita una tienda *on line* etc.

Con carácter general los medios técnicos han elaborado una nueva clase de datos personales muy distintos a los convencionales: del análisis de conversaciones en redes sociales se extraen datos sobre pautas de consumo, solvencia económica, necesidades y preferencias; se instalan sensores en automóviles para conocer su ubicación y predecir una masificación; muchas ciudades disponen de tarjetas digitales de transporte que permiten optimizar las rutas haciendo uso de datos encriptados en la ciudad de Madrid o borrando los datos cada cuarenta y ocho horas en París.

La política de *cookies* es especialmente intensa en materia de turismo, de manera que la consulta reiterada de una oferta va encareciendo su precio; o los *beacons*, que hacen posible con base en el geoposicionamiento una avalancha de información de establecimientos cercanos en los dispositivos móviles.

Con carácter inicial los datos obtenidos no tienen por qué asociarse a una persona concreta; sin embargo su tratamiento sí permite vincularlos y hasta identificar a su titular, de manera que deviene inexcusable la aplicación del régimen jurídico de protección de datos personales.

No obstante, los datos que pueden obtenerse a partir de esta huella digital no se hallan amparados por un consentimiento de su titular en los términos del art. 6 LOPD, de manera que su utilización por terceros integra el tipo infractor del art. 72.1.c y d LOPD en el sentido de tratar y ceder datos personales sin recabar el consentimiento de su titular, constituyendo una infracción muy grave³⁷.

A mayor abundamiento, y ya conectando el acceso con la reutilización, la información que inicialmente se ha generado en un determinado

información. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2015. Págs. 241 a 280.

³⁷ M. Fernández Salmerón –J. VALRO TORRIJOS Las infracciones de las Administraciones Públicas. En A. TRONCOSO (Dir.) *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Thomson Reuters –Aranzadi. Cizur Menor, 2010.

contexto puede ser utilizada para fines distintos a aquellos para los que los datos fueron recabados, con la participación de actores que pueden moverse por intereses crematísticos y no por el interés general.

En este punto se aprecia una divergencia entre el régimen jurídico –que se sigue dictando sobre la base del consentimiento- y la imparable realidad, que accede a los datos para darles un uso distinto, a veces comercializando la información obtenida con base en el derecho de acceso. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de octubre de 2016 (asunto C-582/2014), que califica como dato personal para el gestor del sitio web, la dirección de protocolo de Internet dinámica de un usuario, cuando dicho gestor (en el caso, público) dispone de medios legales que le permitan identificar al usuario gracias a la información suplementaria de que dispone el proveedor de acceso a Internet del usuario.

8. Conclusiones

En el siglo XXI no se entienden las políticas públicas al margen de la gobernanza inteligente, que descansa invariablemente y de modo principal sobre la tecnología. En este sentido la gobernanza inteligente se basa en la interacción entre la Administración, los ciudadanos y el sector empresarial, en una carrera hacia mayores cotas de eficacia, transparencia, rendición de cuentas y confianza en el sector público³⁸.

Es evidente que en los últimos años se ha avanzado notablemente en el uso de medios técnicos en el procedimiento administrativo. Sin embargo, y frente a sus indudables ventajas, no es menos cierto que desde el punto de vista jurídico el volumen de datos, la necesidad de garantizar su calidad, actualización e interoperabilidad, constituyen algunos de los desafíos a los que los sistemas de gestión de la información de las Administraciones Públicas deben dar respuesta³⁹.

En el acceso y reutilización de datos turísticos, la calidad del sistema democrático y la eficacia y eficiencia de los poderes públicos demandan un incremento de la transparencia, la personalización de la prestación de servicios, la optimización de la gestión de los recursos, la automatización de

³⁸ M. JANSSEN –D. KONOPNICKI –J. L. SNOWDON - A. OJO Driving public sector innovation using bog and open linked data (BOLD) *Information systems frontiers* v. 19, n. 2. 2017. Pág. 192.

³⁹ M. ALGUACIL SANZ Islas de conocimiento en un océano de datos. *Archivamos: Boletín ACAL* núm. 104. Pág. 43.

la toma de decisiones y en general mayores cotas de innovación.

Nada de ello puede hacerse al margen de la intervención administrativa en su función de velar por la seguridad informática y por el cumplimiento de las garantías exigidas en materia de privacidad.

Sveva Del Gatto*

Sicurezza pubblica nelle città e nuove tecnologie

SOMMARIO: 1. Premessa: sicurezza urbana, *smart cities* e utilizzo delle nuove tecnologie – 2. La diffusione delle tecniche di riconoscimento facciale. Una panoramica – 3. Utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale e rischi per i diritti fondamentali – 4. Il divieto del riconoscimento facciale nella legislazione italiana e UE – 5. Il tentativo di bilanciamento a tutela dei diritti effettuato dai giudici e delle Autorità garanti per la *privacy* in materia di riconoscimento facciale – 6. Brevi considerazioni finali.

1. *Premessa: sicurezza urbana, smart cities e utilizzo delle nuove tecnologie*

Il tema della sicurezza pubblica¹ oggi particolarmente sentito nelle realtà urbane, sia nelle grandi città, sia nei piccoli centri, si trova ad affrontare in questo momento storico nuove sfide e nuovi problemi in ragione dell'impiego sempre più pervasivo delle nuove tecnologie anche in questo settore².

* Professore associato di diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata. Il presente lavoro si inserisce nell'ambito del progetto «Innovazione e vulnerabilità: problemi giuridici e tutele» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (Finanziamento MUR, Programma: Dipartimento di Eccellenza 2023-2027)

¹ La definizione di sicurezza pubblica è qui utilizzata in senso lato come comprensiva delle esigenze di difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica soprattutto in chiave preventiva. La nozione di ordine pubblico e quella connessa di sicurezza pubblica sono nel tempo profondamente mutate sia a livello di normazione, nella Costituzione e nelle leggi ordinarie, sia, di conseguenza per come interpretata in dottrina. Si rinvia a R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2022; G. CORSO, *L'Ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979.

² La *smart city* è, infatti, definibile quale «realtà urbana connotata dall'uso dei nuovi strumenti della *information technology*». Sulle *smart cities* la letteratura è ormai vasta. La definizione è ripresa da C. LAURI, *L'ordinamento giuridico delle smart city*. Sovranità e autonomie urbane, Jovene, Napoli, 2023. Si vedano anche senza pretesa di completezza, E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE, "Smart cities" e Amministrazioni centrali di fronte all'intelligenza artificiale: esperienze a confronto, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2022, p. 251 ss.; E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2, 2016, p. 235 ss.

Il successo e le potenzialità della *smart city* risiedono nel fatto di rinvenire in essa gli strumenti per risolvere i problemi concreti delle città contemporanee, portando a una migliore e più sicura utilizzazione degli spazi pubblici attraverso l'uso dell'informatica.

Spostando la prospettiva dalla città al cittadino, si osserva come la *smart city* o, meglio, lo studio della *smart city* attiene alla qualità della vita della persona all'interno della dimensione urbana, nel suo rapporto con il territorio, con gli altri individui e con la pubblica amministrazione. In questo senso, una città può essere considerata una *smart city* se gestisce in modo intelligente le attività economiche, la mobilità, le risorse ambientali, le relazioni tra le persone, le politiche dell'abitare e il metodo di amministrazione. Le città intelligenti coniugano quindi in un unico modello urbano tutela dell'ambiente, efficienza energetica e sostenibilità economica, con l'obiettivo di migliorare la qualità della vita delle persone che vi abitano e creare nuovi servizi per i cittadini e per le pubbliche amministrazioni.

Tanto premesso, questo lavoro si pone l'obiettivo di riflettere sulle interrelazioni tra sicurezza pubblica e nuove tecnologie a partire dalle città *smart*, chiedendosi quali effetti abbiano l'utilizzo delle prime e dell'intelligenza artificiale sull'esercizio della funzione di pubblica sicurezza. Come ormai ampiamente evidenziato anche dalla scienza giuridica³, l'uso di nuove tecnologie e di *software* di intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni dà luogo a benefici ma anche a rischi. Da un lato, genera un significativo incremento di efficienza, obiettivo divenuto primario negli ultimi anni in attuazione di un principio di risultato che permea sempre più ogni ambito dell'azione pubblica, dall'altro, può comportare violazioni per i diritti e le garanzie degli amministrati. Ciò è particolarmente evidente quando si parla di sicurezza pubblica come ben emerge dalle ipotesi di utilizzo del riconoscimento facciale da parte dei Comuni o delle forze di polizia. Nelle pagine che seguono dopo aver fatto una breve premessa sulla tecnologia di riconoscimento facciale e sui suoi usi da parte delle pubbliche amministrazioni, ci si soffermerà dapprima sui benefici e sui rischi dell'utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale (§ 3), per poi analizzare le risposte fornite dal legislatore (§ 4), dalla

³ *Ex multis* L. TORCHIA, *Pubblica amministrazione e transizione digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2024, pp. 729 ss.; B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2020, pp. 5 ss. Sia altresì, consentito in argomento il rinvio a S. DEL GATTO, *Potere algoritmico, digital welfare state e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2020, pp. 829 ss.

giurisprudenza e dalle Autorità garanti per la *privacy* (§ 5). Nell'ultimo paragrafo saranno svolte alcune considerazioni finali.

2. La diffusione delle tecniche di riconoscimento facciale. Una panoramica

La tecnologia di riconoscimento facciale estrae ed elabora i dati biometrici⁴ di un individuo creando un 'modello biometrico'⁵. I possibili usi di questa tecnica sono molteplici⁶: dall'identificazione – o confronto uno a molti - alla verifica – o confronto uno a uno. Il riconoscimento facciale può essere utilizzato oltre che per la verifica e l'identificazione, anche per la profilazione degli individui, in quanto consente di estrarre dalle immagini facciali alcune caratteristiche come sesso, età e origine etnica. In questo caso, si parla di 'categorizzazione' ad intendere che la tecnologia non è utilizzata per identificare o abbinare gli individui, ma le loro caratteristiche.

Negli ultimi anni, la tecnologia di riconoscimento facciale si è diffusa rapidamente sia nel settore privato, sia in quello pubblico⁷: dal rilevamento

⁴ Dalla definizione dei dati biometrici fornita dall'art. 4(1)(14) del GDPR emerge che si tratta di «dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici».

⁵ Il riconoscimento facciale appartiene alla branca del *deep learning* e consiste nel trattamento automatico di immagini digitali contenenti volti di individui. In generale, sul riconoscimento facciale si veda E. KINDT, *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications A comparative legal analysis* (1st edn. Springer, *Governance and Technology Series* 12, 2013); I. IGLEZAKIS, *EU Data protection legislation and case-law with regard to biometric application*, Aristotle University of Thessaloniki, 18 June 2013.

⁶ Art. 29, *Data Protection Working Party, Opinion 02/2012 on facial recognition in online and mobile services*, 00727/12/EN, WP 192, Brussels, 22 March 2012, 2.

⁷ Secondo lo studio *The Global Expansion of AI Surveillance*, curato dall'istituto *Carnegie Endowment for Institutional Peace*, nel 2019 il 43% degli Stati (precisamente 64 su un campione di riferimento di 176 Stati) ha utilizzato tecnologie di riconoscimento facciale per scopi di sorveglianza. L'Asia orientale e pacifica sono le aree in cui si registra – almeno fino ad ora – l'utilizzo più diffuso di tale tecnologia (quasi il 70% degli Stati la utilizzano), mentre nella regione dell'Europa e dell'Eurasia meno del 40% dei Paesi hanno adottato tecnologie di riconoscimento facciale per scopi di sorveglianza. Ad approvvigionarsi di questo genere di tecnologia e ad investire nella relativa implementazione, non sono soltanto sistemi autoritari. Il dato interessante che emerge dal Rapporto è che proprio le democrazie liberali sono i principali fruitori delle tecnologie di riconoscimento facciale, con un tasso di diffusione pari al 51% del campione totale, a fronte del più basso tasso del 37% registrato invece presso regimi di tipo autocratico. Questo vuol dire che uno

di oggetti e persone, al controllo dell'accesso a edifici pubblici e privati; dall'analisi demografica di gruppo, all'analisi delle emozioni.

Nel settore pubblico, le aree in cui questa tecnologia appare più utilizzata sono quelle dei servizi digitali⁸ e della pubblica sicurezza⁹.

In Italia si possono evidenziare quattro casi di interesse: l'uso delle tecnologie di riconoscimento facciale negli aeroporti, l'uso di tecnologie di riconoscimento facciale negli stadi, l'uso di sistemi di videosorveglianza con riconoscimento facciale da parte dei Comuni in luoghi pubblici per funzioni di sorveglianza e l'impiego di tecnologie di riconoscimento facciale da parte della Polizia statale a scopo investigativo.

Il primo esempio di riconoscimento facciale è offerto dall'uso delle *facial recognition technologies* negli aeroporti italiani, similmente a quanto sta avvenendo in altri ordinamenti¹⁰.

Stato democratico su due utilizza dispositivi di riconoscimento facciale per scopi – anche in senso lato – di sorveglianza.

⁸ La tecnologia di riconoscimento facciale è stata ad esempio, utilizzata per incrementare la diffusione dei sistemi nazionali di identità digitale offrendo ausilio per la digitalizzazione della pubblica amministrazione e per migliorare il funzionamento dei servizi digitali. Lo Stato di Singapore, ad esempio, ha implementato con la tecnologia di riconoscimento facciale *SingPass*, uno dei programmi di identità digitale nazionale più avanzati al mondo, utilizzato dai residenti per fruire di numerosi servizi digitali, sia privati, sia governativi (tra cui l'accesso alle dichiarazioni dei redditi e la richiesta di alloggi pubblici). Il lancio della nuova funzione, denominata *SingPass Face Verification*, fa parte dell'iniziativa *Smart Nation* da 2,4 miliardi di dollari (1,75 miliardi di dollari USA) del governo, lanciata nel 2014, per la digitalizzazione dei servizi governativi (dai sistemi di pagamento senza contanti, all'illuminazione stradale con sensori). Il nuovo sistema è stato sviluppato congiuntamente da iProov, un fornitore di autenticazione biometrica con sede nel Regno Unito e un fornitore di piattaforma di servizi per il governo digitale con sede a Singapore. In argomento S. DEL GATTO, *Riconoscimento facciale e uso dei servizi governativi. Numerosi benefici, ma quanti i rischi?*, su Osservatorio sullo Stato Digitale, IRPA, consultabile all'indirizzo <<https://www.irpa.eu/riconoscimento-facciale-e-uso-dei-servizi-governativi-numerosi-benefici-ma-quant-i-rischi/>>.

⁹ Negli Stati Uniti, la *US Customs and Border Protection* utilizza la tecnologia di riconoscimento facciale per controllare le persone che chiedono l'ammissione negli Stati Uniti. Nel Regno Unito il Ministero degli interni e quello della giustizia sarebbero intenzionati a richiedere agli immigrati condannati per reati penali di utilizzare degli *smartwatch* per il riconoscimento facciale. L'Unione europea utilizza una tecnologia di riconoscimento facciale simile al *Biometric Exit Program* nei porti di ingresso per verificare l'identità delle persone che richiedono visto e asilo. La tecnologia di riconoscimento facciale è utilizzata dalle forze dell'ordine di diversi Paesi per supportare le indagini con l'obiettivo di renderle più rapide e più efficaci, ad esempio, per la ricerca e la cattura di sospettati o per ritrovare persone scomparse.

¹⁰ Secondo un rapporto di *Airports Council International World* a livello globale, gli aeroporti hanno accelerato i loro investimenti nella tecnologia per supportare la ripresa

All'aeroporto di Milano Linate è attivo, ad esempio, il sistema *Face Boarding* che permette ai viaggiatori registrati di ridurre i tempi di controllo dei documenti rendendo i cancelli di imbarco *self-service*¹¹. Il sistema, secondo quanto si legge dalla documentazione relativa, rinviene la sua base giuridica nel consenso esplicito fornito dalla persona interessata, che può essere dato solo da persone maggiorenni¹².

Il secondo caso è quello dello Stadio Olimpico di Roma dove dal 2016 è in uso un sistema di videosorveglianza con tecnologia di riconoscimento facciale che fornisce immagini degli spettatori che automaticamente vengono abbinata al nome della persona come registrato nel sistema di controllo accessibile al tornello e nel sistema di biglietteria. La decisione del Ministero dell'interno di installare tale sistema è stata giustificata con la ripresa delle violenze durante le partite svolte allo Stadio Olimpico, tale da non consentire il mantenimento del sistema di videosorveglianza

dalla pandemia: il 5,46 per cento dei ricavi è stato speso per l'IT nel 2020, equivalenti a circa 3,5 miliardi di dollari in spesa assoluta, e il 55 per cento degli aeroporti intervistati ha stimato che i propri budget aumenteranno nel 2021. Esempi in Europa includono la città di Madrid. Qui, la compagnia aerea Iberia, in collaborazione con l'autorità aeroportuale spagnola Aena, l'azienda IT Inetum e il fornitore di tecnologia biometrica Thales, ha lanciato una prova di riconoscimento facciale biometrico durante l'imbarco all'aeroporto Adolfo Suárez Madrid-Barajas. L'iniziativa è stata inoltre sostenuta dal Centre per lo Sviluppo della Tecnologia Industriale, l'Agenzia Spagnola per lo Sviluppo della Tecnologia Industriale. Nella fase di test - in Italia - il riconoscimento facciale è stato utilizzato negli aeroporti di Roma Fiumicino (il primo, qualche anno fa, ad aver installato un sistema in grado di incrociare la scansione passaporti e la scansione del volto dei passeggeri), Roma Ciampino e Milano Linate.

¹¹ Il progetto *Face Boarding* è stato sviluppato da SEA, un'azienda che opera negli aeroporti di Milano. La tecnologia biometrica è stata introdotta per la prima volta a Linate nel 2019, con il lancio di un programma pilota volto a testare l'efficacia e la soddisfazione dei passeggeri. Questa fase sperimentale coinvolge principalmente passeggeri su voli specifici, come la tratta Milano-Roma Fiumicino e, successivamente, voli per Stoccolma. A seguito del successo del progetto pilota, il sistema è stato esteso a un numero crescente di voli e passeggeri, rendendo la tecnologia disponibile gratuitamente a tutti gli utenti e per tutte le destinazioni coperte dall'aeroporto. Il *go-live* della soluzione continua è avvenuto a maggio 2024.

¹² Come indicato nell'informativa sulla *privacy*, i dati vengono trattati solo ai fini dell'adesione al servizio. In particolare, le immagini facciali non vengono memorizzate, ma vengono utilizzate solo per creare un modello biometrico necessario per l'accesso ai controlli di sicurezza e, possibilmente, ai gate d'imbarco. I dati personali relativi al documento d'identità, invece, sono conservati - in forma criptata - per un periodo che va da 24 ore dopo il decollo effettivo del volo al 31 dicembre 2025, a seconda del consenso dato dal passeggero durante la registrazione. Infine, i dati personali dalla carta d'imbarco vengono automaticamente cancellati 24 ore dopo la partenza effettiva del volo.

preesistente che, pur fornendo una buona panoramica del flusso di persone all'interno dello stadio, non era sufficiente a identificare gli individui responsabili di comportamenti vietati¹³.

Con riferimento al sistema di riconoscimento facciale presente nello Stadio Olimpico, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha espresso parere positivo a condizione che il sistema sia utilizzato esclusivamente dagli agenti di polizia con l'unico scopo di prevenire, indagare e sopprimere comportamenti per i quali è vietato l'accesso ai luoghi dove si tengono eventi sportivi, o reati più gravi, e che la protezione delle immagini sia garantita¹⁴.

Nel 2021, il sistema di videosorveglianza con riconoscimento facciale è stato sostituito con un nuovo sistema, c.d. *Reco Finder*, che consente il riconoscimento automatico dei volti al fine di identificare le persone soggette a DASPO¹⁵. Data una serie di foto di individui soggetti a DASPO, l'algoritmo è in grado di analizzare il flusso video in tempo reale e rilevare la presenza di una persona ricercata, inviando un *alert* alle autorità. Si tratta quindi di un caso di riconoscimento facciale *real time*, quindi vietato, su cui tuttavia il Garante non si è ancora pronunciato.

L'esigenza di ricorrere a *software* di riconoscimento facciale per scopi di deterrenza, prevenzione e lotta alla criminalità, e quindi per motivi

¹³ Il sistema è utilizzato per i reati previsti dall'articolo 6 della Legge n. 401/1989 e per le successive modifiche. In questo caso, i dati e le immagini sono memorizzati su *server* installati in aree sicure e protette dello Stadio Olimpico e non vengono trasmessi all'esterno dello stadio tramite mezzi elettronici; i dati sono accessibili dal personale di polizia per scopi di sicurezza o di polizia giudiziaria, utilizzando tecnici nominati dalle aziende che, per conto di CONI, sono responsabili della gestione e manutenzione della tecnologia di videosorveglianza. I dati relativi alle immagini acquisite e collegate ai nomi, infine, sono automaticamente cancellati dopo sette giorni.

¹⁴ GPDP, 28 luglio 2016 n. 338, disponibile su <<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5386852>>.

¹⁵ La maggior parte dei reati relativi allo sport è contenuta nella Legge n. 401 del 13 dicembre 1989, che regola il gioco d'azzardo e le scommesse illegali e tutela l'integrità degli eventi sportivi. Lo strumento più significativo, regolato dall'articolo 6 della suddetta Legge n. 401 del 1989, è il Divieto di Accesso agli Eventi Sportivi (D.A.SPO.), modificato dal Decreto-Legge n. 8 dell'8 febbraio 2007, convertito dalla Legge n. 41 del 4 aprile 2007. Il procuratore del procuratore è una misura preventiva atipica che vieta a individui considerati pericolosi di accedere ai luoghi dove si tengono determinati eventi sportivi. In particolare, la misura si applica a individui che sono stati denunciati o condannati negli ultimi cinque anni o che si trovano in situazioni che indicano una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza. Per tali individui, il commissario di polizia può vietare l'accesso alle sedi dove si svolgono specifici eventi sportivi, così come alle aree dove i partecipanti o partecipanti a tali eventi potrebbero fermarsi, attraversare o essere trasportati.

di sicurezza e ordine pubblico, è, come anticipato nell'*incipit* di questo lavoro, molto sentita dagli enti locali. Il riconoscimento facciale è stato, infatti, oggetto di interesse da parte di numerosi comuni italiani, come testimoniano le varie risoluzioni comunali, volte all'installazione di videocamere con funzioni di riconoscimento facciale.

Nel 2020, ad esempio, per garantire la sicurezza urbana e il decoro della città, il comune di Torino ha elaborato il progetto «Argo», che prevedeva l'installazione di un sistema intelligente di videosorveglianza¹⁶. Il progetto è stato sottoposto alla valutazione del Garante, il quale tuttavia non si è mai pronunciato, non avendo il Comune di Torino inviato la documentazione richiesta per la conclusione della fase preliminare di indagine¹⁷.

Altri tentativi di installare videocamere con sistemi di riconoscimento facciale sono stati fatti dalle amministrazioni comunali delle città di Como¹⁸, Lecce¹⁹, Arezzo²⁰ e Roma²¹. In tutti questi casi, il Garante per la *privacy* ha avviato un procedimento ricordando che la legislazione europea e quella nazionale stabiliscono che il trattamento dei dati personali effettuato da enti pubblici, tramite dispositivi video è consentito solo se necessario per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico o in relazione all'esercizio dei poteri pubblici²². Nel caso dei Comuni, inoltre, l'uso di sistemi di videosorveglianza richiede la stipula di un «patto di sicurezza urbana tra il Sindaco e la Prefettura²³» mancante nei casi sopra menzionati.

¹⁶ In accordo con la polizia locale e l'azienda pubblica 5T, questo progetto prevede l'installazione di 273 telecamere nelle strade di Torino – oltre alle 107 già presenti nelle principali sedi cittadine per il controllo della mobilità e del traffico – per un costo superiore a due milioni di euro. Le loro funzioni principali riguardano il rilevamento dell'incrocio di una linea, delle intrusioni in un'area e dell'ingresso o uscita di qualcuno o qualcosa in una determinata area. Si prevede che, tramite algoritmi speciali, i dati raccolti vengano riconosciuti, estratti e analizzati, poi anonimizzati e inseriti in un unico sistema centrale, messo a disposizione della polizia locale e delle forze di polizia per combattere la criminalità, specialmente nelle aree periferiche e degradate della città. Vedi Risoluzione del Consiglio Comunale n. 1738/048 del 4 agosto 2020.

¹⁷ Per maggiori informazioni si veda <<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10035760>>.

¹⁸ Per maggiori informazioni si veda <<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9591331>>.

¹⁹ Per maggiori informazioni si veda <<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9823282>>.

²⁰ Idem.

²¹ Consulta la comunicazione del GPDP sul sito web <<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10012392>>.

²² GPDP, del 22 febbraio 2024 n. 105.

²³ Consulta la comunicazione GPDP disponibile su <<https://www.garanteprivacy.it/>>

L'Autorità ha infine sottolineato, bloccando sul nascere tali iniziative, che «fino a quando non entrerà in vigore una legge specifica sul tema, l'installazione e l'uso di sistemi di riconoscimento facciale basati su dati biometrici non sono consentiti in Italia, a meno che il trattamento non venga effettuato per indagini giudiziarie o prevenzione e repressione del crimine».

L'ultimo caso di studio relativo al sistema italiano, ma senza dubbio il più interessante, è quello di SARI (Sistema Automatico di Riconoscimento Facciale) utilizzato dalla Polizia di Stato italiana dal 2018 come parte delle attività investigative e di prevenzione della criminalità. SARI rende possibile confrontare le immagini scattate dalle telecamere di sorveglianza con quelle contenute nel database A.F.I.S.²⁴ Il sistema è in grado di funzionare sia in modalità *Real Time* che *Enterprise*. Nel secondo caso, l'operatore utilizza SARI (*Enterprise*) per cercare una corrispondenza tra l'identità di un volto (basata su un'immagine acquisita anche *online*) con altre immagini già presenti in un grande *database*. Per farlo vengono utilizzati algoritmi di riconoscimento facciale. Una volta interrogato l'algoritmo e acquisito il risultato, l'identificazione del volto che corrisponde di più a quello sotto indagine viene effettuato da un agente di polizia. L'intervento umano è quindi imprescindibile.

In modalità *real time*, il sistema SARI è invece progettato per fornire risultati in tempo reale su flussi video *live* da telecamere posizionate in determinate aree pubbliche della città. I dati acquisiti vengono poi analizzati e confrontati tramite un algoritmo di riconoscimento facciale con i dati di una *check list* disponibili presso le autorità di pubblica sicurezza²⁵.

home/docweb/-/docweb-display/docweb/9823282>.

²⁴ L'acronimo di Sistema Automatizzato di Identificazione delle Impronte Digitali, o Sistema Automatizzato di Identificazione delle Impronte AFIS, consente di codificare e confrontare le cosiddette 'minuzie', i punti caratteristici delle impronte digitali di ogni persona, con le informazioni contenute nei Registri Centrali di Identità della Polizia Criminale, in cui sono conservate tutte le carte d'identità con foto rilasciate dalle forze di polizia italiane e straniere; All'interno dell'archivio sono conservate sia le immagini delle impronte digitali sia le fotografie e i dati biometrici di tutti i soggetti sottoposti al rilevamento.

²⁵ Le immagini utilizzate per il confronto sono, come detto sopra, contenute nel database AFIS (acronimo di *Automated Fingerprint Identification System*). Nelle specifiche tecniche ci sono circa 10 milioni di immagini che possono essere utilizzate dall'intelligenza artificiale. Tuttavia, alcune fonti basate su dichiarazioni della polizia indicano che il database AFIS contiene ben oltre 16 milioni di immagini, i cui metodi di elaborazione (raccolta, elaborazione e archiviazione) non sono del tutto noti. Una delle possibili spiegazioni avanzate per spiegare la discrepanza tra i dati indicati nelle specifiche e quelli forniti dalla polizia è che il SARI si basa parzialmente sui dati contenuti nel database

Quando viene rilevata una corrispondenza, il sistema genera un *alert*. Questa funzione è stata concepita in particolare per permettere, durante eventi e manifestazioni, di rafforzare il sistema di controllo territoriale. Come si dirà, tuttavia, SARI *real time* non ha ottenuto il parere positivo del Garante.

3. Utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale e rischi per i diritti fondamentali

La diffusione delle tecnologie di riconoscimento facciale, al pari di quella di altre tecnologie che sfruttano l'intelligenza artificiale, porta con sé numerosi benefici. La biometria, in cui rientra il riconoscimento facciale, fornisce livelli più alti di garanzia che la persona che cerca di accedere a un servizio o di eseguire una transazione sia reale. Inoltre, a differenza del volto, le *password*, i PIN e altre informazioni di identificazione personale possono essere compromesse da violazioni di dati, permettendo di accedere illegalmente agli *account* che utilizzano metodi di autenticazione tradizionali. Questo rappresenta un indubbio vantaggio se pensiamo alla digitalizzazione dei servizi offerti dalle pubbliche amministrazioni.

Gli Stati che sfruttano le tecnologie emergenti possono fornire servizi più efficienti, riducendo i costi e liberando risorse da investire proprio in nuove infrastrutture digitali. A ciò si uniscono i rilevanti benefici che tali tecniche possono generare nel settore della pubblica sicurezza, dove ad esempio, l'uso del riconoscimento facciale può aiutare nell'individuare sospettati e trovare persone scomparse.

Il riconoscimento facciale solleva, tuttavia, rilevanti questioni etiche e giuridiche²⁶, a partire dal rischio concreto di *vulnus* per i diritti fondamentali²⁷ come peraltro suggeriscono già gli esempi di casi italiani

EURODAC (acronimo di *European Asylum Dactyloscopy*), che contiene le impronte digitali dei richiedenti asilo e degli stranieri irregolari segnalati sul territorio europeo. Tuttavia, il divario tra i dati effettivi e quelli dichiarati potrebbe essere dovuto all'enorme acquisizione di immagini online (come è accaduto, ad esempio, negli Stati Uniti, che hanno acquisito milioni di immagini dai social media o siti *web*), o all'inclusione nel database dei dati del *Reception Management System* (SGA), utilizzato per identificare i migranti.

²⁶ Su questi temi cfr. i lavori monografici di C. GRIECO, *Intelligenza artificiale e tutela degli utenti nel diritto dell'Unione europea*, ES, Napoli, 2023; G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*. ES, Napoli, 2021.

²⁷ Sulle problematiche che le tecniche di riconoscimento facciale sollevano circa il rispetto dei diritti fondamentali, *ex multis* M. O'FLAHERTY, *Facial Recognition Technology*

sopra richiamati.

Un primo problema attiene alle possibili violazioni della *privacy* e al fatto che nel riconoscimento facciale l'acquisizione di dati avviene senza il consenso degli interessati, spesso anzi, a loro insaputa. Emblematica la vicenda che ha interessato la società *Clearview AI* che, a partire dal 2017, ha realizzato un *database* di oltre 10 miliardi di immagini personali, raccogliendo foto *online* senza alcun consenso degli interessati, vendendo, poi, alle forze dell'ordine di numerosi ordinamenti, non solo in Europa²⁸, un servizio di identificazione biometrico.

Un secondo problema è dato dal rischio che la diffusione di tecnologie di riconoscimento facciale possa degenerare, in assenza di adeguati limiti, in forme di controllo di massa²⁹. La sorveglianza di massa, prospettata come

and Fundamental Rights, in *European Data Protection Law Review (EDPL)*, vol. 6, no. 2, 2020, pp. 170-173; E.J. KINDT, (2013). *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications*, Dordrecht, Heidelberg. Springer; N. TAYLOR, (2002), *State Surveillance and the Right to Privacy*, in *Surveillance & Society*, 1(1), 66–85. Si vedano anche *European Union Agency for Fundamental Rights* (2019), *Facial recognition technology: Fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, 21 November 2019 consultabile all'indirizzo <<https://fra.europa.eu/en/publication/2019/facial-recognition-technology-fundamental-rights-considerations-context-law>> e P. ALSTON, «*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*», A/74/493 del 11 ottobre 2019, consultabile all'indirizzo <<https://undocs.org/A/74/493>>.

²⁸ *Clearview AI* è stata sanzionata in Italia dal Garante per la *privacy*, il quale ha ritenuto che la Società, diversamente da quanto dalla stessa affermato, consente il tracciamento anche di cittadini italiani e di persone collocate in Italia. Dall'istruttoria è emerso che i dati personali detenuti dalla società, inclusi quelli biometrici e di geolocalizzazione, sono stati trattati illecitamente, senza un'adeguata base giuridica, che non può sicuramente essere il legittimo interesse della società americana. La società ha, inoltre, violato altri principi base del GDPR, come quelli relativi agli obblighi di trasparenza (non avendo adeguatamente informato gli utenti), di limitazione delle finalità del trattamento (avendo utilizzato i dati degli utenti per scopi diversi rispetto a quelli per i quali erano stati pubblicati online) e di limitazione della conservazione (non avendo stabilito tempi di conservazione dei dati). Alla luce delle violazioni riscontrate, il Garante ha comminato a *Clearview AI* una sanzione amministrativa di 20 milioni di euro. L'Autorità ha, inoltre, ordinato alla società di cancellare i dati relativi a persone che si trovano in Italia e ne ha vietato l'ulteriore raccolta e trattamento attraverso il suo sistema di riconoscimento facciale. In argomento, C. RAMOTTI, *Il Garante per la privacy italiano sanziona Clearview A.I.* pubblicato sull'Osservatorio sullo Stato Digitale, IRPA, e consultabile all'indirizzo <<https://www.irpa.eu/il-garante-per-la-privacy-italiano-sanziona-clearview-a-i/>>. Sul delicato rapporto tra utilizzo dei sistemi di *facial recognition* da parte delle forze dell'ordine e diritti fondamentali si veda la sintesi di D. DUSHI, *The use of facial recognition technology in EU Law Enforcement: Fundamental rights implications*, in *Global Campus South East Europe*, 2020.

²⁹ Rischio questo reso particolarmente concreto nel periodo di emergenza sanitaria

strumento per garantire l'ordine pubblico, può infatti, divenire un modo per controllare e reprimere chi tiene comportamenti non necessariamente vietati, ma anche solo semplicemente 'sconvenienti'³⁰. Sono evidenti al riguardo le derive che simili strumenti possono avere, come testimoniato da alcuni esempi di oltreoceano: si pensi al sistema cinese di *social score*³¹ o a quanto si è verificato durante le proteste di Hong Kong quando le autorità hanno usato sistemi di riconoscimento facciale per identificare i manifestanti e reprimere la libertà di espressione e di riunione³².

L'uso di riconoscimento facciale in contesti aperti al pubblico e ancor più durante manifestazioni di protesta può inoltre dar luogo al c.d. «*chilling effect*», un 'effetto che congela', tale per cui un individuo, per paura di essere sorvegliato, tende a non esercitare i propri diritti. Ne deriva inoltre, un clima di potenziale sfiducia nelle nuove tecnologie e, in generale, nell'impiego dell'intelligenza artificiale che si riflette negativamente sull'impiego e sullo sviluppo delle stesse³³. Con riferimento all'utilizzo di tali sistemi nelle città, si

dovuta alla diffusione di Covid-19 (si pensi all'uso di tecniche di riconoscimento facciale per monitorare la diffusione del virus).

³⁰ Sui rischi che il riconoscimento facciale possa degenerare in forme di controllo di massa, lo scorso gennaio l'*International network of civil liberties organizations*, una *network* che raccoglie quindici organizzazioni indipendenti a difesa dei diritti umani, ha pubblicato il rapporto «*In focus*», che documenta tredici casi di utilizzo del riconoscimento facciale raccolte in altrettanti Stati, dall'Ungheria all'India, al Sudafrica e alla Russia. Nel rapporto si denuncia come la diffusione di questo strumento finisca per normalizzare le pratiche di sorveglianza pubbliche, mettendo a repentaglio non solo la *privacy*, ma anche i diritti alla libertà di espressione, di protesta e di uguaglianza. Oltre al caso inglese *AFR Locate*, un altro esempio significativo, documentato dal Rapporto, di come il riconoscimento facciale possa essere utilizzato per finalità di sorveglianza di massa è rappresentato da Israele, dove i cittadini palestinesi in ingresso dalla Cisgiordania sono sottoposti ad una sistematica identificazione biometrica, effettuata con ogni probabilità anche per scopi di sorveglianza. Il riconoscimento facciale è ampiamente utilizzato anche in Russia dove, sempre secondo quanto riportato anche dal Rapporto, è stato utilizzato anche per identificare i partecipanti a manifestazioni di protesta anti-governativa. In argomento, A. MASCOLO, *Riconoscimento facciale e sorveglianza pubblica: una tecnologia in cerca di regolamentazione*, in Osservatorio sullo Stato Digitale, consultabile online all'indirizzo <<https://www.irpa.eu/riconoscimento-facciale-e-sorveglianza-pubblica-una-tecnologia-in-cerca-di-regolamentazione/>>.

³¹ Su cui K.L.X. WONG e A.S. DOBSON, *We're Just Data: Exploring China's Social Credit System in Relation to Digital Platform Ratings Cultures in Westernised Democracies*, in *Global Media and China*, 4(2), 220–232.

³² Su cui l'interessante punto di Z. DOFFMAN, *Hong kong exposes both sides of China's relentless facial recognition machine*. *Forbes*, August 26, 2019.

³³ Commissione UE, *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, 19.2.2020 COM(2020) 65 final. Per un primo

determina un significativo *vulnus* del c.d. *right to the city* e una conseguente compressione della qualità della vita all'interno della città *smart*.

Un terzo problema, tipico anche di altri sistemi di intelligenza artificiale, è infine rappresentato dal rischio di errori e di discriminazioni legati alla razza o al genere³⁴. Il rapporto *NIST Interagency 8280*³⁵ ha evidenziato che la maggior parte degli algoritmi di riconoscimento facciale presenta ancora un'elevata percentuale di falsi positivi nonché, sebbene in misura minore, di falsi negativi, soprattutto quando ci si riferisce a persone dell'Africa occidentale e orientale e dell'Asia orientale. Gli algoritmi sviluppati in Cina mostrano lo stesso effetto, ma invertito, con bassi tassi di falsi positivi sui volti dell'Asia orientale. Negli Stati Uniti, gli algoritmi utilizzati dalle forze dell'ordine rivelano falsi positivi più alti negli indiani d'America, con tassi elevati negli individui di origine africana³⁶. Al riguardo, emblematico e assai noto è il caso COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) un sistema ideato per quantificare il rischio di recidiva di soggetti sottoposti a procedimento penale, prodotto da una società commerciale, e impiegato in molteplici giurisdizioni statunitensi per calcolare la probabilità di commissione di altri reati nell'arco dei due anni successivi, e per decidere il tipo e il *quantum* di pena da irrogare, nonché le modalità di esecuzione della medesima. Alcuni studiosi hanno verificato, analizzando più di 10.000 imputati criminali nella contea di Broward, in Florida, e confrontato i loro tassi di recidività previsti con il tasso che si è effettivamente verificato in un periodo di due

commento S. DEL GATTO, *Una regolazione europea dell'AI come veicolo di eccellenza e affidabilità. Gli obiettivi del Libro bianco della Commissione europea sull'intelligenza artificiale*, su Osservatorio sullo Stato Digitale, IRPA, consultabile *online* all'indirizzo <<https://www.irpa.eu/una-regolazione-europea-ai-delgatto/>>.

³⁴ A tal proposito, si guarda con fiducia all'iniziativa della Polizia italiana che ha incaricato un gruppo di ricercatori di condurre alcune prove per verificare quando il riconoscimento facciale per la rilevazione di un sospetto è più efficace e quando presenta invece alti tassi di errore. I risultati preliminari di questo studio possono essere consultati nel lavoro di P. CONTARDO, P. SERNANI, S. TOMASSINI, N. FALCIONELLI, P. CASTELLINI, A.F. DRAGONI (2023), *FRMDB: Face Recognition Using Multiple Points of View*. *Sensors*, 23(4), 1939, <<https://doi.org/10.3390/s23041939>>.

³⁵ Visionabile all'indirizzo <<https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2019/NIST.IR.8280.pdf>>.

³⁶ La ragione spesso risiede nella stessa progettazione e sperimentazione iniziale dei sistemi di riconoscimento facciale. Nei paesi occidentali, infatti, le sperimentazioni, prima dell'utilizzo effettivo, avvengono con uomini bianchi dai tratti occidentali. I sistemi di FR pertanto sono poco allenati a riconoscere individui con caratteristiche del volto diverse generando così, un tasso di errore che si traduce poi, in una discriminazione di fatto. In argomento, A. NAJIBI, *Racial discrimination in face recognition technology, blog science policy, Special Edition: Science policy and social justice, October 24, 2020*.

anni, che gli imputati neri avevano molte più probabilità degli imputati bianchi di essere erroneamente giudicati a più alto rischio di recidiva³⁷.

4. *Il divieto del riconoscimento facciale nella legislazione italiana e UE*

Sulla soluzione di questi problemi ha senza dubbio pesato la mancanza, per molto tempo, di una disciplina organica della materia che tutelasse gli interessati stabilendo i limiti per i pubblici poteri nell'uso delle tecnologie di riconoscimento facciale.

La soluzione adottata dal legislatore italiano che vieta l'uso di tali tecnologie³⁸ non appare adeguata ad affrontare le nuove sfide poste dall'uso del riconoscimento facciale. Essa, in particolare, risulta miope, poco coraggiosa e non risolutiva.

Non molto coraggiosa e miope perché non tiene conto né dei progressi tecnologici inevitabili, né delle reali esigenze dei cittadini che potrebbero beneficiare della maggior sicurezza offerta dalle tecnologie di riconoscimento facciale.

Non risolutiva dal punto di vista della protezione dei diritti fondamentali,

³⁷ Lo studio è riportato in J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, J. ANGIN, *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*, May 23, 2016, consultabile online all'indirizzo <<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>>. Cfr. anche S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, *California Law Review*, June 2016, Vol. 104, n. 3, p. 671 ss. e G. M. HADDAD, *Confronting the Biased Algorithm: The Danger of Admitting Facial Recognition Technology Results in the Courtroom*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 23, pp. 891-918.

³⁸ Nel 2021, il cosiddetto «Decreto Capienze», volto a introdurre disposizioni sulla gestione dell'emergenza pandemica da Covid-19, ha introdotto una moratoria temporanea che vietava l'uso di apparecchiature di videosorveglianza con riconoscimento facciale nei luoghi pubblici o aperti al pubblico. Il divieto, successivamente prorogato fino al 31 dicembre 2025, non è tuttavia assoluto: sono escluse le operazioni di trattamento effettuate dalle autorità competenti ai fini della prevenzione e della repressione dei reati o dell'applicazione delle sanzioni penali, purché sia stato ottenuto il parere favorevole del Garante per la protezione dei dati personali. Il parere non è però necessario se il trattamento è effettuato dall'autorità giudiziaria nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie o dal pubblico ministero. Cfr. art. 9, Decreto-legge n. 139 dell'8 ottobre 2021 recante «Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e la tutela dei dati personali». Il termine inizialmente fissato al 31 dicembre 2021 è stato prima spostato al 31 dicembre 2023 e infine rinviato alla fine di dicembre 2025 dall'articolo 8 del decreto-legge «Enti pubblici» del 10 maggio n. 51.

perché il divieto introdotto è soggetto ad ampi limiti. Sarebbe stato preferibile un intervento legislativo mirato, piuttosto che una regola inserita in un decreto volto a regolamentare altre questioni. Una legge specifica e dettagliata per fissare limiti e introdurre adeguate garanzie per le persone i cui dati biometrici sono trattati in modo preliminare, innanzitutto con la stipula di rigorosi obblighi di trasparenza, *ex ante* ed *ex post*³⁹, come peraltro sottolineato dall’Autorità garante per la *privacy*.

La soluzione seguita è stata probabilmente dettata dall’esigenza di attendere l’approvazione definitiva dell’*AI Act* finalmente avvenuta nel maggio 2024, dopo un processo legislativo tortuoso⁴⁰. Lo stesso Regolamento sull’intelligenza artificiale, tuttavia, presenta alcune ombre quanto alle soluzioni in materia di *facial recognition* (e non solo)⁴¹.

Da accogliere certamente con favore è l’introduzione di regole per le tecnologie di riconoscimento facciale e l’elaborazione dei dati biometrici, così come la scelta di introdurre un’articolazione di tutele che riguardi sia il momento della produzione di queste tecnologie e la loro immissione sul mercato, sia quello del loro funzionamento⁴².

Non mancano, tuttavia, i punti critici che attenuano, in una certa

³⁹ La trasparenza come necessaria salvaguardia dello stato di diritto, della trasparenza e dello stato di diritto, della filosofia del diritto Mireille Hildebrandt. Cfr. M. HILDEBRANDT, *La questione del pregiudizio. I poteri di inquadramento del ML*, in *Machine Learning and Society: Impatto, Fiducia, Trasparenza*, a cura di M. PELLILLO - T. SCANTAMBURLO, MIT Press 2020, disponibile su <<https://ssrn.com/abstract=3497597>> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3497597>>. E già prima, EAD., *L’Alba di un Diritto Critico di Trasparenza per l’Era del Profiling*, *Amsterdam Digital Enlightenment Yearbook*, 2012. Sul ruolo della trasparenza come componente chiave di un sistema efficace di responsabilità C. ZIMMERMANN - J. CABINAKOVA, *A Conceptualisation of Accountability as a Privacy Principle*, in *Business Information Systems Workshops, Lecture Notes in Business Information Processing*, a cura di, W. ABRAMOWICZ, vol. 228, Springer, Cham, 2015.

⁴⁰ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale.

⁴¹ Per una lucida e interessante critica si rinvia a B. CAROTTI, *Le finzioni dell’intelligenza senza corpo, o dell’«AI Act»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2025, pp. 31 ss.

⁴² L’uso dell’identificazione biometrica in tempo reale in spazi pubblici per scopi di applicazione della legge è elencato come pratica proibita nell’articolo 5. Tuttavia, sono previste tre eccezioni nell’articolo 5(1)(h), che ne consentono l’uso quando strettamente necessario e con l’unico scopo di confermare l’identità di una persona specifica. Per quanto riguarda i sistemi di identificazione biometrica *ex post*, sono stati invece inclusi tra le pratiche ad alto rischio: il loro utilizzo non è quindi vietato, ma deve essere provato un legame con un reato, procedimenti penali, una minaccia reale e presente o effettiva e prevedibile di un reato o la ricerca di una persona specifica scomparsa, oltre alla necessaria disposizione di misure di trasparenza e all’obbligo per i *deployer* di ottenere l’autorizzazione dalle autorità competenti (Articolo 26).

misura, la portata rivoluzionaria del Regolamento⁴³, come l'eccessiva discrezionalità lasciata agli Stati membri e l'ampia gamma di reati che possono giustificare l'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria all'adozione di sistemi di riconoscimento facciale *real time* che depotenziano indubbiamente il divieto di utilizzo previsto per le categorie ad alto rischio.

5. I principi elaborati dai giudici e delle Autorità garanti per la privacy in materia di riconoscimento facciale

La legittimità del riconoscimento facciale da parte di soggetti pubblici è stata oggetto anche di alcune decisioni giurisprudenziali, nonché di pronunciamenti delle autorità garanti per la *privacy*. In entrambi i casi, il tentativo è stato quello di fissare dei principi e dei criteri volti a prevenire la violazione dei diritti fondamentali delle persone interessate dall'uso delle tecnologie di riconoscimento facciale da parte delle amministrazioni pubbliche creando una cornice di principi in mancanza di quelle regole normative.

Tra i primi casi decisi da un'autorità giudiziaria vi è stato quello sull'uso della tecnologia di riconoscimento facciale automatico in luoghi pubblici da parte della Polizia del Galles⁴⁴.

⁴³ Già evidenziato nei primi commenti sulla bozza di regolamento. Vedi C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla bozza di regolamento sull'intelligenza artificiale*, su *BioLaw Journal*, 3, 2021.

⁴⁴ *High Court of Justice Queen's Bench Division*, Case No. CO/4085/2018 del 4 settembre 2019 su cui sia consentito il rinvio a S. DEL GATTO, *Quali regole per le nuove tecnologie di riconoscimento facciale? La Corte di giustizia di Cardiff si pronuncia per la legittimità dell'uso di tecniche di Automated Facial Recognition da parte della Polizia del Galles*, su Osservatorio sullo Stato Digitale, IRPA, consultabile online all'indirizzo <<https://www.irpa.eu/quali-regole-per-le-nuove-tecnologie-di-riconoscimento-facciale-la-corte-di-giustizia-di-cardiff-sipronuncia-per-la-legittimita-delluso-ditecniche-di-automated-facial-recognition-da-parte/>>. La causa è nata da un appello presentato da un attivista per i diritti civili che è stato inconsapevolmente ripreso in un centro commerciale e, una seconda volta, durante una mostra. Secondo il querelante, la Polizia del Galles, in quelle occasioni e, in generale, durante la fase di test della tecnologia AFR, ha violato il *Data Protection Act*, la Convenzione sui Diritti Umani e l'*Equality Act*. In particolare, il trattamento da parte della Polizia di dati sensibili (i dati biometrici raccolti dalle telecamere in luoghi pubblici) è stato contestato in quanto riguardanti persone comuni, non sospetti, sospetti o ricercati, e come non strettamente necessario per scopi di applicazione della legge, come previsto dai regolamenti. L'uso della tecnologia AFR violerebbe anche l'articolo 8 della CEDU, che protegge la vita privata e familiare, poiché il potere esercitato dalla Polizia del Galles mancherebbe di una base legale e di conseguenza manca dei requisiti di prevedibilità e

Dopo che in primo grado era stato considerato legittimo⁴⁵, la Corte d'Appello⁴⁶ ha ritenuto l'uso delle tecnologie di riconoscimento facciale da parte della Polizia del Galles illegale in ragione dell'assenza di una base giuridica adeguata oltre che della violazione dell'*Equality Act*⁴⁷. La Corte, in particolare, ha censurato quelle che i giudici hanno definito «carenze fondamentali» nel quadro giuridico per l'uso della tecnologia di riconoscimento facciale e nelle politiche che ne regolavano l'uso che hanno portato la polizia ad esercitare una discrezionalità inammissibilmente ampia⁴⁸. La Corte ha concluso con la speranza che «poiché l'AFR è una tecnologia nuova e controversa, tutte le forze di polizia che intendono utilizzarla in futuro si assicurino che tutto ciò che è ragionevole e possibile sia stato fatto per garantire che il software utilizzato non presenti pregiudizi razziali o di genere».

Sulla legalità dell'uso del riconoscimento facciale, come già detto, si registrano altresì interessanti decisioni delle Autorità garanti per la *privacy*.

In Italia, ad esempio, il Garante per la protezione dei dati personali ha considerato illegittimo SARI *Real Time*, ritenendolo non conforme agli *standard* imposti dal legislatore. Secondo l'Autorità, SARI *Real Time*, nella misura in cui è installato e utilizzato in luoghi pubblici e aperti al pubblico, effettua un'elaborazione automatizzata su larga scala che si estende anche a coloro che non sono inclusi nelle *check list* della polizia, poiché l'identificazione della persona sospettata richiederebbe anche l'elaborazione biometrica di tutte le altre persone che circolano nello spazio pubblico monitorato. Ciò comporta – secondo l'Autorità – una vera e propria

di legalità. Infine, il *software* utilizzato poteva causare corrispondenze errate a causa della presenza di *bias* ed errori di programmazione. A riguardo si veda B. DAVIES, M. INNES E A. DAWSON, (2018), *An Evaluation of South Wales Police use of Automatic Facial Recognition*, Cardiff University, settembre 2018.

⁴⁵ Per una critica alla decisione di primo grado sia consentito il rinvio a S. DEL GATTO, *Quali regole per le nuove tecnologie di riconoscimento facciale?*, cit., e EAD., *Potere algoritmico, digital welfare state e garanzie per gli amministrati.*, cit., 839, *sub* nota 24.

⁴⁶ *Royal Courts of Justice Strand*, Londra, WC2A 2LL, 11 agosto 2020, disponibile *online* su <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/R-Bridges-v-CC-South-Wales-ors-Judgment.pdf>>.

⁴⁷ La Corte ha quindi confermato l'ultimo motivo di appello riguardante la conformità alla Sezione 149 dell'*Equality Act* del 2010, sostenendo che la polizia del NSW «non ha mai cercato di garantire, né direttamente né tramite verifica indipendente, che il programma software non avesse causato pregiudizi inaccettabili per motivi di razza o sesso».

⁴⁸ Secondo i giudici le norme in vigore non definiscono adeguatamente i termini con cui la polizia può esercitare poteri discrezionali e per questo motivo non rispettano il principio di legalità.

evoluzione della natura stessa dell'attività di sorveglianza pubblica, e genera un passaggio «dalla sorveglianza mirata di certi individui alla possibilità di sorveglianza universale allo scopo di identificare determinati individui». In sostanza, SARI *Real Time* dà origine a «un nuovo modello di sorveglianza» che introduce «*di fatto*, un cambiamento non reversibile nel rapporto tra individuo e autorità»⁴⁹.

Pronunce interessanti sul tema si rinvengono anche al di fuori dei confini nazionali. La *Federal Privacy Commission* canadese ha osservato che l'uso delle tecnologie di riconoscimento facciale da parte della polizia per la sorveglianza di massa dovrebbe essere vietato in quanto eccessivamente invasivo per la *privacy* degli individui, sottolineando anche la necessità di una legislazione *ad hoc*.

Le Commissioni per la *privacy* di Canada, Francia, Regno Unito e Italia hanno in particolare, sanzionato la società *Clearview* per aver creato un *database* con miliardi di immagini personali, raccolte *online* senza consenso, al fine di vendere un servizio di identificazione biometrica alle forze dell'ordine.

La questione del consenso in relazione all'uso dei sistemi di riconoscimento facciale è stata oggetto anche di altre decisioni. In Svezia, la *Datainspektionen* (l'Autorità Nazionale per la Protezione dei Dati) ha multato un liceo di *Skellefteå* per aver introdotto un sistema di riconoscimento facciale al fine di controllare la frequenza degli studenti in contrasto con la legislazione svedese che, in applicazione del GDPR, prevede un divieto esplicito di trattamento di dati biometrici, come quelli utilizzati

⁴⁹ GDPR, 25 marzo 2021, n. 127. Proprio a causa dell'interferenza incisiva nella vita privata delle persone – con il rischio correlato di compressione di alcune prerogative individuali e collettive di natura essenziale, incluso il diritto al rispetto della vita personale e alla libertà di espressione – la Garanzia ritiene che tale espediente debba essere giustificato da una base regolatoria adeguata che identifichi le condizioni di ammissibilità e i limiti. Secondo il Garante per la *privacy*, per essere soddisfacente, tale base normativa dovrebbe tenere conto di tutti i diritti e delle libertà coinvolti e definire le situazioni in cui l'uso di tali sistemi è possibile, evitando di conferire «una discrezionalità così ampia che il suo utilizzo dipenda in pratica da coloro che saranno chiamati a disporre, piuttosto che sulla disposizione normativa emanata». Fondamento normativo considerato dall'Autorità per la *Privacy* inesistente nel diritto nazionale fino ad oggi, poiché non si trova alcuna base giuridica adeguata per il trattamento dei dati biometrici né nel Decreto Legislativo n. 51/2018 (che regola il trattamento dei dati personali ai fini della prevenzione, indagine, individuazione e persecuzione dei reati), né nel Codice di Procedura Penale. Su questo argomento, vedi A. MASCOLO, *Riconoscimento facciale «in tempo reale»: il Garante per la privacy boccia S.A.R.I. Real Time*, Osservatorio sullo Stato Digitale, IRPA, disponibile *online* su <<https://www.irpa.eu/riconoscimento-facciale-in-tempo-reale-il-garante-per-la-privacy-boccia-s-a-r-i-real-time/>>.

nel riconoscimento facciale. Sebbene la scuola avesse dichiarato di aver ottenuto il consenso degli studenti, la *Datainspektionen* ha correttamente osservato come, in quel caso specifico, il consenso non potesse costituire una base giuridica adeguata, data la situazione di sottomissione in cui si trovano gli studenti rispetto alla scuola (un'amministrazione pubblica).

Un caso analogo è stato oggetto di cognizione da parte del Tribunale Amministrativo di Marsiglia⁵⁰, dove l'ufficio scolastico locale, dopo aver stipulato un contratto con una società privata, ha installato telecamere con riconoscimento facciale su studenti di una scuola superiore. A seguito di un ricorso presentato dall'associazione dei genitori, la Corte francese ha censurato la decisione dell'ufficio scolastico, ritenendo che vi fosse stata una violazione del GDPR proprio perché gli studenti non potevano in alcun modo fornire il libero consenso al trattamento dei loro dati biometrici a causa della posizione di potere che l'autorità scolastica detiene su di loro. Secondo i giudici, un tale sistema di sorveglianza rappresentava una scelta di tipo *opt-out*, priva della possibilità di negare il consenso, pena l'impossibilità di accedere all'edificio scolastico, con conseguente violazione del diritto all'istruzione.

6. Brevi considerazioni finali

L'analisi sin qui svolta solleva alcune domande. L'uso delle nuove tecnologie da parte dell'autorità pubblica, in particolare di quelle che, come il riconoscimento facciale, si avvalgono dell'intelligenza artificiale, comporta un cambiamento significativo nel modello di sicurezza pubblica esistente, a partire dal modello costituzionale italiano? E che effetti produce tale utilizzo nel rapporto tra amministrazione pubblica e cittadini? Il potere pubblico algoritmico presenta caratteristiche inedite? E come si riflette ciò sul consolidato equilibrio tra 'autorità' e 'libertà'?

Nel nostro sistema costituzionale, nel perseguimento degli interessi della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, le libertà dei cittadini rappresentano un *pruis* logico e legale da cui si parte per fissare i limiti all'esercizio del potere⁵¹. Questo modello è emblematico di una scelta

⁵⁰ *Tribunal Administratif de Marseille*, 3 febbraio 2020, n. 1901249, disponibile online su <https://www.laquadrature.net/wp-content/uploads/sites/8/2020/02/1090394890_1901249.pdf>.

⁵¹ Vedi artt. 13, c. 3, 16, c. 1, 17, c. 3 e 21, c. 4 Cost. A proposito, G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979, *passim*.

più ampia a favore di un modo preciso di guardare al rapporto tra potere pubblico e cittadini, anche nell'esercizio della cosiddetta *puissance publique*⁵².

Rispetto a questo impianto, l'uso del riconoscimento facciale, in particolare da parte delle forze di polizia o degli enti locali con funzione di sorveglianza nelle città, sembra determinare un'inversione, con il rischio di mettere nuovamente le libertà fondamentali degli individui in una posizione subordinata.

Quanto osservato nei paragrafi precedenti offre infatti, un quadro poco rassicurante del potere amministrativo algoritmico quando utilizza tecnologie così invasive come il riconoscimento facciale. Un potere opaco, meno responsabile, che presenta caratteri accentuati di autorevolezza e unilateralismo, e che determina un chiaro squilibrio a favore delle amministrazioni pubbliche nel rapporto tra 'autorità' e 'libertà'⁵³.

Ciò è aggravato dalla crescente delega delle decisioni a terzi (solitamente privati come avvenuto nel caso della Scuola marsigliese) da parte dell'amministrazione pubblica, a cui quest'ultima affida la realizzazione del *software*⁵⁴ (il cui funzionamento resta spesso ignoto all'autorità pubblica)

⁵² A. PUBUSA, *Riflessioni sulla pubblica amministrazione rileggendo la Costituzione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, VI, Mucchi Editore, 1996, pp. 1471 ss.; AA.VV., *Valori costituzionali e pubblica amministrazione*, 1993, *passim*; V. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, *passim*.

⁵³ Garante per la protezione dei dati personali, 25 marzo 2021 n. 127. Secondo il Garante, il riconoscimento facciale in tempo reale «realizza un'elaborazione automatizzata su larga scala che può influenzare, tra gli altri, coloro che sono presenti a eventi politici e sociali, che non sono oggetto di 'attenzione' da parte delle forze di polizia».

⁵⁴ Questa delega può anche essere diretta, come è accaduto ad esempio in Australia, dove il governo ha esternalizzato il potere di erogare determinati benefici nell'ambito delle *politiche di welfare*, senza, tra le altre cose, rispettare le procedure di evidenze pubbliche. Nel caso australiano della carta di debito (in cui i benefici vengono caricati su quella carta, che tuttavia non possono essere utilizzati per alcuni acquisti, ad esempio alcolici o gioco d'azzardo, o in certi locali) S. TILLEY, *In the Name of 'Digital Inclusion': The true cost of the automation and privatization of the public security system Australian*, in *Social Alternatives*, vol. 39, 1, 2020, pp. 28 e seguenti. I punti criticati sono la costrizione, la mancanza di consenso e il processo decisionale basato esclusivamente sull'uso dei dati. Secondo l'autore, il governo sta abdicando alla sua responsabilità di soddisfare i bisogni dei cittadini, restituendo la scelta all'algoritmo. Questa forma di esercitare il potere altererebbe anche la stessa posizione dei beneficiari di assistenza, che la A. definisce come «attori necessariamente conformi al mercato». In questa linea anche M. LANGFORD, *Taming the Digital Leviathan: Automated Decision-Making and International Human Rights*, *AJIL Unbound*, 114, p. 141-146, secondo cui «Lo stato sociale digitale, inconsapevolmente o meno, forniva una copertura 'neutrale' utile per politiche neoliberali di lunga data che mettevano in discussione il diritto alla sicurezza sociale, sia riducendo

con la conseguente esternalizzazione *de facto* della cura dell'interesse pubblico. Ciò genera importanti questioni riguardo all'imputabilità della scelta amministrativa algoritmica⁵⁵, alla sua spiegabilità e alla responsabilità dei provvedimenti adottati⁵⁶. Subentra inoltre un rischio concreto di appiattimento del decisore pubblico rispetto ai risultati della macchina, che va ben oltre la subordinazione della decisione amministrativa alla tecnica⁵⁷.

In questi casi, vi è una rischiosa 're-intermediazione' dell'autorità pubblica⁵⁸, consapevole della possibilità che, nelle attività discrezionali, l'uso di nuove tecnologie determini un «vincolo inconscio» tale che la decisione non viene «semplicemente anticipata, ma sostituita dalla tecnica».⁵⁹

Sorge quindi la questione se, di fronte a tali rischi e problemi, la scelta inizialmente seguita dal legislatore italiano che, secondo quanto si è detto, ha vietato l'uso dei sistemi di riconoscimento facciale (come in molti altri sistemi giuridici non UE⁶⁰), debba essere approvata, oppure, anche in ragione dei benefici positivi che tale tecnologia può determinare

il budget del *welfare*, sia restringendo il bacino dei beneficiari, o rafforzare le sanzioni».

⁵⁵ M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 2020, pp. 69 ss.

⁵⁶ Guarda su questo argomento le interessanti riflessioni sull'aumento della libertà a scapito della responsabilità nella «società digitale» realizzata da L. VIOLANTE, *Diritto e potere nell'era digitale. Cybersociety, cybercommunity, cyberstate, cyberspace: tredici tesi*, in *BioLaw Journal*, 2022, pp. 145 e seguenti. Su questi temi già S. DEL GATTO, *Potere algoritmico.*, cit., pp. 829 ss.

⁵⁷ S. Stacca, *Potere algoritmico. Profili organizzativi del rapporto tra amministrazione e automazione*, in *Dir. pubbl.*, 2024, pp. 365 ff.

⁵⁸ Cioè, il rischio rilevato è che non stiamo semplicemente assistendo alla «cancellazione dei mediatori» ma a una loro «sostituzione discreta». Così L. VIOLANTE, *Diritto e potere.*, cit., 145 e seguenti.

⁵⁹ S. STACCA, *Potere algoritmico. Profili organizzativi del rapporto tra amministrazione e automazione* in *Diritto Pubblico*, 2/2024, pp. 365 ss. Si veda anche A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 681 ss., citato già da Stacca.

⁶⁰ Negli Stati Uniti, ad esempio, alcuni stati hanno deciso di vietare completamente il riconoscimento facciale o di introdurre divieti settoriali specifici, ad esempio nelle scuole o nelle abitazioni popolari. Il riconoscimento facciale è vietato, con riferimento specifico alle funzioni di polizia, a Boston, San Francisco, Minneapolis, Oakland e California. Nello Stato del Maine, la legge vieta ai dipartimenti statali, della contea e municipali, ai dipendenti e ai funzionari di utilizzare o possedere tecnologia di riconoscimento facciale o di stipulare un accordo con terzi per ottenere, accedere o utilizzare la tecnologia di riconoscimento facciale nella maggior parte delle aree pubbliche, comprese le scuole, e per scopi di sorveglianza. Esiste anche un rigido quadro normativo sui modi specifici in cui le forze dell'ordine possono sfruttare la tecnologia pertinente per la soppressione e l'indagine sui crimini.

nell'esecuzione di determinate funzioni e servizi pubblici⁶¹, se non sarebbe preferibile indagare la possibilità di trovare correttivi adeguati in grado di ristabilire un equilibrio equo tra potere pubblico, diritti e libertà individuali nell'uso di sistemi di riconoscimento facciale.

Sotto questo profilo, come anticipato, la soluzione pur apprezzabile offerta dall'*AI Act* contiene alcune ombre⁶².

Insufficiente, come evidenziato in giurisprudenza e dalle Autorità per la *privacy*, è anche la garanzia del consenso al trattamento dei dati biometrici non essendo configurabile un consenso liberamente dato quando esiste uno squilibrio di posizioni come quello tra amministrazione pubblica e soggetto amministrato. La sottomissione 'volontaria' a un sistema di sorveglianza che utilizza il riconoscimento facciale da parte di un'autorità pubblica si traduce pertanto in una scelta imposta⁶³.

Non è molto decisiva anche la garanzia indicata dal giudice italiano e ora trasposta nella nuova legge italiana sull'intelligenza artificiale⁶⁴ affidata alla cosiddetta «riserva di umanità» o non esclusività della decisione

⁶¹ Tenendo inoltre conto della ricostruzione di Feliciano Benvenuti che osservò che la giustificazione del potere è strumentale per l'utilità sociale e l'interesse generale. I compiti della polizia di sicurezza sono rivolti al servizio della comunità e dei cittadini, consentendo agli individui di vivere pacificamente nella comunità e di agire in essa per la manifestazione della propria individualità e la soddisfazione dei propri interessi F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo, Parte generale*⁵, Padova, CEDAM, 183.

⁶² La *summa divisio* stabilita nell'*AI Act* tra sistemi biometrici a basso e alto rischio non sembra, in generale, del tutto convincente, e la scelta di affidare alle aziende private stesse il compito di valutare la conformità del software prodotto con standard di sicurezza e qualità senza intervento pubblico, ad esempio da parte di un'autorità indipendente istituita ad hoc, solleva forti preoccupazioni C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021; G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2022, pp. 303 ss.

⁶³ A questo proposito sono significativi alcuni casi avvenuti in Svezia e Francia. A riguardo a quest'ultimo, si veda la decisione del *Tribunal Administratif de Marseille*, 3 febbraio 2020, n. 1901249, disponibile *online* su <https://www.laquadrature.net/wp-content/uploads/sites/8/2020/02/1090394890_1901249.pdf>.

⁶⁴ L'articolo 14, L. n. 132/2025 sull'Uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione pubblica stabilisce che le amministrazioni pubbliche devono utilizzare l'intelligenza artificiale al fine di aumentare l'efficienza delle loro attività, ridurre i tempi necessari per completare le procedure e aumentare la qualità e la quantità dei servizi forniti a cittadini e imprese, garantendo che le parti interessate siano consapevoli di come funziona e che il suo utilizzo sia tracciabile. L'uso dell'intelligenza artificiale può essere consentito solo per una capacità strumentale e di supporto al processo decisionale, rispettando l'autonomia e il potere decisionale della persona che, secondo la disposizione menzionata, rimane l'unica responsabile delle misure e procedure in cui l'intelligenza artificiale è stata impiegata.

algoritmica⁶⁵. Le criticità legate alla garanzia offerta dal principio cosiddetto dello *human in the loop* risiedono proprio nel carattere degli algoritmi utilizzati⁶⁶, il cui funzionamento può essere difficile da comprendere anche per gli stessi programmatori⁶⁷, con relativi problemi di trasparenza e comprensibilità della decisione algoritmica⁶⁸. Quando la base della decisione è un *output* prodotto da *software* di intelligenza artificiale, come nel caso del riconoscimento facciale, la trasparenza, anche nella versione rafforzata affermata dal Consiglio di Stato⁶⁹, rischia infatti di offrire solo

⁶⁵ Il coinvolgimento umano, cosiddetto *human in the loop*, pur non essendo sufficiente, è considerato un elemento necessario per la legittimità dell'uso del software di riconoscimento facciale da parte delle autorità pubbliche. Per una definizione di *human in the loop*, si vedano le Linee Guida Etiche per un'Intelligenza artificiale affidabile, sviluppate dall'*High-Level Panel on Artificial Intelligence*, pubblicate nell'aprile 2019 e che hanno gettato le basi prima per il *White Paper* sull'IA e poi per l'*AI Act*. Su questo argomento in modo approfondito G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova, CEDAM, 2023, *passim*. È interessante anche l'analisi da una prospettiva sociologica di B. MARCHETTI, *La garanzia dello Human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *Biolaw Journal*, 2021, pp. 367 ss.

⁶⁶ Si fa riferimento ai cosiddetti algoritmi di *machine learning* che generano *output* predittivi e decisionali dal loro sistema di apprendimento. Questi sono, in realtà, algoritmi che trasformano l'enorme quantità di dati in arrivo (anche eterogenei tra loro e non strutturati) in nuove informazioni, generando correlazioni e modelli predittivi non sulla base di un processo logico deduttivo, ma basati sulle probabilità. In altre parole, l'intreccio dei dati da parte di questi sistemi è in grado di apprendere con altri mezzi ciò che non è conosciuto direttamente. Il meccanismo di previsione alla base del *machine learning* può però avere effetti discriminatori e stigmatizzanti: basandosi sulle serie temporali, essi elaborano una tendenza su cui formulano un giudizio prognostico che tende a 'congelare' situazioni preesistenti, con la conseguenza di perpetuare ed aggravare le disuguaglianze, indipendentemente dalla volontà iniziale di quelle del programmatore.

⁶⁷ G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, p. 217; F.Z. BORGESIUŠ (ed.), *Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision Making*, Council of Europe, Strasbourg, 2018; Federal Trade Commission, *Data Brokers. A Call for Transparency and Accountability*, Washington, 2014, pp. 10 ss.; S. DEL GATTO, *Potere algoritmico.*, cit., pp. 829 ss.

⁶⁸ Sugli algoritmi dei caratteri scatola nera vedi F. PASQUALE, *The black box society*, Harvard University Press, 2015, in cui la A. indica numerosi esempi a sostegno della tesi secondo cui, mentre aziende e istituzioni sono sempre più soggette alla «logica del segreto», la vita delle persone è sempre più trasparente e aperta. A proposito è anche I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e amministrazione pubblica: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzione del federalismo*, 3, 2019, pp. 643 ss. Sul problema della trasparenza nei sistemi di IA e sulle possibili soluzioni anche alla luce dei principi del nuovo Codice dei contratti pubblici, si rinvia a E. CARLONI, *Transparency within the artificial administration, principles, paths, perspectives and problems*, in *Italian Journal of Public Law*, 2024, pp. 8 ss.

⁶⁹ Come osservato dal giudice amministrativo, «l'uso di procedure informatizzate non può

‘un’istantanea’ della funzionalità del sistema⁷⁰, che favorisce la ‘visione’ alla ‘comprensione’, limitando significativamente i benefici attribuibili al suo funzionamento⁷¹.

Oltre alla trasparenza, l’affermazione e il rispetto di altri due principi tipici del diritto amministrativo (il principio di legalità e il principio di proporzionalità) appare quindi importante. Nel rispetto del principio di legalità, da intendere in modo rigoroso e da valorizzare in termini qualitativi, come suggerito dal Garante per la *privacy*, l’uso del riconoscimento facciale da parte dell’amministrazione pubblica dovrebbe sempre basarsi su una base giuridica *ad hoc*. Una disposizione generica che consente all’amministrazione pubblica di utilizzare tali tecnologie non può essere considerata sufficiente, ma è necessaria, a causa dell’intrusività e delle caratteristiche di tali strumenti, l’esistenza di una disciplina dettagliata⁷² che non si limiti a

essere una ragione per aggirare i principi che conformano il nostro sistema e regolano la conduzione dell’attività amministrativa». Cons. St., VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, § 10. Vedi anche la decisione n. 2018-765 DC, 12 giugno 2018 del *Conseil Constitutionnel*, che ha riconosciuto la legittimità dell’uso degli algoritmi nei procedimenti amministrativi, a condizione che venga garantita la piena intelligibilità della procedura algoritmica e – se la decisione si basa su o riguarda dati sensibili – che la decisione finale non sia completamente automatizzata. Sull’importanza di avere una disciplina adeguata delle procedure algoritmiche si rinvia a C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Proceduralism and Automation: Challenges to the Values of Administrative Law*, in E. FISHER, J. KING, A. YOUNG (eds.), *The Foundations and Future of Public Law* (in honor of Paul Craig), LSE Legal Studies Working Paper No. 3/2019; J. COBBE, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, in *Legal Studies*, 39 (4).

⁷⁰ Questo è particolarmente vero per i sistemi adattivi che imparano man mano che aumentano la quantità e i tipi di dati su cui attingono, e per le piattaforme con interfacce mobili, impostazioni, funzionalità e numero di utenti.

⁷¹ Dubbi sul fatto che la trasparenza nelle decisioni tramite algoritmi possa essere garantita sono stati sollevati da D. RUNCIMAN, *How Democracy Ends, UK, 2018*. Secondo la A., gli algoritmi nelle decisioni impedirebbero un sistema equilibrato di pesi e contrappesi e offrirebbero solo trasparenza unidirezionale – cioè, quella dell’amministrazione che utilizza l’algoritmo - riguardo al soggetto del dato. Sui rischi di ottenere una trasparenza ‘vaga’ o in altri aspetti dannosa, P.B. DE LAAT, *Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?*, *Philos. Technol.*, 31, 2018, p. 525.

⁷² Questa è anche la direttiva presa dall’Autorità per la Protezione dei Dati Personali, che ha dichiarato lo strumento in tempo reale SARI illegittimo perché viene utilizzato in assenza di una base legale adeguata. Secondo quanto dichiarato dall’Autorità per la Protezione dei Dati, il decreto di attuazione del Codice per la Protezione dei Dati Personali riguardante il trattamento dei dati effettuato a fini di pubblica sicurezza da parte di organi, uffici e comandi di polizia non può essere considerato una base giuridica adeguata e sufficiente perché manca del grado di dettaglio necessario per soddisfare la necessità di prevedibilità fondamentale quando la polizia utilizza tecnologie di riconoscimento facciale in tempo reale. Nel decreto menzionato dal Garante vi è

attribuire il potere, lasciando all'amministrazione la libertà di scegliere i mezzi per esercitarlo, ma che indichi con un adeguato grado di dettaglio i prerequisiti e i limiti posti all'esercizio della discrezionalità. Nei ristretti casi consentiti, inoltre, l'uso del riconoscimento facciale dovrebbe sempre essere preceduto da un controllo della conformità al principio di proporzionalità. La mera, seppur essenziale, presenza di un interesse pubblico all'uso di un sistema di videosorveglianza con *software* di riconoscimento facciale deve infatti considerarsi insufficiente se non accompagnata da un giudizio sulla proporzionalità della misura, in particolare sulla sua tollerabilità (o proporzionalità nel senso stretto). Proprio questo criterio (che insieme a quelli di idoneità e necessità concorre a riempire di contenuto il principio di proporzionalità), spesso poco indagato nelle sentenze del giudice amministrativo, in questo caso dovrebbe invece avere un ruolo centrale.

Di fronte alla rapida evoluzione delle nuove tecnologie, tuttavia, anche queste correzioni potrebbero non essere sufficienti, rendendo necessario individuare un limite insormontabile, un nucleo intangibile di diritti che benefici di una protezione assoluta contro l'intrusione da parte dell'amministrazione pubblica⁷³, al fine di ristabilire e garantire un bilanciamento equo tra 'autorità' e 'libertà' il cui equilibrio è messo a rischio dall'uso del riconoscimento facciale.

infatti solo una normativa specifica per il trattamento dei dati raccolti tramite sistemi di videosorveglianza e registrazione fotografica, audio e video, che, tuttavia, come osservato dal Garante, sono «sistemi ontologicamente diversi da quelli per l'elaborazione dei dati biometrici». L'importanza di un prerequisito normativo che indichi in dettaglio assunzioni e limiti è stata recentemente confermata con riferimento alle tecnologie di riconoscimento facciale dalla Corte dell'EDU, che ha affermato l'importanza fondamentale — nell'uso di tali tecnologie — di avere regole sufficientemente dettagliate che governino l'ambito e l'applicazione delle misure adottate e, allo stesso tempo, forti salvaguardie contro il ben fondato rischio di un possibile abuso. Vedi CEDU, III, 4 luglio 2023, Caso 11519/20, *Glukhin contro Russia*.

⁷³ L'esistenza di un nucleo intangibile della vita privata (*Kernbereich privater Lebensgestaltung*) come limite insormontabile di fronte a certe interferenze pubbliche è stata affermata con riferimento a nuove tecniche di sorveglianza dalla Corte Costituzionale tedesca nel 2016, che ha dichiarato l'illegalità di questi strumenti nella lotta al terrorismo. Si veda *Bundesverfassungsgericht*, 20 aprile 2016, 1 BvR 966/09 e 1 BvR 1140/09, www.bundesverfassungsgericht.de. Secondo la Corte, più l'interferenza della misura nella vita privata di un individuo è sostanziale, più rigidi devono essere i requisiti legali per la sua attuazione. Per i giudici, deve, in sostanza, essere affermata una relazione di proporzionalità diretta tra il grado di intrusività della misura e il livello di intensità delle garanzie giuridiche. Si vedano paragrafi 105 e 108 della sentenza.

Luis Miguel García Lozano*

*Inteligencia artificial y función administrativa
a la luz del nuevo Reglamento europeo de Inteligencia artificial*

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial – 3. Principios y planteamientos del Reglamento Europeo – 4. La preocupación por los sistemas biométricos – 5. La concreción de las obligaciones establecidas para el desarrollo de aplicaciones de inteligencia artificial – 6. El impacto del uso de la inteligencia artificial en la función administrativa – 7. Conclusiones.

1. *Introducción*

La inteligencia artificial se ha consolidado, durante un período considerable, como una realidad técnico-fáctica de carácter estructural, cuya presencia y operatividad trascienden ampliamente el ámbito estrictamente científico o especializado en el que inicialmente se desarrollaba. Sin embargo, ha sido en una fase relativamente reciente cuando dicha tecnología ha experimentado una expansión cualitativa y cuantitativa de alcance general, favorecida por su progresiva incorporación a entornos de uso común y por la accesibilidad inmediata a sistemas y aplicaciones capaces de interactuar de forma directa con los usuarios finales. Este proceso ha determinado un cambio sustancial en la naturaleza del fenómeno, que ha dejado de presentarse como una herramienta sectorial para convertirse en un factor transversal con incidencia directa en la organización social, económica y, de manera particularmente relevante, administrativa.

El desarrollo de este proceso de difusión y normalización tecnológica se ha llevado a cabo durante un extenso período, en un contexto de escasez normativa, caracterizado por la falta de un marco jurídico fundamental que oriente de manera sistemática el desarrollo y la utilización de sistemas de inteligencia artificial. En este contexto, el desarrollo tecnológico y los incentivos de mercado han desempeñado un papel predominante en la evolución de la técnica, lo que ha resultado en una expansión continua y

* Profesor Contratado Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

con escasos condicionantes jurídicos. Sin embargo, no se han establecido mecanismos de control, garantía y responsabilidad adecuados a la magnitud de los intereses en juego.

Esta situación ha suscitado una preocupación creciente en los ámbitos doctrinal e institucional, centrada en la necesidad imperativa de conciliar el potencial innovador inherente a la inteligencia artificial con la exigencia de salvaguardar los derechos fundamentales y los derechos subjetivos de las personas afectadas por su utilización.

Desde esta perspectiva, se imponía la adopción de un marco regulatorio común que, sin obstaculizar el desarrollo tecnológico, permitiera establecer principios, límites y criterios de intervención pública orientados a encauzar jurídicamente el despliegue de la inteligencia artificial¹. La situación presenta evidentes analogías con la experimentada en etapas anteriores respecto de otras tecnologías disruptivas singularmente, la generalización de Internet, cuya expansión se produjo inicialmente al margen de una regulación específica, relegando a un momento posterior la reflexión jurídica sobre sus efectos estructurales. Sin embargo, a diferencia de aquel contexto histórico, el legislador contemporáneo dispone hoy de una experiencia acumulada que permite identificar con mayor claridad los riesgos asociados a un desarrollo tecnológico carente de controles normativos suficientes y anticipar, al menos parcialmente, sus posibles efectos adversos.

En efecto, el análisis retrospectivo de estos procesos pone de manifiesto que una de las principales disfunciones derivadas de la ausencia de regulación temprana reside en la limitada capacidad de los Estados constitucionales para ejercer un control efectivo sobre tecnologías que, por su propia configuración técnica y por su proyección transnacional, desbordan los esquemas clásicos de territorialidad del poder público. Esta circunstancia no solo dificulta la intervención regulatoria, sino que plantea además el riesgo de que las respuestas jurídicas adoptadas con posterioridad, en un contexto de urgencia o presión social, se traduzcan en restricciones desproporcionadas o poco sistemáticas de los derechos subjetivos de los individuos.

¹ L.M. GARCÍA LOZANO, *La función administrativa ante el reto de la incorporación generalizada de la inteligencia artificial: luces y sombras del nuevo Reglamento europeo*, en *La Razón histórica. Revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales*, n. 65, 2025, pp. 60-83.

2. El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial

El proceso de aprobación del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial² es el resultado de un extenso y complejo itinerario normativo, en el que la Unión Europea ha ido configurando progresivamente una estrategia regulatoria propia frente a los riesgos asociados al desarrollo y despliegue de los sistemas de inteligencia artificial.

Las primeras iniciativas institucionales se remontan ya a 2017, cuando el Consejo Europeo comenzó a identificar la inteligencia artificial como un ámbito prioritario de intervención pública, tal y como se refleja expresamente en los considerandos del propio Reglamento. En esta etapa preliminar, se adoptó una perspectiva predominantemente estratégica y programática, orientada a la inserción de la Unión en el escenario global de la innovación tecnológica, en lugar de centrarse en la implementación de normativas jurídicas imperativas.

Un acontecimiento de suma relevancia en el desarrollo de este proceso fue la publicación del Libro Blanco sobre la inteligencia artificial por parte de la Comisión Europea el 19 de febrero de 2020, que sentó las bases para el avance de la investigación en este campo³. El documento en cuestión puso de manifiesto, de manera evidente, la tensión existente entre el fomento de la innovación y la necesidad imperante de garantizar un elevado nivel de protección de los derechos fundamentales, proponiendo, por primera vez, un modelo regulatorio basado en la gestión del riesgo. Sobre esta base se elaboró la primera propuesta normativa, denominada a servir como punto de partida para un debate legislativo de amplio alcance.

No obstante, a pesar de la conciencia temprana de la relevancia del fenómeno y de la urgencia de su regulación, el procedimiento legislativo experimentó una notable ralentización, prolongándose durante varios años en un contexto de intensas discusiones técnicas, políticas y doctrinales⁴.

² Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 («Reglamento de Inteligencia Artificial»).

³ M. DE HOYOS SANCHO, *El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como "sector de riesgo"*, en REDE. *Revista española de derecho europeo*, n. 76, 2020, pp. 9-43.

⁴ Se vea el siguiente congreso: A.J. HUERGO LORA, *La irrupción de la IA en el derecho administrativo. De la digitalización a la inteligencia artificial: ¿evolución o revolución?*, en *El Derecho Administrativo en la era de la inteligencia artificial*, Actas del XVIII Congreso de

No será hasta 2023 cuando el proceso reciba un impulso decisivo, tras un prolongado periodo de estancamiento, motivado en parte por la rápida evolución tecnológica especialmente en el ámbito de los sistemas de uso general y por la necesidad de redefinir el alcance material de la norma. Finalmente, el Reglamento fue aprobado por el Parlamento Europeo mediante Resolución legislativa de 13 de marzo de 2024 y, con posterioridad, por el Consejo de la Unión Europea el 21 de mayo de 2024, culminando así el procedimiento legislativo ordinario y de codecisión. Con ello, la Unión Europea se dotó de un instrumento normativo de carácter directamente aplicable, destinado a armonizar las reglas relativas al desarrollo, comercialización y uso de sistemas de inteligencia artificial en el conjunto del mercado interior.

Durante el prolongado periodo previo a la adopción de este marco armonizado, los Estados miembros mostraron una notable reticencia a abordar de forma autónoma la regulación integral de la inteligencia artificial. Esta autocontención normativa respondía, en gran medida, al temor de fragmentar el mercado interior y de introducir soluciones regulatorias potencialmente incompatibles con una futura intervención europea. En consecuencia, los conflictos jurídicos derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial fueron afrontados, de manera predominantemente reactiva, a través de la aplicación de marcos normativos preexistentes, en particular la normativa de protección de datos personales y los mecanismos generales de tutela de los derechos fundamentales.

Este enfoque, sin embargo, presentaba un carácter esencialmente *ex post* y reparador, orientado a corregir lesiones concretas una vez producidas, pero insuficiente para incidir de forma estructural en la orientación del desarrollo tecnológico. Como ha subrayado reiteradamente la doctrina, la aplicación fragmentaria de normas concebidas para otros fines, aunque relevantes no permitía abordar adecuadamente los riesgos sistémicos asociados a la inteligencia artificial, ni ofrecer respuestas coherentes a problemas como la opacidad algorítmica, la automatización de decisiones públicas o la redistribución de responsabilidades entre operadores públicos y privados.

En el ámbito de la actuación administrativa, se desprende una consecuencia de suma relevancia, la cual se erige como un hallazgo de particular interés en el contexto de la investigación. Las entidades de la

la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Vigo, 25-27 de enero de 2024), coord. por P. Valcárcel Fernández, F. Lorenzo Hernández González, INAP, Madrid 2025, pp. 31-72.

Administración pública⁵, consideradas en sentido amplio, carecían de instrumentos normativos específicos que les permitieran anticipar, prevenir y gestionar los riesgos asociados al uso de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de sus funciones. Ante esta carencia, se vieron obligadas a recurrir de forma subsidiaria o analógica a categorías jurídicas tradicionales, cuya finalidad originaria no era disciplinar la inteligencia artificial como fenómeno técnico-jurídico autónomo, sino regular supuestos más generales. Esta situación puso de manifiesto los límites del marco jurídico existente y reforzó la necesidad de una regulación europea que ofreciera criterios comunes, previsibles y sistemáticos para la intervención pública en este ámbito

3. Principios y planteamientos del Reglamento Europeo

A pesar de la insistente solicitud de una intervención normativa en el ámbito de la inteligencia artificial por parte de las instituciones de la Unión Europea, los Estados miembros se abstuvieron durante un extenso período de adoptar regulaciones estatales de alcance general⁶. Esta actitud de contención normativa no se debió a una falta de conciencia sobre los riesgos asociados al desarrollo de la inteligencia artificial, sino a la concurrencia de diversas razones de carácter estructural que aconsejaban posponer cualquier iniciativa unilateral a la espera de una regulación armonizada a escala europea⁷.

En primer lugar, la naturaleza intrínsecamente transnacional de los sistemas de inteligencia artificial hacía particularmente ineficaz una regulación estatal aislada. El desarrollo, entrenamiento y despliegue de

⁵ T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Inteligencia artificial, Administraciones públicas y Derecho. Una visión comparada de un derecho en construcción*, en *El Derecho Administrativo en la era de la inteligencia artificial*, Actas del XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Vigo, 25-27 de enero de 2024), cit., pp. 629-658.

⁶ T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Inteligencia artificial, Administraciones públicas y Derecho. Una visión comparada de un derecho en construcción*, en *El Derecho Administrativo en la era de la inteligencia artificial*, Actas del XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Vigo, 25-27 de enero de 2024), cit., pp. 629-658.

⁷ J. VIDA FERNÁNDEZ, *La gobernanza de los riesgos digitales: desafíos y avances en la regulación de la inteligencia artificial*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. XIV, n. 1, 2022, pp. 489-503.

estos sistemas se articula a través de infraestructuras técnicas y flujos de datos que trascienden con facilidad las fronteras nacionales, lo que genera amplios márgenes de extraterritorialidad y facilita la elusión de marcos regulatorios puramente internos. En este contexto, una intervención estatal fragmentada no solo resultaba insuficiente para garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales, sino que podía incluso incentivar estrategias de deslocalización regulatoria⁸.

En segundo término, la opción por una regulación europea garantizaba un nivel elevado de armonización normativa en el conjunto del mercado interior, evitando la proliferación de soluciones divergentes que pudieran comprometer la unidad del espacio jurídico europeo⁹. La inteligencia artificial, en su carácter de tecnología con un impacto directo en la libre circulación de bienes, servicios y datos, requería la implementación de un marco normativo común que garantizara condiciones homogéneas¹⁰ de desarrollo y utilización, tanto para los operadores económicos como para las autoridades.

A lo anteriormente expuesto se añadía una consideración de carácter estratégico. Los Estados europeos aspiraban a que la futura regulación de la inteligencia artificial se configurara como un modelo de referencia a nivel internacional, capaz de influir en otros ordenamientos jurídicos, en particular en Estados Unidos y en diversos países de América Latina. La presente investigación tiene como objetivo analizar la ambición normativa que se evidencia en la propuesta, la cual tiene como propósito evitar que actores globales establezcan estándares regulatorios alternativos que potencialmente impliquen una menor exigencia en términos de protección de derechos fundamentales. Esto último podría generar espacios de desregulación o de competencia normativa a la baja¹¹.

En última instancia, se instó a que la futura norma europea, aun

⁸ E. MOREU CARBONELL, *Principios generales de actuación administrativa. Programación, formas de actuación administrativa, control de eficacia y eficiencia y derechos de las personas que se relacionan con la Administración*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. Extra-22, 2022, pp. 212-237.

⁹ A. VON BOGANDY, *La ciencia jurídica nacional en el espacio jurídico europeo. Un manifiesto*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 94, 2012, pp. 13-28.

¹⁰ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Contenido de las normas, principio de homogeneidad, estructura formal*, en *La calidad de las leyes*, coord. por F. Sainz Moreno, J.C. Da Silva Ochoa, Madrid 1989, pp. 101-119.

¹¹ E. GIRÓN REGUERA, *La regulación jurídica de la inteligencia artificial como garantía de los derechos. Su protección en la propuesta de ley europea de inteligencia artificial*, en *El impacto de la era digital en el Derecho*, dir. por J.M. López Ulla, Aranzadi, Cizur Menor 2023, pp. 441-470.

adoptando la forma de un reglamento directamente aplicable, preservara determinados márgenes de actuación para los Estados miembros. El propósito de esta exigencia no era atenuar el proceso de armonización, sino facultar a los ordenamientos nacionales para que pudieran desarrollar, complementar o reforzar el marco europeo en función de sus propias tradiciones constitucionales y administrativas, siempre y cuando se mantuvieran dentro de los límites establecidos por el Derecho de la Unión.

Tras un extenso proceso de elaboración y negociación, el Parlamento Europeo aprobó el 13 de marzo de 2024 el Reglamento que establece normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y modifica determinados actos legislativos de la Unión, culminando posteriormente el procedimiento legislativo ordinario con su adopción definitiva por el Consejo.

El Reglamento persigue articular una respuesta normativa equilibrada, orientada a garantizar elevados niveles de seguridad jurídica, responsabilidad y transparencia, sin comprometer el potencial innovador de la tecnología¹². Para ello, adopta un enfoque sistemático basado en la gestión del riesgo, mediante el cual se gradúan las obligaciones jurídicas en función del impacto potencial de los sistemas de inteligencia artificial sobre los derechos fundamentales y otros intereses jurídicos dignos de tutela. Este planteamiento permite superar modelos regulatorios uniformes e indiscriminados, introduciendo un sistema flexible y proporcional de intervención pública.

En este marco, el Reglamento configura distintos niveles de riesgo, ordenados en función de su mayor o menor peligrosidad para los derechos fundamentales de las personas. En el nivel más elevado se sitúan los sistemas que entrañan un riesgo inaceptable, cuyo uso queda, con carácter general, prohibido, salvo en supuestos excepcionales estrictamente delimitados y sometidos a condiciones particularmente rigurosas, como los relacionados con amenazas graves para la seguridad pública. A continuación, se identifican los sistemas de alto riesgo, cuya utilización es posible únicamente cuando se cumplen exigentes obligaciones de salvaguarda, dado su potencial impacto negativo sobre derechos fundamentales como la igualdad, la protección de datos o la tutela judicial efectiva¹³.

Por debajo de estos se encuentran los sistemas de riesgo limitado, respecto

¹² G. LAZCOZ MORATINOS, *Análisis de la propuesta de Reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas*, en *Ius et Scientia. Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, n. 2, 2020, pp. 26-41.

¹³ J.C. DÍAZ SENÉS, *Panorámica internacional de la regulación de la inteligencia artificial: Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (AI Act)*, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 49, 2024, pp. 117-130.

de los cuales el Reglamento impone fundamentalmente obligaciones específicas de transparencia, y, finalmente, los sistemas de riesgo mínimo o residual, que comprenden la mayor parte de las aplicaciones de uso cotidiano. En estos últimos casos, el uso de la inteligencia artificial no queda sujeto a requisitos adicionales tras su evaluación, al considerarse que no genera riesgos significativos para los derechos fundamentales, como sucede con determinadas aplicaciones de inteligencia artificial generativa o sistemas de interacción automatizada ampliamente extendidos.

En conjunto, el Reglamento no pretende restringir la innovación tecnológica, sino encauzar su desarrollo conforme a parámetros jurídicos que integren la protección de los derechos fundamentales y la preservación de valores esenciales del ordenamiento europeo, configurando así un modelo de gobernanza de la inteligencia artificial compatible con los principios estructurales del Estado de Derecho.

4. La preocupación por los sistemas biométricos

La regulación de los sistemas biométricos ocupa un lugar singular en el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, que les dedica un tratamiento específico y particularmente restrictivo. Esta atención diferenciada se justifica por la naturaleza intrínsecamente invasiva de tales sistemas y por el elevado potencial de afectación que presentan respecto a los derechos fundamentales de las personas, en particular el derecho a la intimidad, a la protección de datos personales, a la igualdad y a la no discriminación. Desde su irrupción en el ámbito tecnológico, los sistemas biométricos han suscitado una intensa controversia doctrinal y política, situándose de manera recurrente en el centro del debate europeo sobre los límites jurídicos del uso de tecnologías de identificación y reconocimiento automatizados¹⁴.

Desde una etapa inicial, las instituciones de la Unión Europea han expresado una postura de precaución, cuando no de evidente desconfianza,

¹⁴ Sobre los riesgos se vea: A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Los derechos ante los sistemas biométricos que incorporan inteligencia artificial*, en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, n. 51, 2024, pp. 117-149. C. CARRASCO PÉREZ, *El porvenir de los sistemas biométricos de reconocimiento facial por inteligencia artificial en la Unión Europea a la vista de la propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial (IA)*, en *Hacia un Derecho Procesal Europeo. IX Memorial Manuel Serra Domínguez*, dir. A. Hernández López, C. Arangüena Fanego, M. De Hoyos Sancho, 2024, pp. 411-422.

respecto a la implementación generalizada de tecnologías biométricas, particularmente en contextos de control y seguridad. Como se ha puesto de manifiesto en investigaciones previas, el empleo de determinados sistemas de exploración corporal integral en contextos de control aduanero, portuario y aeroportuario ha suscitado fuertes críticas. El motivo de tales críticas radica en la naturaleza invasiva de dichos sistemas, que conllevan una exploración exhaustiva del cuerpo humano por parte de las autoridades competentes sin que el individuo afectado disponga de mecanismos efectivos de oposición. Estas prácticas han sido consideradas por la doctrina como incompatibles con las exigencias derivadas del derecho a la intimidad personal y con el principio de proporcionalidad, al no resultar necesarias ni adecuadas para la finalidad perseguida en todos los supuestos.

Con posterioridad, el desarrollo tecnológico ha propiciado la implantación progresiva de sistemas biométricos menos invasivos en apariencia, como los basados en el reconocimiento de huellas dactilares, del iris o de rasgos faciales. Sin embargo, la doctrina ha advertido que estos sistemas no están exentos de riesgos jurídicos significativos. Los datos biométricos, aun cuando se utilicen con fines de identificación o autenticación, pueden revelar información altamente sensible sobre la persona, incluyendo características físicas permanentes e incluso, mediante tratamientos avanzados, inferencias relativas a aspectos de salud o predisposiciones biológicas. Su tratamiento masivo y automatizado amplifica, además, los riesgos de reutilización indebida, de pérdida de control por parte del titular de los datos y de generación de perfiles no transparentes.

En este contexto, la utilización de sistemas biométricos con fines de alta seguridad se ha extendido progresivamente más allá de los supuestos estrictamente necesarios, desplazando en ocasiones mecanismos tradicionales de identificación menos intrusivos, como tarjetas o credenciales físicas. Este fenómeno ha sido objeto de una creciente crítica doctrinal, al advertirse que la adopción de soluciones biométricas no siempre responde a una evaluación rigurosa de su necesidad y proporcionalidad, sino a una lógica de eficiencia tecnológica que tiende a privilegiar la automatización frente a la protección de derechos.

Especialmente problemático resulta el empleo de tecnologías de reconocimiento facial por parte de operadores privados en contextos en los que el consentimiento del interesado difícilmente puede considerarse libre. La identificación biométrica mediante el rostro se ha incorporado a procesos como la contratación de servicios, la prestación de consentimiento

en el ámbito bancario o la identificación remota en el sector turístico, sustituyendo la presencia física o la intermediación humana. En estos supuestos, la ausencia de alternativas reales de menor riesgo convierte el consentimiento en una condición meramente formal, pues la negativa del sujeto comporta, en la práctica, la imposibilidad de acceder al servicio o a la prestación correspondiente.

A ello se añade que los sistemas biométricos avanzados no se limitan a reconocer rasgos físicos estáticos, sino que permiten inferir estados emocionales, condiciones de salud con manifestación facial o epidérmica, hábitos, preferencias e incluso determinados patrones de conducta. La doctrina ha subrayado que esta capacidad inferencial transforma radicalmente la naturaleza del tratamiento biométrico, desplazándolo desde una función identificativa hacia una función predictiva y evaluadora, con consecuencias jurídicas de gran alcance. Un tratamiento defectuoso, sesgado o condicionado por los datos de entrenamiento iniciales habida cuenta del carácter autoaprendente de muchos sistemas de inteligencia artificial puede derivar en decisiones automatizadas discriminatorias, en procesos de exclusión social o en la consolidación de prácticas incompatibles con los principios estructurales del Estado de Derecho.

Precisamente por ello, el Reglamento europeo adopta frente a los sistemas biométricos una aproximación particularmente estricta, articulando prohibiciones generales, excepciones tasadas y obligaciones reforzadas en función del contexto (especialmente cuando intervienen autoridades públicas) y de la finalidad perseguida. Esta opción normativa refleja la convicción de que el uso de tecnologías biométricas no constituye un mero problema técnico, sino un desafío jurídico de primer orden que incide directamente en la configuración misma de la persona como sujeto de derechos en sociedades crecientemente digitalizadas.¹⁵

5. La concreción de las obligaciones establecidas para el desarrollo de aplicaciones de inteligencia artificial

El Reglamento Europeo, en su afán por mitigar los potenciales riesgos asociados al empleo irrestricto de sistemas de inteligencia artificial, ha establecido un conjunto de disposiciones jurídicas meticulosamente

¹⁵ Interesante resulta la obra a la cual se reenvía es: A. B. MUÑOZ RUÍZ, *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023.

estructuradas, cuyo propósito es regular su desarrollo, comercialización y utilización. Estas obligaciones no se fundamentan únicamente en una lógica prohibitiva, sino que se enmarcan dentro del enfoque de gobernanza del riesgo que constituye la columna vertebral de la norma. En este sentido, dichas obligaciones se configuran como instrumentos de prevención ex ante orientados a garantizar la compatibilidad de la innovación tecnológica con la protección de los derechos fundamentales y otros intereses jurídicos de relevancia.

En este sentido, conviene subrayar que las Administraciones públicas no solo actúan como usuarias de sistemas de inteligencia artificial desarrollados por terceros, sino que, en numerosos casos, han venido diseñando y utilizando aplicaciones propias en el ejercicio de sus funciones desde hace años. Ello refuerza la idea de que el marco regulatorio europeo no puede interpretarse como una disciplina dirigida exclusivamente al sector privado, sino como un régimen general de obligaciones que alcanza también al sector público cuando este actúa como proveedor o como responsable del uso de sistemas de inteligencia artificial. La lectura sistemática del Reglamento conduce, por tanto, a rechazar cualquier interpretación que limite injustificadamente el alcance subjetivo de estas obligaciones¹⁶.

Este sistema de obligaciones se dirige, de manera principal, a los distintos operadores que intervienen en la cadena de valor de la inteligencia artificial en particular, a los proveedores y a los responsables del despliegue de los sistemas. Por ello, se explica la atención preferente que el legislador europeo presta a los sujetos privados, en cuanto principales diseñadores, desarrolladores y comercializadores de estas tecnologías. Sin embargo, esta focalización no conlleva, en modo alguno, la exclusión de las administraciones públicas del ámbito de aplicación del Reglamento. En contraste, la norma se fundamenta en la premisa de que cualquier individuo, entidad u organización, de naturaleza pública o privada, que participe en la creación, implementación o uso de sistemas de inteligencia artificial se encuentra sujeta a las exigencias establecidas, independientemente de su naturaleza institucional.

Entre las exigencias más relevantes que impone el Reglamento especialmente en relación con los sistemas de alto riesgo se encuentran aquellas orientadas a garantizar un nivel elevado de protección de los derechos fundamentales. Destacan, en particular, las obligaciones relativas a la gobernanza de los datos, destinadas a asegurar que los conjuntos de

¹⁶ E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *PREVENTING Risks to Citizens from the Use of AI by Means of Fundamental Rights Impact Assessment*, *European Review of Digital Administration & Law*, vol. VI, n. 2, 2025, pp. 81-97.

datos utilizados sean pertinentes, representativos y adecuados, reduciendo en la medida de lo posible los riesgos de sesgo discriminatorio. A ello se suman los deberes de documentación técnica, de registro de actividades y de trazabilidad, concebidos para permitir la supervisión efectiva de los sistemas y facilitar tanto el control administrativo como el eventual control jurisdiccional.

Asimismo, el Reglamento impone exigencias específicas en materia de seguridad y robustez técnica, incluyendo la adopción de medidas avanzadas de protección frente a accesos no autorizados y la garantía de la integridad de los datos tratados. Estas obligaciones se complementan con deberes reforzados de transparencia, orientados a que los usuarios y las personas afectadas por el uso de sistemas de inteligencia artificial conozcan cuándo interactúan con estos y cuáles son sus principales características funcionales. De igual modo, se establecen límites claros respecto de determinadas capacidades inferenciales, particularmente cuando estas pueden afectar a datos sensibles o dar lugar a evaluaciones incompatibles con la dignidad y los derechos fundamentales de las personas.

En lo que respecta a la interoperabilidad, el Reglamento adopta una aproximación matizada, que debe ser interpretada de forma coherente con otros instrumentos del Derecho de la Unión y con las normativas nacionales aplicables al sector público. No se impone una prohibición general de la interoperabilidad, sino que se exige que esta se articule de manera compatible con las garantías de seguridad, protección de datos y control del riesgo. Ello permite evitar contradicciones aparentes con marcos normativos como el vigente en España en materia de interoperabilidad administrativa, siempre que la integración de sistemas no comprometa los estándares de protección exigidos por el Reglamento.

Desde el punto de vista institucional, el Reglamento prevé la designación de autoridades nacionales competentes encargadas de la supervisión y aplicación de la normativa en cada Estado miembro, configurando un modelo de gobernanza descentralizada pero coordinada. En coherencia con este esquema, y ante la necesidad de garantizar una aplicación uniforme del marco europeo, se contempla asimismo la existencia de mecanismos de coordinación a escala de la Unión. En este contexto se inscribe la creación de la Oficina Europea de Inteligencia Artificial por Decisión de la Comisión de 24 de enero de 2024, concebida como órgano de apoyo y coordinación, especialmente relevante en relación con los sistemas de uso general y las controversias de dimensión transfronteriza.

Finalmente, el Reglamento establece un régimen de aplicación

progresiva, previendo un periodo transitorio destinado a permitir la adaptación de los operadores públicos y privados a las nuevas exigencias normativas. Con carácter general, las disposiciones comenzarán a aplicarse veinticuatro meses después de su entrada en vigor, lo que sitúa su plena efectividad en el año 2026. Este plazo responde a la complejidad técnica y organizativa de las obligaciones impuestas, y refleja la voluntad del legislador europeo de conjugar la efectividad regulatoria con la viabilidad práctica de su cumplimiento.

6. El impacto del uso de la inteligencia artificial en la función administrativa

Como se ha señalado previamente, el empleo de sistemas fundamentados en técnicas de inteligencia artificial por parte de las entidades gubernamentales no representa una novedad, sino una realidad consolidada a lo largo de años e incluso décadas en diversos contextos de la gestión administrativa. Previamente a la aparición reciente de los sistemas generativos y de uso general, las administraciones habían empleado herramientas algorítmicas destinadas a apoyar, orientar o automatizar determinadas fases de la toma de decisiones públicas, especialmente en contextos caracterizados por la gestión masiva de datos y por la necesidad de adoptar decisiones repetitivas o seriadas¹⁷.

En el contexto del ordenamiento jurídico español, se evidencia una recurrente utilización de sistemas algorítmicos en el ámbito de la gestión administrativa, desde tiempos remotos. En este sentido, se han empleado aplicaciones destinadas a asistir en la evaluación técnica de las ofertas presentadas en procedimientos de contratación pública, mediante la ponderación automatizada de criterios previamente definidos. Asimismo, se han utilizado sistemas de análisis de riesgo orientados a valorar la peligrosidad o probabilidad de reiteración delictiva en determinados contextos, como ocurre con las herramientas empleadas en el ámbito de la violencia de género. Además, se han desarrollado aplicaciones orientadas a la tramitación automatizada de sanciones administrativas o a la gestión de infracciones de tráfico, así como sistemas de apoyo a la redacción de actos administrativos o a la gestión documental en procedimientos complejos.

En los supuestos anteriormente mencionados, la inteligencia artificial

¹⁷ F. BALAGUER CALLEJÓN, *LA constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, s.l. 2022.

(IA) no reemplaza formalmente al decisor público¹⁸. Sin embargo, sí ejerce una influencia significativa en el proceso de formación de su voluntad¹⁹. La utilización de este tipo de sistemas plantea, sin embargo, relevantes interrogantes jurídicos que afectan al núcleo mismo de la función administrativa. En primer lugar, se suscitan problemas vinculados a la opacidad técnica de los algoritmos empleados, especialmente cuando su diseño y mantenimiento dependen de operadores privados. La eventual manipulación, alteración o simple incomprensión del código fuente puede pasar inadvertida para el funcionario responsable, no tanto por negligencia, sino por la ausencia de conocimientos técnicos suficientes para auditar o verificar el funcionamiento real del sistema. Esta situación compromete directamente los principios de legalidad, responsabilidad y control del poder público.

En segundo término, los sistemas de inteligencia artificial basados en aprendizaje automático presentan riesgos específicos derivados de los procesos de retroalimentación de datos. La utilización continuada de conjuntos de datos históricos, especialmente cuando estos reflejan sesgos estructurales preexistentes, puede dar lugar a la consolidación de patrones discriminatorios que influyan en la adopción de decisiones administrativas sin que el operador humano llegue a advertirlo. La apariencia de neutralidad técnica del algoritmo puede, en estos casos, ocultar dinámicas de discriminación indirecta incompatibles con el principio de igualdad y con la interdicción de la arbitrariedad.

A ello se añade la dificultad objetiva de ejercer un control efectivo sobre tecnologías cuyo funcionamiento excede el ámbito de formación tradicional de los empleados públicos y de los órganos jurisdiccionales llamados a revisar su utilización. La progresiva incorporación de sistemas algorítmicos en la actuación administrativa exige, en consecuencia, un esfuerzo significativo de capacitación técnica y multidisciplinar, tanto para quienes participan en la adopción de decisiones administrativas como para jueces y tribunales en sede de control. Esta exigencia tensiona los modelos clásicos de formación jurídica y plantea la necesidad de repensar los instrumentos de control desde una perspectiva funcional²⁰.

¹⁸ Ó. CORTÉS ABAD, *El reto de la administración algorítmica. Una reflexión coste-beneficio*, *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. VIII, n. 31, 2023, pp. 130-138.

¹⁹ J. PONCE SOLÉ, *Reserva de humanidad y supervisión humana de la inteligencia artificial*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 100, 2022, pp. 58-67.

²⁰ Se vea: E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El gran reto de la explicabilidad de la IA*, *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, n. 4, 2024. ID., *Motivation and explainability of decisions and access to source code*, *European Review of*

Otro ámbito problemático se refiere a la dimensión transnacional de muchas tecnologías de inteligencia artificial. La utilización en territorio europeo de sistemas desarrollados y patentados en terceros países plantea cuestiones complejas en materia de control regulatorio, propiedad intelectual e industrial y adecuación a los estándares europeos de protección de derechos fundamentales. La falta de mecanismos efectivos para asegurar que estos sistemas se adapten plenamente a las exigencias del Reglamento europeo puede generar espacios de aplicación tecnológica al margen del marco jurídico de la Unión.

Finalmente, todos estos factores confluyen en un riesgo especialmente relevante: la debilitación del control jurisdiccional de la actividad administrativa. La dificultad para comprender, explicar y motivar decisiones influenciadas por sistemas algorítmicos puede limitar la efectividad del derecho a la tutela judicial, en la medida en que jueces y tribunales se enfrenten a actos administrativos cuya racionalidad interna resulta opaca o difícilmente verificable. Esta circunstancia obliga a replantear las categorías tradicionales del control judicial del poder administrativo, incorporando nuevas exigencias de transparencia, trazabilidad y explicabilidad como condiciones indispensables para preservar las garantías propias del Estado de Derecho.

7. Conclusiones

A la luz de las consideraciones expuestas, el uso de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito de la actuación administrativa plantea una serie de cuestiones jurídicas de carácter estructural que inciden directamente en la configuración del procedimiento administrativo y en las garantías inherentes al ejercicio del poder público. No se trata únicamente de determinar si la utilización de estas tecnologías resulta conveniente desde una perspectiva de eficiencia organizativa, sino de dilucidar en qué medida su incorporación es compatible con los principios que rigen la adopción de decisiones administrativas en un Estado de Derecho.

En primer término, resulta necesario interrogarse acerca de la legitimidad del empleo de sistemas de inteligencia artificial como instrumentos de apoyo a la decisión administrativa. Esta cuestión no puede resolverse en abstracto ni mediante una valoración genérica de la tecnología, sino que

exige atender al contexto concreto de su utilización, a la finalidad perseguida y al tipo de procedimiento en el que se inserta. En este sentido, carece de fundamento jurídico la distinción entre una supuesta “tecnología buena” o “tecnología mala” para decidir; lo relevante no es la tecnología en sí misma considerada, sino el modo en que esta se integra en el procedimiento y el impacto que produce sobre los derechos e intereses de los sujetos afectados. Particularmente problemático resulta el empleo de sistemas que generan o tratan volúmenes de información claramente superiores a los necesarios para la finalidad administrativa perseguida, como ocurre en ciertos supuestos de reconocimiento facial o de análisis predictivo, en los que el exceso de datos puede convertirse en un factor de riesgo autónomo para los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, adquiere una relevancia central la cuestión relativa al valor jurídico que debe atribuirse al resultado o “propuesta” generada por un sistema de inteligencia artificial. En efecto, es preciso determinar si dicho resultado debe equipararse, en términos funcionales, a un informe técnico o pericial, si constituye un mero elemento indiciario dentro del expediente administrativo, o si, por el contrario, opera de facto como un condicionante decisorio que limita sustancialmente la capacidad de apreciación del funcionario competente. La respuesta a esta cuestión resulta decisiva para evaluar el grado de intermediación humana exigible y, en última instancia, para garantizar que la decisión administrativa siga siendo imputable a un sujeto responsable y jurídicamente identificable.

De estas premisas se deriva una primera constatación fundamental: las Administraciones públicas llevan años utilizando sistemas basados en técnicas de inteligencia artificial como instrumentos de apoyo a su actuación ordinaria, lo que ha contribuido, en muchos casos, a mejorar la eficiencia y la gestión de procedimientos complejos o masivos. Sin embargo, este uso se ha producido con frecuencia sin una reflexión suficiente sobre los riesgos asociados, particularmente en lo que respecta a la posible afectación de derechos fundamentales y a la generación de sesgos decisorios derivados del funcionamiento interno de los algoritmos empleados. La ausencia de un marco normativo específico hasta fechas recientes ha favorecido una utilización acrítica de estas herramientas, basada más en su utilidad práctica que en una evaluación jurídica rigurosa de sus efectos.

A partir de esta constatación, se impone una segunda conclusión de carácter estructural. La utilización de sistemas de inteligencia artificial en el procedimiento administrativo exige una adaptación sustancial de los modos de actuación de la Administración, que pasa necesariamente

por una formación específica de los empleados públicos encargados de su manejo y supervisión. En ausencia de dicha capacitación, resulta imposible garantizar que el uso de estas aplicaciones se realice de conformidad con las exigencias derivadas del principio de intermediación humana consagrado en el Reglamento europeo. Cuando el funcionario se limita a aceptar de forma mecánica el resultado generado por el sistema, sin comprender su lógica de funcionamiento ni los factores determinantes del output obtenido, la decisión administrativa pierde una parte sustancial de su fundamento racional y de su imputabilidad jurídica.

En este contexto, la falta de formación técnica adecuada no constituye un problema meramente organizativo, sino una auténtica cuestión de legalidad administrativa. Sin conocimiento suficiente del funcionamiento del sistema utilizado, no puede afirmarse con certeza que la actuación administrativa se haya desarrollado con pleno respeto a las garantías procedimentales exigibles, ni que la decisión final sea verdaderamente el resultado de una valoración humana consciente y responsable. Ello pone en entredicho el cumplimiento efectivo del principio de intermediación humana y plantea dudas razonables sobre la validez de las decisiones adoptadas.

De ahí que resulte imprescindible afirmar la existencia de una obligación positiva de formación especializada para aquellos empleados públicos que se vean obligados a utilizar sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de sus funciones. Esta exigencia no puede considerarse accesoria ni opcional, sino que se configura como una condición necesaria para la utilización legítima de estas tecnologías en el ámbito administrativo. La generalización progresiva de aplicaciones basadas en inteligencia artificial hace aún más evidente la necesidad de integrar esta formación en los modelos de acceso, capacitación y actualización de la función pública, algo que, en la práctica, todavía no se ha producido de manera sistemática.

Finalmente, todas estas consideraciones convergen en una cuestión especialmente delicada desde el punto de vista jurídico: el grado de aceptación que debe otorgarse a una actuación administrativa derivada del uso inconsciente o acrítico de un sistema de inteligencia artificial. Este problema adquiere una intensidad particular en los procedimientos de carácter limitativo de derechos, en los que el margen de discrecionalidad y la exigencia de motivación resultan especialmente estrictos. En tales supuestos, cuando no pueda acreditarse que el uso del sistema se ha ajustado a las exigencias del Reglamento europeo en particular, en lo relativo a la supervisión humana efectiva, la actuación administrativa resultante debería considerarse jurídicamente inválida.

No obstante, esta conclusión se enfrenta a una dificultad probatoria significativa. La opacidad técnica de los sistemas de inteligencia artificial y la asimetría informativa entre la Administración y el ciudadano afectado convierten la impugnación de estas decisiones en una auténtica *probatio diabolica*. La carga de demostrar que la intermediación humana ha sido meramente formal, o que el sistema ha condicionado decisivamente la resolución final, recae de facto sobre el particular, comprometiendo la efectividad del control jurisdiccional y del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta tensión pone de relieve la necesidad de reforzar los mecanismos de transparencia, documentación y trazabilidad de las decisiones asistidas por inteligencia artificial como condición indispensable para preservar las garantías propias del procedimiento administrativo.

Micaela Lottini*

Governance del mercato europeo e nuove tecnologie

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Cooperazione amministrativa e meccanismi di integrazione – 3. Il *green pass* europeo e la cooperazione amministrativa – 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

Gli ultimi due decenni hanno visto lo sviluppo di una nuova fase dell'integrazione europea nell'ambito della quale, come viene messo in evidenza nei documenti¹ della Commissione e delle altre istituzioni², si è posto l'accento sul fatto che promuovere la corretta ed effettiva applicazione del diritto eurounitario da parte degli Stati membri è essenziale per garantire che cittadini (ed imprese) possano beneficiare delle opportunità offerte dal mercato unico.

In altre parole, viene ad essere superata la tradizionale impostazione basata sull'adozione di regole di integrazione positiva e integrazione negativa, che aveva caratterizzato lo sviluppo del mercato europeo dalle sue origini, e che appunto faceva riferimento ad una serie di atti normativi di ordine 'costituzionale' (le regole del Trattato dedicate alle libertà fondamentali e alla tutela della concorrenza), e le normative secondarie di armonizzazione, per un approccio basato sulla garanzia della corretta ed efficace applicazione di queste regole³.

* Micaela Lottini è professore associato di Diritto Amministrativo e titolare del Corso 'State and market in EU law', presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università 'Roma Tre'.

¹ Comunicazione della Commissione, *sul miglioramento del controllo dell'applicazione del diritto comunitario*, del 16 maggio 2003, COM (2002) 725 def.; Commissione, Libro Bianco, *sulla governance europea*, del 25 luglio 2001, COM (2001) 428 def.

² European Parliament, Council and European Commission, *Joint Declaration on the EU's legislative priorities for 2017*, su: <<https://ec.europa.eu>>.

³ Vedi, *inter alia*, Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, e al Comitato delle regioni, del 21 ottobre 2025, *su semplificazione, attuazione e effettiva applicazione*, COM(2025) 871 def.

2. Cooperazione amministrativa e meccanismi di integrazione

In questa chiave, il ruolo svolto dalle pubbliche amministrazioni nazionali, chiamate ad applicare il diritto europeo⁴, è stato riconosciuto come cruciale per l'integrazione del mercato⁵; conseguentemente, il miglioramento della capacità amministrativa a livello nazionale è divenuta una questione di crescente interesse. In questo senso, al fine di facilitare l'attività delle amministrazioni nazionali e favorire la corretta applicazione del diritto europeo, viene individuato quale strumento fondamentale, l'imposizione di obblighi di cooperazione amministrativa⁶, che è oggi infatti considerata come «the backbone of the EU's unique system of government and governance»⁷.

Obblighi di cooperazione sono stati imposti alle amministrazioni nazionali come principio generale (articolo 4, paragrafo 3, TUE⁸ e articolo 197 TFUE⁹), da specifici atti normativi¹⁰ e dalla giurisprudenza della Corte

⁴ Raccomandazione della Commissione, del 29 giugno 2009, *su misure per migliorare il funzionamento del mercato unico*, 2009/524/CE, GU L 176, del 7 luglio 2009; Commissione, Libro bianco *sulla governance europea*, del 25 luglio 2001, COM(2001) 428 def.

⁵ A. ROSAS, *Ensuring uniform application of EU law in a Union of 27: the role of national courts and authorities*, speech at the Sixth Seminar of the National Ombudsmen of EU Member States and Candidate Countries – *Rethinking good administration in the European Union* – Strasbourg, 14 -16 October 2007, disponibile su: <<https://infoeuropa.euroid.pt>>.

⁶ Commissione, Libro bianco *sulla governance europea*, del 25 luglio 2001, COM(2001) 428 def.; F. LAFARGE, *Administrative cooperation between member States and the implementation of EU law*, in *European public law*, 4, 2010, p. 597.

⁷ A.H. TÜRK, H.C.H. HOFMANN, *An introduction to EU administrative governance*, in *EU administrative governance* edited by H.C.H. Hofmann, A.H. Türk, Edward Elgar Cheltenham 2006, p. 1.

⁸ «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati».

⁹ «1. L'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune. 2. L'Unione può sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione. (...)».

¹⁰ A titolo esemplificativo: Direttiva 2006/123/CE, del 12 dicembre 2006, *relativa ai servizi nel mercato interno*, GU L 376 del 27 dicembre 2006; Direttiva 2013/55/UE, del 20 novembre 2013, *che modifica la direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e il regolamento (UE) 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno ("il regolamento IMI")*, GU L 354 del 28 dicembre 2013.

di giustizia dell'Unione europea (CGUE)¹¹.

Inoltre, sono state proposte una serie di iniziative volte a facilitare la corretta applicazione del diritto UE da un punto di vista amministrativo¹² e a sostenere le amministrazioni nazionali nell'adempimento dei loro obblighi di cooperazione.

Dal 2007, ad esempio, il sistema di informazione del mercato interno (IMI)¹³ collega le autorità nazionali, regionali e locali in una dimensione transfrontaliera e consente loro di comunicare rapidamente e facilmente con le loro controparti estere, in specifici settori del mercato interno. Allo stesso modo, la tessera professionale europea (EPC)¹⁴, un documento elettronico rilasciato, attraverso IMI, ai professionisti interessati a lavorare in un altro Stato membro, facilita il riconoscimento reciproco delle qualifiche professionali.

Tali meccanismi sono finalizzati a prevenire decisioni illegittime delle amministrazioni nazionali quando applicano il diritto UE; tuttavia, nel caso in cui si verifichi un problema, al cittadino o impresa interessati deve essere garantito un meccanismo di ricorso efficace ed adeguato.

Le istituzioni europee si sono poste il problema di come reagire di fronte a siffatte decisioni illegittime, dato che l'errata applicazione delle norme del mercato interno da parte delle pubbliche amministrazioni nazionali è caratterizzata da particolare problematicità, in quanto l'individuo (o l'impresa) deve affrontare l'amministrazione di uno Stato membro diverso dal proprio, attivando lunghi e costosi procedimenti giudiziari.

Tenendo conto di ciò, nel 2001, la Commissione ha adottato la Comunicazione, *per una soluzione efficace dei problemi nel mercato interno: "SOLVIT"*¹⁵, ed ha proposto l'istituzione di un meccanismo di risoluzione

¹¹ Sentenza della Corte del 10 febbraio 2000, *FTS*, C-202/97, EU:C:2000:75.

¹² R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Administrative cooperation in the public contracts and service sectors for the progress of European integration*, in *European democratic institutions and administrations* edited by F. Merloni, A. Pioggia Giappichelli, Torino, 2018, p. 265, 267.

¹³ Cfr., a tale riguardo, il Regolamento (UE) n. 1024/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, *relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno e che abroga la decisione 2008/49/CE della Commissione ("il regolamento IMI")*, GU L 316 del 14 novembre 2012. Per ulteriori informazioni, vedi l'indirizzo: <<http://ec.europa.eu/internalmarket/iminet/ndexen.html>>.

¹⁴ Sotto questo profilo, cfr., M. LOTTINI, *The European professional card: a new single market governance tool*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2017, p. 1254.

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Soluzione efficace dei problemi nel mercato interno*, COM (2001) 702 def.

alternativo delle controversie tra cittadini (o imprese) e le pubbliche amministrazioni nazionali che abbiano agito in violazione del diritto UE: la rete SOLVIT.

SOLVIT mira a favorire la corretta applicazione delle norme del mercato interno da parte delle pubbliche amministrazioni nazionali, nonché a consentire ai cittadini e alle imprese di sfruttare le loro opportunità di libera circolazione.

SOLVIT è un meccanismo informale¹⁶, gratuito e non vincolante che tratta i reclami dei cittadini (o delle imprese) di uno Stato membro riguardanti l'applicazione del diritto dell'UE da parte di un'autorità pubblica di un altro Stato membro. SOLVIT lavora per risolvere il problema in collaborazione con l'autorità pubblica nazionale, proponendo una possibile soluzione e, in ultima analisi, una modifica della decisione amministrativa originaria.

Il sistema SOLVIT è costituito da una rete di Centri nazionali, una banca dati on-line che collega i Centri ed una procedura di risoluzione delle controversie, delineata nella Raccomandazione *sui principi per l'utilizzo di SOLVIT*¹⁷, adottata nel dicembre 2001 (e modificata nel 2013)¹⁸.

L'attività di SOLVIT si basa sul principio della cooperazione reciproca, che in questo caso opera a tre diversi livelli: a livello transfrontaliero, i due Centri degli Stati membri interessati collaborano per operare una prima valutazione della questione; a livello nazionale, il Centro e l'autorità nazionale che avrebbe agito in violazione del diritto UE cooperano per trovare una possibile soluzione; infine, a livello sovranazionale, i Centri collaborano con la Commissione Europea e le altre istituzioni e reti.

Nel corso degli anni, i documenti di valutazione¹⁹ di SOLVIT hanno indicato che il meccanismo si è dimostrato efficace nell'offrire ai privati e alle piccole imprese un'alternativa alle Corti, nel garantire la corretta applicazione del diritto dell'UE e nel modificare le prassi amministrative a livello nazionale. La percentuale di casi gestiti e risolti, infatti, è in costante aumento. Le autorità nazionali tendono a seguire le soluzioni proposte da

¹⁶ See, in this respect, D.U. GALETTA, *Informal information processing in dispute resolution networks: informality versus the protection of individual's rights?*, in *European public law*, 1, 2001, p. 71.

¹⁷ Raccomandazione della Commissione, del 7 dicembre 2001, *relativa ai principi per l'utilizzo di "SOLVIT" — la rete per la soluzione dei problemi nel mercato interno*, C(2001)3901, GU L 331 del 15 dicembre 2001.

¹⁸ Raccomandazione della Commissione, del 17 settembre 2013, *sui principi di funzionamento di SOLVIT*, C(2013) 5869 def., GU L 249, del 19 settembre 2013.

¹⁹ Tutti i rapporti sono disponibili sul sito web di SOLVIT: <<http://ec.europa.eu/solvit>>.

SOLVIT, nonostante la loro natura non vincolante, e hanno migliorato la loro capacità di interpretare e applicare correttamente il diritto UE²⁰.

Vale la pena ricordare, in conclusione, che la Commissione ha strutturato la banca dati on-line SOLVIT come modulo a sé stante nel sistema di informazione del mercato interno (IMI)²¹.

A ben vedere i meccanismi individuati dalle istituzioni europee per facilitare l'attività delle pubbliche amministrazioni nazionali²² *ex ante* nonché per risolvere eventuali controversie tra cittadini e pubbliche amministrazioni in una dimensione transfrontaliera si fondano da una parte sul principio della c-cooperazione amministrativa²³ multilivello e dall'altra sull'utilizzo degli strumenti informatici.

3. *Il green pass europeo e la cooperazione amministrativa*

Questo modello di intervento è stato riproposto dalle istituzioni europee per far fronte ad una delle più significative crisi che hanno attraversato il nostro continente negli ultimi decenni, ossia la pandemia da COVID-19. Infatti, il 14 giugno 2021 è stato adottato il Regolamento (UE) n. 953²⁴ per definire il quadro relativo al rilascio, verifica e accettazione del certificato COVID digitale dell'Unione europea (c.d. *green pass* europeo).

Come è noto, una delle questioni giuridiche maggiormente significative e complesse riguardanti il rapporto tra il processo di integrazione europea e le misure²⁵ imposte dagli Stati per fronteggiare la crisi pandemica, è stato

²⁰ In argomento, cfr., Commission Staff Working Document, *SOLVIT's helping hand in the Single Market: celebrating 20 years*, Brussels, 26 September 2022, SWD (2022) 325 final.

²¹ Su questo tema cfr., L. MUSSELLI, *Administrative cooperation between Member States: the SOLVIT network*, in *Networks. In search of a model for European and global regulation* edited by L. Ammannati, Giappichelli, Torino 2012, p. 91.

²² Comunicazione della Commissione, del 25 ottobre 2023, *sul Rafforzamento dello Spazio amministrativo europeo* (ComPAAct), COM(2023) 667 def.

²³ In argomento, *inter alia*, R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa: dai gruppi alle reti d'amministrazioni pubblica*, in *CERIDAP*, 4, 2025.

²⁴ Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2021, *su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19*, OJ L 211/1 del 15.6.2021.

²⁵ Ad esempio, restrizioni all'ingresso o l'obbligo per i viaggiatori transfrontalieri di

rappresentato proprio dal *vulnus*²⁶ che queste ultime potevano determinare al diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, diritti che costituiscono attributi fondamentali della cittadinanza europea (nonché, evidentemente, un prerequisito per lo svolgimento delle più svariate attività lavorative ed economiche).

Nell'ambito di questo contesto, evidenze medico/scientifiche avevano rilevato che coloro i quali fossero stati vaccinati, o avessero avuto un risultato negativo ad un test per la COVID-19, ovvero fossero guariti nei mesi precedenti, comportavano un rischio ridotto di contagio.

Sicché, queste categorie di persone, non costituendo un 'rischio significativo' per la salute pubblica, in linea di principio, potevano evitare le restrizioni alla circolazione.

Di qui l'esigenza di creare un quadro giuridico che consentisse l'individuazione condivisa a livello europeo dei soggetti a basso rischio, nei confronti dei quali era possibile ridurre le misure limitative della libertà di circolazione, in modo da contemperare le esigenze di tutela della salute e quella dell'integrazione europea, appunto nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità.

Per questi motivi, il 17 marzo 2021, la Commissione europea ha presentato una proposta²⁷ di Regolamento (poi adottato il 21 giugno) per stabilire un quadro comune per il rilascio, la verifica e la mutua accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione dalla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE – c.d. *green pass*), che potessero attestare la caratteristica di basso rischio del titolare dello stesso certificato e facilitare, quindi, la libera circolazione transfrontaliera.

Il certificato rilasciato dallo Stato membro di origine, sulla base di specifici criteri e condizioni, veniva (mutualmente) riconosciuto dalle competenti autorità degli altri Stati membri; in altre parole, lo stesso era il frutto di un meccanismo di cooperazione a diversi livelli, nell'ambito del quale le competenti autorità nazionali svolgevano un'attività di controllo sanitario, o certificativa dell'avvenuta vaccinazione e questa attività veniva mutualmente' riconosciuta, con l'ausilio dei nuovi strumenti informatici.

sottoporsi a quarantena o ad autoisolamento o ad un test per l'infezione da SARS-CoV-2.

²⁶ Sul tema approfonditamente, G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *aisdue.eu*, i *Post di AISDUE*, 2, 2020, p. 72.

²⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale)*, del 17 marzo 2021, COM(2021) 130 def.

4. Conclusioni

Come abbiamo detto, il *green pass* non rappresenta una assoluta novità, ma si fonda su meccanismi già ampiamente collaudati. Ad ogni modo, il nuovo strumento europeo induce ad una riflessione. Come appare evidente, la cooperazione amministrativa quale strumento di governance del mercato unico e volano dell'integrazione europea, non può che fondarsi sull'utilizzo delle nuove tecnologie, la quali non sono più uno strumento di semplificazione o efficientamento²⁸, ma ne costituiscono elemento essenziale.

La connessione informatica rappresenta un elemento imprescindibile della rete SOLVIT che viene trasformata, proprio attraverso di essa, da un semplice meccanismo di cooperazione ad un sistema di risoluzione delle controversie tra cittadini europei e pubbliche amministrazioni nazionali strutturato e basato su regole comuni di funzionamento.

Come appare evidente, quindi, l'utilizzo dello strumento informatico consente di superare a livello amministrativo alcuni degli ostacoli pratici più significativi all'azione amministrativa in una dimensione transfrontaliera, quali le differenze linguistiche o di prassi; questo emerge chiaramente dal sistema IMI, nonché dal certificato informatico della Carta professionale europea.

Il *green pass* si inserisce, quindi, nell'ambito di questo contesto e rappresenta l'ennesima testimonianza, nell'ambito del mercato europeo, dell'importanza della cooperazione amministrativa, della quale, però, lo strumento informatico è ormai divenuto elemento essenziale ed imprescindibile.

²⁸ Sul tema del rapporto tra buona amministrazione e utilizzo delle nuove tecnologie, cfr., D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione)*, in *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, Giappichelli, Torino 2025, p. 77.

Il volume è una raccolta di scritti collegati ad alcuni incontri di studio organizzati nell'ambito dei corsi di Amministrazione Digitale e Diritto Urbanistico (Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre). Tali incontri hanno avuto ad oggetto le seguenti tematiche: smart cities, territorio e digitalizzazione, regolamentazione europea della società digitale e profili comparati della digitalizzazione in Italia e in Spagna. Il filo conduttore è stato il rapporto tra l'uso delle nuove tecnologie digitali, la loro regolamentazione e gli effetti sul territorio. L'idea di procedere alla raccolta di tali scritti, che costituiscono una versione ampliata e aggiornata delle relazioni svolte durante i predetti incontri, nasce dalla volontà di stimolare e proseguire il dibattito internazionale aperto al confronto su questioni particolarmente attuali e di interesse comune.

Gli Autori del presente volume sono tutti Professori dell'area pubblicistica e, precisamente: Maria Ballester Cardell (Diritto Costituzionale, Università delle Isole Baleari); Felio José Bauzá Martorell (Diritto Amministrativo, Università delle Isole Baleari); Sveva Del Gatto (Diritto Amministrativo, Università di Macerata); Micaela Lottini (Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre); Luis Miguel García Lozano (Diritto amministrativo, Università di Granada); Giovanna Pistorio (Diritto Pubblico, Università degli Studi Roma Tre); Martina Sinisi (Diritto Amministrativo, Università degli Studi Roma Tre).